

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”

Programa de Pós-Graduação em Direito

MARCELLA ROSIÉRE DE OLIVEIRA

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER: uma análise a partir
das políticas públicas no Estado Democrático de Direito**

Uberlândia

2018

MARCELLA ROSIÉRE DE OLIVEIRA

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER: uma análise a partir
das políticas públicas no Estado Democrático de Direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos e Garantias Fundamentais, Linha de pesquisa¹ – Tutela Jurídica e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

Uberlândia

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

- O48e
2018
- Oliveira, Marcella Rosière, 1991-
A efetivação do direito fundamental ao lazer : uma análise a partir das políticas públicas no Estado Democrático de Direito / Marcella Rosière Oliveira. - 2018.
173 f.
- Orientador: Luiz Carlos Figueira de Melo.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito.
Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2018.188>
Inclui bibliografia.
1. Direito - Teses. 2. Direitos fundamentais - Teses. 3. Direitos sociais - Teses. 4. Lazer - Políticas públicas - Teses. I. Melo, Luiz Carlos Figueira de. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

MARCELLA ROSIÉRE DE OLIVEIRA

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER: uma análise a partir
das políticas públicas no Estado Democrático de Direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos e Garantias Fundamentais, Linha de pesquisa1 – Tutela Jurídica e Políticas Públicas.

Aprovado em _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo – Orientador (UFU/MG)

Prof. Dr. João Victor Rozatti Longhi – Avaliador (UFU/MG)

Prof. Dr. Ricardo Marcondes Martins – Avaliador (PUC/SP)

Aos meus pais, José Eterno e Célia Regina,
por serem os meus maiores exemplos e por me
apoiares sempre;
Aos meus irmãos, José Eduardo e Juliana, por
serem os meus melhores amigos;
Aos meus afilhados, Bruno e Isabela, por me
ensinarem, a cada dia mais, sobre o amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, José Eterno e Célia Regina, por serem a minha base e meu porto seguro, por sempre me apoiarem, possibilitando que eu concluísse mais uma importante etapa da minha vida e, ainda, por todo amor e cuidado;

Agradeço aos meus irmãos, José Eduardo e Juliana, por estarem ao meu lado em todas as ocasiões, pela amizade durante toda a vida e por vibrarem comigo a cada conquista;

Agradeço aos meus familiares e amigos, por todo o carinho de sempre, por entenderem as minhas ausências, por me proporcionarem momentos de alegria e fazerem a vida se tornar mais leve;

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo, por me acolher nesses dois anos de pesquisa, por não medir esforços em me ajudar, por todas as dicas e conselhos, contribuindo de maneira decisiva para a construção dessa dissertação e para o meu amadurecimento acadêmico e profissional e, ainda, por ser essa pessoa admirável, me recebendo e me incentivando sempre com infinita paciência e bom humor;

Agradeço a todos os professores do mestrado, por propiciarem espaço para reflexões de Direito e de vida, em especial, ao Prof. Dr. João Victor Rozatti Longhi, por me orientar na graduação, por participar da minha banca de qualificação e contribuir grandiosamente para a realização da presente pesquisa, por aceitar participar da minha banca de defesa e por ser exemplo de pessoa e profissional; e à Prof^a. Dra. Cândice Lisbôa Alves, por também ter participado da minha banca de qualificação, pelas valiosas dicas, por se preocupar comigo, me auxiliando em todos os momentos que precisei e por ser essa mulher forte, que faz a diferença em nossa instituição;

Agradeço ao Prof. Dr. Ricardo Marcondes Martins, grande ícone do Direito Administrativo brasileiro, pela presteza em aceitar participar da minha banca de defesa, e por ser esse profissional, que me inspira na vida acadêmica e me incentiva a buscar a realização dos meus sonhos e objetivos.

Agradeço aos meus amigos do mestrado, por todos os momentos compartilhados, por dividirmos as angústias dessa empreitada, pela troca de experiências, pelas brincadeiras nos momentos tensos, pela amizade construída e por ter aprendido um pouco com cada um. Em especial, agradeço ao Gustavo Ferreira Santos, por toda atenção e ajuda ao longo desses dois anos, por dividirmos o mesmo orientador e comparecermos juntos às reuniões, pela parceria no estágio docência, por todos os conselhos e por sempre me dar forças nos momentos difíceis;

Agradeço à Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis (FADIR), pela formação acadêmica de qualidade, desde a graduação e, agora, o Mestrado em Direito, colaborando não só para o meu crescimento profissional, como também pessoal. A UFU será sempre a minha segunda casa.

Agradeço especialmente à coordenadora do mestrado, Keila Pacheco Ferreira, e aos funcionários Isabel Arice e Rafael Momenté, pelo convívio e auxílio de sempre em todas as questões burocráticas e informações necessárias às atividades do mestrado;

Agradeço à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG), que através da concessão da bolsa de estudos, me auxiliou e tornou possível a realização desta pesquisa;

Agradeço a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização dessa dissertação e para a conquista de mais um dos meus objetivos profissionais: ser Mestra em Direito.

Enfim, obrigada a todos!

“Desfruta de verdadeiro lazer quem tem tempo para
melhorar o estado de sua alma.”
(Henry Thoreau)

RESUMO

O presente estudo objetiva refletir sobre a necessidade de efetivação do direito fundamental ao lazer na sociedade, desmitificando-se a ideia de que se trata de direito supérfluo e simbólico em nossa sistemática jurídica. Identifica-se a importância do lazer na vida dos cidadãos, ressaltando-se a sua dimensão humanista, relacionada à qualidade de vida, ao bem-estar e ao desenvolvimento pessoal e social dos indivíduos, encontrando-se ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, funcionando como instrumento de inclusão social e devendo ser inserido na noção de mínimo existencial. Percebe-se que todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, possuem aplicação imediata em razão do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, o qual também deve ser aplicado ao direito ao lazer, ainda que no tocante ao seu núcleo essencial. Como direito social, o lazer depende de prestações positivas por parte do Estado para que possa ser concretizado e, como hipótese para alcançar tal intuito, estuda-se acerca das políticas públicas. Conclui-se que as políticas públicas representam programas de ação governamental, que visam à realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, configurando mecanismos hábeis para a concretização dos direitos sociais, como o lazer, sendo fundamental o exame dos seus elementos, princípios e ciclos. Em razão da competência da Administração Pública para a elaboração e execução das políticas públicas de lazer, analisam-se os novos paradigmas administrativos no século XXI, bem como suas características, a exemplo da participação social, diálogo, consensualidade, eficiência, transparência e qualidade das prestações estatais, as quais tendem a assegurar a boa administração, a fruição de vida digna aos administrados, e maior democraticidade das decisões de interesse social. Como resultado para a problemática da falta de efetividade do direito ao lazer, considera-se que este direito merece maior proteção e necessita da efetivação de políticas públicas que visem a concretizá-lo da maneira mais ampla possível. E, em virtude de o lazer variar de acordo com circunstâncias econômicas, sociais, políticas e culturais, ressalta-se a relevância das políticas públicas municipais de lazer, que possibilitam a efetivação setorial deste direito, atendendo-se, mais eficientemente, aos anseios de cada população. A metodologia utilizada terá cunho dogmático, com abordagem dedutiva e método monográfico.

Palavras-chave: Lazer. Políticas Públicas. Administração Pública. Participação Social. Direitos Fundamentais Sociais.

ABSTRACT

The present study aims to reflect on the need to realize the fundamental right to leisure in society, demystifying the idea that it is a superfluous and symbolic right in our legal system. It identifies the importance of leisure in the life of citizens, highlighting its humanistic dimension, related to the quality of life, well-being and personal and social development of individuals, being linked to the principle of the dignity of the human person, functioning as an instrument of social inclusion and should be inserted in the notion of existential minimum. It can be seen that all fundamental rights, including social ones, have immediate application due to article 5º, paragraph 1º, of the Federal Constitution of 1988, which must also be applied to the right to leisure, even though its essential core. As a social right, leisure depends on positive benefits on the part of the State so that it can be realized and, as a hypothesis to achieve this, it is studied about the public policies. It is concluded that public policies represent programs of governmental action, aimed at the achievement of socially relevant and politically determined goals, configuring mechanisms for the realization of social rights, such as leisure, being essential the examination of its elements, principles and cycles. Due to the competence of the Public Administration for the elaboration and execution of public leisure policies, the new administrative paradigms in the 21st century are analyzed, as well as their characteristics, such as social participation, dialogue, consensuality, efficiency, transparency and quality of State benefits, which tend to ensure good administration, the enjoyment of a decent life for the employees, and greater democratization of decisions of social interest. As a result of the lack of effectiveness of the right to leisure, it is considered that this right deserves greater protection and requires the implementation of public policies aimed at achieving it in the widest possible way. And, because leisure varies according to economic, social, political and cultural circumstances, the relevance of municipal public leisure policies is highlighted, which makes it possible to implement this right in the sector, taking into account, more efficiently, the population. The methodology used will be dogmatic, with a deductive approach and a monographic method.

Keywords: Leisure. Public policy. Public administration. Social Participation. Fundamental Social Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 OS NOVOS PARADIGMAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉCULO XXI	17
2.1 As formas de Administração Pública no Brasil ao longo dos tempos	20
2.2 Reforma e modernização da Administração Pública: em busca de um novo agir administrativo	28
2.3 A importância dos princípios administrativos na atuação da Administração Pública contemporânea	32
2.4 O novo perfil da Administração Pública no Estado Democrático de Direito e sua importância para a efetivação de políticas públicas	37
2.4.1 <i>A participação social: políticas públicas deliberativas</i>	44
2.4.2 <i>Instrumentos de participação social</i>	50
3 DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS	60
3.1 Direitos sociais: reconhecimento, classificação e importância na Constituição de 1988	62
3.2 A problemática da eficácia das normas constitucionais que estatuem direitos sociais	68
3.3 Políticas públicas: conceito e necessidade.....	77
3.4 O ciclo e os elementos das políticas públicas	83
3.5 A preferência do processo político sobre o Poder Judiciário na definição de políticas públicas	88
3.6 Princípios inerentes às políticas públicas.....	94
4 O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER	106
4.1 A evolução da ideia de lazer ao longo dos tempos	108
4.2 Conceito e conteúdos do lazer	114
4.3 O núcleo essencial do direito fundamental ao lazer: a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.....	123
4.4 Políticas públicas de lazer	131
4.4.1 <i>A importância dos Municípios na elaboração e execução das políticas públicas de lazer</i>	132
4.4.2 <i>Políticas públicas voltadas à efetivação do direito ao lazer</i>	136
4.5 O lazer como fator propulsor de inclusão social	146

4.6 Tutela coletiva do direito ao lazer?	151
CONCLUSÃO.....	160
REFERÊNCIAS	165

1 INTRODUÇÃO

A entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) e a instituição do Estado Democrático de Direito, tiveram como principal normativa a positivação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos Fundamentais. A dignidade da pessoa humana, como princípio característico, intrínseco, inalienável, indispensável e irrenunciável a todos os indivíduos, visa afirmar a valorização das pessoas como entes dotados de liberdade, bem como garantir as condições necessárias – físicas, psicológicas, sociais e existenciais – à vida de cada uma delas, buscando proteger o ser humano em sua integralidade.

Nesse sentido, configura valor e fundamento garantido pela CF/88, no artigo 1º, inciso III¹, funcionando como parâmetro dos demais princípios e direitos assegurados. Assim, a dignidade da pessoa humana, ao nascer com o indivíduo, faz parte de seu cotidiano, trazendo importância para o seu ser, de forma que as condições mínimas para existência digna e acolhedora devem ser asseguradas com o objetivo de garantir o bem estar de todos.

Diante disso, evidencia-se que tal princípio constitui o valor próprio que identifica o ser humano, apresentando-se, também, como alicerce para a garantia dos Direitos Fundamentais, indispensáveis às pessoas. Ou seja, há uma correspondência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, tanto no aspecto político, quanto no social e no jurídico.

A consagração constitucional dos direitos fundamentais impõe ao Estado o dever de resguardá-los, garanti-los e efetivá-los, consubstanciando-se em obrigações permanentes de proteção e promoção, de forma que tais direitos devem atender toda a população. Dentre os mencionados direitos fundamentais, destacam-se, na presente pesquisa, os direitos sociais que, normalmente, dependem da atuação positiva por parte do Estado, seja normativa ou fática, para que possam ser plenamente concretizados.

Isto significa que estes direitos se relacionam com o dever estatal de colocar à disposição dos indivíduos os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Tudo isso tendo em vista os pressupostos da proteção da igualdade de oportunidades, da liberdade real de realização da

¹ CF/88: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...] III - a dignidade da pessoa humana;”.

autonomia individual e da efetiva possibilidade de participação na formação da vontade estatal.

Os direitos sociais considerados básicos à vida digna estão previstos no artigo 6º, da CF/88, *in verbis*: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Acontece que, apesar de terem sido erigidos a núcleo essencial da atual Constituição e do inquestionável progresso na esfera da positivação, os direitos fundamentais não têm alcançado a efetividade desejada na sistemática jurídica, comprometendo não apenas a força normativa da Constituição, como também a própria dignidade da pessoa humana. Isto se verifica de forma mais veemente com relação aos referidos direitos sociais que, muitas das vezes, são negligenciados pelo Estado sob a justificativa da escassez de recursos públicos, fazendo com que os indivíduos, que deles necessitam, se tornem descrentes quanto ao papel do Poder Público em concretizar tais direitos.

Considerando-se a perspectiva dos direitos sociais básicos, tidos como essenciais à vida digna, o tema da presente pesquisa cinge-se a examinar acerca da efetivação do direito social ao lazer, que mesmo sendo considerado autêntico direito fundamental, ainda carece muito da atenção dos administradores públicos e dos operadores do Direito. O direito ao lazer, muitas vezes, é esquecido da lista de prioridades estatais, sendo comumente interpretado como direito simbólico, supérfluo ou secundário.

Dessa forma, a problemática do tema proposto refere-se, justamente, ao fato de o lazer ser considerado por muitos direito de menor importância, não tendo merecido grande destaque doutrinário e jurídico no Brasil, dificultando até mesmo o desenvolvimento deste trabalho, em razão da exiguidade bibliográfica. Questiona-se com bastante frequência sobre o que leva alguém a pesquisar lazer se existem outras tantas necessidades mais prementes em termos de realidade brasileira, como por exemplo, a saúde, educação, alimentação, moradia, dentre outros, que são bens jurídicos muito mais festejados do que o lazer.

Como se percebe, existe evidente paradoxo: o lazer é considerado direito social básico essencial à vida digna e, ainda, direito constitucional fundamental, de aplicabilidade imediata em razão da norma do artigo 5º, §1º, da CF/88², mas ao mesmo tempo, é desprezado frente aos demais direitos, não recebendo tratamento adequado pela ciência jurídica, nem dos

² CF/88: “Art. 5º. [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

administradores públicos responsáveis pela sua concretização, acarretando a falta de sua efetividade.

Em virtude disso, a pesquisa objetiva, de forma geral, dedicar-se ao estudo das peculiaridades do direito ao lazer, contextualizando-o enquanto objeto de estudo e procurando verificar se de fato se está diante de tema menor, ou se ao contrário, se trata de direito que requer maior atenção e efetivação, incluindo-se dentre as condições essenciais à vida digna. A partir dessa análise, é possível perceber que o conceito de lazer, em razão de sua subjetividade intrínseca, não apresenta uniformidade entre a doutrina que estuda o assunto, variando de acordo com circunstâncias econômicas, sociais, políticas e culturais de cada sociedade, caracterizando-se por ser direito multifacetado.

Em razão do objetivo exposto e como hipótese para a problemática apresentada, adota-se concepção ampla de lazer, ressaltando-se a sua dimensão humanista, como direito capaz de garantir o livre desenvolvimento da personalidade, a qualidade de vida dos cidadãos, funcionando, ainda, como instrumento de inclusão social. Ou seja, o direito ao lazer é entendido como direito fundamental e decorrente da proteção da dignidade da pessoa humana, devendo, por isso, compor a noção de mínimo existencial do ser humano.

Partindo-se deste pressuposto, pugna-se pela efetivação do direito ao lazer da maneira mais ampla possível, abarcando todos os indivíduos, enquanto seres humanos. E, para cumprir este desiderato, opta-se, neste estudo, pela análise das políticas públicas, que representam programas de ação governamental, visando à realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Ou seja, referem-se aos meios tipicamente hábeis a concretizar os direitos sociais, a exemplo do lazer, de competência da Administração Pública.

Dessa maneira, enquanto direito social expresso constitucionalmente, e que depende da atuação positiva do Estado para ser concretizado, pretende-se analisar o lazer e a sua consequente efetivação, a partir da elaboração e execução de políticas públicas bem planejadas e comprometidas com os anseios dos cidadãos. Por isso, os elementos e ciclos das políticas públicas de lazer, também configuram hipóteses de estudo, direcionadas a solucionar o problema posto.

Como tais políticas são de competência do processo político, examina-se a função da Administração Pública e de suas novas características na contemporaneidade, como fatores determinantes da realização destas políticas. Nesse ínterim, e tendo-se como fio condutor desta pesquisa a ideia de que o direito ao lazer é decorrente da proteção do princípio da

dignidade da pessoa humana exposta acima, merecendo adequada efetivação, este estudo desenvolve-se em três capítulos, que configuram seus objetivos específicos.

O primeiro capítulo destina-se a averiguar, mais detidamente, acerca dos novos paradigmas da Administração Pública no século XXI, justamente por ser a principal responsável pelas políticas públicas de lazer. Nesse entoad, serão analisadas as formas de Administração Pública já experimentadas no Brasil até o presente momento, bem como os seus movimentos de reforma e modernização, que se deram, principalmente, com a entrada em vigor da CF/88.

Além disso, verifica-se que a nova forma de atuação administrativa, no Estado Democrático de Direito, demanda, também, a releitura dos princípios administrativos, que devem estar em consonância com a Administração Pública mais autônoma e eficiente. Todos estes aspectos influenciam, sobremaneira, na elaboração e execução de políticas públicas, inclusive aquelas voltadas ao lazer, sendo importante destacar a necessidade de que tais políticas sejam deliberativas, por meio da abertura e utilização dos instrumentos de participação social.

No segundo capítulo, pretende-se demonstrar a íntima vinculação entre os direitos sociais e as políticas públicas, já que estas representam as ações e programas levados a cabo pela Administração Pública para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam da ação estatal, ressaltando-se, dentre eles, as normas de direitos sociais. Desse modo, em se considerando o direito ao lazer como direito social, analisa-se o reconhecimento, a classificação e a importância de tais direitos na Constituição de 1988, bem como a problemática das normas constitucionais que estatuem direitos sociais, que apesar de serem, em alguma medida, imediatamente aplicáveis, dependem, geralmente, de atuação legislativa e concretização estatal.

Em seguida, analisa-se o conceito e a necessidade da elaboração e execução das políticas públicas, atentando-se para os seus ciclos e elementos indispensáveis, bem como para os princípios que lhes são inerentes. Defende-se a preferência do processo político sobre o Poder Judiciário na definição destas políticas, concluindo-se que se bem planejadas e comprometidas com os interesses sociais, resultam na adequada efetivação dos direitos fundamentais, assim como do direito ao lazer.

Finalmente, no terceiro capítulo, passa-se ao estudo das peculiaridades do direito ao lazer, enquanto direito social que necessita da execução de políticas públicas estatais para que seja concretizado, garantindo o bem-estar e vida digna a todos os indivíduos. Dessa maneira,

investiga-se acerca da evolução da ideia de lazer ao longo dos tempos, constatando-se que ela sempre esteve presente, de algum modo, na história da humanidade.

Apesar da diversidade de significados, perquire-se, também, sobre o conceito de lazer, adotando-se o entendimento de que se trata de cultura - compreendida no seu sentido mais amplo - vivenciada (praticada ou fruída), geralmente, no tempo disponível, ou seja, no tempo livre do trabalho ou de outras obrigações³. Tal concepção almeja prestigiar a dimensão humanista do lazer, que deve ser usufruído por todos os seres humanos, sem distinção.

Desse modo, entende-se o lazer como fator de desenvolvimento pessoal e social do ser humano, estimulando e aprimorando seus talentos e capacidades, através de atividades prazerosas, que podem revestir-se de diversos conteúdos, tais como, físicos, intelectuais, artísticos, manuais, associativos. Partindo-se da premissa de que o direito ao lazer decorre da dignidade da pessoa humana, defende-se a sua inserção na noção de mínimo existencial, merecendo maior efetivação.

Relaciona-se, ainda, as políticas públicas de lazer com diversas outras políticas, como as de saúde, meio ambiente, educação, desenvolvimento urbano, etc. Além do mais, realça-se a importância dos municípios na concretização do direito ao lazer, já que por meio de políticas setoriais é possível atender, de forma mais eficiente, aos anseios de cada população, tendo em vista que as pretensões de lazer podem variar de acordo com cada comunidade analisada.

Finalmente, reconhece-se que o lazer pode funcionar como importante meio de inclusão social, devendo ser concretizado para todos, principalmente, com relação àqueles considerados vulneráveis, como as crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, dentre outros. E, em caso de a Administração Pública não cumprir com o seu dever de assegurar o direito ao lazer, pondera-se a respeito da intervenção do Poder Judiciário, preferindo-se a tutela coletiva do lazer à individual.

Além do desafio de estudar o tema proposto, a pesquisa se justifica pelo fato já dito de que o direito social ao lazer, muitas vezes, é ignorado, sob o fundamento de que existem outros direitos mais importantes com os quais o Poder Público deva se preocupar. Com isso, percebe-se a pouca relevância dada às políticas públicas de lazer e o reduzido número de pesquisas jurídicas sobre o tema, de modo que este trabalho poderá despertar reflexões e ajudar no desenvolvimento do assunto. Assim, pretende-se apresentar como resultado para a problemática proposta, a consideração do direito fundamental social ao lazer como direito

³ Esta concepção, que considera o lazer no seu sentido amplo, é esposada por Nelson Carvalho Marcellino, em sua obra "Lazer e educação".

ínsito ao mínimo existencial a uma vida digna, de aplicabilidade imediata, merecendo efetivação.

Como marco teórico será utilizado, dentre outros, o autor Ingo Wolfgang Sarlet, relativamente à eficácia dos direitos fundamentais na atual perspectiva constitucional, de forma a identificar o tratamento jurídico dispensado aos direitos sociais e, consequentemente, ao direito ao lazer. De acordo com o autor é pacífico o entendimento de que também os direitos sociais são considerados autênticos direitos fundamentais, fazendo jus à mesma importância e proteção que os demais direitos. Consequentemente, são decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, estão aptos a gerar efeitos jurídicos, independentemente de concretização legislativa, ainda que mínimos, os quais devem ser diretamente aplicáveis, em razão da força normativa da Constituição. Assim, faz-se necessário que a Administração Pública efetive o direito ao lazer na sociedade, ainda que no tocante ao seu núcleo essencial à vida digna.

A metodologia utilizada é de cunho teórico, visando à obtenção de propostas que sejam capazes de adequar o estudo da eficácia dos direitos fundamentais sociais às peculiaridades do direito ao lazer, com a finalidade de situá-lo no contexto do mínimo existencial. A partir de abordagem dedutiva, pretende-se concluir no sentido da importância de se efetivar o direito social ao lazer, enquanto promotor do desenvolvimento pessoal e social dos indivíduos, através de políticas públicas consistentes, participativas, eficientes, de competência da Administração Pública e seus novos paradigmas. Os métodos de procedimento monográfico, de pesquisa bibliográfica e, argumentativo, por meio de estudo lógico-racional que analisa com rigor as contribuições do tema em pauta, auxiliarão na confecção dos resultados para a questão posta.

2 OS NOVOS PARADIGMAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉCULO XXI

Primeiramente, salienta-se que o presente estudo tem como objetivo principal a análise do direito fundamental ao lazer e suas peculiaridades, bem como a busca de soluções para aumentar a sua efetividade na sociedade. Isso porque, geralmente, este direito não recebe tratamento adequado pela ciência jurídica, sendo, muitas vezes, considerado supérfluo e de menor importância pelos operadores do direito e pelos poderes públicos.

Diante disso, objetiva-se pesquisar acerca da relevância da elaboração e execução de políticas públicas consistentes, voltadas para a concretização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, as quais podem caracterizar-se como caminhos eficazes e determinantes para a efetivação, também, do direito ao lazer.

As políticas públicas, de acordo com Ronald Dworkin (2002, p. 36), são aquelas atividades promocionais desenvolvidas, eficientemente pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil, a fim de alcançar objetivos específicos de interesse econômico, político ou social, como forma de se efetivar os direitos fundamentais e/ou o Estado Democrático de Direito.

Ou seja, políticas públicas são um conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na concretização dos objetivos e direitos fundamentais insculpidos na Constituição, sendo certo que a sociedade civil ganhou espaço de atuação na deliberação e execução dessas políticas públicas (BUCCI, 1996, p. 241).

Nesse sentido, afirma-se que a realização dos direitos fundamentais, principalmente dos sociais, através de políticas públicas, é função precípua da Administração Pública, no Estado Constitucional de Direito, já que esta é detentora dos instrumentos e dos agentes necessários para a execução destas políticas, que visam dar concretude e materialidade aos ditames constitucionais. Para Marcelo Marques (2008, p. 3):

Administração Pública é o instrumento de ação do Estado, estabelecido com o propósito de possibilitar o cumprimento de suas funções básicas, sobretudo as relativas à realização dos serviços indispensáveis à satisfação das necessidades coletivas. Conjunto de processos por meio dos quais os recursos públicos – materiais, humanos, financeiros e institucionais – são utilizados para a implementação das políticas públicas e a realização de obras e serviços demandados pelas necessidades coletivas.

Registre-se, que a Constituição é a principal referência de atuação do Poder Público, vinculando todas as ações estatais e exigindo que a Administração Pública cumpra suas

funções sempre de acordo com as disposições constitucionais. Vê-se, pois, que o Estado configura-se como verdadeiro instrumento de realização de tais disposições, consubstanciando-se em fonte de sua existência e legitimidade.

Diante disso, e levando-se em consideração que a elaboração e execução das políticas públicas são de competência da Administração Pública, torna-se necessário estudar as características desta, que, atualmente, vem passando por constantes transformações, especialmente, com o advento da Constituição de 1988 (CF/88).

Assim, através da afirmação e eficácia dos princípios constitucionais, houve uma redefinição das relações entre Estado e sociedade, passando-se ao reconhecimento dos cidadãos como detentores de poder político pela participação e controle dos serviços públicos. A participação social, enquanto atividade eminentemente política dos cidadãos, é um dos pressupostos do Estado Democrático e, ainda, uma das novas características do atual perfil administrativo, tornando-se imprescindível para o aperfeiçoamento das instituições públicas, seja do ponto de vista político, seja do ponto de vista jurídico.

Além disso, salienta-se que a partir da década de 90, o Estado passa a ter um significativo desenvolvimento com a Emenda Constitucional nº 19/1998 (conhecida como “reforma administrativa”), a qual acrescentou o princípio da eficiência e a instituição da administração pública gerencial, que também são novas facetas da Administração Pública. O objetivo da reforma era a superação não apenas da forma patrimonialista de administrar do Estado brasileiro, mas principalmente criticar e oferecer uma alternativa gerencial à administração pública burocrática, que permanecia dominante no Brasil, apesar de sua comprovada inadaptação às características do Estado moderno (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 12).

Por meio do modelo gerencial de administração pública pretendeu-se, então, abrir perspectivas para que o país contasse com um Estado que dispusesse de maior capacidade de garantir os direitos sociais porque mais eficiente; que fosse mais democrático, apoiando-se em um espaço público não-estatal fortalecido e em uma sociedade civil mais integrada e atuante; e que tivesse à sua disposição um corpo de administradores públicos mais qualificado, mais autônomo ao tomar decisões, e mais responsabilizado perante a sociedade.

Com isso, o Estado torna-se regulador das atividades dos serviços públicos, que passaram a ser oferecidos por entidades públicas e, também, por entidades privadas, mas ainda reguladas e fiscalizadas pelo Estado, obtendo como consequência um serviço público de maior qualidade, especializado e menos burocrático.

Portanto, o processo de reforma do Estado teve profundo impacto na redefinição do perfil institucional da Administração Pública, assim como nos valores que lhe informam. Tais mudanças sensíveis nos institutos de direito administrativo tem como necessidade organizar e limitar a ação orgânica do poder, com o intuito de proteger a segurança jurídica e os direitos fundamentais, através de mecanismos que valorizem a participação dos cidadãos nos processos de formação e execução da ação administrativa (MIRAGEM, 2011, p. 19).

Em vista disso, evidencia-se o esforço na direção da modernização do agir administrativo contemporâneo, procurando solucionar as deficiências do modelo de Administração Pública burocrática, experimentado anteriormente. Atualmente, busca-se trabalhar para a melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos, aproximando o governo da sociedade por meio das políticas públicas e do controle social dotado de consciência cidadã, dentro dos limites constitucionais e dos princípios basilares da atuação administrativa.

Infelizmente, não se está, ainda, diante de uma Administração Pública plenamente democrática, tendo em vista que inúmeros são os excessos autoritários cometidos por agentes públicos em todos os níveis da federação, demonstrando-se que a estrutura administrativa brasileira ainda encontra-se contaminada com resquícios antidemocráticos (OLIVEIRA, 2010, p. 15).

No entanto, os avanços dogmáticos do direito administrativo pátrio assinalam para o indispensável desenvolvimento da Administração Pública, que seja mais aberta e igualitária, vinculada com os valores constitucionais fundamentais e diligente com os anseios dos cidadãos. Percebe-se, pois, que as bases democráticas da Administração Pública estão em constante processo de ampliação.

Diante do exposto, objetiva-se, com o presente estudo, analisar os novos paradigmas da Administração Pública no século XXI, e como esse novo modo de atuação administrativa influencia no desempenho das funções administrativas e, conseqüentemente, na concretização de políticas públicas voltadas para a concretização de direitos fundamentais.

Pretende-se, ainda, analisar os princípios administrativos informadores da função administrativa, principalmente, o princípio da eficiência, que está intimamente ligado ao modelo estatal calcado na colaboração, informação, transparência, garantia dos administrados, simplificação de acesso aos serviços públicos e na qualidade destes. Destaca-se, também, a importância da administração participativa e consensual como meio de se efetivar uma Administração Pública mais democrática, essencial para o cumprimento dos direitos fundamentais.

Essa abordagem se justifica pelo fato de que a função administrativa e a prestação dos serviços públicos ainda se encontram muito arraigadas à burocracia e à legalidade estrita, que causam engessamento das estruturas da Administração Pública, comprometendo a execução de políticas públicas, necessárias para efetivação dos direitos dos administrados. Logo, é fundamental que haja reflexão, mudanças de atitude e criação de novos institutos no âmbito administrativo, para que organizações burocráticas, lentas e introspectivas percam espaço para as administrações modernas, capazes de gerar informações e de articular rapidamente sua estrutura para atender às demandas do interesse público.

Entretanto, como toda mudança de paradigmas, a modernização da Administração Pública também se dá de forma gradual e com a presença da resistência por parte de alguns gestores públicos. Por isso, a importância da articulação de esforços para expandir os horizontes conceituais dos gestores e da máquina administrativa e, dessa forma, combater as forças burocráticas internas que ainda emperram o processo de mudança, apostando-se na Administração consensual, democrática e participativa.

É essencial que a atuação administrativa se coadune com a realização do interesse público, e que o direito administrativo adote valores e mecanismos contemporâneos à nova realidade, atenta à participação, transparência, qualidade e cidadania, capazes de assegurar a boa administração, bem como a fruição de uma vida digna aos administrados.

2.1 As formas de Administração Pública no Brasil ao longo dos tempos

A reforma do aparelho do Estado que se deu na década de 90, consubstanciou-se como resposta à crise estatal generalizada, mas, também, como forma de defender o Estado enquanto coisa pública, ou seja, enquanto patrimônio público de todos e para todos. Nesse entoar, afirma-se que a defesa da coisa pública se realiza, nas democracias modernas, tanto num nível político, quanto num nível administrativo.

No tocante ao nível político, Marcelo Marques (2008, p. 33) aduz que:

[...] temos as instituições fundamentais da democracia, através das quais se defendem não apenas os direitos individuais e sociais dos cidadãos, mas também os “direitos públicos” à participação igualitária na coisa pública. As eleições livres e a liberdade de pensamento e de imprensa são formas de defender o cidadão e a coisa pública.

Além disso, diz-se que no plano político democrático, a participação e o controle direto da Administração Pública pelos cidadãos, de forma cada vez mais frequente, principalmente em âmbito local, é meio de defender a coisa pública.

Já no que diz respeito ao nível administrativo, sabe-se que a administração pública burocrática surgiu no século passado, intimamente ligada ao surgimento do Estado Liberal, como forma de defender a coisa pública contra o patrimonialismo. Percebeu-se, entretanto, que os custos dessa defesa podiam ser mais altos que os benefícios do controle, visto que o Estado crescia cada vez mais, assumindo grande responsabilidade pela defesa dos direitos sociais (MARQUES, 2008, p. 34). É nesse contexto, que tais práticas burocráticas vêm sendo substituídas, gradativamente, por novo tipo de administração, qual seja, a administração gerencial.

Diante do exposto, deve-se reconhecer que a reforma do aparelho do Estado não pode ser analisada fora da perspectiva da redefinição do seu papel ao longo dos tempos, de modo que se mostra importante observar as sucessivas modificações em suas atribuições, a partir do contexto histórico. Desse modo, verifica-se que a Administração Pública já evoluiu, basicamente, através de três modelos – a administração patrimonialista, a burocrática e a gerencial –, as quais se sucederam no tempo, mas sem que qualquer uma delas fosse inteiramente abandonada.

O patrimonialismo existente no Brasil possui raízes profundas no Estado patrimonialista português, e era ainda bastante dominante até os anos 30, sob a forma do clientelismo (BRESSER-PEREIRA, 1998, p.163). Até os anos 30, o desenvolvimento do país pautou-se por forte influência conservadora das oligarquias agrárias, por propósitos centralizadores do poder imperial ou pela lógica de consolidação das fronteiras.

Acerca da administração pública patrimonialista, Marcelo Marques (2008, p. 34) afirma que:

[...] no patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona com uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem *status* de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada da *res principis*. Em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. No momento, em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Neste novo momento histórico, a administração patrimonialista torna-se uma excrescência inaceitável.

Nessa época, mais especificamente em 1936, inicia-se, durante o governo Getúlio Vargas, a Reforma Burocrática, promovida por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes, com o

intuito de substituir a administração patrimonial. Tem-se a criação do Conselho Federal do Serviço Público Civil, que se transformou mais tarde no DASP⁴ (Departamento Administrativo do Serviço Público), representando a afirmação dos princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica. Para Marcelo Marques (2008, p. 35):

A Administração Pública burocrática surge na segunda metade do século XIX, na época do Estado Liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Constituem princípios orientadores do seu desenvolvimento a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional legal. Os controles administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre *a priori*. Parte-se de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Por isso, são sempre necessários controles rígidos dos processos, como por exemplo, na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a exigências. Por outro lado, o controle – a garantia do poder do Estado – transforma-se na própria razão de ser do funcionário. Em consequência, o Estado volta-se para si mesmo, perdendo a noção de sua missão básica, que é servir à sociedade.

É importante ressaltar que a reforma burocrática possui aspectos positivos, tais como, a difusão de ideias e práticas modernizadoras de administração, destacando-se o sistema de mérito para ingresso e promoção no serviço público; a concepção do orçamento como plano de trabalho; a adoção da simplificação, padronização e racionalização como normas para aquisição de materiais; a institucionalização do treinamento e aperfeiçoamento dos funcionários públicos; a divulgação da teoria administrativa originada dos países mais adiantados do mundo ocidental; a formação de um pequeno grupo de especialistas em administração, que se espalharam por uma série de órgãos da administração pública; etc.

Por outro lado, os aspectos negativos se referem, principalmente, à ênfase exagerada no controle; à forte centralização no DASP e à estrita observância de normas gerais e inflexíveis, levando à criação de um sistema administrativo caracterizado por um alto grau de formalismo, no qual há considerável discrepância entre as normas e a realidade (BRESSER-PEREIRA, 1988, p. 165).

⁴ As principais realizações do DASP em sua fase pioneira foram: a aplicação, geral e uniforme, dos critérios que presidiram à classificação de cargos estabelecida na Lei nº 284; sua insistência no ‘sistema de mérito’, já então não limitado aos concursos para ingresso em serviço, mas também ampliando-se e estendendo-se mediante a avaliação do desempenho funcional, consagrada no Regulamento de Promoções de 1938; sua participação ativa na elaboração de um projeto de Estatuto dos Funcionários Públicos Civis; sua iniciativa no sentido de organizarem-se serviços de pessoal, nos quais, além das funções tradicionais, surgia pela primeira vez uma Seção de Assistência Social; sua iniciativa de propor a organização e execução, anualmente, a partir de 1939, de um programa de aperfeiçoamento de funcionários públicos no estrangeiro (WAHRlich, 1983, p. 161 apud BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 165).

Assim, diz-se que a qualidade fundamental da administração pública burocrática é a efetividade no controle dos abusos, enquanto que seu defeito é a ineficiência, a autorreferência, a incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos, vistos como clientes. Tal defeito, no entanto, não se apresentou determinante quando do surgimento da administração burocrática, uma vez que os serviços do Estado eram reduzidos, e este se limitava a manter a ordem e administrar a justiça, a garantir os contratos e a propriedade.

Entretanto, com o colapso do regime autoritário de Getúlio Vargas, em 1945, a reforma burocrática começa a perder seu respaldo⁵ e, mesmo com uma fase de novas tentativas de retomada do ímpeto inicial, os esforços empregados para a concretização da reforma administrativa não alcançaram aprovação formal (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 166). Dessa forma, além da Reforma Burocrática não ter se completado no Brasil, ficou evidente, desde o início dos anos 60, que a utilização dos princípios rígidos da administração pública burocrática constituía-se em empecilho ao desenvolvimento econômico do país. Nas palavras de Marcelo Marques (2008, p. 28):

No passado, constituiu grande avanço a implementação de uma administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos, os quais se contrapunham ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo, vícios estes que ainda persistem e que precisam ser extirpados. Mas o sistema introduzido, ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos e não dos resultados, revelou-se lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica.

Em vista disso, tem início, durante o regime militar, a Reforma Desenvolvimentista de 1967, realizada por meio do Decreto-Lei nº 200⁶, que procurou substituir a administração pública burocrática pela “administração para o desenvolvimento”. É a primeira reforma administrativa significativa depois daquela ocorrida nos anos 30 (Reforma Burocrática), que

⁵ Nos cinco anos seguintes, a reforma administrativa seria conduzida como uma ação governamental rotineira e sem importância, enquanto práticas clientelistas ganhavam novo alento dentro do Estado brasileiro (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 166).

⁶ Em linhas gerais, o Decreto-Lei nº 200, de 1967, estabelece: a) cinco princípios fundamentais da reforma: planejamento, descentralização, delegação de competência, coordenação (especialmente na execução dos planos e programas da Administração) e controle; b) o planejamento para o desenvolvimento implicava, então, na expansão das empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), enquanto a descentralização levava à disseminação dos órgãos dotados de ampla autonomia administrativa (fundações públicas de direito privado criadas pelo Estado) e semi-independentes (autarquias); c) a delegação de competência e autoridade requeria o fortalecimento e expansão do sistema do mérito, sobre o qual se estabeleciam diversas regras; d) nas disposições referentes ao pessoal civil foram estabelecidas diretrizes gerais para um novo Plano de Classificação de Cargos; e) quanto aos ministérios e respectivas áreas de competência, houve o reagrupamento de departamentos, divisões e serviços em 16 ministérios (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 170).

refletindo o caráter dominante dos problemas referentes à industrialização e ao desenvolvimento econômico, faz crítica à administração burocrática e propõe uma alternativa.

Esta reforma pretendia, dentre outras coisas, “[...] distinguir com clareza a administração direta da administração indireta, e garantir às autarquias e fundações desse segundo setor, e também às empresas estatais, uma autonomia de gestão muito maior do que possuíam anteriormente” (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 167). A partir de então, cria-se convicção clara de que um serviço público profissional, competente e dotado de autonomia, livre das amarras burocráticas, seria fundamental para recuperar o desenvolvimento, paralisado desde a crise econômica iniciada em 1961.

Em síntese, a Reforma Desenvolvimentista foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, sendo considerada por muitos como o primeiro momento da administração gerencial no Brasil⁷. Todavia, o Decreto-Lei nº 200 trouxe duas consequências repentinas e indesejáveis, quais sejam: a permissão de contratação de empregados sem o devido concurso público, facilitando a sobrevivência de práticas patrimonialistas; e a não preocupação com as mudanças no campo da administração direta, que foi entendida pejorativamente como burocrática e rígida, acarretando a falta de concursos e de desenvolvimento de carreiras de altos administradores⁸.

Nesse ínterim, afirma-se que tal reforma restou anulada pelo novo regime instalado no Brasil em 1985, seja em razão de ter sido uma iniciativa do regime militar que então governava o país, seja por faltar-lhe alguns conceitos fundamentais para a reforma gerencial, seja finalmente porque não foi dada a devida importância para o fortalecimento do núcleo estratégico do Estado. Nas palavras de Bresser-Pereira (1998, p. 173):

⁷ Toda ênfase foi dada à descentralização mediante a autonomia da administração indireta, a partir do pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada. O Decreto-Lei promoveu a transferência das atividades de produção de bens e serviços para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, consagrando e racionalizando uma situação que já se delineava na prática. Instituíram-se como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, a descentralização e o controle dos resultados. Nas unidades descentralizadas, foram utilizados empregados celetistas, submetidos ao regime privado de contratação de trabalho. O momento era de grande expansão das empresas estatais e das fundações. Por meio da flexibilização de sua administração, buscava-se uma maior eficiência nas atividades econômicas do Estado, e se fortalecia a aliança política entre a alta tecnoburocracia estatal, civil e militar, e a classe empresarial (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 172).

⁸ O núcleo estratégico do Estado foi, na verdade, enfraquecido indevidamente por meio de uma estratégia oportunista do regime militar, que, em vez de se preocupar com a formação de administradores públicos de alto nível selecionados por concursos públicos, preferiu contratar os escalões superiores da administração por intermédio de empresas estatais. Desta maneira, a reforma administrativa embutida no Decreto-Lei nº 200 ficou pela metade. Surgiu, com a contratação por empresas estatais, uma burocracia pública de alta qualidade, bem preparada, bem paga, que teve um papel fundamental na execução de projetos de desenvolvimento industrial de então (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 173).

[...] o modelo estatista de desenvolvimento [...] entrava em crise final. Crise fiscal, crise do intervencionismo estatal e da exagerada proteção à indústria nacional. Entrava em crise a aliança burocrático-capitalista dominante desde 1964, na medida em que a burguesia rompia sua aliança política com a burocracia civil e militar no poder (Bresser Pereira, 1978, p. 1985). A crise política, depois de um longo processo de negociação, levaria à transição democrática no início de 1985, era portanto também uma crise da burocracia estatal, na medida em que esta se identificava com o sistema autoritário em pleno processo de degeneração.

Vê-se, pois, que após a crise da reforma desenvolvimentista tem início, no Brasil, a transição democrática, que, no entanto, não acarretou verdadeira reforma da Administração Pública. Ao contrário, significou a retomada dos ideais burocráticos dos anos 30 no plano administrativo, e a tentativa de retorno do populismo dos anos 50, no plano político.

Isso porque, a centro-esquerda burocrática, desenvolvimentista e nacionalista continuava poderosa e dominante em nosso país, exercendo grande influência na elaboração do capítulo da Administração Pública da Constituição de 1988⁹. Esta consagrou, então, princípios de uma administração arcaica, burocrática ao extremo, altamente centralizada, hierárquica e rígida, em que toda a prioridade direcionava-se à administração direta ao invés da indireta (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 175).

Acerca desse assunto, Humberto Falcão Martins e Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Júnior (2010, p. 357) aludem:

Estava em pauta um novo modelo de estado, o estado pleno de direito, democrático e social plasmado na constituição de 1988, e uma nova administração pública que deveria garantir o controle político democrático das instituições burocráticas. Estava montado o palco para o maior erro da história da administração pública brasileira: já que a autonomia tinha sido um problema histórico do processo de construção burocrática, tão mal utilizada para proporcionar escapes e predações, a solução seria acabar com a autonomia, jogando-se todas as instituições na vala comum da administração direta [...] e submetê-las todas aos controles padrão. Em vez de adotar um modelo de organização governamental diferenciado, de fato e, no seu bojo, encetar formas mais eficazes de orientação e regulação da autonomia correspondentes, optou-se por cassá-la, restringi-la. Olhou-se pelo retrovisor, inspirando-se no modelo daspeano, sem levar em conta sua ineficácia em contextos de alta complexidade. Havia na constituição de 1988 uma enorme incongruência entre o modelo de estado e o modelo de administração pública que lhe daria sustentação.

⁹ A Constituição de 1988 permitiu que uma série de privilégios fossem consolidados ou criados. Privilégios que foram ao mesmo tempo um tributo pago ao patrimonialismo, ainda presente na sociedade brasileira, e uma consequência do corporativismo que recrudesciu com a abertura democrática, levando todos os atores sociais a defender seus interesses particulares como se fossem interesses gerais. O mais grave dos privilégios foi o estabelecimento de um sistema de aposentadoria com remuneração integral, sem nenhuma relação com o tempo de serviço prestado diretamente ao Estado (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 176).

Bresser Pereira (1998, p. 175), reforçando o que foi exposto acima, reitera:

A Constituição de 1988 ignorou completamente as novas orientações da administração pública. Os constituintes e, mais amplamente, a sociedade brasileira revelaram nesse momento uma incrível falta de capacidade de ver o novo. Perceberam apenas que a administração burocrática clássica, que começara a ser implantada no país nos anos 30, não havia sido plenamente instaurada. Viram que o Estado havia adotado estratégias descentralizadoras – as autarquias e as fundações públicas – que não se enquadravam no modelo burocrático-profissional clássico. Notaram que essa descentralização havia aberto espaço para o clientelismo, principalmente ao nível dos estados e municípios – clientelismo esse que se acentuara após a redemocratização. Não perceberam que as formas mais descentralizadas e flexíveis de administração, que o Decreto-Lei nº 200 havia consagrado, eram uma resposta à necessidade de o Estado administrar com eficiência as empresas e os serviços sociais. E decidiram completar a Reforma Burocrática e a ela se ater, ao invés de pensar nos princípios da administração pública gerencial, que estava sendo implantada em alguns países do primeiro mundo.

Os constituintes de 1988, desse modo, não perceberam a crise fiscal, e muito menos a crise do aparelho do Estado, sendo que somente em 1990 é que tem início a mudança de perspectiva. A partir daí, percebe-se a necessidade no sentido de dotar o Estado de novas formas de intervenção mais leves e da administração não apenas profissional, mas também eficiente e orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.

Ou seja, começa-se a atentar acerca da indispensabilidade de reforma que refletisse as novas circunstâncias emergentes no Brasil àquela época, dentre as quais se destaca os novos paradigmas gerenciais: a ruptura com as estruturas centralizadas, hierárquicas, formalizadas e piramidais e sistemas de controle “tayloristas”¹⁰ são elementos de uma verdadeira revolução gerencial em curso, que impõe a incorporação de novos referenciais para as políticas relacionadas com a administração pública, virtualmente enterrando as burocracias tradicionais e abrindo caminho para nova e moderna burocracia de Estado (PIMENTA, 1994, p. 03).

¹⁰ A reforma Burocrática tinha como objetivo realizar a modernização administrativa, tendo sido criado o Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, em 1936. Nos primórdios, a administração pública sofre a influência da teoria da administração científica de Taylor, tendendo à racionalização mediante a simplificação, padronização e aquisição racional de materiais, revisão de estruturas e aplicação de métodos na definição de procedimentos (MARQUES, 2008, p. 38).

Compreendido, pois, que a burocracia weberiana clássica¹¹ estava superada, era preciso encontrar novo paradigma, que teve início em 1995, através das primeiras bases da Reforma Gerencial do Estado e da Emenda Constitucional nº 19/1998. De acordo com Marcelo Marques (2008, p. 35):

Administração pública gerencial emerge na segunda metade do século XX como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública – a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – torna-se então essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.

A administração pública gerencial constituiu avanço, mas não negou todos os princípios da administração pública burocrática. Ao contrário, conserva alguns destes princípios, embora flexibilizados, a exemplo da admissão segundo critérios rígidos de mérito, da existência de sistema estruturado de remuneração, das carreiras, da avaliação constante de desempenho, etc. A principal diferença entre estes dois modelos está na forma de controle: a administração pública gerencial deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados.

Pode-se dizer, portanto, que na administração pública gerencial, a estratégia volta-se: 1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade; 2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que atinja os objetivos contratados; e 3) para o controle ou cobrança *a posteriori* dos resultados (MARQUES, 2008, p. 36). Além disso, destaca-se que se trata de modelo permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil, deslocando a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins).

Esse paradigma gerencial contemporâneo, que se tornou realidade no mundo desenvolvido, fundamenta-se nos princípios da confiança e da descentralização da decisão, exigindo formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade e contrapondo-se ao formalismo e rigor técnico excessivos

¹¹ No que diz respeito à administração dos recursos humanos, durante a reforma burocrática, o DASP representou uma tentativa de formação da burocracia nos moldes weberianos, baseada no princípio do mérito profissional (MARQUES, 2008, p. 38).

da burocracia clássica. Diante disso, frise-se que esta adoção de valores e de comportamentos modernos no interior do Estado, promovendo o aumento da qualidade e da eficiência dos serviços sociais oferecidos pelo setor público aos cidadãos, é essencial para concretização das políticas públicas de direitos fundamentais, principalmente, dos direitos sociais, como se verá a seguir.

2.2 Reforma e modernização da Administração Pública: em busca de um novo agir administrativo

Conforme visto anteriormente, a Reforma Gerencial da Administração Pública, que teve início em 1995, voltava-se para a afirmação da cidadania no Brasil, por meio da adoção de formas modernas de gestão no Estado, que possibilitassem atender, democraticamente, as demandas da sociedade. Fazendo uso melhor e mais eficiente dos recursos limitados disponíveis, a reforma tinha como objetivo contribuir para o desenvolvimento do país e tornar viável a garantia mais efetiva dos direitos sociais, rompendo com a visão burocrática e as forças patrimonialistas e corporativistas, ainda muito arraigadas na organização administrativa.

Diante disso, e levando em consideração o contexto histórico dos modelos de Administração Pública no Brasil, vistos no tópico anterior, percebe-se que os processos de reformas sempre surgem como necessidade de modificação e modernização das estruturas administrativas, buscando-se novo modo de agir, mais consentâneo com a realidade vivida e com o interesse público. Todavia, algumas diferenciações e esclarecimentos se fazem imprescindíveis, neste momento.

De acordo com Gustavo Justino de Oliveira (2010, p. 37), a reforma administrativa exprime uma das vertentes da reforma do Estado, representando o conjunto de medidas orientadas a modificar as estruturas, organização, funcionamento, tarefas e instrumentos da Administração Pública, com o propósito de melhor capacitá-la para servir aos fins do Estado e aos interesses da sociedade. Ou seja, trata-se de conjunto sistemático de medidas aptas a melhorar a Administração Pública de determinado país, tornando-a mais eficiente na concretização de seus fins e mais coerente com os princípios que a regem.

Diz-se que a dinâmica da reforma do Estado constitui-se em fenômeno transformador de grandes proporções e amplitude, receptor do influxo de demandas, pleitos, reivindicações e proposições de toda ordem, com predomínio daqueles de natureza político-ideológica.

Por sua vez, modernizar sugere mudanças direcionadas a provocar um conjunto de adaptações de dada realidade aos novos tempos. E da ação modernizante não decorre, necessariamente, alterações profundas, mas sim intervenções mais pontuais, capazes de promover constantes ajustes na estrutura prévia, diante do transcurso do tempo e da evolução do cenário no qual o objeto a ser modernizado está inserido (OLIVEIRA, 2010, p. 40).

Diante do exposto, afirma-se que a modernização do Estado é menos complexa que a reforma, pois, enquanto esta se traduz numa intensa e enérgica intervenção nas estruturas e modo de funcionamento estatais, aquela garante permanente processo de ajustes e adaptações de sua organização e funções aos novos tempos, tonando dispensável a instituição de constantes reformas para cumprir tal objetivo e se caracterizando pela perenidade.

No caso brasileiro, a chamada Reforma Gerencial, como o próprio nome diz, configurou, de fato, verdadeira reforma da Administração Pública, possuindo como instrumento legitimador de maior importância a Emenda Constitucional nº 19/1998. Ela caracterizou-se pela transformação da Administração Pública brasileira de burocrática em gerencial, buscando como resultados a incorporação da eficiência na Administração Pública e o rompimento com formatos jurídicos e institucionais rígidos e uniformizadores (OLIVEIRA, 2010, p. 48).

De acordo com Luiz Carlos Bresser Pereira (1998, p. 18), é preciso não confundir a Reforma Gerencial com a emenda constitucional, apresentada pelo governo em 1995, conhecida como “reforma administrativa”:

A reforma constitucional é parte fundamental da Reforma Gerencial, uma vez que mudou instituições normativas fundamentais e promoveu um debate nacional que a tornou emblemática da reforma maior, mas existem muitas mudanças que são infraconstitucionais [...] Por outro lado, a Reforma Gerencial implica uma mudança cultural, que está ocorrendo. A aceitação das ideias do Plano Diretor pela alta burocracia pública, que compreendeu que seu objetivo é fortalecer sua capacidade de gestão, é uma indicação dessa mudança. E implica uma mudança nas formas de gestão, com o uso da gestão de qualidade, que está em curso.

Salienta-se, ainda, que o processo de reforma, tanto em nível constitucional, quanto em nível cultural, trata-se de processo lento e difícil, podendo durar vários anos para ser implementado. No tocante à reforma constitucional brasileira, proposta em 1995, sabe-se que durou cerca de três anos para ser aprovada, tendo enfrentado reações de hostilidade, descrença e perplexidade, num primeiro momento.

Hostilidade da parte daqueles que estavam comprometidos com a velha visão burocrática da administração pública, seja por uma questão ideológica, seja por sentirem ameaçados em seus privilégios. Perplexidade da parte dos que se viram diante de uma proposta inovadora, que mudava a agenda do país, e não tinham ainda tido tempo para avaliar as novas ideias. Descrença da parte dos que, aceitando a proposta de reforma, sentiam que os interesses corporativos e patrimonialistas contrariados eram fortes demais (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 19).

Desse modo, apesar de muitos pensarem que o país não estaria preparado para a proposta de reforma, a verdade é que aquela perspectiva ideológica pautada no egoísmo dos políticos e administradores públicos, que atuavam num modelo estatista e burocrático de administração (intrinsecamente ineficiente e historicamente autoritário) foi substituída por novo agir administrativo. Essa nova prática administrativa, que se baseia nos princípios da Reforma Gerencial, pressupõe que a Administração Pública esteja mais voltada para os anseios dos cidadãos, tendo como pressuposto e objetivo central a democracia.

Tendo em vista, portanto, a diferenciação entre reforma e modernização e, ainda, levando-se em conta os obstáculos institucionais enfrentados por vários países para a implantação de suas reformas de Estado, constata-se que existe tendência mundial dos processos de transformação do Estado contemporâneo em seguir a linha da política de modernização da gestão pública, denominada por Odete Medauar (2003, p. 134) de “reforma administrativa por ações contínuas”. Além do mais, a política estatal de modernização é mais consentânea com o que a sociedade contemporânea espera do Estado: atualização constante frente às demandas sociais, promoção dos necessários ajustes e afastamento de indesejáveis distorções em sua estrutura e funcionamento, gerando maiores benefícios à população.

Analisando-se, especificamente, o caso da Administração Pública brasileira, que já teve suas estruturas profundamente modificadas através da Emenda Constitucional nº 19/98 e da Reforma Gerencial, harmônicas com o regime democrático instaurado no Brasil, constata-se que, hoje, mostram-se mais interessantes apenas eventuais modernizações, no sentido de que o agir administrativo esteja sempre compatível e adaptado à realidade social, em constante evolução.

Considerando-se o que foi descrito acima e o cenário atual da Administração Pública, pode-se dizer que dos movimentos reformadores e modernizadores é possível extrair novas características da atuação administrativa, tais como, privatizações e desregulamentações, busca da qualidade na prestação dos serviços públicos, desconcentração e descentralização, maior participação das organizações não-governamentais na gestão dos serviços, tentativas de

redução do hiperpositivismo jurídico, propostas de promoção de um ajuste fiscal para a eliminação do déficit público, criação de instrumentos de combate à corrupção, etc.

Além dessas inúmeras propostas delineadas na situação de reforma do Estado e modernização da Administração Pública, ressalta-se a necessidade de adotar novas metodologias administrativas que possibilitem uma gestão mais rápida, econômica e transparente. Um exemplo é o contrato de gestão¹², mencionado diversas vezes no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado¹³. Ele se caracteriza como nova forma de administrar, em que predominam as técnicas dialógicas e as funções de interação e negociação entre órgãos e entidades administrativas, permitindo melhor avaliação do desempenho e controle dos resultados do agir administrativo.

Por sua vez, Odete Medauar (2003, p. 133), lista as seguintes características acerca dessa nova forma de atuar da Administração Pública:

[...] maior sensibilidade quanto aos direitos dos cidadãos, que implica valorização do cidadão; identificação e aplicação de índices de qualidade, de padrões de produtividade e avaliação da satisfação dos usuários de serviços públicos; quebra total ou parcial de monopólios; regulação de setores privatizados e de atividades sensíveis, sobretudo mediante agências reguladoras ou autoridades independentes; estímulo à concorrência nos serviços públicos; ampliação das parcerias público-privadas; forte descentralização; simplificação de procedimentos; deslegificação, entendida como maior atribuição de poder normativo à cúpula do Poder Executivo, a agências reguladoras ou ainda a entes locais e ao próprio setor a ser regulado (auto-regulação total ou parcial); controle de gestão e incentivo à participação dos cidadãos isolados ou associados na tomada de decisões.

A reforma e modernização do Estado demonstram ser não apenas um conjunto de providências jurídico-normativas necessárias ao redesenho das instituições, mas fenômeno multifacetado que envolve a mudança da cultura administrativa, a adoção de novas técnicas de gestão, bem como a redefinição das relações entre Estado e a sociedade, devendo ter um caráter contínuo.

Portanto, conclui-se que o modo de ser e atuar da Administração Pública contemporânea, bem como seus novos valores e características, provenientes dos processos de

¹² Trata-se de um instrumento originário da administração por objetivos, por meio do qual são ampliadas as autonomias gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração pública, com a estipulação de metas de desempenho e fixação negociada de resultados, os quais deverão ser atingidos a partir da execução de uma série programada de atos (programação derivada), cuja finalidade é conferir efetividade a planos, programas e políticas públicas (programação originária), promovendo assim a eficiência na gestão pública (OLIVEIRA, 2010, p. 49).

¹³ O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado é considerado como o documento oficial que contém as principais informações e orientações sobre a reforma administrativa brasileira iniciada em 1995 (OLIVEIRA, 2010, p. 46).

reforma e modernização, repercutem diretamente na configuração dos conceitos e institutos do direito administrativo e, principalmente, na qualidade e eficiência da atuação estatal. Tal eficiência administrativa só poderá ser viabilizada, porém, se contar com a existência de regime democrático efetivo e com a obediência aos mandamentos constitucionais e aos princípios administrativos, como será examinado ao longo do trabalho.

2.3 A importância dos princípios administrativos na atuação da Administração Pública contemporânea

A Constituição de 1988 elenca em seu artigo 37, *caput*, os principais princípios que a Administração Pública deve obedecer quando de sua atuação, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Destaca-se, contudo, que o novo perfil da Administração, no século XXI, requer que tais princípios sejam interpretados de tal forma que consigam alcançar os novos objetivos da atuação administrativa contemporânea, tais como, a participação social nas decisões de interesse público, a transparência, colaboração, garantia dos administrados, informação, simplificação do acesso aos serviços públicos, bem como sua qualidade, dentre outros.

O princípio da legalidade, por exemplo, em sua concepção clássica, preconizava o condicionamento da ação administrativa à prévia existência de lei que a autorizasse, entendendo-se a própria aceção formal da lei como produto do processo legislativo ordinário do parlamento (MIRAGEM, 2011, p. 214). Entretanto, esta visão encontra-se superada, devido, principalmente, à centralidade da Administração Pública diante de novas incumbências que foram atribuídas ao Estado em matéria de serviços públicos nos últimos anos.

Além disso, há a admissão de maior nível de autonomia da ação administrativa, em vista da tendência, cada vez maior, de atribuir prerrogativas de criação normativa ao Poder Executivo. Assim:

[...] a própria noção de legalidade desprende-se do significado tradicional da lei parlamentar, para significar concepção mais ampla de juridicidade da ação administrativa, associada a uma concepção de legalidade substancial cuja centralidade desloca-se para a Constituição e seu sistema de direitos e garantias fundamentais do indivíduo (MIRAGEM, 2011, p. 215).

Não há, pois, como se admitir, hoje, a concepção tradicional de estrita vinculação da Administração à lei, a ponto de torná-la mera executora de comandos legais pré-existentes.

Isto é, não se pode deixar de reconhecer ao poder normativo, de que é titular a Administração Pública, função que, se deve respeitar a lei, não se limita exclusivamente à reprodução desta, mas se subordina à juridicidade da ação administrativa, ou seja, de todo o sistema de normas (regras e princípios) constitucionais e legais. Conforme pondera Ricardo Marcondes Martins (2015, p. 57):

[...] muitos afirmam que a Administração Pública está submetida à legalidade em sentido lato, considerada a legalidade como “bloco de legalidade”, abrangendo além das leis, os princípios constitucionais. A Ciência não tolera ambiguidades, por isso, rejeita-se essa terminologia: a Administração Pública está submetida à juridicidade, não só às normas postas pelo legislador, mas também aos princípios constitucionais e às normas postas pela própria Administração.

A Administração Pública vincula-se, portanto, à finalidade de interesse público e a ausência de lei formal, por si só, não impede a atuação administrativa. Isto porque, haverá hipóteses que exigirão a urgente intervenção normativa da Administração Pública, visando à operacionalidade e estabilidade de determinadas situações jurídicas.

Com relação à noção de impessoalidade, pode-se dizer que ela deriva da igualdade de tratamento. Assim, atende-se ao princípio da impessoalidade a ação da Administração Pública que não distingue entre seus destinatários, ou quando o faz, baseia-se em critério juridicamente adequado (previsto pela ordem jurídica).

De acordo com Bruno Miragem (2011, p. 335), a impessoalidade em relação à Administração Pública pode ser interpretada sob dois diferentes aspectos: a) impessoalidade tomada como imparcialidade da Administração na sua atuação concreta, no sentido de não distinguir entre os cidadãos na distribuição de bens e encargos públicos, exceto quando presente critério racional e juridicamente adequado que o admita; e b) impessoalidade tomada como igualdade de acesso ao Estado, mediante procedimentos pelos quais quem tenha por objetivo vincular-se formalmente à Administração, deva submeter-se a processo de seleção que contemple critérios objetivos de aferição de vantagens, qualidades e/ou méritos, de modo a assegurar, ao máximo, a realização do interesse público.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 62), certifica que a impessoalidade pode se relacionar à finalidade pública, de modo que se a Administração Pública beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas está ofendendo a impessoalidade ao atuar com desvio de finalidade pública. Além disso, pela impessoalidade entende-se que a ação do agente público

que promove determinada atividade administrativa não se caracteriza como sua realização pessoal, mas da entidade pública a que se refere.

No que diz respeito ao princípio da moralidade, sabe-se que sua origem associa-se à insuficiência do paradigma da legalidade como forma de assegurar a correção e a observância dos fins da ação administrativa (moralidade como condição de regularidade da ação administrativa). O conteúdo desse princípio conduz a significados que cobrem ampla superfície da ação administrativa, como por exemplo, a exigência de condutas pautadas pela seriedade e objetividade por parte da Administração, o respeito à impessoalidade no exercício da atuação estatal, a fidelidade aos objetivos da ação administrativa, promoção do bem comum, promoção eficiente dos objetivos por parte dos agentes públicos, dentre outros (MIRAGEM, 2011, p. 286).

Assim, pode-se afirmar que a moralidade administrativa constitui espécie de princípio geral abrangente, incidindo tanto na conformação e/ou controle da ação da Administração Pública, quanto na imposição de padrões de conduta aos agentes públicos, vinculando-o ao agir de modo honesto, leal e sempre direcionado à realização do interesse público. Desse modo, o princípio da moralidade ilumina e legitima a ação da Administração Pública, ao vincular a ação administrativa ao interesse público e ao respeito aos direitos fundamentais dos administrados, resultando num dever de probidade a ser observado pelos agentes públicos em geral (MIRAGEM, 2011, p. 305).

Corroborando tal entendimento, Ricardo Marcondes Martins (2015, p. 56) clarifica:

Em suma: a moralidade administrativa, enquanto imposição do dever de observância das regras éticas objetivas, possui viés objetivo, impõe à Administração Pública o dever de ser leal, íntegra, honesta; e viés subjetivo, impõe ao agente público o dever de ser honesto. Submete o exercício da função pública a um juízo objetivo e a um juízo subjetivo: ainda que o agente esteja de boa fé, é possível que a conduta se revele desleal, desonesta, objetivamente em descompasso com as regras éticas; ainda que a conduta atenda (ou pareça atender) ao interesse público, é possível que o agente, motivado por corrupção, perseguição, compadrio, se revele desonesto, subjetivamente em descompasso com as regras éticas.

Quanto ao princípio da publicidade, afirma-se que seu significado está associado tanto a termos formais (dar conhecimento ao público sobre o máximo de informações sobre a ação administrativa), quanto materiais (promover o acesso público de todos os interessados nos diferentes estágios de formulação, execução e avaliação das ações administrativas). Para Bruno Miragem (2011, p. 309):

[...] é possível identificar no princípio da publicidade três grandes eixos de significado: a) primeiro, como *mandado de otimização para a ação transparente dos agentes públicos e da própria Administração*, de modo a estabelecer como paradigma da ação administrativa a sua divulgação ao público, fomentando o controle e o acesso a informações sobre a condução dos assuntos públicos; b) segundo, a publicidade como *condição de validade e eficácia dos atos administrativos*, espécie de exigência formal que ao tempo em que se associa ao mandamento da transparência, igualmente condiciona que a atividade formal da Administração seja realizada às luzes claras, estabelecendo-se a ampla divulgação como regra e o sigilo ou reserva como situações excepcionais a serem observadas pelo agente público; c) por fim, publicidade vincula-se com *o acesso de qualquer interessado a dados e informações relativamente à ação da Administração Pública*. Neste particular, coaduna-se com a tendência de incremento de participação do cidadão nos assuntos da Administração Pública [...].

Dessa forma, pode-se dizer que o princípio jurídico constitucional da publicidade é o fundamento principal da adoção de políticas de transparência no âmbito da Administração Pública, resultando no direito de participação dos administrados no processo de tomada de decisão administrativa. Além disso, tal princípio surge como elemento de aproximação do Estado e da sociedade, especialmente para efeito de fiscalização e controle da ação administrativa pelos órgãos competentes e pelas vias previstas na legislação, fazendo com que a publicidade da ação administrativa converta-se em um dos principais aspectos de legitimação da Administração Pública.

Por fim, comenta-se acerca do princípio da eficiência, que foi acrescentado ao artigo 37 da Constituição de 1988, através da Emenda Constitucional nº 19/98. Trata-se da marca mais visível da reforma do Estado, exigindo condutas eficientes, como critério de avaliação sobre correção do procedimento dos agentes públicos e da própria atuação administrativa.

Este princípio surge com o intuito de evitar o acúmulo de atividades e a burocratização do quadro administrativo, que fez da Administração Pública um comércio de paternalismos e descasos, de comodismo e de más-administrações, gerando um “monstro ineficiente”, como já foi analisado anteriormente¹⁴.

¹⁴ A introdução do princípio da eficiência no artigo 37 da CF/88, por meio da Emenda Constitucional 19/98, pretendia aumentar a efetividade dos órgãos do Estado, por meio de uma administração baseada na descentralização das atividades para as unidades subnacionais e na desconcentração das decisões para os administradores das agências executoras de políticas públicas; na separação dos órgãos formuladores de políticas públicas, que se situam no núcleo estratégico do Estado, das unidades descentralizadas e autônomas, executoras dos serviços; no controle gerencial das agências autônomas, que deixa de ser principalmente o controle burocrático de procedimentos, realizado pelos próprios administradores e por agências de controle interno e externo, para ser, adicional e substitutivamente, a combinação de quatro tipos de controle (controle de resultados, controle contábil de custos, controle por quase-mercados, controle social); na distinção de dois tipos de unidades descentralizadas ou desconcentradas: as agências que realizam atividades exclusivas de Estado e os serviços sociais e científicos de caráter competitivo; na transferência para o setor público não-estatal dos

Para Bruno Miragem (2011, p. 44):

O conceito jurídico de eficiência da Administração Pública, então, abrange a organização da estrutura administrativa, assim como a conduta concreta dos agentes públicos, vinculados à promoção das finalidades da Administração Pública em favor dos administrados, devendo para tanto coordenar os esforços relativos aos custos financeiros da atuação administrativa com os interesses legítimos das partes envolvidas e de toda a coletividade, de modo a realizar tais fins da forma mais satisfatória possível. Implica, naturalmente, no dever de atualização da Administração, em relação a métodos e conhecimentos técnico-científicos acreditados, visando ao oferecimento dos melhores esforços com vistas à realização do interesse público, em acordo com a juridicidade da ação administrativa.

Desse modo, fica claro que a eficiência da Administração Pública relaciona-se ao melhor modo de realização de suas finalidades, do interesse público, o que coloca em destaque seu aspecto instrumental, como resultado de processo contínuo de redefinição das relações entre o Estado e a Sociedade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 83) afirma que a administração eficiente pressupõe qualidade, presteza e resultados positivos, constituindo-se, em termos de administração pública, em dever de mostrar rendimento funcional, perfeição e rapidez dos interesses coletivos.

Segundo Alexandre de Moraes (1999, p. 30), o princípio da eficiência:

[...] impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Nota-se que não se trata de consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação de serviços essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.

Como se percebe, o princípio da eficiência possui, de fato, lugar de destaque no direito administrativo contemporâneo. Primeiro, pela perspectiva de atualização da Administração Pública, influenciando em modelos de gestão focados em metas e resultados; e segundo porque, orienta a otimização dos recursos financeiros como base da atuação administrativa. Além disso, salienta-se que por meio da eficiência é possível avaliar a própria conduta do agente público, não mais sob o critério formal tradicionalmente associado ao

serviços sociais e científicos competitivos; na terceirização das atividades auxiliares ou de apoio, que passam a ser licitadas competitivamente no mercado, dentre outros (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 110).

exame sobre o modo de exercício do poder, mas em vista dos resultados alcançados (MIRAGEM, 2011, p. 42).

Logo, o princípio da eficiência vem assinalar a mudança de perfil da Administração Pública, perfil este que se preocupa com a qualidade, agilidade e credibilidade dos serviços públicos. Neste sentido, resta demonstrado que a burocracia emperra a Administração e que através da eficiência pode-se reverter tal quadro, principalmente com a simplificação dos procedimentos formais do agir administrativo, e no desenvolvimento de atividade administrativa mais congruente, oportuna e adequada aos fins a serem alcançados.

Da mesma forma, o princípio da eficiência vincula-se ao novo modelo de Administração Pública, caracterizado pela participação dos administrados e centrado na ponderação de interesses, de modo a assegurar que a atuação mais adequada à realização dos objetivos públicos se dê “com a finalidade de levar à eficiência de desempenho, sem incorrer em deficiência de juridicidade” (MOREIRA NETO, 2006, p. 236).

Além destes princípios expressos, importante salientar a existência de princípios implícitos que também estão em consonância com o novo perfil da Administração Pública contemporânea. Exemplo importante é o princípio da proteção da confiança na relação entre a Administração Pública e os administrados. Tal princípio exige do Estado-Administração comportamento coerente, pautado pela probidade e transparência, constituindo limite à modificação de certas situações jurídicas resultantes de ato administrativo, e é visto como decorrente do princípio da segurança jurídica, caracterizando a boa-fé ou a confiança que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.

Diante do exposto, reconhece-se a necessidade de que a Administração Pública cumpra com suas funções em estrita observância aos princípios acima descritos, já que se consubstanciam como a base do novo modo de atuação administrativa na contemporaneidade, voltada, sobretudo, para forma mais eficiente e democrática de agir.

2.4 O novo perfil da Administração Pública no Estado Democrático de Direito e sua importância para a efetivação de políticas públicas

Para se entender o novo perfil da Administração Pública contemporânea no contexto do Estado Democrático de Direito, faz-se necessário ter em mente que esta expressão (“Estado Democrático de Direito”) está ligada a dois conceitos jus-políticos. O primeiro

conceito, “Estado Democrático”, inclui, além da democracia representativa¹⁵, também e principalmente, a democracia participativa, de forma que nenhum poder e nenhuma função estatal restem imunes à participação popular. A democracia participativa surge, então, em face dos problemas enfrentados pela democracia representativa, para reforçar os controles sobre a atuação estatal. Nesse entoar:

[...] a democracia participativa baseia-se na abertura do Estado a uma participação popular maior do que admitida no sistema da democracia puramente representativa. Para tanto, a democracia participativa conta com instrumentos institucionais até certo ponto novos (iniciativa popular de leis, referendo), que importam na modificação do modo de atuação de todos os poderes estatais e na alteração do relacionamento Estado-sociedade (PEREZ, 2004, p. 32).

O segundo conceito, “Estado de Direito”, não pode mais ser considerado, hoje, como aquele organizado simplesmente com base na lei, mas sim como aquele que possui sua atuação pautada no Direito de uma forma ampla (incluindo a Constituição, os princípios gerais de direito, as leis e regulamentos), e que possui finalidades extrínsecas, como a promoção da liberdade, a realização dos direitos fundamentais e humanos e a aproximação entre sociedade e Estado. Clarificando tal ideia, Marcos Augusto Perez (2004, p. 38) elucida:

O segundo passo, logo, em busca de uma definição substancial ou material do Estado de Direito foi o alargamento da noção de legalidade, passando-se a compreendê-la não como mera conformidade das ações estatais à lei formal, mas como a conformidade dessas ações com o Direito. Essa aspiração de conformidade com o Direito conduziu, por sua vez, à extensão dos controles sobre a atividade estatal. No plano do Direito Administrativo, duas consequências importantes dessa evolução foram a admissão teórica dos seus princípios gerais e a vitória da ideia de supremacia da Constituição sobre o Direito Administrativo, fio condutor de uma maior democratização da Administração Pública e de suas formas de agir.

[...]

De fato, para o Estado de Direito não basta, hoje, a proteção da liberdade vista sob uma ótica restritiva, tipicamente liberal, que importaria na simples abstenção do Estado de intervir sob qualquer forma na vida social. Firma-se, outrossim, o papel do Estado na promoção da liberdade, entendida esta de forma ampla, identificada com os direitos fundamentais ou direitos humanos.

¹⁵ A democracia representativa e liberal fortaleceu-se e atingiu o ápice de seu prestígio entre o final do século XIX e o início do século XX em razão, principalmente, da gradativa universalização do sufrágio. Reconhecia-se, àquela época, como democrático o governo que preservava as liberdades públicas, os direitos fundamentais individuais e, mais tarde, também os sociais; o governo que evitava a concentração de poderes por meio da adoção do princípio da separação de poderes; e o governo submetido à lei e legitimado pela realização periódica de eleições, momento em que o “povo” exprimia sua “vontade suprema” e delegava aos seus mandatários o poder de governá-los por determinado período (PEREZ, 2004, p. 28).

O Estado Democrático de Direito é, assim, o Estado que veio com a Constituição Federal de 1988¹⁶, para tentar tornar a sociedade brasileira o mais possível organizada, subordinando os cidadãos e os órgãos estatais a esta Constituição e, fazendo dela meio para tentar alcançar a igualdade, construir uma sociedade livre, justa e solidária e garantir a prevalência dos direitos humanos.

Dessa forma, conclui-se que a submissão do Estado à lei e ao direito – ou ao princípio do Estado de direito – e à democracia – ou ao princípio democrático – gera consequências relevantes, que refletem no âmbito da legitimação e exercício do poder do Estado, em suas organizações político-institucionais e, principalmente, na outorga de direitos e garantias fundamentais, de ordem individual e coletiva (OLIVEIRA, 2010, p. 18).

Ou seja, a consagração, pela Constituição, da noção de Estado de direito implica na dupla finalidade de impor limites ao exercício do poder estatal e da criação de autêntica garantia constitucional aos cidadãos. De acordo com Karl Larenz (1985, p. 151), o Estado de direito visa impedir que “aqueles a quem eventualmente é confiado o exercício do poder estatal o utilizem de um modo distinto do sentido que impõe o Direito”.

No que diz respeito à democracia, Norberto Bobbio (1992, p. 18) assinala a possibilidade de caracterizá-la como “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”. Nesse sentido, a democracia relaciona-se intimamente à formação e atuação do governo.

Além disso, e partindo-se do pressuposto de que a titularidade do poder estatal, em um regime democrático, é conferida ao povo (ideia de soberania popular), extrai-se da concepção de democracia a noção de legitimidade, que pode ser concebida como a “submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência” (MOREIRA NETO, 1992, p. 65).

José Joaquim Gomes Canotilho (1992, p. 421) elucida que a consagração constitucional da noção de democracia (ou do Estado Democrático de Direito) tem a finalidade de erigi-la a autêntico princípio informador do Estado e da sociedade, e que o sentido constitucional desse princípio é a “democratização da democracia”, ou seja, a condução e a propagação do ideal democrático para além das fronteiras do território político. De acordo com Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2003, p. 331):

¹⁶ CF/88: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”.

[...] a Democracia corporifica-se como um processo dinâmico, próprio de uma sociedade que aceita o desenvolvimento do cidadão, proporcionando sua participação no processo político em condições de igualdade, o que reflete no campo econômico, político, social e jurídico.

Em vista do exposto, pode-se afirmar que, com a promulgação da Constituição de 1988, o capítulo referente à Administração Pública não sofreu mudança significativa num primeiro momento, tendo havido, ao contrário, retrocesso burocrático sem precedentes no modo de agir administrativo a partir do processo de transição democrática. No entanto, os valores democráticos que foram incluídos em nossa atual Constituição como objetivos do Estado, bem como a necessidade de um modelo administrativo que correspondesse, com eficiência, às demandas sociais, influenciaram diretamente no processo de transformação dos moldes da atuação da Administração Pública, num segundo momento.

Isto fez com que o quadro institucional concernente ao aparato administrativo brasileiro fosse bastante modificado, principalmente, a partir do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que diagnosticou a crise da administração pública brasileira e propôs a sua reforma no sentido da administração pública gerencial, e também da emenda constitucional (chamada pela imprensa de “a reforma administrativa”), que alterou o capítulo da Administração Pública. Defendendo que “a Reforma Gerencial se faz *na e para* a democracia” e, que a modernização do Estado no sentido de tornar a Administração Pública mais eficiente depende do regime democrático, essencial é a lição de Bresser Pereira (1998, p. 18):

A reforma é gerencial porque busca inspiração na administração das empresas privadas, e porque visa dar ao administrador público profissional condições efetivas de gerenciar com eficiência as agências públicas. É democrática porque pressupõe a existência de um regime democrático, porque deixa claro o caráter específico, político, da administração pública, e principalmente porque nela os mecanismos de controle, de caráter democrático, são essenciais para que possa haver delegação de autoridade e controle *a posteriori* dos resultados. É social-democrático porque afirma o papel do Estado de garantir os direitos sociais e lhe fornece os instrumentos gerenciais para fazê-lo, de forma não apenas mais democrática, mas, também, mais eficiente do que faria o setor privado. É social-liberal porque acredita no mercado como um ótimo, embora imperfeito, alocador de recursos; porque utiliza a estratégia da competição administrada em quase-mercados, para controlar as atividades sociais financiadas pelo Estado, por intermédio de entidades descentralizadas: as organizações pública não-estatais; e porque, embora reafirmando o dever do Estado de proteger os mais fracos [...] não é paternalista, não subestimando a capacidade de cada indivíduo de defender seus próprios direitos de cidadania, nem sua

capacidade de trabalhar, desde que se lhe ofereçam os devidos incentivos e oportunidades.

Atualmente, décadas após a entrada em vigor da atual Constituição e da introdução da Emenda Constitucional nº 19/98, pode-se falar em novo perfil da Administração Pública, que se encontra em constante construção e que apresenta dois aspectos essenciais: a) os efeitos da subordinação da Administração Pública à nova ordem constitucional, no contexto do Estado Democrático de Direito; e b) o fato da Administração Pública estar vinculada à nova técnica de legitimação de sua atuação, que se trata do procedimento ou processualidade administrativa (MIRAGEM, 2011, p. 45).

Quanto ao primeiro aspecto, salienta-se que a Constituição de 1988 estabeleceu no Brasil novo paradigma jurídico-constitucional aplicável às relações entre o Estado e o indivíduo. Este novo paradigma se dá através do destaque, pelo texto constitucional, aos direitos fundamentais, seja como direitos fundamentais de proteção da pessoa em relação ao Estado, seja como direitos fundamentais de prestação, exigindo do Estado-Administração que assegure acesso a uma série de bens considerados essenciais à vida digna.

A penetração dos valores constitucionais no direito administrativo exige transformações até mesmo no próprio modo de aferição da vontade da Administração Pública, tendo em vista que se recorre, agora, a mecanismos que atribuam maior participação aos administrados na formação da vontade administrativa. Diante disso, registre-se que a nossa atual Constituição trata de parte considerável da atividade administrativa, no pressuposto de que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da Administração, pois os princípios da democracia não podem se limitar a reger as funções legislativa e jurisdicional, contribuindo, também, para a democratização da Administração Pública brasileira.

Há, então, a mitigação da visão da Administração Pública como titular de prerrogativas absolutas em relação ao administrado, exigindo legitimação quando da atuação administrativa, que assegure a participação dos cidadãos nas questões de interesse geral, à luz do Estado Democrático de Direito vigente (MIRAGEM, 2011, p. 46). Concebe-se, assim, o indivíduo como parceiro do Estado na atividade funcional; ele é “[...] participe da formação da vontade estatal no exercício da função administrativa. Esta é a verdadeira cidadania emancipatória” (MELO; ROCHA, 2007, p. 263).

A referida legitimação está intimamente relacionada ao segundo aspecto comentado acima, o qual estabelece a exigência de procedimento administrativo e a garantia de sua regularidade, já que é o instrumento que viabiliza o exercício efetivo da participação dos

cidadãos; é a ferramenta jurídica idônea a regular as relações entre governantes e governados, assegurando o máximo acesso às informações de interesse público. Nesse entoar, Ricardo Marcondes Martins (2015, p. 291) sustenta que:

Os agentes públicos exercem função, ou seja, exercem o poder estatal no interesse dos cidadãos. Como agem em prol de terceiros, e não para o atendimento de interesses próprios, evidente a necessidade de que os terceiros interessados não tenham apenas a possibilidade de controlar o resultado dessa atividade, mas tenham também a possibilidade de controlar seu exercício. O meio de controle do exercício da função estatal é o procedimento. Só por meio dele o cidadão tem como controlar não o resultado do exercício do poder, mas o próprio exercício.

Por sua vez, Odete Medauar (2008, p. 31) destaca que:

[...] o exercício do poder, num Estado de Direito que reconhece e garante direitos fundamentais, não é absoluto; canaliza-se a um fim, implica deveres, ônus, sujeições, transmuta-se em função, o que leva o ordenamento a determinar o filtro de processualidade em várias situações revestidas de poder.

A processualidade da atuação do Estado-Administração, entretanto, pressupõe não apenas o encadeamento lógico de atos e a atenção ao princípio da legalidade, mas também, o adequado cotejo dos direitos em eventual disputa no âmbito da atuação administrativa, a conformidade desta atuação com os direitos fundamentais e os deveres de proporcionalidade e razoabilidade da conduta da Administração Pública e do seu resultado concreto. Confirmando este entendimento, afirma-se que “no Estado Democrático de Direito, o exercício da função administrativa, e também das demais funções, somente, se legitima por intermédio do vetor jurígeno que permite a efetiva participação do Estado e indivíduo, como parceiros, na formação da vontade estatal: o processo” (MELO; ROCHA, 2007, p. 263).

Todos estes aspectos apresentados constituem, pois, meios de aprovação dos resultados a serem obtidos na esfera da gestão pública contemporânea, consubstanciando-se como as características mais importantes desse novo perfil de Administração Pública, ainda em curso nos dias de hoje e que necessita se aperfeiçoar cada vez mais.

Como se vê, a Administração Pública assume novos contornos com a vigência da Constituição de 1988 e o surgimento do Estado Democrático de Direito, fazendo com que a atuação administrativa seja pautada pelas normas jurídicas constitucionais a fim de proteger e promover os direitos fundamentais. Além disso, importante que a Administração Pública também obedeça aos princípios administrativos estudados anteriormente, os quais

possibilitam que a ação estatal seja mais eficaz, transparente, participativa e comprometida com a prestação de serviços públicos de qualidade.

É essa nova forma de atuar da Administração, voltada para a realização eficiente dos anseios dos cidadãos, que deve servir como base para a elaboração e execução das políticas públicas, entendidas como instrumentos adequados para assegurar a concretização dos direitos fundamentais, essencialmente, daqueles de cunho prestacional, por parte do Poder Público.

Ou seja, se a Administração Pública encontra-se subordinada às disposições constitucionais, sendo, também, responsável pela efetivação de direitos fundamentais, principalmente dos sociais; e se a atuação administrativa deve se dar por meio do encadeamento lógico de atos regulares e legais, assegurando aos administrados o acesso às informações e participação nas decisões estatais, possibilitando, até mesmo, eventual controle social de tais atos, resta evidente que as políticas públicas configuram-se como o meio adequado para alcançar tal objetivo.

Isso porque, tais políticas pressupõem procedimento administrativo e a elaboração de planejamento adequado para atingir os fins sociais colimados, que devem ser condizentes com os mandamentos constitucionais, além de oportunizarem a participação social, realçando o Estado de Direito e o princípio democrático já mencionados. Corroborando tal entendimento, Maria Coeli Simões Pires (2010, p. 175) afirma o que segue:

Em um estado Democrático, cuja ordem constitucional consagra a universalização de direitos sociais, em um contexto de múltiplas demandas por prestações públicas desafiadas pela complexidade da sociedade pós-moderna, a atividade de planejamento teria, efetivamente, de ganhar novo perfil e maior relevância no ciclo das políticas públicas, como condição de efetivação de direitos. Assim, em um quadro de crescentes pressões sociais, o Estado teve que superar o patamar de ênfase na estabilidade monetária, para buscar uma nova abordagem de suas funções [...] dessa vez, em perspectivas inclusivas, e a institucionalização de mecanismos de participação mais eficazes.

Desse modo, pode-se concluir que quanto mais a forma de agir da Administração Pública se aproximar do modelo estatal calcado na colaboração, informação, transparência, garantia dos administrados, participação, consensualidade, simplificação de acesso aos serviços públicos e na qualidade destes, mais as políticas públicas tendem a ser consistentes na busca de resultados satisfatórios. Faz-se necessário, então, que a função administrativa se afaste, ao máximo, da burocracia e da legalidade estrita, que causam engessamento das estruturas estatais e comprometem a execução de políticas públicas, necessárias para efetivação dos direitos sociais dos administrados.

Sabe-se, no entanto, que como toda mudança de paradigmas, os processos de reforma e modernização da Administração Pública também se dão de forma gradual e com a presença da resistência por parte de alguns gestores públicos. Desse modo, o empenho para preservar as conquistas do novo perfil da Administração, bem como ampliá-las deve ser permanente, no sentido de articular esforços para expandir os horizontes conceituais dos gestores e da máquina administrativa e, dessa forma, combater as forças burocráticas internas que ainda emperram o processo de mudança.

2.4.1 A participação social: políticas públicas deliberativas

Diante do que foi exposto até o momento, percebe-se que o novo perfil da Administração Pública no século XXI é extremamente importante para a maior efetividade das políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos fundamentais, sendo que uma das características mais marcantes desse novo paradigma administrativo é, sem dúvida, o incentivo à participação social, fruto do princípio democrático. É nesse contexto, que se cogita acerca da necessidade de que a Administração Pública seja, cada vez mais, participativa e consensual, podendo contribuir e muito para maior efetivação dos direitos sociais, foco da presente pesquisa, merecendo, por isso, atenção especial.

Desse modo, pode-se dizer que a configuração da República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, CF/88), bem como o tratamento detalhado conferido à Administração Pública pelo legislador constituinte, pautando-se por maior participação dos cidadãos na esfera administrativa, são os pressupostos jurídicos para a democratização da atuação administrativa brasileira (OLIVEIRA, 2010, p. 20). Assim, afirma-se que a junção da noção de democracia à de Estado de direito, pela nossa atual Constituição, além de estabelecer qualificativo do modo de ser do nosso Estado Federal, também atribui aos cidadãos direito de importância inquestionável, qual seja, o direito de participação nas decisões estatais.

Nesse contexto, José Afonso da Silva (1990, p. 106) enfatiza o que segue:

A Democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, II), em que o poder emana do povo, que deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes da sociedade; há de ser um processo de

liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especificamente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Além disso, registre-se que a participação popular na Administração Pública está essencialmente ligada ao sentido contemporâneo de cidadania, cuja noção elementar consiste “em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção: é a ideia de participação” (COMPARATO, 1996, p. 10). A noção do cidadão colaborador, atuante, cooperador na gestão da coisa pública, se coaduna, então, perfeitamente com a noção de participação administrativa.

Essa participação pode ser entendida como a possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão da Administração Pública, de caráter consultivo ou deliberativo, sendo considerada um dos principais meios para tornar efetiva a democracia administrativa (OLIVEIRA, 2010, p. 21). Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 87), a participação administrativa “visa principalmente à legitimidade dos atos da Administração Pública, embora, incidentemente, possa servir a seu controle de legalidade”.

Nesse sentido, a participação social pode desempenhar tanto função legitimadora, pretendendo assegurar maior legitimidade político-democrática às decisões da Administração Pública e ao exercício da função administrativa; quanto função corretiva, cujo objetivo se traduz em aumentar a correção das decisões administrativas. Para Odete Medauar (2003, p. 230), o fenômeno da participação administrativa configura uma das linhas de evolução da Administração Pública contemporânea e refere-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população, ao decréscimo da discricionariedade, atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos, e incentivo às práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação de interesses.

Por isso, salienta-se a importância de desvelar-se pela democracia participativa, que se baseia na abertura do Estado à participação popular maior do que a admitida no sistema da democracia representativa, contando com instrumentos institucionais relativamente novos, que modificam o modo de atuação de todos os poderes estatais e altera o relacionamento Estado-sociedade (PEREZ, 2004, p. 32). A referência à participação ativa do cidadão pode e deve ser entendida como tomar parte pessoalmente, como vontade ativa, predeterminada, consciente e, até mesmo, cívica.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1972, p. 32) elucida que a intensificação da participação popular é fator fundamental para a conservação da democracia, bem como para

sua efetividade, reconhecendo as limitações do sufrágio. Logo, pode-se dizer que a participação do cidadão na esfera estatal é, também, uma aplicação de mecanismos de democracia direta no plano das ações estatais, de forma que a democracia participativa pode apresentar-se tanto num sentido amplo, como num sentido restrito: o primeiro significa a participação através do voto, de acordo com os processos e formas da democracia representativa; e o segundo traduz a forma mais alargada do concurso dos cidadãos para a tomada de decisões, muitas vezes de forma direta e não convencional.

Ou seja, a questão da democracia não pode ser posta apenas em termos de representatividade. Não há dúvida que em Estados modernos não há lugar para a prescindibilidade da representação política, já que tais Estados, quando democráticos, reclamam pela técnica da representação popular e a nação, detentora da vontade geral, fala pela voz de seus representantes eleitos (OLIVEIRA, 2010, p. 167).

Entretanto, a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o Legislativo e para o Executivo. Ela vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, endossando a tendência de adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vive-se, atualmente, um momento em que a técnica da democracia representativa e as vantagens oferecidas pela democracia direta devem complementar-se.

Boaventura de Souza Santos (2002, p. 78), ressalta que o problema democrático deve ser resolvido com a necessária compatibilização entre democracia representativa e democracia participativa e, ainda, propõe três teses para o fortalecimento desta última: a) o fortalecimento pela demodiversidade, com a ampliação da deliberação política e da intensificação da participação; b) o fortalecimento da articulação contra-hegemônica entre o local e o global; e c) ampliação pelo experimentalismo democrático, no sentido de que as práticas bem sucedidas de participação originam-se em gramáticas sociais, “nas quais o formato da participação foi sendo adquirido experimentalmente”.

Como decorrência disso, percebe-se o emprego, cada vez maior, de métodos e técnicas negociais no campo das atividades perpetradas pelos órgãos e entidades públicas. Isto é, vem ganhando espaço, no âmbito administrativo, a discussão acerca da cultura do diálogo, em que o Estado há de conformar suas ações perante as emanções da diversidade social, isto é, um Estado que conduz sua ação pública favorecendo o diálogo da sociedade consigo mesma (OLIVEIRA, 2003, p. 217).

Aponta-se, portanto, para o surgimento da Administração Pública dialógica, contrastando com a Administração monológica, que é contrária à implantação e ao

desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade. Evidencia-se, assim, que em campos habitualmente ocupados pela imperatividade, na esfera estatal, há, agora, a abertura de consideráveis espaços para a consensualidade, cuja extensão e intensidade vêm sendo empregadas como soluções preferenciais à utilização de métodos estatais que veiculem unilateral e impositivamente comandos para os cidadãos. Corroborando tal entendimento, Gustavo Justino de Oliveira (2003, p. 218) afirma que:

[...] a Administração Pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação, a transação. Isso em setores e atividades preferencial ou exclusivamente reservados ao tradicional modo de administrar: a administração por via impositiva ou autoritária.

Nessa mesma perspectiva, Odete Medauar (2003, p. 211):

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

Consequentemente, afirma-se que a procura e a promoção do consenso dos administrados significam desenvolvimento da sua ativa e consciente participação, na qual, por sua vez, se encontra o pressuposto da democracia e, ao mesmo tempo, de eficiência do agir administrativo. Nesse entoar, percebe-se que a participação popular nunca foi colocada em tão grande destaque na ordem dos pré-requisitos para a efetiva realização do Estado democrático, como nos dias de hoje.

Verifica-se que a participação é, hoje, princípio de estruturação da atuação administrativa, e que os processos de decisão que permitem o diálogo entre a sociedade e a Administração Pública são capazes de aumentar o grau de eficiência das políticas públicas, que tendem a ser cada vez mais deliberativas e voltadas para a concretização dos direitos fundamentais, dentre eles o direito ao lazer. Portanto, a Administração Pública, intitulada na

atualidade como democrática, passa a adotar novos métodos de atuação, baseando-se na cultura do diálogo (PEREZ, 2004, p. 218).

Em muitos casos, a Administração se apresenta em posição horizontal, e não vertical, em suas relações com a sociedade, sendo que ao lado de mecanismos tradicionais de coerção, injunção e constrangimento, passa a utilizar-se, principalmente, da orientação, persuasão e ajuda. Ou seja, o agir administrativo assume a função de harmonizar o comportamento dos atores sociais, tornando-se, cada vez mais, transparente e influenciável pela sociedade, com o intuito de obter a adesão dos cidadãos às políticas governamentais.

Mais do que tendência da Administração Pública contemporânea, a democracia, o consenso e as políticas públicas deliberativas são realidade inafastável, que deve ser, paulatinamente, estimulada no corpo administrativo do Estado, acarretando maior eficácia, efetividade e justiça das decisões estatais (OLIVEIRA, 2010, p. 182). Nesse entoar, elucida Marcos Augusto Perez (2004, p. 221):

Não há dúvida, portanto, que o êxito de políticas econômicas, culturais ou de preservação do meio ambiente, atividades típicas do Estado de Bem-Estar, não depende somente das ações da Administração Pública. Nesses casos, como em tantos outros, a adesão da sociedade, quando não a atuação ativa desta, é fundamental para a eficiência da atuação administrativa. Daí a necessidade de se utilizar instrumentos que procurem o consentimento da coletividade, que procurem, enfim, a aproximação da sociedade e do Estado, do burocrata e do cidadão, do governante e do governado.

Originam-se, dessa forma, as bases para a legitimidade resultante da adesão racional da sociedade ao conjunto de medidas concretas, políticas, ou programas que esta ajudou a formular, decidir e, até mesmo, executar. Tal legitimidade, que decorre da aproximação entre a Administração e a sociedade e, também, reforça os vínculos entre elas, é essencial para o êxito de políticas públicas.

[...] a participação serve justamente para romper com o distanciamento entre a sociedade e a Administração, aproximando-a dos conflitos sociais e políticos e proporcionando aos administrados uma gestão responsiva, dinâmica, atenta à pluralidade dos interesses sociais, com vistas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais, fator essencial para a eficiência das atividades de bem-estar que devem ser conduzidas pela Administração e para sua legitimidade [...] (PEREZ, 2004, p. 222).

Com base nestas constatações, percebe-se a importância da democraticidade e participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. Tais políticas configuram atividade primacial da Administração Pública, atividade esta considerada

típica do Estado social de direito e consequência direta da necessidade de participação social em sua efetivação.

Contudo, salienta-se que esta interação deve estar isenta dos riscos de distorção das funcionalidades inerentes à participação, pois, caso contrário, poderão surgir problemas relacionados à efetivação das políticas públicas, como por exemplo, a captura pelo governo¹⁷, a corrupção¹⁸, captura pelo mercado¹⁹, deficiência de análise²⁰, falhas de coordenação²¹, dentre outros (PEREZ, 2004, p. 226).

É preciso, pois, que as interações entre Administração Pública e sociedade se deem às claras, sob a vista e sob o controle de todos, e que o processo decisório se pautem pela racionalidade (tenha procedimento fixado, ainda que de modo flexível, tenha prazos para conclusão, e motivação na decisão). Além disso, os controles, judicial e parlamentar, tornam-se igualmente relevantes, em função dessas possibilidades de desvio, coibindo a não observância da transparência e do devido processo para a garantia da lisura das decisões administrativas.

Conclui-se, portanto, que a estruturação e a consolidação da Administração Pública Democrática, com a observância generalizada do direito à participação nas decisões estatais, representam grandioso esforço para que o Estado possa compartilhar aquela que é a maior de todas as suas atribuições no mundo contemporâneo: a de responsável primário pela efetivação dos direitos fundamentais.

Demonstra-se, assim, o quão importante é a participação da sociedade na condução das políticas públicas e, portanto, quão necessária é a consideração dessa participação, em

¹⁷ Ocorre quando a aproximação entre Estado e a sociedade incorpora a tendência de simplesmente abolir todas as fronteiras que os delimitam e torna a sociedade nada mais que um setor do Estado. Essa captura importa numa involução do caráter democrático e representativo dos movimentos e organizações sociais e torna os mecanismos de participação falhos e ineficientes, pois os canais de veiculação dos interesses da sociedade passam a simplesmente ecoar a política governamental, deixando de desempenhar o papel que lhes deveria caber no processo decisório (PEREZ, 2004, p. 226).

¹⁸ Dá-se quando a aproximação das autoridades administrativas, ou mesmo de legisladores dos interesses dos diferentes grupos sociais, leva ao sacrifício das políticas públicas em favor do interesse pessoal de alguns e da venalidade, aumentando as possibilidades de comportamento ilícito de autoridades e de empresas que ajam exclusivamente em função de seu benefício próprio, e das vantagens e oportunidades de corrupção criadas (PEREZ, 2004, p. 228).

¹⁹ No estudo das agências reguladoras, a proximidade entre regulador e regulado pode resultar na captura ou colonização de regulador pelos setores econômicos que estes deveriam regular, passando a atuar em favor dos interesses de segmentos do mercado ou de poderosos grupos, que detém grande capacidade de organização, grande capital político e informações que somente eles podem fornecer às autoridades públicas (PEREZ, 2004, p. 229).

²⁰ Ocorre quando a proximidade entre a Administração e a sociedade na formulação, decisão e execução de políticas públicas politiza-se de modo tão extremado que retira dessas atividades todo o conteúdo técnico ou o planejamento necessário a sua concretização (PEREZ, 2004, p. 230).

²¹ É o risco do debate inerente à participação da sociedade nos processos decisórios resultar em decisões contraditórias, inconsistentes e não consentâneas com os esforços dos demais agentes envolvidos na condução de políticas públicas (PEREZ, 2004, p. 230).

todas as suas dimensões, no estudo jurídico das políticas públicas. Se estas podem ser definidas por meio de processos, ou como resultados de processos administrativos decisórios, e se os processos administrativos decisórios reclamam a participação da sociedade, então não há como se desvincular a participação social da atividade de formulação, decisão e execução de políticas públicas.

O bem-estar coletivo e a justiça social, enquanto objetivos da Administração Pública, cumpridos por meio do arranjo de políticas públicas deliberativas, são indissociavelmente ligados à transparência da atuação administrativa, à ampla controlabilidade dessa atuação e, enfim, à participação dos agentes sociais direta ou indiretamente interessados no cumprimento dos direitos fundamentais.

A interação entre sociedade e Estado na condução de políticas públicas, mais do que bom instrumento para a eficiência e legitimidade dessas políticas, é, no direito brasileiro, princípio constitucional, imperativo repetido e refletido nas normas infraconstitucionais de organização da Administração Pública. Diante disso, parece-nos indispensável que a discussão em torno das políticas públicas, pelo Direito Administrativo, esteja integrada à participação social, principalmente, no tocante à formulação, decisão e execução das políticas públicas de lazer, que é direito multifacetado e variável de acordo com os anseios de cada sociedade em que ele é analisado, dependendo, portanto, da colaboração da população na determinação dos interesses de lazer.

2.4.2 Instrumentos de participação social

Do exposto, percebe-se que a participação no âmbito da Administração Pública, que caracteriza a democracia participativa, é considerada autêntico princípio implícito do ordenamento constitucional brasileiro, apresentando-se como elemento fundante à realização completa da democracia e do Estado de Direito e, permeando o exercício de todas as funções estatais (legislação, jurisdição e administração) e da eficiência administrativa (PEREZ, 2004, p. 82).

O princípio democrático reveste-se, então, de grande importância em nossa Constituição, já que é por meio dele que se torna possível a institucionalização de instrumentos que assegurem o máximo acesso às informações e participação dos administrados na formação da vontade estatal, ressaltando-se a necessidade de que tais mecanismos não fiquem submetidos às incertezas das orientações de governo.

Ou seja, da democracia participativa decorrem consequências positivas, como por exemplo, a adoção de instrumentos participativos que possibilitam maior publicidade e transparência dos assuntos que envolvem a coletividade; a possibilidade de os cidadãos obterem melhores informações e conhecimento sobre as diretrizes dos órgãos administrativos; a criação de efetivos espaços de negociação, a partir dos quais as decisões administrativas são tomadas sob o enfoque da reciprocidade de concessões, dentre outros.

Assim, ainda que o resultado dos processos de participação não deva, necessariamente, vincular a decisão do agente público, dá causa ao dever de motivação específica, se a decisão da Administração divergir do conteúdo aferido no processo de participação dos administrados (MIRAGEM, 2011, p. 47). Além disso, a participação nos processos de decisão é fundamental, já que é capaz de diminuir as disfunções organizativas e burocráticas e, ainda, de obter novo consenso para superar o poder autoritário, configurando-se como meio possível de diminuir, concretamente, o abismo existente entre o sistema normativo e a realidade social, e entre o Estado de Direito e a sociedade civil (SOARES, 1997, p. 157).

Em virtude disso, reconhece-se uma gama de instrumentos participativos no âmbito da Administração Pública, que podem possibilitar a participação direta de todos os interessados ou compreender a indicação ou eleição de representantes. Os institutos jurídicos de participação popular administrativa podem ser definidos, de forma geral, por Marcos Augusto Perez (2004, p. 96), como sendo:

[...] instrumentos legalmente previstos que possibilitem aos administrados, diretamente, ou através de representantes escolhidos especificamente para este fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca da adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios.

Comentando acerca de alguns instrumentos de participação social, Marcos Augusto Perez (2004, p. 225) alude que:

As audiências públicas, as consultas públicas, são exemplos de como se dá na prática a participação na elaboração das políticas públicas; o plebiscito administrativo, o referendo, as comissões de caráter deliberativo exemplificam, por seu turno, a participação no próprio processo de decisão, as comissões de usuários, a atuação de organizações sociais ou de entidades de utilidade pública, e até mesmo a recente expansão da concessão de

serviços públicos fornecem uma amostra de participação na própria execução de políticas públicas.

Estes novos canais visam, de um lado, a ampliar o conteúdo democrático da vida política, a partir da visão crítica do sistema representativo, e de outro, a propiciar maior eficiência econômica e social no uso dos recursos públicos, dentro do contexto atual de reforma do Estado (GOMES, 2003, p. 27). Além disso, tais mecanismos de participação procuram ser simultaneamente espaço de educação política e de construção e exercício da cidadania e também fóruns democráticos destinados ao controle do cumprimento dos compromissos feitos pelos governantes e à identificação e captação de novas sinalizações de políticas.

Em vista disso, e partindo-se da classificação²² proposta por Canotilho (1993, p. 426), baseada no critério da diferença de intensidade conferida à dimensão participativa, identificam-se três espécies de participação: participação não vinculante, que consiste na atuação do administrado nos processos decisórios por meio, apenas, de informações, propostas, exposições e protestos; participação vinculante, que importa numa atuação na própria tomada de decisão; e participação vinculante e autônoma, que se dá em casos de autogestão, quando há verdadeira substituição do poder de direção da Administração.

Tal classificação não se contradiz com os institutos de participação popular na Administração, adotados pelo direito brasileiro, pois o nosso ordenamento contempla tanto instrumentos de participação não vinculante, como instrumentos vinculantes, e também, instrumentos vinculantes e autônomos, como se verá a seguir.

Os instrumentos participativos mais comuns no ordenamento brasileiro, de caráter vinculante, são os conselhos, comissões, ou comitês participativos, que são órgãos colegiados, ora com função deliberativa, ora com função meramente consultiva, que reúnem representantes da Administração Pública e da sociedade, com ou sem paridade de representação, e que participam do processo decisório de determinada área de interesses da Administração (PEREZ, 2004, p. 98).

Os conselhos constituem, neste novo milênio, a principal novidade em termos de políticas públicas, sendo certo que a Constituição de 1988 redefiniu sua posição e função, a partir de nova arquitetura jurídico-política que conferiu a estes maior legitimidade, força e permanência. Reforçando este entendimento, Eduardo Gomes (2003, p. 39) sintetiza que:

²² Marcos Augusto Perez (2004, p. 129), traz, ainda, a classificação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para a qual os institutos de participação popular na Administração Pública se dividem em formas de participação popular direta (o direito de ser ouvido, por exemplo) e formas de participação indireta (participação em órgãos de consulta).

Os conselhos constituem-se normalmente em órgãos públicos de composição paritária entre a sociedade e o governo, criados por lei, regidos por regulamento aprovado por seu plenário, tendo caráter obrigatório uma vez que os repasses de recursos ficam condicionados à sua existência, e que assumem atribuições consultivas, deliberativas e/ou de controle.

São, pois, canais de participação que propiciam novo padrão de relações entre o Estado e a sociedade, ao viabilizarem a participação dos diferentes segmentos sociais na formulação das políticas sociais. Tais conselhos possibilitam à população o acesso aos espaços onde se tomam decisões políticas e criam condições para um sistema de vigilância sobre as gestões públicas, implicando em maior cobrança de prestação de contas do executivo.

Destaca-se, ainda, que aos conselhos está colocado o desafio de constituírem espaço democrático destinado: ao exercício e à construção da cidadania e à educação política; à identificação e captação constante das preferências quanto aos fins e quanto às políticas para alcançá-los, incluindo aqui a consideração das intensidades destas preferências, e a sua transformação em políticas públicas compatíveis; ao controle social sobre as políticas públicas, incluindo a responsividade às demandas da sociedade e a responsabilização dos governantes (GOMES, 2003, p. 45).

Outros institutos que também servem como instrumentos de participação popular administrativa vinculantes são: o plebiscito administrativo, que se trata de procedimento de consulta popular aberto a todos os cidadãos, prévio à tomada de determinada decisão administrativa, que vincula a Administração ao cumprimento de seu resultado; e o referendo, que pode ser caracterizado como o procedimento de consulta popular, posterior à tomada de decisão pela Administração Pública, cujo resultado condiciona a efetividade dessa decisão.

No tocante a tais instrumentos de participação social, pode-se afirmar, ainda, que:

O plebiscito, previsto no inciso I, art. 2º da Constituição Federal, consiste em uma consulta à opinião pública para decidir questão política ou institucional, não necessariamente de caráter normativo. A consulta é realizada previamente à formulação legislativa, autorizando ou não a concretização da medida em questão. Já o referendo, previsto no inciso II, art. 2º da Constituição Federal, é um processo de manifestação do eleitorado constitutivo da própria norma, e possui regras muito variáveis, dependendo do seu significado jurídico e da matéria por ele tratada, dessa forma, quanto à matéria, ele pode ser geral ou especial, dependendo da matéria, o referendo será facultativo, obrigatório, ou terá sua iniciativa reservada a determinados sujeitos políticos (BARBOSA; CUNHA, 2013, p. 14).

O plebiscito e o referendo estão previstos também na Lei nº 9709/1998, a qual regulamenta que tais instrumentos devem ser convocados por meio de Decreto Legislativo, proposto por no mínimo 1/3 dos membros do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, como se depreende do artigo 3º²³ da referida lei.

Um instituto bastante frequente no direito brasileiro é a audiência pública, que de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 128), trata-se da realização pela Administração Pública, em determinada fase do procedimento decisório, de sessão aberta a todos os interessados, na qual estes exercem seu direito de requerer esclarecimentos, fazer críticas ou dar sugestões e contribuições a respeito de determinada decisão que será tomada pela Administração. Trata-se de instrumento de caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo, inserido na fase instrutória do processo decisório.

Reforçando este entendimento acerca das audiências públicas, afirma-se que:

São um instrumento que visa garantir a legitimidade e a transparência no processo de tomada de decisões administrativas ou legislativas, através do qual a autoridade competente, compartilha os projetos com as pessoas que venham a sofrer os reflexos das decisões a serem tomadas. Com este processo a população pode ter acesso ao planejamento da Administração Pública, podendo se manifestar quando julgar pertinente, antes que ocorram os atos administrativos. As opiniões manifestadas em audiência pública não tem caráter deliberativo, mas consultivo, todavia a administração deve analisá-las quando da tomada de decisões (BARBOSA; CUNHA, 2013, p. 10).

Nesse entoar, verifica-se que quem mais se beneficia com as audiências públicas são os próprios cidadãos, pois o fundamento da realização destas consiste no interesse público da produção de atos estatais legítimos. Por outro lado, se bem utilizado o mecanismo, a Administração Pública também terá benefícios, pois suas decisões serão menos suscetíveis a críticas e acusações de que seus atos que não visam o bem estar da comunidade.

Importante salientar, também, a existência da denominada consulta pública, que se trata de instrumento não vinculante e que vem assumindo certa importância, consistente em procedimento de divulgação prévia de minutas de atos normativos, para permitir que, em determinado prazo, todos os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou peçam informações e resolvam dúvidas a seu respeito.

²³ Lei nº 9709/1998: “Art. 3º Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei”.

De acordo com Irene Nohara (2016, p. 110), “enquanto a consulta pública compreende a formulação de alegações escritas, a audiência pública ocorre por meio de debates orais (que são registrados), concentrados em sessões públicas”. Os dois mecanismos possibilitam aos participantes o direito à obtenção de resposta fundamentada, cujos resultados devem ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Por sua vez, o orçamento participativo é procedimento administrativo não vinculante que compreende a realização de diversas audiências públicas, geralmente regionalizadas, por vezes acompanhadas da eleição de representantes para diferentes conselhos deliberativos, os quais tem o objetivo de preparar, sob a coordenação da Administração, o projeto de lei orçamentária enviado pelo Executivo ao Legislativo (PEREZ, 2004, p. 108).

Nesse entoar, o orçamento participativo configura-se em mecanismo eficaz de exercício da democracia, estando previsto, por exemplo, no Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001) como instrumento de política urbana, e estabelecendo uma forma democrática para a gestão das cidades. O artigo 2º²⁴ do referido Estatuto trata das diretrizes da política urbana, por meio das quais a população ajuda a decidir, a cada ano, as prioridades de investimentos em obras e serviços a serem realizados (BARBOSA; CUNHA, 2013, p.09).

Percebe-se, assim, que a previsão da participação popular no orçamento é fundamental para que os cidadãos se motivem a participar do processo político do município. É o momento onde a população também fica comprometida, pois auxilia no desenvolvimento do planejamento da cidade e consequentemente está sendo responsável pela destinação de recursos públicos, atitude esta que precisa ser realizada de forma consciente.

Outro instrumento não vinculante, normalmente citado pela doutrina, trata-se do ouvidor do povo, defensor do povo ou *ombudsman*, o qual não existe no Brasil, sendo instituto originário do direito sueco. O ouvidor do povo é, na maioria das vezes, indicado pelo chefe do Poder executivo e tem como funções: a) receber queixas, reclamações e sugestões dos administrados, e encaminhá-las à Administração ou para outras instituições que realizem o controle dos agentes públicos; e b) acompanhar o seu processamento junto aos órgãos competentes, na forma que dispuser a lei ou o regulamento (PEREZ, 2004, p. 182).

Finalmente, reconhecem-se os instrumentos de participação popular na Administração, de caráter vinculante e autônomo, identificados por pessoas jurídicas que

²⁴ Lei 10.257/2001: “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; [...]”.

sejam fruto de iniciativa de particulares, que sejam autogeridas, não tenham finalidade lucrativa, sejam formalmente reconhecidas pela Administração Pública como seus colaboradores, e realizem atividades de interesse público inerentes à função administrativa do Estado. Nesse ínterim, podemos citar as organizações não governamentais, as entidades de utilidade pública, os serviços sociais autônomos, as organizações sociais, e as corporações de fiscalização do exercício profissional (PEREZ, 2004, p. 186).

Interessante mencionar, ainda, acerca dos mecanismos tecnológicos que podem ser úteis para o incremento da participação política social hodiernamente. Assim, de acordo com João Victor Rozatti Longhi e Rubens Beçak (2013, p. 08), existe grande “[...] potencial de recorrência ostensiva às Tecnologias da Informação e Comunicação, especialmente a *Internet*, para a maximização das oportunidades dos cidadãos no processo político [...]”. Esta alternativa é vista como forma de superar alguns limites dos atuais instrumentos de participação previstos no Brasil expostos, como o custo e demanda de tempo elevados.

Consequentemente, identifica-se a importância em se explorar a potencialidade das tecnologias para promover e incrementar a deliberação política com maior qualidade democrática. Assim, a *Internet*, pode representar ambiente potencial para se promover a esfera pública de maneira mais franca, a partir de sua estrutura descentralizada, que possibilita a promoção de debate mais aberto, sem mediações e sujeições à apropriação por um ou outro grupo de interesse (LONGHI; BEÇAK. 2013, p. 10). A capacidade da tecnologia da informação e comunicação (TIC) como meio de concretização dos valores democráticos, em especial após a popularização da *Internet* e aplicações como *sites* de redes sociais, *blogs*, *microblogs*, dentre outros, é enorme, conforme se depreende do estudo dos referidos autores.

Como se vê, os instrumentos de participação social possuem como objetivo tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca do consentimento e do consenso dos administrados e da abertura e transparência dos processos de tomada de decisão. Consequentemente, pode-se dizer que a previsão desses novos mecanismos de participação social, que se valem da sociedade como agente central, se relaciona à ideia de boa governança (GOMES, 2003, p. 28).

Essa relação se justifica na medida em que a perspectiva da boa governança enseja a criação de novos espaços públicos e a incorporação de atores não-estatais, oriundos do mercado e da sociedade, na gestão da coisa pública. É neste contexto, portanto, de elaboração, consecução e gestão de políticas públicas e na prestação de serviços públicos, que a participação da sociedade ganha novas dimensões, não apenas como recurso político, mas

também econômico e social, visando a aumentar a eficiência na utilização dos recursos e a eficácia das políticas públicas (GOMES, 2003, p. 30).

Comentando a respeito deste tema, Maria Coeli Simões Pires (2008, p. 185) entende que:

[...] uma governança [...] juridicamente embasada, legítima e democraticamente construída e estrategicamente eficaz pressupõe processos lógicos formais de leitura e desenvolvimento das matrizes constitucionais, de poderes, de competências e papéis dos entes federativos. Necessita, porém, e sobretudo, de apreensão do contexto, de abertura para a aglutinação de todas as forças legítimas na perspectiva emancipatória da cidadania, da coordenação de políticas públicas, da eficiência prestacional e da humanização do desenvolvimento das cidades, garantidos e alimentados os fluxos comunicacionais em todo o ciclo de gestão e o compartilhamento dos ônus dos processos decisórios, quanto aos resultados e à adequação das soluções.

Ou seja, a governança pública, enquanto arranjo institucional democrático, pode criar espaços deliberativos de discussão, nos quais prevaleçam os princípios da inclusão, da publicidade, da igualdade participativa, do pluralismo, da autonomia e do bem comum, buscando-se, cada vez mais, incluir a participação social na discussão dos interesses públicos (NOHARA, 2016, p. 112).

Intrinsecamente à noção de boa governança há o direito à boa administração pública²⁵, que deve reger as relações administrativas e caracterizar a intervenção do Estado, enquanto promotor do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, é possível identificar que o principal dever decorrente deste direito é o exercício de uma “boa gestão” dos recursos públicos, em prol do interesse público, por parte do Estado.

Ou seja, dentro da função de garantia a ser desempenhada pelo Estado na contemporaneidade, destaca-se a sua consolidada obrigação constitucional de protagonizar a efetivação de um catálogo extenso de direitos fundamentais, inclusive o direito fundamental à boa administração. Percebe-se, assim, que quanto mais os cidadãos conhecem e têm acesso aos referidos instrumentos de participação social, mais as políticas públicas tendem a ser satisfatórias e mais efetivo se torna o direito fundamental à boa administração.

Para Ricardo Marcondes Martins (2015, p. 60):

²⁵ A ideia da existência de um direito fundamental à boa administração desenvolveu-se, na última década, na Europa. De início, foi tido como um princípio específico para garantir a competitividade. Com o passar do tempo, evoluiu através da jurisprudência da Corte Europeia para ser visto como um princípio geral até que, em 2000, foi sufragado como um direito fundamental na Carta de Nice. No âmbito do particular, este direito visa conceder uma maior proteção em face dos desmandos dos órgãos da Comunidade Europeia (LIRA, 2010).

[...] a boa administração consiste no dever da Administração de buscar sempre a melhor forma de concretizar o interesse público; ou, noutros termos, no dever de efetuar o ótimo sopeso dos princípios incidentes, de tutelar os interesses na medida perfeita exigida pelo sistema – enfim, no dever de buscar a justiça. Boa administração é, em síntese, o dever de concretizar otimamente o interesse público; é, nos termos expostos anteriormente – percebe-se –, uma decorrência do dever de buscar a justiça no caso concreto.

É através de tal direito, portanto, que se segue a irrenunciável titularidade da prestação eficiente e eficaz dos serviços públicos e, conseqüentemente, das políticas públicas que irão garantir vida digna aos cidadãos (FREITAS, 2004, p. 144). Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 119), o direito à boa administração traduz-se num direito de cidadania, como segue:

A boa administração, portanto, não é uma finalidade disponível, que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público: é um *dever constitucional* de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses públicos. Por isso mesmo, em contrapartida, a *boa administração* corresponde a um direito *cívico* do administrado – implícito na *cidadania* (grifos no original).

Sem a gestão eficiente dos recursos públicos e sem a boa administração pública, vários dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, estão fadados a serem meras “letras mortas”. E os desafios para o Estado, nesse sentido, são enormes, já que inúmeros são os problemas que devem ser combatidos para que se garanta boa gestão, como por exemplo, a captura política, falta de transparência, e baixa qualidade dos gastos públicos.

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem (FREITAS, 2009, p. 22).

O referido direito encontra-se previsto em alguns diplomas e disposições legais, a exemplo do artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Na sistemática jurídica brasileira, o direito à boa administração deve ser visto como direito implícito, já que não há, em nosso ordenamento, nenhuma positivação dele, que no entanto, é caracterizado pela universalidade, abstratividade, moralidade, prioridade, sendo considerado, para alguns

doutrinadores, como direito fundamental, devendo haver mecanismos para a garantia de sua defesa (LIRA, 2010).

A noção de boa administração envolve diversas características, tais como: o direito à administração pública participativa, transparente, dialógica, imparcial, proba, respeitadora da legalidade temperada, preventiva, precavida e eficaz (LIRA, 2010). Assim, acredita-se que o Estado tem o importante dever de garantia dos direitos fundamentais, cabendo a ele prover os meios necessários para que estes direitos concretizem-se, sendo que tal objetivo somente pode ser alcançado através da gestão apropriada dos recursos e interesses públicos, isto é, por meio da boa administração pública.

Tal direito não deve ser entendido como mero exercício de retórica. Sua identificação, seja como princípio regente da Administração Pública, seja como autêntico direito de cidadania, se adequa ao papel que se espera do constitucionalismo contemporâneo e aos anseios da sociedade, cada vez mais, marcada pela complexidade interna e externa.

Portanto, é possível concluir que o perfil da Administração Pública no século XXI inclui novos paradigmas, que se caracterizam pela democraticidade, pela participação e consensualidade na tomada das decisões administrativas. Isto é, há uma aproximação na relação entre Estado e sociedade, já que estes passam, agora, a atuar conjuntamente para a concretização das políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos fundamentais. Além disso, o reconhecimento do direito fundamental à boa administração é o contraponto da constatação da relevância da função administrativa na concretização de tais direitos e da necessidade de permanente aperfeiçoamento das políticas públicas deliberativas, dos instrumentos de participação social e da própria Administração, para a consecução de suas finalidades constitucionalmente previstas.

3 DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Após a verificação, no capítulo anterior, dos novos paradigmas da Administração Pública no século XXI, e como este novo perfil administrativo contribui positivamente para a efetivação de políticas públicas mais participativas e, conseqüentemente, mais eficientes, passa-se, agora, ao exame mais acurado acerca de tais políticas, bem como da sua íntima relação com os direitos sociais.

Isso porque, a presente pesquisa tem como foco o estudo do direito ao lazer e suas peculiaridades, tratando-se de direito fundamental social expresso na atual Constituição. Em que pese sua fundamentalidade, porém, percebe-se que tal direito é, frequentemente, desprezado em nossa sistemática jurídica, sendo muitas vezes considerado direito supérfluo, secundário e simbólico.

Diante disso, o presente trabalho visa estudar o lazer sob nova perspectiva, ressaltando seu viés humanista, que está essencialmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e funciona como importante meio de inclusão social, merecendo, portanto, maior efetividade na sociedade. E, para tentar cumprir tal desiderato e demonstrar que é possível maior concretização do direito ao lazer, opta-se, no âmbito do direito administrativo, pela análise da política pública, a qual se configura, regra geral, como o mecanismo adequado de efetivação dos direitos sociais.

Nesse sentido, afirma-se que o fundamento das políticas públicas está assentado na própria existência dos direitos fundamentais, enquanto direitos constitucionalmente positivados e, mais especificamente, dos direitos sociais, cuja nota distintiva é o fato de que, geralmente, necessitam de prestações positivas do Estado²⁶ para serem concretizados. Ou seja, o tema referente às políticas públicas está diretamente relacionado com o pressuposto da atividade de intervenção do Estado para a promoção do desenvolvimento econômico, social, cultural, político, etc.

Ressalte-se que a Constituição Federal é base da fixação das políticas públicas, pois ao estabelecer princípios e programas normativos, já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, vinculando o legislador infraconstitucional e o agente público ao cumprimento do caminho traçado ou direcionado, ainda que estes possuam

²⁶ Sublinhe-se, porém, que ainda que não exista dúvida de que a questão referente às políticas públicas possui dimensão significativa com o Estado Social de Direito, as políticas públicas se fundam nos direitos fundamentais considerados de forma ampla e no próprio constitucionalismo, já que a materialização de direitos individuais também exige por parte do Estado um conjunto de políticas públicas (OHLWEILER, 2008, p. 326).

certa discricionarietà na tomada de suas decisões. Corroborando tal entendimento, Cristina Queiroz (2006, p. 16), aduz que:

A constituição é desde então percebida não apenas como “*ordem quadro*” para acção, que o legislador se vê obrigado a respeitar, mas ainda como “*ordem fundamental*”, isto é, como *base e fundamento* de toda actividade público-estatal. Um “sistema de valores” constituído não apenas com base nos “direitos fundamentais”, mas ainda noutros princípios constitucionais como o princípio do “Estado de Direito” ou o princípio do “Estado social”. Esse elemento de “sociabilidade” aponta para uma intervenção estadual não apenas como “limite”, mas ainda como “fim” ou “tarefa público-estadual”, ordenando concretos “deveres de protecção” (*Schutzpflichten*) a cargo do Estado e de outras entidades público-estaduais.

Desse modo, diz-se que os poderes públicos encontram-se submetidos à Constituição, como decorrência direta do Estado de Direito, por força do qual o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas. Ou seja, uma das funções do texto constitucional é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo, quanto à promoção dos direitos fundamentais. Acerca dessa relação entre direito e política, Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 241) assevera que:

Adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública. E isso ocorre seja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos da política.

Além disso, ressalta-se, também, a existência de articulação entre direito constitucional e direito administrativo em torno das políticas públicas. Nesse sentido, o direito administrativo encarrega-se da racionalização formal do poder no interior do aparelho do Estado, através da Administração Pública e sua relação com os cidadãos. Ou seja, “o direito administrativo é o direito constitucional concretizado, levado à sua aplicação última” (GARCIA DE ENTERRÍA, 1991, p. 20).

O enfoque das políticas públicas, como se percebe, destaca o papel da Administração na determinação e conformação material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo. E, quanto mais se conhece a respeito do objeto da política pública, maior é a possibilidade de efetividade de determinado programa de ação governamental; a

eficácia de políticas públicas consistentes depende, necessariamente, do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos (BUCCI, 2002, p. 249).

E isso tende a acontecer de forma mais veemente no campo dos direitos sociais, dentre os quais se inclui o direito ao lazer, em que as prestações do Estado resultam da operação de sistema extremamente complexo de estruturas organizacionais, recursos financeiros, figuras jurídicas, cuja apreensão é a chave para a política pública efetiva e bem-sucedida. Comentando acerca deste assunto, Cândice Lisboa Alves (2013, p. 59) expõe que:

[...] para os direitos sociais se estabelecerem e concretizarem, inicialmente o Estado deverá construí-los no sentido de desenharem o que são e quais as delimitações dos direitos sociais. Após, há a necessidade de o Estado equipar-se e organizar-se no sentido de implementação dessas novas atribuições que os direitos sociais lhe impingem. A estrutura organizacional mencionada somente ocorre no âmbito interno do Estado. Ou seja, os direitos sociais estão intimamente relacionados com a configuração estatal e sua estruturação funcional. São dependentes desses fatores para se concretizarem.

Evidente, portanto, que a forma de atuar da Administração Pública reflete diretamente na formação e execução das políticas públicas, bem como na concretização dos direitos fundamentais, principalmente, dos direitos sociais. Assim, conclui-se que quanto mais participativa, dialógica, eficiente e comprometida for a Administração, maiores as chances de se alcançar resultado satisfatório, por meio das políticas públicas.

Dito isso, passa-se, agora, ao estudo particularizado dos direitos sociais em nosso ordenamento jurídico e, também, da criação e execução das políticas públicas, a fim de se reconhecer a íntima relação entre eles. É a partir dessa análise que se terá substrato suficiente para adentrar no tema das políticas públicas relativas ao direito social ao lazer, e da necessidade de sua concretização, como desdobramento da dignidade da pessoa humana, que compõe o núcleo da presente pesquisa.

3.1 Direitos sociais: reconhecimento, classificação e importância na Constituição de 1988

Os direitos econômicos, sociais e culturais, ou simplesmente direitos sociais, são aqueles resultantes do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, da disseminação das doutrinas socialistas, bem como da constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo. Assim sendo, no decorrer do século XIX, começaram a ocorrer amplos

movimentos reivindicatórios, cuja consequência foi o reconhecimento constitucional progressivo desses direitos, conferindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social (SARLET, 2015, p. 47).

Como bem explica Otávio Henrique Martins Port (2005, p. 8):

O desenvolvimento industrial, a partir da Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, gerou uma classe operária oprimida, que passou a se contrapor à burguesia, criando uma demanda por um novo tipo de direitos, de natureza material, a fim de assegurar a sobrevivência desta nova classe de indivíduos. Mostrou-se insuficiente, então, a existência de direitos meramente limitadores e de resistência ao poder, vez que a opressão sofrida pela classe operária era, mais do que política, eminentemente econômica. Far-se-ia mister, neste passo, garantia a todos um mínimo de condições materiais indispensáveis à subsistência, mesmo porque, sem isso, de nada adiantaria assegurar o direito à liberdade, à propriedade e à igualdade formal dos indivíduos.

A característica marcante dos direitos sociais, portanto, é a sua dimensão prestacional, já que “[...] têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática” (SARLET, 2015, p. 291), objetivando a realização da igualdade material e propiciando o direito de participar do bem-estar social, e não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade individual, característica esta dos direitos de defesa. A consagração de tais direitos correspondeu à evolução do Estado de Direito de matriz liberal-burguesa, para o Estado social de Direito, incorporando-se à maior parte das Constituições do pós-guerra.

No constitucionalismo pátrio, em que pese a tímida previsão de direitos a prestações sociais na Constituição de 1824, foi a Carta de 1934, inspirada, principalmente, nas Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919 (Constituição de “Weimar”) que inaugurou a fase do constitucionalismo social no Brasil. Nas palavras de Ingo Sarlet (2015, p. 47):

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais [...] revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais.

Percebe-se, pois, que os direitos sociais são apenas espécies dos direitos fundamentais amplamente considerados. E, por isso, faz-se necessário, neste momento, apresentar, de forma breve e sem pretender esgotar o assunto, uma classificação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, a fim de precisar o *locus* dos direitos sociais. Salienta-se, porém, que a tentativa de classificação sistemática dos direitos fundamentais revela-se tarefa extremamente problemática e complexa, existindo várias classificações doutrinárias neste sentido.

Por tal motivo, adota-se a classificação de Ingo Sarlet, eleito como marco teórico deste trabalho, de modo que o citado autor, acerca deste assunto, assevera o que segue:

[...] entendemos que uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada e que, por sua vez, tenha como ponto de partida as funções por eles exercidas, poderia partir, na esteira da proposta de Alexy, da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). O segundo grupo (dos direitos prestacionais), dividir-se-ia igualmente em dois subgrupos, quais sejam, o dos direitos a prestações em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais) [...] (SARLET, 2015, p. 173).

Em vista do exposto, assevera-se que os direitos de defesa se dirigem, em regra, à obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes o dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições. Por sua vez, os direitos a prestações em sentido amplo (que englobam os direitos de proteção e de participação na organização e procedimento) dizem respeito às funções do Estado de Direito de matriz liberal, dirigido principalmente à proteção da liberdade e igualdade na sua dimensão defensiva.

Quanto aos direitos prestacionais em sentido estrito, categoria que interessa à presente pesquisa, diz-se que, geralmente, englobam as normas definidoras de direitos fundamentais que consagram direitos a prestações materiais por parte de seus destinatários, sendo comumente identificados com as normas de direitos fundamentais sociais. Diante disso, fala-se que os direitos sociais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, entendido no sentido material (BONAVIDES, 2006, p. 518).

Desse modo, Ingo Sarlet (2015, p. 206) explicita o que segue:

[...] podemos considerar como sendo correta a identificação dos direitos a prestações em sentido estrito com os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional. [...] O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada. Ademais, os direitos fundamentais sociais, almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade, podendo afirmar-se, neste contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais.

Imperioso, ressaltar, porém, que não há como falar de dicotomia absoluta entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais em nosso ordenamento constitucional, no sentido de que haja antagonismo irreconciliável entre eles, já que ambos compartilham a mesma dignidade como direitos fundamentais, assumindo caráter nitidamente complementar. O dualismo relativo entre as duas categorias de direitos caracteriza-se, essencialmente, pela diferença de objeto e de função.

Constata-se, ainda, que o conceito de direitos fundamentais sociais, no direito constitucional pátrio, é conceito amplo, incluindo tanto posições jurídicas tipicamente prestacionais (direito à saúde, educação, lazer, etc.), quanto uma gama diversa de direitos de cunho defensivo. Dessa forma, em que pese a denominação de direitos sociais e o cunho “positivo” como o marco distintivo destes direitos, incluem-se aí, também, típicos direitos de defesa, denominados de liberdades sociais (direitos sociais negativos), como por exemplo, a liberdade de sindicalização, o direito de greve, assim como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como, o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, etc (SARLET, 2015, p. 290). Acerca dos direitos sociais, é possível, então, concluir que:

A utilização da expressão “social” encontra justificativa [...] na circunstância de que os direitos de segunda dimensão²⁷ podem ser considerados uma

²⁷ Alguns estudiosos dividem os direitos fundamentais, para fins didáticos, em gerações ou dimensões, de acordo com sua ingerência nas constituições. No tocante à primeira dimensão, ela compõe-se dos direitos fundamentais caracterizados pelo forte cunho individualista. Tratam-se dos direitos de defesa, os quais delimitam um campo de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder e, por isso, são conhecidos como direitos “negativos”, uma vez que dirigidos a uma abstenção por parte dos poderes públicos. Já os direitos de segunda dimensão tem como base o reconhecimento progressivo de direitos sociais, econômicos e culturais, que estão intimamente ligados ao valor igualdade e atribuíam ao Estado um comportamento ativo na realização da justiça social. Estes direitos se caracterizam por uma dimensão positiva, já que propiciam um direito de participar do bem-estar social, e não mais de evitar a intervenção do Estado na

densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico (SARLET, 2015, p 48).

Portanto, percebe-se que os direitos a prestações, tanto em sentido amplo, como em sentido estrito, objetivam a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo-se do entendimento de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito da postura ativa dos poderes públicos. Tais direitos, de modo geral, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek²⁸, implicando postura ativa do Estado, no sentido de se encontrar obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).

Importante realçar, ainda, a estreita ligação dos direitos fundamentais sociais com o princípio do Estado Social consagrado pela Constituição vigente. Assim, não obstante a ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como Estado Social e Democrático de Direito, uma vez que o artigo 1º, *caput*, se reporta apenas às expressões “Democrático” e “Direito”, certo é que o princípio fundamental do Estado Social encontra guarida em nossa Constituição.

E isso se confirma, principalmente, pela previsão de grande quantidade de direitos fundamentais sociais, incluindo o rol dos direitos dos trabalhadores (artigos 7º ao 11 da CF/88), os direitos sociais básicos (artigos 6º e outros dispersos no texto constitucional) e a

esfera da liberdade individual, realçando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira dimensão, também conhecidos como direitos de fraternidade ou de solidariedade, começam a despontar, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial e o surgimento de organizações internacionais, preocupadas com a proteção internacional dos direitos humanos. Para além das três dimensões dos direitos fundamentais analisadas acima, há quem defenda, ainda, a existência de uma quarta e, até mesmo, de uma quinta dimensões (SARLET, 2015, p. 45).

²⁸ O alemão George Jellinek, em sua obra intitulada “Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos” (*System der subjektiv öffentlichen Rechte*), formulou concepção original, de acordo com a qual o indivíduo, como vinculado a determinado Estado, encontra sua posição relativamente a este cunhada por quatro espécies de situações jurídicas (*status*), seja como sujeito de deveres, seja como titular de direitos. O *status* seria uma espécie de estado (situação) no qual se encontra o indivíduo e que qualificaria sua relação com o Estado. Pelo *status* passivo, o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais, sendo, neste contexto, meramente detentor de deveres. Além disso, pode ser reconhecido um *status negativus*, consistente numa esfera individual de liberdade imune ao *jus imperi* do Estado, que, na verdade, é poder juridicamente limitado. O terceiro é o *status positivus*, no qual ao indivíduo seria assegurada juridicamente a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais de se exigir do Estado determinadas posições positivas. É no *status positivus* que se poderia enquadrar os denominados direitos a prestações estatais, incluindo os direitos sociais. Por fim, reconhece-se um *status activus* ao cidadão, no qual este passa a ser considerado titular de competência que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, como por exemplo, pelo direito de voto (SARLET, 2015, p. 162)

existência de variada gama de direitos a prestações em outras partes do texto constitucional, inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais. Corroborando tal entendimento, Sarlet (2015, p. 63) aduz o que segue:

No âmbito de um Estado social de Direito [...] os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo vetor da justiça material.

Isto posto, compreende-se que o reconhecimento de determinadas posições jurídicas sociais fundamentais, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, associa-se à necessidade da homogeneidade social e de certa medida de segurança social, para a concretização da capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade. Ratificando este entendimento:

[...] o Estado Social de Direito tem como alguns de seus postulados básicos: a previsão constitucional dos direitos sociais e econômicos, como espécies de direitos fundamentais, de observância obrigatória pelo Estado e pela sociedade; a preocupação constante com a observância às normas constitucionais, mormente àquelas que tem por objetivo a justiça social, com a diminuição das desigualdades sócio-econômicas; uma reinterpretação da igualdade, entendida no seu sentido material, como igualdade de oportunidades a todos os indivíduos, incluindo a igualdade dentro da lei, não só perante a lei; o asseguramento da existência digna de todos os indivíduos como fim precípua do Estado, conformando a vontade política ao estrito cumprimento da vontade constitucional (PORT, 2005, p. 28).

Consequentemente, os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, ganharam enorme importância com a entrada em vigor da Constituição de 1988. A acolhida destes direitos em capítulo próprio, no catálogo dos direitos fundamentais, destaca, de forma inquestionável, a condição de serem autênticos direitos fundamentais, em contraposição às Constituições anteriores, em que os direitos sociais estavam positivados no capítulo da ordem econômica e social, surgindo dúvida quanto à sua fundamentalidade.

Ingo Sarlet (2015, p. 67), comentando acerca da importância dos direitos fundamentais na ordem constitucional vigente, incluindo-se os direitos sociais, em razão da sua incontestável fundamentalidade, alude que:

Talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, §1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o

cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. De qualquer modo, ficou consagrado o *status* jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. Esta maior preocupação outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes no rol das “cláusulas pétreas” (ou “garantias de eternidade”) do art. 60, §4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado.

Compreende-se, assim, que a atual Constituição possui cunho analítico e regulador, de forma que o procedimento acima descrito, no sentido de que os direitos sociais estão incluídos na proteção atribuída pelas cláusulas pétreas²⁹, revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos. Desse modo, não há como negar que os direitos sociais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelos instrumentos que se colocaram à disposição dos operadores do Direito para protegê-los, aumentando, por consequência, as possibilidades de efetivação de tais direitos no ordenamento nacional.

Registre-se, contudo, que para que este momento continue a integrar nosso presente e não se torne mera lembrança, é imprescindível que haja concurso da vontade por parte de todos os agentes políticos e de toda a sociedade na efetiva concretização de tais direitos. É nesse ínterim, que as políticas públicas se mostram extremamente importantes e necessárias para maior efetivação dos direitos sociais, devendo ser planejadas e executadas de modo eficiente e responsável, a fim de alcançar, da maneira mais ampla possível, o bem-estar social.

Nas palavras de Sarlet (2015, p. 213), “[...] a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais sempre envolve (embora não exclusivamente), de algum modo, a definição e implementação de políticas públicas, ainda mais em se tomando tal conceito em sentido amplo”.

3.2 A problemática da eficácia das normas constitucionais que estatuem direitos sociais

O tema da eficácia dos direitos fundamentais, principalmente dos sociais, ocupa lugar de destaque na doutrina pátria, fazendo surgir uma série de concepções, que vão desde as mais clássicas às mais atuais. Nesse sentido, enquanto a concepção clássica, baseada

²⁹ CF/88: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

principalmente na doutrina de Ruy Barbosa, partia da premissa de que a maior parte das disposições constitucionais não era diretamente aplicável sem a intervenção do legislador infraconstitucional, a doutrina atual parte da constatação de que a maioria das normas constitucionais constitui direito plena e diretamente aplicável (SARLET, 2015, p. 252).

Antes de se enfrentar tal questão, porém, importante definir o que se entende, no âmbito desta pesquisa, pela expressão “eficácia”, já deixando claro que ela costuma estar vinculada à noção de aplicabilidade das normas jurídicas. Além disso, há que se distinguir entre as noções de eficácia jurídica e social, identificando-se esta última com o conceito de efetividade. Ingo Sarlet (2015, p. 245), explicando sobre este assunto, afirma que:

[...] há que distinguir entre a eficácia social da norma (sua real obediência e aplicação no plano dos fatos) e a eficácia jurídica, que, [...] designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade e executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade.

A eficácia social, assim, confunde-se com a noção de efetividade da norma. Para Luís Roberto Barroso (2000, p. 83), “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.

Já a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a consequente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes. Como leciona José Afonso da Silva (2001, p. 50), “eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade”.

Dito isso, passa-se ao exame da eficácia dos direitos fundamentais, destacando-se que, atualmente, a doutrina, ao tratar deste assunto, baseia-se, essencialmente, na força normativa da Constituição e no artigo 5º, §1º, da CF/88, que dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esse dispositivo, inovador em nossa sistemática jurídica, também tem suscitado acirrada controvérsia no seio da doutrina e jurisprudência, ocasionando entendimentos diferentes em torno dessa questão, sobretudo, quando se trata da problemática eficácia das normas constitucionais que estatuem direitos sociais.

Importante, entretanto, partir-se da premissa de que inexistente norma constitucional completamente destituída de eficácia, sendo possível sustentar-se, em última análise, a graduação da carga eficaz das normas constitucionais. Determinadas normas da Constituição, assim, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, todos os seus principais efeitos, dependendo, para tanto, de atuação concretizadora por parte do legislador ordinário, e, por tal motivo, costumam ser denominadas de normas de eficácia limitada ou reduzida.

Em razão deste entendimento, surgem várias classificações e nomenclaturas quanto à eficácia das normas constitucionais. Pela grande receptividade em nossa sistemática jurídica, e sem descuidar da importância das demais classificações, destaca-se a classificação de José Afonso da Silva (2001, p. 79), para o qual as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos, quais sejam: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

Nesse ínterim, as normas de eficácia plena seriam aquelas que, por serem dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependem da atuação do legislador ordinário para que alcancem sua plena operatividade, já que desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais que o legislador quis regular. As normas de eficácia contida são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. Por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas que não receberam do legislador constituinte a normatividade suficiente para, por si só e desde logo, serem aplicáveis e gerarem seus efeitos principais, reclamando, por este motivo, a intervenção legislativa (SILVA, 2001, p. 79).

Porém, como já foi dito, esta é apenas umas das várias classificações existentes, sendo que entre as diversas concepções, que se baseiam em diferentes critérios, é possível identificar que todas elas destacam, pelo menos, dois grupos de normas, quais sejam: as que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional, e as que, desde logo, por apresentarem suficiente normatividade, estão aptas a gerar seus efeitos e, portanto, dispensam uma *interpositio legislatoris*. A respeito desse entendimento:

[...] pode falar-se em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente

e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar seus efeitos essenciais (independente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem *interpositio legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica (SARLET, 2015, p. 260).

Dessa maneira, afirma-se que a densidade da norma constitucional diz com a proximidade da norma relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação, salientando-se, ainda, que, quanto mais densa a norma, menor a liberdade de conformação do legislador, ressaltando-se, todavia, que mesmo uma norma mais densa que outra pode reclamar a interferência legislativa (CANOTILHO, 1993, p. 195). Além disso, conclui-se que todas as normas constitucionais, dotadas sempre de um mínimo de eficácia, sendo esta variável consoante seu grau de densidade normativa, também podem considerar-se, em certa medida, diretamente aplicáveis, naturalmente nos limites de sua eficácia e normatividade.

Nesse contexto, García de Enterría (1991, p. 63), tomando por base a concepção substancial da Constituição e reconhecendo o caráter vinculante reforçado e geral das suas normas, entende que na Lei Fundamental não existem declarações (sejam elas oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) destituídas de conteúdo normativo, de modo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá estabelecer, em cada caso, qual o alcance específico de sua carga eficaz.

Ou seja, pode-se sustentar a aplicabilidade imediata, ainda que por vezes limitada, de todos os direitos fundamentais constantes do catálogo (artigos 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais, ante a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, consagrada no artigo 5º, §2º, da CF³⁰. Assim, observa-se que o constituinte não pretendeu excluir do âmbito do artigo 5º, §1º, da nossa Constituição, os direitos políticos, de nacionalidade e, também, os direitos sociais, cuja fundamentalidade, ao menos no sentido formal³¹, parece inquestionável.

³⁰ CF/88: “Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

³¹ A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade (SARLET, 2001, p. 80).

Com a expressa previsão do artigo 5º, §1º, da CF/88, o constituinte pretendeu evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que eles permanecessem como letra morta no texto da Constituição. Por isso, mesmo as normas de eficácia limitada que, em virtude de sua natureza (forma de positivação, função e finalidade), reclamam atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador, a exemplo da maioria dos direitos sociais, possuem eficácia e aplicabilidade (inclusive imediata) (SARLET, 2015, p. 274).

Estas normas de eficácia limitada relacionam-se, em certa medida, com as normas de cunho programático, as quais foram entendidas, inicialmente, como normas que representavam tão somente metas de governo, a serem realizadas ao longo do tempo, na medida das possibilidades financeiras do Estado. Não eram consideradas normas vinculantes e/ou justiciáveis, tinham cunho eminentemente político, devendo ser implementadas e efetivadas também por órgãos políticos, sem a obrigatoriedade necessária para tornarem exigíveis as prestações que representavam (ALVES, 2013, p. 66).

Atualmente, no entanto, as normas de cunho programático, para os doutrinadores que defendem a sua existência, não devem ser interpretadas como meras proclamações de cunho político destituídas de juridicidade e vinculatividade. Elas estabelecem programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e reclamam mediação legislativa (queiramos ou não chamá-las de programáticas), correspondendo à exigência do Estado Social de Direito, regra à qual não foge a nossa atual Constituição.

Nas palavras de Ingo Sarlet (2015, p. 275) “[...] todas as normas constitucionais – inclusive as programáticas – são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade”. Sendo assim, as normas de cunho programático não devem ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valor meramente diretivo, servindo unicamente de guia e orientação ao intérprete como desejavam constitucionalistas antigos e contemporâneos, os quais estavam “[...] habituados a reduzir o conteúdo programático das Constituições a um devaneio teórico de boas intenções ou uma simples página de retórica política e literária” (BONAVIDES, 2006, p. 223).

Reforçando o exposto, Canotilho (1998, p. 1050) sustenta que:

“[...] o sentido destas normas não é [...] o assinalado pela doutrina tradicional: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, “aforismos políticos”, “promessas”, “apelos ao legislador”, “programas futuros”, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade”.

[...]

Às “normas programáticas” é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Não deve, pois falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela **interpositio** do legislador; **é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes.** Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (**imposição constitucional**); (2) vinculação **positiva** de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como **directivas materiais permanentes**, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade e limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam” (grifos do autor).

Verifica-se, ainda, que a norma contida no artigo 5º, §1º, da CF/88 impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia de todos os direitos fundamentais, investindo tais órgãos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos, estejam eles positivados sob a forma de normas de eficácia limitada ou não. Para Otávio Henrique Martins Port (2005, p. 56):

As normas constitucionais, como condição de seu atributo de imperatividade, devem procurar atingir um nível de eficácia ótimo. Não se pode conceber que a Lei Suprema contenha apenas recomendações ou conselhos de carácter meramente indicativo. Ao contrário, a Constituição, como produto da soberania popular, obriga a todos, inclusive ao próprio Estado, a sua observância. Trata-se de uma exigência consecutória do princípio da supremacia constitucional dentro da ordem jurídica.

Nesse entoar, Sarlet (2015, p. 278) relata que:

[...] somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º. §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan. Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas [...] de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.

Como se percebe, a aplicabilidade imediata constitui um *plus* das normas definidoras de direitos fundamentais, de modo que negar esta condição privilegiada a tais direitos significaria negar-lhes a própria fundamentalidade. Frise-se, contudo, que mesmo dentre os direitos fundamentais podem existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha.

Feitas tais considerações, analisa-se acerca da eficácia dos direitos sociais enquanto direitos prestacionais, que têm por objeto conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa, razão pela qual se deve enfatizar a necessidade de “cimentar juridicamente” o estatuto jurídico-constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais (SARLET, 2015, p. 289).

Sublinha-se que não há como negar que os direitos sociais são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo-se direitos imediatamente aplicáveis. E, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. Logo, “[...] o quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear, dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto” (SARLET, 2015, p. 289).

Nesse contexto, afirma-se que, no Brasil, a forma de positivação dos diversos direitos sociais não possui tratamento simétrico ou homogêneo, “[...] já que sob a mesma nomenclatura situam-se direitos com estruturas funcionalmente diferenciadas, sendo alguns referentes a direitos de defesa e outros de prestação” (ALVES, 2013, p. 67). Dentre as diversas formas de positivação dos direitos sociais prestacionais no texto constitucional, a opção do Constituinte costuma recair sobre a já referida modalidade das normas de cunho programático.

Estas, reitera-se, são caracterizadas pelo fato de reclamarem, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, uma interposição do legislador. Ou seja, cuidam-se das normas de baixa densidade normativa ou de normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, justamente por estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao Legislador. São, finalmente, as normas de eficácia limitada. Nesse entoar, Sarlet (2015, p. 300), explica:

Assim sendo, entendemos justificada a nossa opção de adotar a expressão genérica “normas constitucionais” de “cunho programático” (e não normas programáticas), para nela enquadrarmos todas as normas (normas-programa, normas-tarefa, normas-fim [ou objetivo], imposições legiferantes etc.) que, em princípio e independentemente da terminologia utilizada reclamam uma concretização legislativa, sem desconsiderar eventuais especificidades, já que a diversa carga eficaz (em de regra de natureza jurídico-objetiva) destas normas não pode ser abstratamente fixada, dependendo do conteúdo de cada norma.

Em vista do exposto, diz-se que todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas ou tarefas para o Estado, possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que, mesmo sem qualquer ato concretizador, encontram-se aptas a desencadear algum efeito jurídico. Para Ingo Sarlet (2015, p. 302):

[...] todas as normas constitucionais (mesmo as de cunho programático ou impositivo) geram o efeito de revogar a legislação anterior manifestamente incompatível, de tal sorte que pelo menos este efeito [...] ensejará a aplicação imediata da norma ao caso concreto, no sentido de viabilizar aos órgãos jurisdicionais que, desde logo (isto é sem qualquer lei regulamentadora que permita o reconhecimento do efeito revogatório) tenham como revogada (ou mesmo inconstitucional, para quem assim o entende) a norma legislativa anterior. O mesmo, à evidência, aplica-as com relação aos demais efeitos atribuídos às normas constitucionais, ainda que de eficácia limitada.

Seguindo a mesma linha de pensamento, José Afonso da Silva (2001, p. 115) entende que:

[...] referidas normas têm, ao menos, eficácia jurídica imediata, direta e vinculante já que: a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem. Todas elas possuem eficácia ab-rogativa da legislação precedente incompatível e criam situações subjetivas simples e de interesse legítimo, bem como direito subjetivo negativo. Todas, enfim, geram situações subjetivas de vínculo.

Reconhece-se, então, eficácia jurídica imediata, direta e vinculante às normas de direitos sociais, mesmo quando positivas sob a forma de normas de cunho programático, dando origem a comportamentos e comandos que criam situação não apenas de expectativa,

mas de vantagem efetiva, ainda que diminuta, em favor de todos aqueles que estiverem em condições de se beneficiar com a vantagem de sua aplicação e observância (SILVA, 2001, p. 154).

E, inobstante a ausência de regulamentação, os direitos fundamentais sociais não podem ser negados pelo fato de não terem sido regulamentados infraconstitucionalmente. Tais direitos não são absolutamente desprovidas de qualquer efeito, já que “[...] em face do princípio da supremacia das normas constitucionais, não há como se admitir que estas não produzam efeitos em caso de omissão legislativa. Sua eficácia, nesse caso, embora não seja plena, é parcial [...]” (PORT, 2005, p. 68).

Os direitos sociais, portanto, são normas preceptivas e de aplicação imediata, de forma que “[...] podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei” (KRELL, 2002, p. 38). Isso significa que, em caso de ausência ou indefinição normativa, haverá determinação pela aplicação imediata deles em razão da Constituição que “[...] impõe aos órgãos estatais a tarefa de ‘maximizar a eficácia’ dos Direitos Fundamentais Sociais e criar as condições materiais para sua realização” (KRELL, 2002, p. 38). Em virtude disso, salienta-se que:

Em termos pragmáticos, o que importa destacar, neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e fruição negada pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 316).

Assim, a presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais faz com que eventual recusa de sua aplicação, em virtude de ausência de ato concretizador, deva ser necessariamente fundamentada e justificada, não podendo o poder público furtar-se de seu dever constitucional.

Tais normas correspondem, enfim, às exigências do moderno Estado Social de Direito, sendo, portanto, inerentes à dinâmica da Constituição dirigente, no sentido de que estas impõem aos órgãos estatais, de modo especial ao legislador, a tarefa de concretizar (e realizar) os programas, fins, e ordens nelas contidos. Importa notar que a dimensão programática convive com o direito (inclusive subjetivo) fundamental, não sendo nunca demais lembrar que a eficácia é das normas, que, distintas entre si, impõe deveres e/ou atribuem direitos, igualmente diferenciados quanto ao seu objeto, destinatários, etc.

Por isso, a necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se apenas pelo fato de que se cuida de problema de natureza competencial, de modo que a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica. Em vista do exposto, conclui-se que a eficácia das normas constitucionais que estatuem direitos sociais não pode permanecer apenas como discurso; o direito social ao lazer é direito fundamental da pessoa humana, e sua efetivação é imposição ao poder público, que necessita criar alternativas de políticas públicas que visem a trazê-lo da abstração para o mundo concreto (CHEMIN, 2010, p. 120).

Passa-se, agora, ao estudo das políticas públicas, que como já dito, trata-se do meio hábil para a concretização da maioria dos direitos sociais, sendo certo que política pública consistente e bem planejada pode contribuir, de forma grandiosa, para a efetivação de tais sociais e, em particular, do direito ao lazer.

3.3 Políticas públicas: conceito e necessidade

Cada vez mais o tema das políticas públicas vai se infiltrando entre as preocupações dos juristas, principalmente, quando se considera o alargamento do universo jurídico, através do qual os direitos sociais e transindividuais deixam de ser meras declarações retóricas e passam a ser direitos positivados em constituições e leis, em busca de efetividade.

Para Felipe de Melo Fonte, quanto mais intervencionista um Estado for, maior sua preocupação teórica com as políticas públicas, já que exigirá de seus cidadãos mais recursos para implementação de suas ações, que devem ser justificadas. Nas palavras do autor, “[...] o estudo das políticas públicas avulta em importância no Brasil atual: primeiro, pela imensidão de tarefas que foram cometidas ao Estado com o advento da Constituição de 1988; segundo, pela enorme carga tributária impingida à cidadania com o intuito de subsidiar a realização destes objetivos sociais” (FONTE, 2013, p. 31).

Assim, solidifica-se, nos últimos anos, o conhecimento de que “[...] há uma pauta de programas a serem cumpridos pelo Poder Público em reconhecimento de que as normas programáticas prescrevem deveres, e não anunciam simples sugestões” (PIRES, 2009, p. 175). Tais programas se expressam, enfim, pelas denominadas políticas públicas.

No mesmo sentido, os julgados que fazem referência explícita às políticas públicas, normalmente, as interpretam como o meio de efetivação de normas constitucionais, principalmente daquelas de cunho programático, isto é, despidas de eficácia positiva, ainda

que também sirvam como instrumento de efetivação de alguns direitos de defesa (que exijam ação do Estado e gastos públicos para a sua concretização). Para os órgãos julgadores, portanto, as políticas públicas estão intimamente relacionadas à concretização dos direitos sociais de cunho prestacional (FONTE, 2013, p. 36).

À vista disso, muitos autores ressaltam a necessidade das políticas públicas como meio para a efetivação de direitos de cunho prestacional pelo Estado (objetivos sociais em sentido lato), sem descuidar, também, da importância para a efetivação de direitos não fundamentais. Dessa maneira, reconhece-se, principalmente, nos direitos sociais o objetivo final de algumas políticas públicas executadas pelo Estado. Seguindo este entendimento, Maria Paula Dallari Bucci (1996, p. 135) entende que:

“O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais [...] a função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos [...] se legitima pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais”.

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 40) complementa dizendo que:

“É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção”.

Sendo assim, as políticas públicas são entendidas como programas de ação governamental, que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. São consideradas como “metas coletivas conscientes”³², e, como tais, problema de direito público, em sentido lato (BUCCI, 2002, p. 241).

Em razão disso, há que se falar na estreita relação entre o direito constitucional e o direito administrativo, de forma que este último se ocupa do estudo da instituição estatal, em sua vertente executiva, enquanto aquele trata da organização do poder e dos direitos dos cidadãos, como balizas negativas e positivas para o exercício do poder estatal.

Pode-se dizer, então, que houve evolução dessas áreas do direito, no sentido de que o direito administrativo passou a assumir caráter regulador, utilizando-se do direito público para

³² A expressão “metas coletivas conscientes” é de Hugo Assman, citado pela autora.

implementar e executar programas socioeconômicos e políticas de desenvolvimento, enquanto que o direito constitucional evoluiu no seu aspecto dirigente, consubstanciando-se na outra face do direito administrativo regulador. Reforçando este entendimento, Maria Paula Dallari Bucci (2005, p. 248) assevera que:

De fato, há uma correspondência entre a formulação da constituição dirigente [...] e a ideia de um direito administrativo voltado à concretização, pela Administração Pública, dos ditames constitucionais e, em decorrência, de políticas públicas. [...] Assim, como Canotilho trata da cooperação do legislador infraconstitucional na “determinação” e “conformação material” da Constituição, o enfoque das políticas públicas destaca o papel da Administração na “determinação e conformação” material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo.

Dessa forma, no que diz respeito à competência para a formulação das políticas públicas, diz-se que, em regra, as grandes linhas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza sob a forma de leis, a serem executadas pelo Poder Executivo, seguindo a ótica da clássica tripartição das funções estatais. Maria Paula Dallari Bucci (2005, p. 270), no entanto, alerta que:

[...] a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade “formadora” do direito nas mãos do governo (Poder Executivo), perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.

Ou seja, estas duas etapas principais de formulação e execução das políticas públicas estão estreitamente relacionadas entre si, de forma que o Estado contemporâneo tem reforçado os poderes do ramo executivo para a consecução destas finalidades. A função da Administração Pública, assim, não significa apenas a gestão de fatos conjunturais do presente, mas, acima de tudo, o planejamento do futuro, pelo estabelecimento de políticas a médio e longo prazo.

É possível perceber, pois, que mesmo que a responsabilidade pela decisão sobre as políticas públicas seja, em regra, do Poder Legislativo e da direção política do governo, a Administração Pública vem desempenhando papel, cada vez mais, relevante na análise e elaboração dos pressupostos que dão base a tais políticas, já que estas configuram quadro normativo de ação informado por elementos de poder público, elementos de *expertise* e elementos que tendem a constituir a ordem local, todos da órbita do aparelho burocrático.

Dessarte, afirma-se que “[...] como programas de ação, ou como programas de governo, não parece lógico que as políticas públicas possam ser impostas pelo Legislativo ao Executivo” (BUCCI, 2005, p. 271). Seguindo tal entendimento, cogita-se que, em virtude do fenômeno da normatividade do Poder Executivo, deve-se considerar adequada a realização de políticas públicas pelo Executivo, por sua própria iniciativa, seguindo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo.

Por isso, muitos afirmam que as políticas públicas são conhecidas pelos atos e normas que lhe dão concretude, ou seja, pela ação efetiva da Administração Pública e o suporte normativo que lhe sustenta. Nesse contexto, as políticas públicas compreendem as ações e programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam da ação estatal, fazendo surgir correlação entre ação do Estado e política pública (FONTE, 2013, p. 45).

Faz-se necessária, então, a compreensão acerca dos paradigmas da Administração Pública na contemporaneidade, tendo em vista que esta desempenha importante função na execução de políticas públicas que efetivam direitos sociais. No mesmo entoar:

Conhecer, portanto, os princípios jurídicos da Administração Pública, os condicionamentos legais à contratação de funcionários ou serviços, as formas de organização jurídica da Administração direta e indireta, além dos dados materiais geridos pela Administração em seu cotidiano, são operações que necessariamente fazem parte do processo de formulação da política pública. Por outro lado, esse processo representa o modo de formação da vontade administrativa no espaço da ação discricionária – especialmente num país de regime presidencialista, em que os aparelhos do governo e da Administração se confundem no Poder Executivo. Por isso se pode concluir que o direito administrativo interessa às políticas públicas, assim como as políticas públicas interessam ao direito administrativo (BUCCI, 2005, p. 250).

Entendida a necessidade das políticas públicas como instrumento de concretização de direitos, principalmente, sociais, bem como a importância dessa categoria para o direito administrativo, impende, agora analisar acerca de sua conceituação. Adianta-se, contudo, que não se trata de tarefa fácil, fazendo surgir uma série de diferentes conceitos. Maria Paula Dallari Bucci (2005, p. 252) entende que:

As políticas são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução à ideia de lei

em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *government by men*, anterior ao constitucionalismo. E é por isso que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas.

Do exposto, percebe-se que a realização das políticas públicas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, para que elas sejam reconhecidas pelo direito e, conseqüentemente, gerem seus efeitos jurídicos. Tais políticas, vistas como espécies de padrão de conduta que determinam uma meta a alcançar, geralmente apontam para a melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade.

Reafirmando este entendimento, Luis Manuel Fonseca Pires (2009, p. 286), diz que as políticas públicas:

São “programas” traçados – de modo cogente, imperativo – pela Constituição e por leis ordinárias, e de execução *a priori* atribuída ao órgão competente à sua realização material, o Poder Executivo, que deve realizá-los por si ou transferi-los para a execução – mas mantê-los em fiscalização – por terceiros.

Para Fábio Konder Comparato (1997, p. 353), a política pública é “[...] uma ‘atividade’, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. Nesse entoar, o autor entende que as políticas governamentais devem ter por objetivo tanto o confronto dessas políticas com os objetivos constitucionais vinculantes (a finalidade), como ainda com as regras estruturantes do desenvolvimento da atividade (os meios e instrumentos utilizados).

Por sua vez, Marília Lourido dos Santos (2006, p. 80) entende que a noção de política pública é composta por três elementos, quais sejam: a) as metas; b) os instrumentos legais; c) a temporalidade, que segundo a autora, significa “[...] o prolongamento no tempo, que implica na realização de uma atividade e não de um simples ato”.

Felipe de Melo Fonte entende que o conceito de política pública pode ser sintetizado como: “[...] o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública” (2013, p. 49). Em decorrência deste conceito, o autor afirma que a política pública pode ser decomposta em normas abstratas (Constituição, leis estabelecendo finalidades públicas), atos administrativos (os contratos administrativos, as nomeações de servidores públicos para o desempenho de determinada função, os decretos

regulamentando o serviço etc.), a habilitação orçamentária para o exercício do dispêndio público e os fatos administrativos propriamente ditos³³.

A política pública ainda relaciona-se à noção de plano, ressaltando, porém, que aquela é mais ampla que esta (BUCCI, 2005, p. 258). Desse modo, as políticas públicas frequentemente se exteriorizam por meio de planos, os quais podem ter caráter geral ou setorial, configurando-se como pressuposto indispensável de todo programa de ação política, econômica ou social. Assim, o Estado não só deve planejar seu orçamento anual, mas também suas despesas de capital e, ainda, seus programas de duração continuada.

Ainda de acordo com Maria Paula Dallari Bucci (2005, p. 264), as políticas públicas também podem ser interpretadas como “[...] processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”. Por esta perspectiva, as políticas públicas são vistas como processo de formação do interesse público, vinculando-se à discricionariedade do administrador, que individualiza e confronta os vários interesses concorrentes. Nesse entoar:

[...] um interesse é reconhecível como interesse público quando é assim qualificado pela lei ou pelo direito, que é exatamente o que se faz no processo de formação da política pública como dado de direito, ou seja, sancionar determinados fins e objetivos, definindo-os legitimamente como a finalidade da atividade administrativa (BUCCI, 2005, p. 265).

Por meio do entendimento esposado acima, pode-se afirmar que as políticas públicas também servem como forma de controle prévio de discricionariedade, tendo em vista que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa. Ou seja, o processo de criação da política pública é o momento oportuno para esclarecer e documentar os pressupostos da atividade administrativa, viabilizando o posterior controle dos motivos.

Além disso, conclui-se que o agir da Administração Pública na elaboração das políticas públicas, mesmo no exercício de competências discricionárias, deve exprimir não a decisão isolada e pessoal do agente público, mas escolhas politicamente informadas que demonstrem os interesses públicos a concretizar. Reforçando esta linha de raciocínio:

A formulação da política consistiria, portanto, num processo, e os programas de ação do governo seriam as decisões decorrentes desse processo. Nesse sentido, o incremento das atividades concernentes à elaboração das políticas

³³ Para José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 89), a ideia de fato administrativo tem o sentido de atividade material no exercício da função administrativa, que visa a efeitos de ordem prática para a Administração.

e à sua execução insere-se num movimento de “procedimentalização das relações entre os poderes públicos”. Nesse fenômeno sobressai o poder de iniciativa do governo, mas também o poder de influência do aparelho administrativo quanto aos pressupostos da sua própria ação. Desfaz-se o mito da Administração como máquina de execução neutra ou inerte, na medida em que o desenho institucional de determinada política depende do conhecimento dos organismos administrativos, dos procedimentos, da legislação, do quadro de pessoal disponível, das disponibilidades financeiras, enfim, de um conjunto de elementos que se não pode, sozinho, desencadear a ação – porque depende do impulso da direção política do governo –, pode, por outro lado, transformar-se em obstáculo para a implementação dessa iniciativa (BUCCI, 2005, p. 268).

Dessa forma, fica clara a importância do processo na formação da vontade da Administração Pública, de modo que a escolha das diretrizes da política, bem como os objetivos de determinado programa não devem ser considerados como simples princípios de ação. São, para além disso, os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do Poder Público, que levarão a resultados desejados.

O sucesso da política pública encontra-se relacionado, portanto, com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. Em razão disso, resta evidente a importância e a atualidade das políticas públicas, como instrumento eficaz, no seio do direito administrativo, para a realização dos direitos dos cidadãos.

Levando-se em consideração que o foco da presente pesquisa é a efetivação do direito ao lazer, resta evidente a necessidade e relevância do estudo das políticas públicas, que podem configurar meio bastante eficaz para cumprir tal objetivo, principalmente, se levadas a sério, com responsabilidade, comprometimento e participação social.

3.4 O ciclo e os elementos das políticas públicas

Considerando-se a importância do estudo da categoria das políticas públicas, eleita, nesta pesquisa, como importante caminho para a concretização dos direitos sociais em nossa sistemática jurídica, incluindo-se o direito ao lazer, convém, nesse momento, analisar alguns de seus elementos, bem como o ciclo dessas políticas, para melhor entendimento acerca de seu funcionamento. Ressalte-se, porém, que a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico, de forma que serão traçados, de modo geral, os ciclos e elementos que se esperam de uma política pública bem planejada (BUCCI, 2002, p. 257).

Nesse sentido, e como já foi dito anteriormente, as políticas públicas englobam leis, vários atos administrativos e fatos conducentes à realização de determinados fins, remetendo-se à noção de procedimento. Em consequência, a doutrina tende a reconhecer algumas etapas que possibilitam a formação e execução das políticas públicas.

Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 266), analisando o ciclo das políticas públicas entende que:

[...] é necessário o conceito de processualidade e que este se abra em três momentos: o da formação, o da execução e o da avaliação. O primeiro momento é o da apresentação dos pressupostos técnicos e materiais, pela Administração ou pelos interessados, para confronto com outros pressupostos, de mesma natureza, trazidos pelas demais partes, cujos interesses sejam não-coincidentes com aqueles. O segundo momento compreende as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa. E finalmente o terceiro momento no processo de atuação da política pública é o da apreciação dos efeitos, sociais e jurídicos, novamente sob o prisma do contraditório, de cada uma das escolhas possíveis, em vista dos pressupostos apresentados.

De forma mais detalhada, Felipe de Melo Fonte (2013, p. 50) destaca que:

[...] as políticas públicas são cíclicas porque dificilmente as questões que demandaram a sua concretização são solucionadas em curto prazo. Vale dizer que este corte pode não corresponder a momentos verdadeiramente estanques entre si, mas deve ser compreendido como uma tentativa de facilitar o estudo do tema [...] São identificadas, basicamente, quatro fases, que compreendem: (i) a definição da agenda pública; (ii) a formulação e escolha das políticas públicas; (iii) sua implementação pelo órgão competente; e (iv) avaliação pelos diversos mecanismos previstos na Constituição e nas leis.

No tocante à primeira fase, de definição da agenda pública, pode-se dizer que significa definir os rumos da ação governamental, que se trata de um dos mais importantes exercícios de poder das sociedades modernas. Ou seja, a definição decorre da percepção de problema por parte do governo que demanda sua ação, sendo os agentes eleitos (legisladores e administradores), por dever de ofício, os responsáveis por perceber e incluir na discussão pública determinado assunto relevante para a coletividade (FONTE, 2013, p. 50). O processo de definição da agenda pública estende-se ao Executivo porque a este foram deferidos espaços de interpretação jurídica.

Importante ressaltar que da definição da agenda pública não se deve excluir a participação da sociedade civil, sendo essencial a abertura no sistema político para a

participação ampla de diversos grupos, tendo em vista que a existência de dominação dos canais políticos por pequeno grupo de interesse pode causar sérias distorções no momento das escolhas.

Finalmente, há que se anotar que o termo "agenda" pode ser interpretado sob três ângulos diferentes: a agenda sistêmica ou pública, que trata da percepção dos problemas por parte dos membros da comunidade política, ou seja, é o pensamento difuso a respeito dos problemas que reclamam a ação do Estado; a agenda institucional ou formal, que diz respeito à agenda oficial dos agentes públicos, reportando as prioridades dos agentes eleitos; e a agenda constitucional, já que a Constituição sempre formula pretensões relativamente à agenda institucional, reclamando algum tipo de ação governamental para a sua concretização (FONTE, 2013, p. 53). Quanto maior a interação entre a agenda institucional e as agendas sistêmica e constitucional, mais efetivas tendem a ser as políticas públicas.

A segunda fase, de formulação e escolha das políticas públicas, exige, primeiramente, a identificação de objetivos que estejam em conformidade com o ordenamento jurídico, em obediência ao princípio da juridicidade, que deve ser observado por toda a ação administrativa. Destaca-se, que enquanto ao legislador cabe exercer a discricionariedade de maneira quase ilimitada, dentro dos limites constitucionais apenas, o administrador, ao formular as políticas públicas, deve agir dentro dos limites balizados pela legislação e pelo texto constitucional, num espectro menor de escolhas (FONTE, 2013, p. 54).

Ao legislador cabe, ainda, definir a quantidade de dinheiro que será destinado para a realização das metas públicas, como também, a proporção que ficará disponível para cada área de relevância social, através do orçamento público. Por outro lado, a Administração Pública, no processo de definição das metas públicas, pode utilizar-se da discricionariedade quanto à escolha dos meios para alcançá-las, já que se trata de órgão que possui responsabilidade política (pode ser avaliado diretamente pelos participantes da sociedade – princípio democrático) e por exibir a faceta de especialização funcional em decorrência do princípio da separação de poderes.

Distingue-se, ainda, entre a formulação e a escolha de políticas públicas. De acordo com Felipe de Melo Fonte (2013, p. 55):

A primeira [formulação] corresponde a uma etapa prévia, onde os atores sociais e agentes públicos apresentam diversas soluções para o problema que o Estado se propôs a resolver [...] A segunda etapa [escolha], por conseguinte, é o momento em que ocorre a escolha de uma ou algumas dentre as diversas fórmulas apresentadas.

A terceira fase, de implementação das políticas públicas, trata-se do momento em que os planos e programas normativos deixam o mundo das ideias e convertem-se em ação efetiva do Estado, através de atividades (edição de atos administrativos para a alocação de servidores públicos em determinada atividade, realização de licitações, publicações de editais, realização de empenho e liquidação de despesas etc.) destinadas à realização da finalidade pública colimada (FONTE, 2013, p. 56).

O último momento proposto pelo autor é o da avaliação das políticas públicas, sendo possível indicar quatro mecanismos de avaliação destas políticas, com fundamento na Constituição de 1988. Sabe-se, entretanto, que estes mecanismos são complexos e institucionalmente diversificados, sendo muitas vezes difícil estabelecer limites claros entre eles.

O primeiro destes mecanismos é o político-eleitoral, que se trata de método de avaliação puramente político, já que “[...] ao estabelecer eleições periódicas para o exercício das funções administrativa e legislativa, a Constituição permite que os cidadãos julguem, a partir da percepção que têm dos problemas sociais, os partidos políticos e seus respectivos planos de ação” (FONTE, 2013, p. 59). Corresponde, pois, ao controle popular das políticas públicas, sendo essencial o dever constitucional de prestação de contas por parte da Administração Pública.

O segundo mecanismo é o controle administrativo ou autotutela, que se refere à avaliação pelos próprios mecanismos internos da Administração Pública, podendo configurar-se num controle de legalidade, de mérito ou de “boa administração”. Trata-se de controle fundamental para garantir a observância das regras e princípios legais, e para assegurar que a burocracia governamental guarde fidelidade ao planejamento definido pelos agentes de cúpula e pela legislação (FONTE, 2013, p. 61).

O terceiro mecanismo de avaliação e controle é desempenhado pelo Poder Legislativo, que pode exercê-lo de variadas formas (a exemplo dos casos em que os atos administrativos exigem a concordância do Congresso Nacional para se aperfeiçoarem), e pelos Tribunais de Contas, cuja principal função é auxiliar e orientar o Poder Legislativo, podendo, ainda, realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial em todas as esferas de poder (FONTE, 2013, p. 62).

Por fim, o quarto mecanismo de controle é o judicial, cabendo ao Poder Judiciário, em regra, efetuar o reconhecimento da inconstitucionalidade de atos da Administração Pública quando estes confrontarem com o texto constitucional, ou de sua ilegalidade quando aqueles não puderem se enquadrar na ordem jurídica infraconstitucional (FONTE, 2013, p.

64). Ressalta-se, ainda, que reiteradamente o Poder Judiciário tem proferido decisões que afetam as políticas públicas estabelecidas ou que determinam a sua realização.

Compreendidas, pois, as etapas que compõem o ciclo das políticas públicas, passa-se, agora, à breve análise dos elementos de tais políticas. Como se sabe, os políticos precisam de dinheiro para colocar em prática os projetos do Estado, já que os cidadãos exigem a prestação de serviços diversos que são notoriamente custosos. Nesse sentido, conclui-se que o dinheiro público influencia diretamente nos índices de efetividade da própria Constituição, tendo em vista que muito da programação constitucional depende de investimentos.

Diante disso, diz-se que o primeiro elemento da política pública é o orçamento público, que se trata de mecanismo pleno de gestão e controle democrático das receitas e despesas públicas, de natureza política e fruto do pensamento político liberal (FONTE, 2013, p. 68). Percebe-se, assim, que o processo orçamentário público encontra-se no epicentro dos sistemas políticos atuais, já que através dele são definidas as prioridades sociais e delimitada a ação do Estado no futuro.

Para Felipe de Melo Fonte (2013, p. 71):

A importância do orçamento público, portanto, decorre de sua importantíssima vocação para cristalizar escolhas alocativas, efetuadas democraticamente, sobre recursos escassos. O momento de feitura da peça orçamentária é, por excelência, a ocasião em que as forças sociais se encontram para decidir quanto de recursos será retirado da sociedade em favor do Estado, e como serão revertidos na atuação deste.

Logo, fica claro que o orçamento público é essencial nas sociedades democráticas contemporâneas, pois sem a sua devida previsão torna-se impossível a realização das políticas públicas.

O segundo elemento é o planejamento público, “[...] que se caracteriza por ser um projeto de ação futura racionalizada, por meio do qual se especificam os objetivos a serem alcançados e as maneiras para alcançá-los, mediante a coordenação dos instrumentos existentes” (GRAU, 1997, p. 310). A própria Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado a necessidade de planejar sua atuação sobre a sociedade em diversos dispositivos, como por exemplo, o artigo 165, §1º³⁴, que determina a elaboração de um plano plurianual, prevendo as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e as

³⁴ CF/88: “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...] §1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”.

relativas aos programas de duração continuada; e o artigo 174³⁵, que versa sobre o planejamento público, disciplinando a intervenção do Estado na atividade econômica enquanto agente normativo e regulador, de forma que o plano é determinante para o setor público.

O planejamento público é importante porque favorece a transparência, já que ao definir os objetivos globais e setoriais, clarificando as prioridades políticas que serão objeto de ação governamental, permite aos indivíduos que se preparem adequadamente para ela, possibilitando a contínua avaliação social sobre tais objetivos. Além disso, favorece também a racionalização, como bem explica Felipe de Melo Fonte (2013, p. 74):

Por sua vez, a racionalização advém da exclusão do elemento aleatório da ação estatal. O plano é exatamente o oposto do improvisado, do capricho e do arbítrio. É nele que são coordenados os meios disponíveis, clarificadas as diretrizes, estabelecidas as regras de ação. E mais: o planejamento, na forma da lei, conta com a aprovação do Poder Legislativo, fortificado o seu viés democrático e, por esse motivo, dificultando a intervenção judicial.

O terceiro e último elemento que compõe as políticas públicas é a discricionariedade administrativa, que se faz presente tanto na decisão dos instrumentos para a realização de políticas públicas, quanto em matéria de dispêndio público. Em decorrência disso, afirma-se que “[...] os espaços discricionários são deliberadamente criados pelo Poder Legislativo, em atenção à natureza da separação de poderes, que também tem um viés de especialização funcional” (FONTE, 2013, p. 77).

Assim sendo, o legislador deixa ao administrador certa liberdade para decidir, já que este possui maior proximidade com o caso concreto, podendo melhor alcançar o interesse público. Ressalte-se, porém, que a discricionariedade, no Estado Democrático de Direito, deve estar voltada para a realização dos fins constitucionais e da dignidade da pessoa humana.

3.5 A preferência do processo político sobre o Poder Judiciário na definição de políticas públicas

Em vista de tudo que já foi exposto ao longo deste capítulo, é possível perceber que há, em regra, preferência do processo político sobre o Poder Judiciário na definição das políticas públicas. A noção de processo político, nesta pesquisa, engloba tanto o Poder

³⁵ CF/88: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Legislativo, como a Administração Pública, a qual, embora esteja vinculada ao princípio da legalidade, possui atuação que vai além da interpretação pura e simples de textos jurídicos, envolvendo também a tomada de decisões políticas em espaços de discricionariedade.

A preferência *prima facie* do processo político na tomada de decisões a respeito de políticas públicas encontra justificativa no princípio democrático, acolhido pelo artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988³⁶, que impõe a necessidade de que as decisões políticas sejam tomadas pela maioria, abrangendo, assim, o direito coletivo à participação igualitária em tais decisões (FONTE, 2013, p. 187).

Dessa maneira, afirma-se que o Poder Legislativo, geralmente, configura-se como a instituição que reproduz de modo mais fiel, embora não perfeito, as preferências políticas de determinada sociedade. Isso porque, a definição de tais políticas trata-se de processo complexo, de avaliação de informações técnicas e algumas puramente políticas, dependendo da formação de maiorias e consensos que seriam irrealizáveis em processos judiciais.

Além disso, a Administração Pública também possui importante papel na concretização de políticas públicas, em razão de sua função orgânico-funcional decorrente do princípio da separação de poderes, fazendo com se apresente como a instituição mais aparelhada para integrar as normas jurídicas criadas pelo Poder Legislativo. Isso se afirma em razão de a Administração contar com órgãos e entidades aparelhados com técnicos especializados nos campos de atuação específicos, o que não se dá no âmbito do Poder Judiciário, que é composto, normalmente, por juízes generalistas e peritos nomeados *ad hoc*.

De acordo com Felipe de Melo Fonte (2013, p. 173):

[...] cabe sustentar que o processo político tem duas vantagens essenciais do ponto de vista institucional sobre o Poder Judiciário, a saber: (i) assegura o direito à participação no processo político em condições razoavelmente igualitárias; (ii) garante, via de regra, o direito à igualdade de tratamento no acesso aos bens e serviços providos pelos poderes públicos, estabelecendo critérios gerais de fruição.

Como se vê, a importância do processo político, nas democracias contemporâneas, liga-se, essencialmente, ao fato de sua abertura à participação popular, que deve ser reconhecida a todos em igual extensão. Desse modo, afirma-se que “[...] se as decisões sobre políticas públicas implicam a imposição de custos, parece natural que as pessoas diretamente

³⁶ CF/88: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”.

afetadas por elas tenham o direito de intervir em igualdade de condições” (FONTE, 2013, p. 176).

Em virtude disso, diz-se que o processo político é capaz de operacionalizar o acesso dos grupos políticos e dos indivíduos às decisões públicas, já que tende a dar tratamento coletivo aos problemas públicos. Já o processo judicial não tem o condão de alcançar a mesma dimensão do processo político na concretização específica do direito à participação popular, em virtude de suas regras herméticas de acesso e de seus limites formais e práticos. Defendendo tal entendimento, Felipe de Melo Fonte (2013, p. 182) esclarece:

[...] o Poder Judiciário possui três elementos estruturais característicos e distintivos em relação aos demais poderes do Estado, a saber: (i) seu acesso é mais formalista e dificultoso, compreendendo o preenchimento de inúmeros requisitos rituais previstos nas leis de processo (menor acessibilidade); (ii) é muito mais caro e complexo incrementá-lo em tamanho [...] (estrutura dispendiosa e complexa); e (iii) os magistrados possuem um papel mais independente em relação à opinião pública que os membros da administração pública e das instituições privadas de modo geral, de modo que nem sempre respondem adequadamente às exigências da comunidade (irresponsabilidade político-eleitoral).

Do exposto, constata-se argumentos contrários à definição de políticas públicas pelo Poder Judiciário em um primeiro momento, tais como, o acesso muito menos plural que o da política ordinária, exigindo custos financeiros e disponibilidades que nem todos podem suportar; além do que a administração judicial de políticas públicas provoca o inchaço do Poder Judiciário, causando desvios de verbas públicas que poderiam ser canalizadas para a melhoria do bem-estar dos cidadãos, se os conflitos fossem dirimidos politicamente; e, ainda, o comportamento alheio a questões políticas por parte dos magistrados, para a garantia de sua imparcialidade no julgamento das demandas. Ana Paula de Barcellos (2008, p. 127) elucida, ademais, que:

[...] o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça.

Portanto, conclui-se que por meio do processo judicial nem sempre se pode ter a necessária visão de conjunto que permite dar tratamento sistêmico às políticas públicas,

principalmente daquelas voltadas para os direitos prestacionais. Dessa forma, permitir que o Poder Judiciário assuma, em caráter primário, a condução das decisões acerca das políticas públicas coletivas, pode acabar por elidir o direito à igualdade de participação próprio das democracias, além de contribuir para que decisões pontuais predominem sobre as coletivas.

Entretanto, ainda que os argumentos expostos justifiquem a necessidade de que o Poder Judiciário fique de fora, num primeiro momento, da definição e execução de políticas públicas, eles não representam obstáculos absolutos à intervenção judicial. Neste contexto, Cristina Queiroz (2006, p. 152) aduz que:

Em todo o caso, a implementação e a concretização dos direitos fundamentais sociais implica uma política de distribuição dos recursos disponíveis acompanhada das respectivas políticas setoriais. Para essa tarefa de distribuição e implementação de políticas públicas os tribunais, e o sistema jurídico em geral, não se encontram especialmente vocacionados, o que não é o mesmo que afirmar que os tribunais e o poder judicial não possam jogar aí papel algum.

Face ao que foi citado, percebe-se que mesmo que se reconheça que o Poder Judiciário não se encontre vocacionado a gerir políticas públicas econômicas e sociais distintas das legitimamente definidas pelos órgãos políticos, ele pode desempenhar alguma função, cabendo-lhe, por exemplo, o poder de fiscalizar o sistema de prioridades concretamente fixado pelo legislador constituinte. Além disso, o franco descrédito do processo político perante a opinião pública, que, muitas vezes, não considera plenamente as opiniões dos indivíduos submetidos à suas decisões, e o fato desse processo não corresponder perfeitamente ao modelo ideal democrático, estando suscetível a distorções, são fatores que, também, reforçam a participação do Poder Judiciário e a necessidade desse controle de políticas públicas.

Relativamente aos direitos fundamentais, principalmente os prestacionais, Felipe de Melo Fonte (2013, p. 188) entende que “[...] exatamente porque se dirigem à proteção de minorias em face de majorias, as políticas públicas podem desconsiderar excessivamente grupos políticos de pouca expressão ou mesmo indivíduos isoladamente considerados”. Neste passo, o processo jurisdicional poderá exercer o importante papel de controlar as políticas públicas, a fim de resguardar a posição destas pessoas e grupos minoritários mesmo contra majorias adversas, bem como exigir a implementação de ações específicas.

O Poder Judiciário, então, atua no sentido de amplificar as capacidades individuais de intervenção na arena pública, mobilizando o processo político para questões que poderiam

passar despercebidas, *a priori*. Assim, reconhece-se que o estabelecimento de critérios para a definição de políticas públicas é tarefa complexa em nossa sistemática jurídica.

De um lado e, diante do princípio da separação de poderes, tem-se que os órgãos de controle, dentre eles o Poder Judiciário, não devem interferir na escolha dessas políticas, principalmente, quando envolverem questões de discricionariedade legislativa ou administrativa. Tal se justifica no fato de que o cumprimento das metas constitucionais exigem planejamento e destinação orçamentária de recursos públicos, os quais são finitos, não existindo em quantidade suficiente para atender plenamente a todos os direitos nas áreas sociais e econômicas. Dessa forma, a definição das políticas públicas está fora das atribuições dos órgãos de controle, os quais devem, em princípio, apenas corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, sem, rigorosamente, substituir as escolhas feitas pelos poderes competentes (DI PIETRO, 2016, p. 184).

Por outro lado e, levando-se em consideração a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º da Constituição de 1988, como princípio fundante da República e do Estado Democrático de Direito, bem como da variada gama de direitos fundamentais, percebe-se que a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas vem ganhando adeptos. Sob o argumento de que tal interferência não invade matéria de outros Poderes do Estado, nem a discricionariedade que lhes é própria, o Judiciário estaria apenas desempenhando sua função de interpretar e cumprir a Constituição, garantindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou o mínimo existencial imprescindível à dignidade da pessoa humana.

Ao contrário, negar a participação judicial, ainda que sob a forma de controle das políticas públicas, poderia significar a interpretação dos direitos constitucionais como meros apelos ao legislador, sem qualquer grau de vinculatividade jurídica. Partilhando desse entendimento, Cândice Lisboa Alves (2013, p. 98) enfatiza que:

[...] ainda que a determinação da vontade política caiba tipicamente aos Poderes Executivo e Legislativo, tratando-se de direitos fundamentais sociais, a ausência de manifestação ou a manifestação insuficiente para concretização do direito não pode ser chancelada pelo ordenamento jurídico. Ou seja, o Poder Judiciário deve agir como alternativa ao inadimplemento de direito fundamental pelo Estado no sentido de proteção contramajoritária. Não se anui com a super-proteção jurisdicional ou com o caráter ativista do Poder Judiciário. Ao contrário, acredita-se que a situação ideal seja a de equilíbrio e bom senso.

Tal interferência, no entanto, preocupa, na medida em que o custo global das prestações positivas obtidas em decorrência da grande quantidade de ações individuais é de tal ordem que acaba por praticamente obrigar o administrador público a destinar, para esse fim, verbas que estariam previstas no orçamento para atender outros objetivos. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 188), com a interferência do Judiciário nas políticas públicas:

[...] corrige-se, parcialmente, uma omissão do poder público, beneficiando o cidadão que recorre ao Judiciário, mas se produz um mal maior para a coletividade que fica privada da implementação de determinada política pública que viria em benefício de todos. O mérito desse tipo de ação talvez seja o de pressionar o poder público na adoção de medidas corretivas de sua omissão. No entanto, é preciso ter em mente que a outorga do direito a uma pequena parcela da população afronta o princípio da isonomia, além de prejudicar (e não favorecer) a implementação de políticas públicas. Não há dúvida de que as consequências negativas da multiplicação desse tipo de ação recomendam o máximo de cautela no reconhecimento do direito.

Logo, percebe-se que o cumprimento das metas constitucionais exigem planejamento e que o Judiciário deve atuar em zonas de certeza positiva ou negativa, analisando com bastante cautela os pedidos formulados, seja quanto à matéria de fato em que se fundamentam, seja quanto à razoabilidade em relação ao fim que se pretende alcançar. A atuação judicial sem restrições pode acabar por provocar efeitos danosos em relação à distribuição dos recursos orçamentários e ao interesse coletivo.

Se existem os planos plurianuais, as leis de diretrizes orçamentárias e as leis orçamentárias, é porque há necessidade de definição das metas a serem atingidas, e se a distribuição está sendo feita de forma incorreta ou inconstitucional, devem ser utilizados os meios jurídicos adequados para corrigi-la. Ou seja, não deve o Poder Judiciário, através de liminares em ações judiciais individuais, provocar desequilíbrio nas contas públicas, causando a distribuição indiscriminada dos recursos públicos, sem qualquer proporcionalidade.

Se existe inércia da Administração Pública na consecução dos seus deveres na área social, o ideal é que essa inércia seja corrigida por ações coletivas, que produzam efeitos *erga omnes* e, portanto, beneficiem a toda a coletividade que se encontra em igualdade de situações, com observância, inclusive, do princípio da justiça distributiva (DI PIETRO, 2016, p. 109).

Enfim, afirma-se que relativamente aos direitos fundamentais, principalmente, aos direitos sociais, não se pode deixar que a concessão de direito individual mal investigado se transforme em interesse coletivo desprotegido, ocasionando sérios riscos ao princípio

democrático. Assim, sem querer esgotar essa temática que é envolta de incongruências, e deixando claro que não se pretende, neste momento, aprofundar acerca do controle jurídico de políticas públicas, tenciona-se apenas explicitar que a definição de tais políticas é de competência do processo político.

Perante a omissão do Poder Público em criar tais políticas ou frente ao não cumprimento delas, porém, o Poder Judiciário pode assumir, subsidiariamente e de forma excepcional, a função de exigir o cumprimento de direitos constitucionais considerados essenciais, sendo de extrema importância que a atuação judicial cumpra com os limites da motivação, proporcionalidade e razoabilidade e, evitando-se, ao máximo, caráter elitista na concessão de tais direitos.

Destaca-se, ainda, a possibilidade de o Poder Judiciário realizar controle de constitucionalidade das políticas públicas, tendo em vista que não há por parte do agente público liberdade absoluta para ponderar os bens, direitos e interesses em jogo por ocasião da formulação de tais políticas. Estas devem, necessariamente, estar de acordo com os mandamentos expressos na Constituição, já que nada mais são do que os objetivos de valor constitucional materializados no âmbito da Administração Pública, de forma que o Poder Judiciário figura como guardião da Constituição.

Finalmente, salienta-se a necessidade de que o processo político, na definição das políticas públicas, leve em consideração a participação social, realçando a abertura dialógica de tais processos decisórios. Incorporando tal entendimento, percebe-se que a participação torna as políticas públicas mais efetivas, na medida em que se reconhecem, mais eficientemente, as necessidades e capacidades das comunidades; melhora o aproveitamento dos recursos, bem como dos serviços prestados para a população; e aumenta a transparência.

3.6 Princípios inerentes às políticas públicas

A formulação e execução de políticas públicas, principalmente daquelas voltadas para a concretização de direitos sociais, que se trata do cerne desta pesquisa, estão essencialmente ligadas a alguns princípios jurídicos. Em virtude da importância destes princípios, os quais podem interferir significativamente no resultado final de tais políticas e na efetivação dos direitos sociais, será feita breve análise daqueles considerados principais, sem a pretensão de esgotar o estudo de cada um deles.

O primeiro destes princípios é o da “reserva do possível”, amplamente debatido na doutrina e jurisprudência pátrios, a partir do qual se sustenta que a efetividade dos direitos

sociais a prestações materiais encontra-se sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, já que dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 29). Nesse sentido, pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto, em regra, prestações do Estado vinculadas à destinação, distribuição e redistribuição, assim como à criação de bens materiais, ressalta-se a sua dimensão economicamente relevante.

Os direitos de defesa, por sua vez, por serem na sua condição de direitos subjetivos, primeiramente dirigidos a uma conduta omissiva, são normalmente considerados destituídos de dimensão econômica, já que o bem jurídico que protegem pode ser assegurado independentemente das circunstâncias econômicas, ou pelo menos, sem a alocação direta de recursos econômicos (SARLET, 2015, p. 293).

Para Felipe de Melo Fonte (2013, p. 129), contudo, a dicotomia “direitos sociais/custosos” e “direitos individuais/gratuitos” encobre discurso fortemente ideológico que procurou legitimar a inefetividade dos direitos sociais, sob o argumento de que seus custos inviabilizariam qualquer índice de eficácia jurídica, ao passo que os direitos individuais teriam eficácia plena por não demandarem aporte de recursos públicos para serem adimplidos. A reserva do possível emerge, desse modo, como importante argumento contra a sindicância dos direitos fundamentais quando estes exigem prestações do Estado, sendo que este tipo de pensamento transformou-se com a obra de Stephen Holmes e Cass Sustein,³⁷, os quais defendem que todos os direitos exigem a presença do Estado e que não há direitos sem custos.

Passou-se a alegar, assim, que todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos prestacionais, possuem dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica. Nesse entoar, Sarlet (2015, p. 293), salienta que:

[...] todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da já citada obra de Holmes e Sustein e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Gustavo Amaral e Flávio Galdino, são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem – para a sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder

³⁷ De acordo com Cândice Lisboa Alves (2013, p. 100), Sunstein e Holmes (na obra “The cost of rights” - em tradução livre: “O custo dos direitos” -, Why Liberty Depends on Taxes. New York-London: W. W. Norton & Company, 1999) desenvolveram, pioneiramente, a teoria dos custos dos direitos. Segundo essa teoria, o exercício da atividade pública é dependente da captação de recursos, o que é feito por intermédio da arrecadação tributária, sendo esta a fonte de custeio das atividades públicas. Dessa forma, todos os direitos, sejam os positivos, sejam os negativos, implicam custos para o Estado e apenas se poderá ‘levar os direitos a sério’ se for considerada a escassez de recursos também como variável significante.

público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação.

Não há como negar, assim, que todos os direitos fundamentais podem acarretar custo, o que não se limita aos direitos sociais de cunho prestacional. Diz-se, além disso, que tais custos podem ser compreendidos em sentido amplo, englobando custos ligados à própria existência e sobrevivência do Estado, como em sentido estrito, se referindo aos chamados custos financeiros públicos de todos os direitos (NABAIS, 2007, p. 175). Corroborando tal entendimento, Flávio Galdino (2005, p. 345), tenciona demonstrar que:

[...] o senso comum formado no pensamento jurídico brasileiro [...] em torno dos direitos fundamentais funda-se na premissa claramente equivocada, qual seja, de que existem direitos fundamentais cuja tutela por parte do Estado independe de qualquer ação positiva, e portanto, de qualquer custo financeiro.

Para o referido autor, deve-se superar o incorreto senso comum de que há direitos negativos gratuitos, uma vez que as prestações necessárias à efetivação de tais direitos têm custos e, como tal, são sempre positivas. Desse modo, “levar os direitos a sério é – também e dentre outras coisas – incluir pragmaticamente no rol das trágicas escolhas que são feitas todos os dias pelas pessoas, os custos dos direitos, pois, como já se disse... **direitos não nascem em árvores**” (GALDINO, 2005, p. 347 – grifos no original).

Sarlet acredita, no entanto, que existem diferenças entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, diferenças estas que dizem respeito aos custos dos direitos. Para ele, a realização dos direitos sociais “custa mais dinheiro”, distinguindo entre gastos institucionais, que são os gastos comuns a todos os direitos, e os gastos diretamente referidos à realização dos direitos sociais (SARLET, 2015, p. 294).

Felipe de Melo Fonte (2013, p. 132) reconhece tal diferença, sustentando que “[...] é preciso deixar claro que, embora na maioria dos casos os direitos de defesa sejam menos custosos que os direitos a prestações, nos dois casos há custos envolvidos, e, *a priori*, nada justifica uma precedência daqueles sobre estes”.

Feitas tais considerações, afirma-se que a reserva do possível surge como argumento na discussão a respeito da concretização judicial dos direitos sociais, exigindo que as pretensões formuladas em face do Estado sejam analisadas com a devida razoabilidade. O Estado, assim, dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de forma que a

limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Além disso, o Estado também deve ter a capacidade jurídica, ou seja, o poder de dispor, sem o qual de nada adiantaria a existência dos recursos (os gastos públicos dependem de prévia disposição orçamentária).

Sarlet (2015, p. 296) elucida, ainda, que a reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange:

[...] a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; e c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

A reserva do possível, todavia, não pode significar presunção absoluta (ou mesmo relativa) de inexistência de dinheiro, nem fundamento autônomo de discricionariedade administrativa e/ou legislativa capaz de justificar a omissão ou adimplemento defeituoso de direitos fundamentais. Neste contexto, emprega-se à reserva do possível apenas “[...] a função de “vetor interpretativo”, e não argumento definitivo na sindicância de direitos [...]” (FONTE, 2013, p. 141).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que argumentos orçamentários não servem de justificativa para a omissão constitucional, salvo se houver comprovação objetiva de que os recursos existentes e/ou mobilizáveis foram efetivamente utilizados para a finalidade constitucional³⁸.

³⁸ STF, RE- AgR 410.715-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 3-2-2006. Excerto do voto do Min. Relator: “[...] não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF n. 345/2004). Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário [...], que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade”.

Do exposto, é possível concluir que ainda que a análise da reserva do possível possa configurar condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial e até mesmo política dos direitos fundamentais – não só, mas principalmente, dos direitos sociais prestacionais –, ela abrange também a obrigação de que todos os órgãos estatais e agentes políticos cumpram com a tarefa de maximizar os recursos, minimizando, tanto quanto possível, o impacto deste princípio na concretização dos direitos dos cidadãos. Para cumprir tal desiderato, é de grande importância que os princípios da moralidade e da eficiência, vistos no capítulo anterior, direcionem a atuação da Administração Pública em geral.

Isso significa, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações da reserva do possível não são, em si mesmas, uma falácia (SARLET, 2015, p. 372). Nesse ínterim, este princípio não pode servir como desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

Levar a sério a reserva do possível significa que não há como ignorar a contingência da limitação de recursos, mas que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, bem como da eficiente aplicação dos mesmos. Finalmente, afirma-se que a reserva do possível não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, privilegiando-se a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais.

Para Cristina Queiroz (2006, p. 204), “[...] a “reserva do possível”, “no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”, não tem como consequência a sua ineficácia jurídica. Essa cláusula expressa unicamente a necessidade de sua ponderação”.

Outro importante princípio é o da proibição de proteção deficitária, através do qual se entende que na execução de determinadas políticas públicas, por estarem umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, não se pode permitir que haja omissão ou prestação deficiente (FONTE, 2013, p. 223). Assim, o fundamento da vedação da proteção deficitária está no dever estatal primário de proteger os direitos fundamentais por meio de previsões legais e ações administrativas efetivas. Através deste princípio, Felipe de Melo Fonte (2013, p. 225) sustenta:

[...] a ideia geral de que o dever de proteger os direitos fundamentais irradia-se a todos os poderes e órgãos do Estado, não lhes sendo legítimo omitir-se em tal tarefa. Sendo assim, onde puder ser reconhecido um dever estatal de proteção específico, também será necessário cogitar-se a respeito da

efetividade com que o Estado se desincumbiu deste ônus, incidindo aí o controle judicial.

A proibição de proteção deficitária é, pois, desdobramento do princípio da proporcionalidade, juntamente com a proibição de excesso, e significa que as medidas tutelares tomadas pelo legislador e administrador, no cumprimento de seu dever prestacional, devem ser suficientes para oportunizar proteção adequada e eficaz, e ainda devem estar amparadas em averiguações cuidadosas dos fatos relevantes e avaliações justificáveis e razoáveis.

A execução das políticas públicas, desse modo, deve realizar-se através da ponderação, por meio de contextualização, proporcionalidade e proibição do déficit (NOVAIS, 2010, p. 192). Ressalte-se que os direitos fundamentais sociais não podem ser considerados absolutos, devendo conviver em um sistema constitucional harmônico e com a possibilidade de restrições, sendo que estas somente se justificam se forem indispensáveis e se atingi-los no mínimo necessário (CANOTILHO, 1998, p. 134). Isso se dá a partir da argumentação racional e da sujeição destas restrições aos limites impostos pela própria Constituição, a fim de permitir seu controle e evitar abusos na atividade restritiva.

A ponderação baseia-se, assim, no preceito da proporcionalidade, compreendido como proibição da proteção insuficiente, tal como tratada por Canaris no tocante à eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Ele reconhece que uma das funções dos direitos fundamentais é gerar o direito ao seu titular de ser protegido pelo Estado (prestação positiva) contra a violação de terceiros (CANARIS, 2003, p.58), sendo esta concepção chamada de “imperativo de tutela”, à qual foi agregada a noção de “proibição da proteção insuficiente”: a Constituição não permitiria que se descesse abaixo de certo nível de proteção estatal.

Para Ingo Sarlet (2015, p. 417), uma vez determinada a existência de dever de proteção e o seu respectivo objeto, o que constitui pressuposto de toda a análise posterior, é possível descrever três etapas decorrentes do princípio da proibição de proteção deficitária, quais sejam:

[...] a) no que diz com o exame da adequação ou idoneidade, é necessário verificar se a(s) medida(s) [...] adotada(s) ou mesmo prevista(s) para a tutela do direito fundamental é(são) apta(s) a proteger de modo eficaz o bem protegido; b) em sendo afirmativa a primeira resposta, cuida-se de averiguar se existe uma concepção de segurança (proteção) mais eficaz, sem que com isso se esteja a intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da coletividade [...]; c) [...] é preciso investigar se os impactos das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas

de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos.

Em virtude disso, a proibição da proteção deficitária ou insuficiente requer que a tutela dos direitos fundamentais, essencialmente dos direitos sociais que demandam, em regra, uma atuação positiva por parte do Estado, corresponda às exigências constitucionais mínimas, de forma que todos os atos do poder público estejam vinculados à Constituição, reduzindo o próprio espaço de conformação política.

Ressalte-se, também, a importância do princípio da proibição de retrocesso, o qual apesar de possuir significativo corpo teórico no âmbito doutrinário, ainda é objeto de variadas controvérsias. Para Felipe de Melo Fonte (2013, p. 231), este princípio, ainda pouco explorado no campo das políticas públicas e na concretização dos direitos fundamentais, enuncia que “[...] é proibida a supressão ou redução injustificada do nível de concretização – por intermédio de direitos ou garantias – da Constituição por parte do legislador”.

Em razão disso, e uma vez editadas as leis necessárias à eficácia das disposições constitucionais, não pode legislador simplesmente suprimi-las ou reduzi-las sem apresentar razões capazes de superar o princípio que veda o retrocesso. Assim sendo, afirma-se que o texto constitucional possui normatividade jurídica, vedando ao legislador que recrie omissões estatais.

Para Ingo Sarlet (2015, p. 451), a proibição de retrocesso, trata-se de princípio implícito na sistemática jurídica brasileira, e tem fundamento nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, ambos decorrentes da cláusula do Estado democrático e social de Direito e da dignidade da pessoa humana, se relacionando, principalmente, ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Além disso, o autor defende o reconhecimento da proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais, aventando que:

[...] em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que se fez no estrito cumprimento da Constituição (SARLET, 2015, p. 462).

Diante disso, sustenta-se que ainda que o espaço de prognose e decisão do legislador seja sempre variável, principalmente no que se refere aos direitos sociais, não se pode admitir que, em razão da liberdade de conformação do legislador, o valor jurídico dos direitos sociais

acabem sendo esvaziados, e nem que se reduza o grau de concretização de alguma norma definidora de direito social. Cristina Queiroz (2006, p. 102) também expressa que:

[...] a tese da “irreversibilidade” dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados acaba por assumir a função de “guarda de flanco” desses direitos e pretensões no seu conjunto, garantindo o grau de concretização já obtido, transformando-se, por assim dizer, numa espécie de “densificação” de direitos fundamentais.

Assim, surge a noção de proibição do retrocesso social, fundamentada na garantia de que as conquistas sociais incorporadas pelos direitos fundamentais não possam ser retiradas da população. Ou seja, “[...] o princípio da proibição do retrocesso social adverte que os direitos fundamentais devem ter sua proteção garantida, rumo ao sentido de acumulação de dimensões, de progressividade e não de diminuição de conteúdo” (ALVES, 2013, p. 186).

Nesse sentido, torna-se essencial que na elaboração e execução das políticas públicas cumpram-se os deveres estatais de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais sociais, conforme sustenta Jorge Reis Novais. Segundo o autor (NOVAIS, 2010, p. 257), o dever de respeitar significa, em sua dimensão principal, o dever de abstenção, de não interferência nas esferas da autonomia, de liberdade e de bem-estar dos particulares garantidos pelos direitos fundamentais. Tal noção não se aplica apenas aos direitos tradicionais de liberdade, mas também aos direitos sociais, podendo assumir alguma atuação positiva.

Nesse sentido:

[...] a complexificação do dever estatal de respeito se traduz na manutenção, como dimensão determinante, do dever de abstenção do Estado, mas combinado com deveres de actuação positiva, dando origem, portanto, da parte do particular, à existência de direitos negativos, mas também de direitos positivos, ambos orientados à exigência simples de respeito do seu direito fundamental (NOVAIS, 2010, p. 258).

Assim, se houver algum impedimento jurídico ou fático no exercício de direito fundamental, o dever de respeito exige, da parte do Estado, não apenas dever de abstenção, mas também a atuação positiva de remoção do impedimento. No tocante ao dever de proteção dos direitos fundamentais, o Estado se vê obrigado a protegê-los, desde logo, porque, assumindo o monopólio do uso da força coercitiva legítima, está obrigado à proteção geral da vida, segurança, bem-estar, liberdade e propriedade.

Estes deveres estatais de protecção são, por natureza, essencialmente realizados através de actuações positivas, normativas ou fácticas, orientadas à protecção efectiva dos bens jusfundamentais. [...] a existência de um certo nível de protecção desencadeia simultaneamente uma pretensão ou direito dos particulares interessados em não ter diminuída a protecção já existente (NOVAIS, 2010, p. 260).

Finalmente, pelo dever estatal de promoção dos direitos fundamentais, o Estado passar a ser visto como Estado Social, preocupado com as desigualdades de fato que distorcem e anulam as condições do livre desenvolvimento das autonomias individuais. Desse modo, o Estado, também deve promover o acesso aos direitos sociais, ajudando aqueles que por si sós não dispõem de condições para acesso igualitário e efetivo de tais bens:

[...] este dever de promoção do acesso é sobretudo considerado no âmbito da garantia dos direitos sociais, dado que, precisamente, a escassez dos bens por eles garantidos e o seu custo inibem o respectivo acesso a grande parte da população. Assim, a dimensão principal destes direitos é justamente associada ao dever estatal de prestações fácticas de promoção de acesso a bens sociais, a ponto de ser muito comum, na doutrina, a identificação pura e simples dos direitos sociais com o dever de prestação (NOVAIS, 2010, p. 262).

Percebe-se, então, a importância de que o Poder Público cumpra com os deveres estatais descritos acima, seja na elaboração das leis, seja na adoção e efetivação de políticas públicas, seja no cumprimento estrito das obrigações previstas nas normas, quando assim demandado pelo seu titular.

O princípio da eficiência, incorporado ao nosso ordenamento jurídico no artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988, por força da Emenda Constitucional nº 19/98, como já foi visto anteriormente, também merece algumas considerações, na medida em que se trata do corolário do dever de boa administração. Dessa maneira, este princípio funciona como limite ao poder discricionário da Administração Pública, evitendo de ilegalidade aquela conduta que não esteja em compasso com seu conteúdo, e consubstanciando-se em critério de resultados, de correlação entre metas planejadas e alcançadas.

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 98), comentando acerca do princípio da eficiência, sustenta que:

As políticas públicas têm de contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição; caso contrário, não apenas se estará fraudando as disposições constitucionais, como também desperdiçando recursos públicos que, como já se sublinhou, são sempre escassos em face das necessidades existentes.

Do exposto, afirma-se que o planejamento público funciona como valiosa fonte de informações e de controle do princípio da eficiência, pois uma vez apresentadas as metas públicas, será possível avaliar se houve o mínimo de eficiência na utilização dos recursos públicos (FONTE, 2013, p. 253). Corroborando tal entendimento, Vanice Lírio do Valle (2009, p. 83), assevera o que segue:

[...] tem-se que a enunciação integral da política pública, com seus elementos determinantes, suas ações de implementação e seus indicadores de avaliação, fornecerá justamente os dados objetivos que permitirão, no exercício do controle, à aferição do vetor eficiência.

Como se percebe, a ineficiência é de fato limite jurídico à ação política do administrador, que deverá desempenhar as atividades administrativas no sentido de produzir resultados os mais satisfatórios possíveis ao atendimento das necessidades da coletividade. Este princípio impõe, enfim, o dever de adequação dos meios utilizados aos fins perseguidos pela norma; a função de habilitar a Administração para a atuação criativa na escolha desses meios, reafirmando o significado da concessão do poder discricionário; e serve, ainda, de critério de controle da atuação administrativa discricionária.

Estreitamente relacionado ao princípio da eficiência encontra-se o princípio da transparência, que serve de garantia do direito à informação a respeito da gestão dos órgãos públicos, essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Trata-se de garantia fundamental da cidadania, prevista no artigo 5º, XIV³⁹ e XXXIII⁴⁰, da Constituição Federal de 1988, consagrando a regra de publicização da atividade estatal e, de dever específico da Administração Pública, previsto no artigo 37, *caput*, da CF/88⁴¹.

Desse modo, seja qual for o grau de transparência administrativa no ordenamento jurídico, ela é considerada um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e da moderna Administração Pública, caracterizando-se pelo acesso à informação, pela participação na gestão da coisa pública e pela diminuição dos espaços reservados ao caráter sigiloso da atividade administrativa, que podem favorecer a ineficiência e o arbítrio do poder. No tocante

³⁹ CF/88: “Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]”.

⁴⁰ CF/88: “Art. 5º, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...]”.

⁴¹ CF/88: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

às políticas públicas, a transparência ou publicidade deve ocorrer tanto com relação ao planejamento público, que se dá por meio da fixação das metas nas leis orçamentárias, quanto no que diz respeito aos resultados da utilização dos recursos públicos e alcance das metas após cada ciclo orçamentário (FONTE, 2013, p. 258).

Algumas leis explicitam a importância da transparência, a exemplo da Lei Complementar nº 101/2000, conhecida como Lei da Responsabilidade Fiscal (LRF), que indica, em seu artigo 48, §1º⁴², a necessidade de realização de audiências públicas para a confecção dos projetos das leis orçamentárias, bem como a disponibilização dos relatórios referentes à execução orçamentária e às finanças públicas na internet, ampliando os mecanismos de transparência na gestão fiscal. A própria Constituição de 1988 dedicou capítulo específico às finanças públicas, impondo a necessidade de publicação dos relatórios referentes à execução orçamentária, no seu artigo 165, §3º⁴³.

Portanto, percebe-se que para que possa existir qualquer controle sobre a gestão administrativa é essencial que os gastos relativos a ela sejam divulgados de modo claro, objetivo, transparente e em linguagem de fácil compreensão, protegendo, assim, os princípios democrático e republicano.

Em vista do exposto, reitera-se que não se pretende esgotar o conteúdo acerca de cada princípio citado, nem todas as problemáticas que de cada um deles podem resultar. Além disso, não foram mencionados todos os princípios importantes para a elaboração e execução de políticas públicas consistentes, tendo sido aventadas, apenas, algumas questões relevantes para o presente estudo.

Conclui-se no sentido de que a efetivação de direitos sociais, dentre eles o lazer, por meio das políticas públicas depende do esforço conjunto para a construção de uma ordem econômica eficiente, na busca de ambiente econômico saudável, de sistema tributário justo, da correta aplicação dos recursos orçamentários, da participação social, da obediência aos princípios da administração pública e da proteção e maximização dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, decorrentes da dignidade da pessoa humana.

⁴² Lei Complementar n. 101/2000: “Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. § 1º A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; e [...]”.

⁴³ CF/88: “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...] § 3º O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária”.

Em virtude disso, passa-se, no próximo capítulo, à análise das especificidades do direito ao lazer, bem como da sua consideração como direito ínsito ao mínimo existencial, como substratos necessários para o exame das políticas públicas voltadas para a sua concretização.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER

Após a análise dos novos paradigmas da Administração Pública no século XXI e da sua importância para a elaboração e execução de políticas públicas, entendidas, na presente pesquisa, como mecanismos adequados para a efetivação de direitos fundamentais, principalmente, daqueles de cunho prestacional, passa-se, nesse momento, ao exame das questões relativas à concretização do direito ao lazer, que se trata do cerne deste trabalho. Antes, porém, de adentrar no estudo das especificidades do lazer enquanto direito fundamental e social, expresso na Constituição de 1988, bem como das políticas públicas essenciais para sua efetivação, faz-se necessário tecer algumas considerações importantes a seu respeito.

Nesse ínterim, convém destacar que o lazer, que será definido mais adiante, ocupou – e ainda ocupa - papel coadjuvante no conjunto dos direitos sociais. Uma grande parcela da sociedade e, até mesmo, vários estudiosos do Direito, não enxergam o lazer como direito fundamental e, portanto, necessário à vida digna, de forma que ele tem sido frequentemente desprezado e esquecido na pauta das prioridades estatais, muitas vezes sob o argumento da escassez de recursos públicos para efetivá-lo.

A localização do lazer como direito de segunda ordem ou de menor relevância é fruto de uma série de fatores, dentre os quais, a omissão estatal. Assim, mesmo no rol dos direitos sociais, o lazer e a cultura são preteridos em relação à saúde, educação, segurança, dentre outros, não apenas no âmbito das pesquisas jurídicas, como também da lista de prioridades das ações estatais, e especialmente no campo discursivo, como nas campanhas eleitorais e nas peças publicitárias dos governos eleitos.

Em virtude disso, surge a problemática enfrentada na presente pesquisa, que se refere justamente ao paradoxo existente entre a positivação expressa do direito ao lazer como direito fundamental, no capítulo dos direitos sociais, de um lado; e a falta de efetividade do referido direito, tanto por parte do legislador em regulamentá-lo, quanto por parte da Administração Pública em concretizá-lo, em visível violação à norma constitucional vinculante, de outro.

Percebe-se, pois, que o direito fundamental ao lazer não tem recebido o tratamento adequado pela ciência jurídica, sendo muitas vezes interpretado como direito constitucional simbólico e supérfluo, o que acarreta na desconsideração de uma importante dimensão intrínseca a tal direito, qual seja a da contínua busca por existência digna e pelo bem-estar de todos os cidadãos.

O lazer encontra-se previsto expressamente no Título I – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no capítulo II - Dos Direitos Sociais, no artigo 6º, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Além disso, também está positivado como direito do trabalhador no artigo 7º, IV, da CF/88, como segue:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Não há dúvida, portanto, de que o lazer se trata de autêntico direito fundamental social, configurando, ainda, como uma das necessidades vitais básicas que devem ser atendidas pelo salário mínimo, conforme dispõe o próprio texto constitucional. No entanto, o direito ao lazer enquanto direito prestacional, depende da ação do Estado para ser concretizado, e como a maioria destes direitos sociais é veiculado por norma de eficácia limitada, resta claro que necessita da interposição do legislador para que venha atingir sua eficácia plena e das políticas públicas para alcançar efetividade.

Ressalte-se, porém, que em razão da norma do artigo 5º, §1º, da CF/88, através da qual se atribui eficácia imediata aos direitos fundamentais, o direito ao lazer também possui aplicabilidade imediata e deve ser efetivado, ainda que minimamente, naquilo que se refere ao seu núcleo essencial, mesmo na ausência de regulamentação legislativa.

É nesse contexto, que a presente pesquisa visa analisar o direito ao lazer como ínsito à teoria do mínimo social existencial, de forma que a sua proteção relaciona-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e, por isso, merece atenção e efetivação por parte do Poder Público. Assim, fazem-se necessárias a elaboração e execução de políticas públicas consistentes voltadas para o lazer, de competência da Administração Pública e seus novos paradigmas, que deve obedecer aos procedimentos legais exigidos, bem como garantir a participação da sociedade, para que este direito seja efetivado de forma eficiente.

O direito ao lazer, como direito social, está estritamente ligado ao direito de igualdade, que pressupõe a garantia de utilização efetiva dos direitos fundamentais por todos,

impondo ao Estado o cumprimento de ações que visem concretizá-los. Entretanto, há que se ressaltar que o lazer nem sempre esteve positivado, explicitamente, nas Constituições anteriores, de forma que apenas recentemente passou a ser interpretado como direito fundamental e social autônomo.

Diante disso, percebe-se que o lazer recebeu diversos significados e conteúdos ao longo do tempo, a depender de cada época histórica. Por isso, faz-se necessária breve análise da evolução do conceito de lazer, destacando-se a sua íntima relação com o direito ao trabalho, que tem extrema importância para que o entendamos, atualmente, como direito fundamental social.

4.1 A evolução da ideia de lazer ao longo dos tempos

A ideia de lazer entendida como direito constitucional expresso é fato recente, tendo sido incorporada com a entrada em vigor da CF/88, caracterizada pela busca de proteção da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, democracia e justiça social. No entanto, ressalta-se que tal previsão do direito ao lazer não se deu de forma isolada, mas é resultado das lutas sociais, ao longo dos tempos, por melhores condições de trabalho e de vida.

Desse modo, sublinha-se que desde os primórdios da humanidade, o tempo livre, que engloba a ideia de lazer⁴⁴, sempre esteve, em maior ou menor grau, vinculado à noção de trabalho. Assim sendo, Beatris Chemin (2008, p. 19) aduz que os gregos desprezavam o trabalho e preferiam se dedicar aos exercícios corporais e aos jogos de inteligência; valorizam muito mais a produção de ideias do que a produção de objetos materiais, que era considerada atividade de segunda ordem e de menor prestígio social.

Para De Masi (2000, p. 78), a verdadeira riqueza dos gregos “não deriva da posse de objetos úteis ou vistosos, mas da capacidade, levada ao inverossímil, de captar e saborear profundamente as sensações e os significados positivos inseridos nas coisas, nos acontecimentos e ideias de todos os dias”.

Para o filósofo grego Aristóteles, o termo *skolé*⁴⁵, que significa escola ou ócio, constituía um ideal de vida espiritual e “a felicidade completa consistia igualmente no ócio” (ARISTÓTELES, 1999, p. 201), o qual não tinha o significado pejorativo que, normalmente,

⁴⁴ O tempo livre é a condição *sine qua non* para a existência do lazer (REQUIXA, 1977, p.29).

⁴⁵ A palavra grega *skolé*, que também quer dizer ‘escola’, corresponde, em latim, a *otium* (ócio), que é o ‘estar livre da necessidade de estar ocupado’, e é diferente de ‘lazer’ ou ‘tempo livre’, como entendemos o ócio hoje em dia, pois ele acentua a ideia de um certo período de ausência de atividade compulsória em razão de determinada causa (CARMO, 1992, p. 19).

possui hoje. Ou seja, havia grande significação e exaltação das atividades ociosas em contraposição às de trabalho, de modo que o tempo livre, ou ócio, deveria ser levado a sério.

Assim, das lições aristotélicas, diz-se que se prezava, naquele tempo, pela contemplação de divindades, sabedoria e beleza e que a prioridade era a atividade intelectual por parte dos nobres, sendo o trabalho manual considerado de menor importância, a ser desempenhado pelos servos. A ociosidade era, pois, uma condição ou estado (estar livre da necessidade de trabalhar) e só poderia se realizar à base do homem livre e da felicidade humana (ARISTÓTELES, 1999, p. 202).

Esta ideia grega de tempo livre autônomo do trabalho, a ser alcançado como fim em si mesmo e necessário para o exercício espiritual, através da contemplação, da ação política e da atividade intelectual, se modifica no entendimento dos romanos. Para estes, o tempo livre estava intimamente ligado à ideia de repouso necessário para a recuperação das energias antes da volta ao trabalho, ou seja, significava descanso, diversão e repouso (CHEMIN, 2008, p. 19) e, ainda hoje, esta noção é amplamente difundida.

O homem ocupado com diversas atividades encontra seu descanso e diverte-se pelo ócio. Dessa forma, em Roma predominava o conceito de descanso e de diversão, necessários para a preservação das condições de poder trabalhar. O trabalho era entendido como condição necessária para o ócio e, trabalho e tempo livre não eram excludentes.

Tais ideias permaneceram assentes até a Idade Média, com o surgimento da sociedade pré-industrial, através da qual tem início a formação das cidades mais complexas e a redução do número de escravos, pois começam a aparecer os colonos rendeiros ou assalariados (servos da gleba). A partir de então, inaugura-se o período do feudalismo que, através do trabalho sobre a terra, incentiva também o desenvolvimento do trabalho artesanal, a intensificação do comércio e da substituição da troca em espécies pela moeda (CHEMIN, 2008, p. 20).

Os comerciantes mais bem-sucedidos dá origem, posteriormente, à classe burguesa, que passa a empregar diversos trabalhadores e, concomitantemente à proliferação da burguesia nos centros urbanos, desenvolve-se o cultivo das artes e da ciência. É nesse momento que as raízes da sociedade industrial começam a florescer.

Desse modo, com a expansão do capitalismo e a Revolução Industrial, inicialmente na Inglaterra, tem início a Idade Moderna, caracterizada pela sociedade industrial; pelo aparecimento da classe proletária, com interesses opostos à classe burguesa; pela substituição das ferramentas pelas máquinas e pela utilização em larga escala do trabalho assalariado (CHEMIN, 2008, p. 21). O controle sobre o trabalho era essencial à industrialização e este

movimento capitalista em desenvolvimento, deu origem a um acelerado processo de urbanização, alterando substancialmente o modo de vida das pessoas, que passaram, cada vez mais, a se concentrar nos espaços urbanos em busca de trabalho nas fábricas, as quais se caracterizavam pela unificação da produção.

A exploração da mão-de-obra do proletariado chega ao extremo, ocasionando injustiças sociais, caracterizadas pela monotonia, pelas horas e condições de trabalho excessivas, pela perda do tempo livre e do lazer, e pela redução do homem ao *status* de instrumento de trabalho. Chemin (2008, p. 23) aduz que o valor passa a ser o trabalho, o corpo passa a ser visto como meio de produção e o tempo livre passa a ser definido em oposição ao trabalho.

Assim, se antes, para os gregos, a ociosidade era a “mãe” de todas as virtudes, depois, para os romanos, a noção de tempo livre como lazer tende a se relacionar ao bem-estar e liberdade do trabalhador⁴⁶ (DUMAZEDIER, 2004, p. 54). Com a sociedade capitalista, porém, o homem passa a ser visto como mercadoria, perdendo-se o vínculo entre o trabalho e o resto da vida, uma vez que o lazer passa a ter caráter passivo, alienado e sem crítica. Há a submissão do homem ao trabalho, o qual perde o seu aspecto lúdico e prazeroso, e se torna simples meio de sobrevivência. Aqui, o lazer passa a fazer parte das reivindicações dos operários (DUMAZEDIER, 2004, p. 54).

Nesse momento, imperava a teoria liberal, a partir da concepção do Estado mínimo como proteção às garantias individuais, em que o principal valor era a liberdade formal. Vigoravam, pois, os chamados direitos de defesa ou de primeira dimensão (direitos civis e políticos), também conhecidos como direitos de resistência ou de oposição, devido ao abstencionismo estatal em prol da garantia das liberdades públicas (CENCI; BEDIN; FISCHER, 2011, p. 80).

Contudo, no final do século XIX e início do século XX, em que ocorrem a Primeira Guerra Mundial e a ruína da economia na Europa, esse modelo liberal entra em crise e, a partir disso, difundem-se doutrinas socialistas, caracterizadas pelos ideais de comunidade e direitos sociais (CHEMIN, 2010, p. 66). De acordo com Ingo Sarlet:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a

⁴⁶ Nesse momento, a vida e o trabalho podiam ser considerados como determinações reflexivas, em que o homem se fazia homem através do trabalho, e este era elemento essencial para o processo de humanização e desenvolvimento da personalidade humana. No trabalho artesanal, por exemplo, não havia separação entre trabalho e divertimento, entre trabalho e cultura, porque o objetivo do artesão era fazer um bom trabalho, realizar um bom produto e desenvolver a arte, as habilidades de fazê-lo (CHEMIN, 2008, p. 23).

consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social (SARLET, 2015, p. 47).

Beatris Chemin complementa:

Um dos efeitos mais concretos desta realidade é a irrupção de movimentos revolucionários e constitucionais, acompanhados de uma declaração de direitos tratando da matéria afeta aos direitos humanos, ou a uma espécie deles, denominados de sociais (CHEMIN, 2010, p. 66).

É nesse momento, pois, que tem início a luta pelos direitos sociais, para tentar reduzir as inúmeras dificuldades e as situações precárias enfrentadas pelos trabalhadores; começa a construção do pensamento ligado não mais apenas ao indivíduo isolado, mas também ao grupo social no qual ele se insere. Diz-se, então, que tais direitos sociais, ao lado dos direitos econômicos e culturais, tratam-se de direitos fundamentais de segunda dimensão, e surgem propiciando o direito de participar do bem-estar social.

Ou seja, possuem natureza positiva, vez que outorgam aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, revelando a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Para Ingo Sarlet:

[...] os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico (SARLET, 2015, p. 48).

Tem início, assim, reivindicações por garantias mínimas de sobrevivência para a massa de cidadãos trabalhadores, no sentido do Constitucionalismo Social (CENCI; BEDIN; FISCHER, 2011, p. 85). Dentre os direitos reivindicados, destaca-se o direito à produtividade justa, ao repouso necessário e ao lazer conveniente, sendo que somente após incontáveis lutas, foram conquistadas jornadas regulamentadas, folgas semanais, férias anuais remuneradas e aposentadoria.

Surge, então, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, uma forma de Estado, que através de funções positivas⁴⁷, buscou promover a igualdade em sentido material: o *Welfare State*⁴⁸, que não pretendeu eliminar os valores ínsitos ao liberalismo, mas sim corrigi-los, por meio de garantias coletivas que assegurassem a dignidade da pessoa humana. Em âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 trouxe, expressamente, o direito do trabalhador ao tempo livre, afirmando em seu artigo XXIV, que todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas (CHEMIN, 2008, p.26).

No Brasil, os reflexos do Estado Social se deram, principalmente, entre os anos de 1930 e 1970, em que ocorreram diversas transformações entre Estado, economia e sociedade. Durante o governo de Getúlio Vargas, por exemplo, estabeleceram-se diversas medidas em proveito dos trabalhadores, tais como, salário mínimo, regulamentação das férias, aposentadoria, semana de trabalho de 48 horas, descanso semanal remunerado, dentre outros, que foram sendo aprimorados gradativamente. Começam a surgir legislações pertinentes à questão social, como a Consolidação das Leis do Trabalho (CHEMIN, 2008, p. 27).

Apesar das inúmeras conquistas, porém, percebe-se que nem todos os direitos regulamentados foram realmente efetivados e que o Estado Social não obteve solução para a questão da igualdade e para muitos dos problemas que surgiram na sociedade contemporânea. Assim, manteve-se constante luta por transformações sociais e melhorias para os cidadãos, ensejando a criação do Estado Democrático de Direito⁴⁹, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, como modelo apto a transformar a realidade para melhor, através da integração entre democracia e Estado de Direito.

A sociedade passa a ser denominada de pós-industrial ou hiperindustrial, caracterizada pela tecnologia eletrônica, pelo predomínio do trabalho intelectual, pela produção de bens imateriais, e pela cultura baseada no saber (DE MASI, 2000, p. 130). O lazer e a qualidade de vida ganham maior relevância, o trabalho fica, cada vez mais, flexível e

⁴⁷ Ressalte-se, aqui, que o Estado social era sinônimo de Estado promovedor de políticas públicas, sendo que a primazia do poder era do Executivo, devido à necessidade de realização dessas funções positivas e intervenção na economia.

⁴⁸ A expressão *Welfare State* possui como sinônimos os termos Estado-providência, Estado benfeitor, Estado de bem-estar social, dentre outros. Trata-se de um Estado que usa os esforços de sua política e administração para alterar o jogo das forças do mercado, especialmente no que diz respeito à renda mínima dos indivíduos ou das famílias, à ampliação do grau de segurança, ao oferecimento de serviços sociais (DRAIBE, 1989, p. 18 *apud* CHEMIN, 2008, p. 25).

⁴⁹ O Estado Democrático de Direito como Estado transformador “representa a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito”. Aqui há um deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário (STRECK, 1999, p. 37).

criativo, e as tarefas domésticas e profissionais, o estudo, o trabalho e o tempo livre não são considerados mais atividades antitéticas, como antes.

A CF/88 avança, enormemente, no tocante à proteção dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, da democracia e da justiça social, dedicando-se aos direitos sociais, inclusive ao lazer. Consagrou capítulo específico aos direitos sociais, dentro do título dos direitos e garantias fundamentais, confirmando a necessidade de promovê-los por meio de prestações positivas proporcionadas de forma direta ou indireta pelo Estado, com a finalidade de possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos (hipossuficientes) e realizar a igualdade social. Reforçou-se a jornada diária de oito horas, reduziu a jornada semanal de 48 para 44 horas e ampliou a remuneração das férias anuais, com pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

Hoje, já é possível vislumbrar a sociedade da informação, ou sociedade em rede, ainda em curso, marcada pela revolução das redes informacionais, que são capazes de criar novos espaços virtuais, através de imagens e informações via internet, televisão a cabo, celular, aparatos eletrônicos portáteis de processamento de texto, dentre outros. Trata-se de nova etapa do capitalismo moderno, de caráter transnacional, que constitui novos espaços da produção e está ligada ao trabalho imaterial, preenchendo todos os espaços da vida, do trabalho e até do lazer (CHEMIN, 2008, p. 31).

Ou seja, o trabalho, de caráter marcadamente abstrato, é capaz de se virtualizar, saindo do local do trabalho e invadindo espaços de lazer e do lar. Por isso, faz-se necessária a proteção do direito ao lazer, de modo a se evitar que este direito passe a ser mera extensão da empresa, em evidente contraste com os valores e direitos constitucionais.

Em vista do exposto conclui-se que os direitos fundamentais sociais, dentre eles o direito ao lazer, são decorrentes da luta por melhores condições de trabalho, necessitando de posição ativa do Estado para concretizá-los; ou seja, a origem do direito ao lazer está intimamente relacionada ao direito ao trabalho e, ainda, às questões sociais. Nessa senda, não basta ao Estado apenas abster-se de atuação relacionada aos direitos fundamentais, devendo, também, participar das relações travadas pelos indivíduos, de sorte a garantir estes direitos.

Em razão dos direitos ao lazer e ao trabalho serem considerados, hoje, autênticos direitos fundamentais, defende-se que devem ser vistos com o mesmo grau de importância. Diante disso, há que se afirmar que:

“o lazer constitui um fato social de alta importância, condicionado, evidentemente, pelo tipo de trabalho que, por sua vez, exerce influência

sobre ele. Ambos formam um todo. O trabalho só será humano se permitir ou suscitar um lazer humano” (DUMAZEDIER, 2004, p. 110).

Realça-se, ainda, que apesar do surgimento do direito ao lazer relacionar-se com melhores condições de trabalho, tal direito assume, nos tempos atuais, outros contornos, para além da perspectiva funcional, a exemplo da sua dimensão humanista. É por isso que a observância, bem como a prática efetiva e a defesa do lazer são extremamente importantes para a eficácia da dignidade da pessoa humana, que se trata de fundamento e objetivo do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, passa-se ao estudo dos vários conteúdos e dimensões do direito ao lazer.

4.2 Conceito e conteúdos do lazer

Ante ao que foi exposto, faz-se necessário definir o que se entende, nesta pesquisa, por lazer. A concepção de lazer, no entanto, é envolta de grande subjetividade, não apresentando uniformidade até mesmo entre os doutrinadores que se dedicam sobre o tema, tendo em vista que sofre influências culturais, sociais, políticas e econômicas, fazendo com que cada indivíduo tenha seu próprio conceito.

A respeito da difícil conceituação de lazer, Adriana Wyzykowski (2012, p. 130) explica que:

Não se visualiza, atualmente, um consenso sobre o que seja lazer, uma vez que tal palavra é utilizada em diversas acepções. Hoje, de maneira vulgar, se veem pessoas falando em lazer referente a descanso, referente a férias, referente ao turismo, referente às atividades lúdicas ou recreativas etc.

Em razão dessa dificuldade, não se pretende aqui estabelecer conceito fechado ou hermético de lazer, ainda que se corram riscos. Deseja-se, ao contrário, conceituar lazer de maneira aberta ou ampla, de forma que tal conceito possa se amoldar a diversos locais, épocas ou pensamentos. Não se deseja, ainda, que o conceito de lazer seja levado à generalização, tal qual se poderia pensar.

Como já ficou demonstrado no tópico anterior, o lazer possui íntima relação com o trabalho, de forma que a maioria das conceituações se restringe a identificá-lo apenas como tempo para recuperar as energias necessárias para a volta ao trabalho. Dessa maneira, o lazer é visto, muitas vezes, como tempo residual, secundário e de menor importância, o que contribui para a falta de interesse em estudá-lo mais profundamente e, conseqüentemente, para a

escassez de políticas públicas voltadas para a concretização deste direito na sistemática jurídica brasileira.

Nesse ínterim, Marcellino (2002, p. 13) aduz que a observação da prática do lazer na sociedade contemporânea é marcada por significativos componentes de produtividade, havendo a valorização do desempenho, do produto, e não do processo de vivência que lhe dá origem. Há, assim, a transferência do lazer sempre para mais tarde, de forma que os seus sentidos estão, normalmente, associados ao tempo livre contraposto ao trabalho, à ocupação.

Acrescentando tal entendimento, Padilha (2002, p. 126) explicita a noção do lazer residual ou compensatório, a qual concentra a vontade de recuperar energias que se perdem no trabalho ou no tempo de realizar obrigações as mais diversas. Nesse entoar, o autor elucida que “[...] o lazer compensatório funciona, de acordo com a própria lógica funcionalista, como uma válvula de escape que ajuda a manter a sociedade supostamente em equilíbrio [...]”.

Em virtude disso, muitos estudiosos afirmam que “[...] o lazer ainda é privilégio da minoria em nossa sociedade e que classes sociais distintas têm oportunidades diferenciadas de apropriar-se do lazer” (ZINGONI, 2002, p. 67). Isto porque, mesmo havendo redução da carga horária semanal de trabalho, ainda há dúvida se o tempo de não-trabalho está sendo utilizado para lazer, já que muitas vezes, o tempo livre é empregado com transporte difícil, ou com outro trabalho, com a administração do lar, com cuidados com os filhos, sono, refeições, ou apenas para repor as energias após um dia de trabalho exaustivo, atividades estas que não devem se confundir com lazer (CAMARGO, 1999, p. 49).

Nas palavras de Moraes (1998, p. 53), o lazer, entendido dentro dessa ótica funcional trabalhista, configura “um tempo instituído, previsto e previsível, disciplinado, utilitário, consumista, apático, alheio, alienado e alienante. Um tempo triste, sem dúvida”. Diante disso, pode-se concluir que mesmo esses tempos conquistados pelo trabalhador, a exemplo do repouso semanal, férias anuais, dentre outros, considerados extensões do rendimento do tempo do trabalho, embora tenham grande valor, muitas vezes, não carregam o sentido do verdadeiro lazer, prazeroso, feliz, criativo, autônomo do trabalho, como busca do prazer que o diferencia de outras manifestações sociais.

Neste contexto, surge um conceito bastante estudado, que baseado neste aspecto funcional do lazer, o entende como o tempo livre que a pessoa dispõe, que sobra do trabalho e de outras tarefas. Dessa forma, para Joffre Dumazedier (2004, p. 34):

O lazer é um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda para desenvolver sua informação ou formação desinteressada,

sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais.

O referido autor salienta, ainda, que existem, pelo menos, três importantes funções do lazer, quais sejam: a) função de descanso ou repouso, relacionada à liberação da fadiga, para a reparação das deteriorações físicas e nervosas provocadas pelas tensões resultantes do trabalho e das obrigações cotidianas; b) função de divertimento, recreação e entretenimento, em que o lazer tende a contribuir para evitar o tédio e os efeitos da monotonia das tarefas parcelares sobre a personalidade do trabalhador; e c) função de desenvolvimento da personalidade, a qual permite uma participação social maior e mais livre, a prática de uma cultura desinteressada do corpo, da sensibilidade e da razão, além da formação prática e técnica (DUMAZEDIER, 2004, p. 32/33).

Esta conceituação trouxe grandes contribuições, na medida em que pretendeu interpretar o lazer como o tempo orientado para a realização da pessoa como fim último, de caráter liberatório e resultante de uma livre escolha desinteressada. Além disso, quis entender o tempo destinado ao lazer como aquele que deve ser gozado quando o indivíduo estiver livre de suas obrigações com o trabalho e outras tarefas. Ou seja, por tal concepção, o lazer relaciona-se à inexistência de ações marcadas por cunho obrigacional, de sorte a permitir que a pessoa desenvolva suas potencialidades, visando ao seu próprio bem-estar.

Em que pese a nítida evolução do conceito no tocante aos aspectos mencionados, percebe-se, por outro lado, que Dumazedier, inclui na concepção de lazer os períodos de repouso, posicionamento este que não se compartilha na presente pesquisa, pois entende-se que o descanso não consubstancia ações afirmativas do indivíduo para si mesmo, como passa-se a explicar.

Descanso, em verdade, reflete uma tendência do modelo capitalista que visa à recuperação do indivíduo para que possa laborar cada vez mais, realizando quantidade maior de tarefas em menos tempo (WYZYKOWSKI, 2012, p. 133). Em virtude disso, não se coaduna com a definição de lazer analisada, defendendo-se aqui, que o conceito de lazer não poderia abarcar o descanso, entendido como o tempo para munir os empregados de energia, objetivando o labor excessivo, sob pena de se retornar à concepção já mencionada de que lazer possui caráter funcionalista e secundário em relação ao trabalho.

Ratificando tal entendimento, Adriana Wyzykowski (2012, p. 133) explica que:

[...] o conceito de lazer aqui delimitado é aquele que o define como o desenvolvimento de atividades prazerosas pelo indivíduo, almejando seu

desenvolvimento pessoal. Para tanto, excluem-se o labor, as obrigações familiares, políticas, religiosas e os períodos de descanso. Nesta senda, o lazer traz em seu bojo uma noção ativa, em busca de plena realização individual em contraposição a uma postura passiva, como ocorre no descanso [...].

Da conceituação mencionada, como a qual se coaduna, pode-se concluir que as concepções de obrigações familiares, religiosas, políticas e o descanso estariam inclusas no que se chama tempo livre, e não no lazer. Ressalte-se, ainda, que lazer não se confunde com descanso, nem mesmo com tempo livre, sob pena de se retornar aos primórdios da Revolução Industrial, onde o trabalhador apenas tinha períodos de intervalo para recuperação de energia, visando à satisfação do empregador no desempenho da tarefa.

Tempo livre e lazer são conceitos diferenciados, na medida em que tempo livre representa todo momento disponível que o empregado tem que não esteja relacionado ao labor. O tempo livre ganhou contornos históricos em meio às tensões do movimento capitalista, repete-se, onde se encontravam, de um lado, pressões por redução de jornada e de outro, o impulso do empresário por maior rentabilidade com o labor. Nesse contexto, tempo livre se resumiria a todo tempo que o empregado tivesse disponível, em contraposição ao trabalho, não se lhe atribuindo qualquer conteúdo especial (WYZYKOWSKI, 2012, p. 135).

Dessa maneira, não havendo trabalho, surgiria o tempo livre ou disponível. Em princípio, a única coisa que se enxergava no tempo livre era o descanso, necessidade inerente ao corpo humano que era essencial aos olhos do empregador, para que aquele obreiro pudesse ser mais produtivo durante o trabalho (SANT'ANNA, 1994, p. 19). No entanto, observou-se que o tempo livre utilizado apenas para descanso consubstanciaria um tempo vazio, um tempo sem emprego efetivo, pois descanso apenas se relaciona com a recuperação da fadiga humana.

O lazer não é, pois, simplesmente tempo livre, uma vez que carrega consigo atividade construtiva, de enriquecimento pessoal, que não se determina através do tempo vazio. Lazer é tempo preenchido com atividades lúdicas, físicas, sociais, etc. Por isso, na visão de Celso Barroso Leite (1995, p. 14), “talvez não seja correto entender como lazer o tempo em si, os períodos de folga, as horas disponíveis, o tempo livre. Estaria faltando o emprego dessa folga, dessas horas, sem o que se trataria de tempo, apenas”.

Nesse estudo, portanto, descanso e lazer estão inclusos dentro do tempo livre, mas não se confundem, já que o lazer deve estar associado a um tempo do indivíduo e para o indivíduo, visando ao seu pleno desenvolvimento. Consequentemente, a contraposição entre lazer e trabalho é infeliz, pois leva à confusão de que lazer é igual a tempo livre, o que não é verdade, pois como se pôde perceber o tempo livre também abarca o descanso.

Nas palavras de Adriana Wyzkowski (2012, p. 138):

[...] lazer e descanso não se confundem, afinal, o lazer não é visto a partir da perspectiva de recuperação do indivíduo no tocante à fadiga laboral, embora possa trazer tal resultado, principalmente quando se trata de uma recuperação mental. Lazer é visto por uma perspectiva positiva, relacionada a atitudes que culminem no desenvolvimento pessoal do indivíduo por meio de atividades consideradas prazerosas. Nesse sentido, é oportuno salientar que atividades de lazer, muitas vezes, são cansativas, como ocorre, por exemplo, com os lazers relacionados à atividade física ou turística.

Destaca-se, também, que o lazer, como fruto de atividade prazerosa para o indivíduo, não está apenas associado a um tempo à parte, mas pode, sim, ocorrer durante a jornada de trabalho ou mesmo em períodos ditos como “à disposição” do mesmo. Descanso, por sua vez, guarda o ranço da Revolução Industrial, ávida pela produtividade exacerbada.

O lazer segue, então, no sentido contrário, pois estimula o empregado a desfrutar de atividades prazerosas, seja dentro ou fora da jornada de trabalho. Repose-se, o lazer pode também culminar na recuperação mental e da fadiga laboral, frutos da situação de estresse diário com obrigações e trabalho, pois um indivíduo entretido, em pleno gozo de atividades que lhe dão retorno prazeroso, será um indivíduo recuperado mentalmente e apto ao labor.

No entanto, esta não é a principal característica do lazer, que possui em seu conteúdo atividades de caráter ativo, mas sim uma consequência esperada. O lazer ainda não se confunde com questões obrigacionais justamente por refletir uma postura ativa do sujeito em busca de sua satisfação pessoal. Por conta disso, lazer se refere a atividades lúdicas, físicas, sociais etc., afinal, lazer traz em seu bojo uma questão prazerosa embutida.

O descanso objetiva que o corpo humano recupere as forças despendidas com o labor diário e obrigações familiares, sociopolíticas e religiosas a partir de uma perspectiva negativa: durante o período de descanso, o corpo ficaria em repouso para que a recuperação fosse bem sucedida. Desse modo, o descanso atuaria como estabilizador das forças humanas, no sentido de recuperação física e psicológica por uma inatividade do indivíduo. O lazer também atua na recuperação física e psicológica do indivíduo, mas tal atuação aparece de maneira ativa, relacionada ao desenvolvimento de uma atividade prazerosa. Assim, a recuperação da mente e do corpo dar-se-ia em razão da entrega do indivíduo ao lúdico, aos esportes, a interações sociais, a atividades intelectuais ou manuais, e não por uma postura de inatividade (WYZYKOWSKI, 2012, p. 149).

Em vista das considerações tecidas, destaca-se o conceito de lazer esposado por Marcellino (2000, p. 31), “como a cultura - compreendida no seu sentido mais amplo -

vivenciada (praticada ou fruída) [geralmente] no tempo disponível”. Para este autor, podem-se distinguir duas grandes linhas acerca do lazer, que podem coexistir: a) como atitude, o estilo de vida que a pessoa leva, a sua atitude de satisfação, de prazer, de bem-estar diante das experiências diversas da vida, sem se ater a um tempo determinado; b) como tempo, este disponível, em que a pessoa tem livre escolha por contemplação e/ou atividades, nestas incluídos o tempo das obrigações em geral (familiares, sociais, escolares etc.) e o descanso.

Adotar a concepção de lazer como cultura em seu sentido amplo significa prestigiar a dimensão humanista do lazer, que é o que importa nesta pesquisa. Esta dimensão é bastante importante, pois ressalta o lazer como direito fundamental, que deve ser usufruído por todos os seres humanos e não apenas pelos trabalhadores com vínculo de emprego (CHEMIN, 2008, p. 55). Ou seja, o lazer, enquanto expressão dos direitos sociais, se refere à totalidade das pessoas, não sendo coerente pleitear direito ao lazer apenas para os cidadãos trabalhadores, entendendo-o como descanso para repor as energias de volta ao trabalho.

Essa dimensão encontra justificativa no fato de que a Constituição Federal de 1988 preceitua que toda pessoa humana merece ter dignidade, de forma que fazem parte desta dignidade as boas condições de vida, propiciadas pela efetivação dos direitos sociais, dentre eles o lazer. Além disso, é nítido que o Constituinte, ao estatuir os direitos sociais, inclusive o lazer, no artigo 6º, o fez no sentido de abarcar a sociedade em geral, obedecendo-se ao princípio da igualdade, reservando o artigo 7º exclusivamente para os direitos dos trabalhadores.

Nessa linha de raciocínio, entende-se que:

Na dimensão humanista, que deveria preponderar sobre a econômica, inclusive por o lazer fazer parte dos direitos sociais constitucionais, são relacionadas as seguintes perspectivas: lazer como necessidade biológica, psíquica, existencial e do ponto de vista social [...] (CHEMIN, 2008, p. 53).

No mesmo sentido, Calvet (2006, p. 76) afirma que:

[...] o direito ao lazer pode ser tido como direito fundamental do homem de se desenvolver como ser humano dotado de razão e desejo, na busca de sua elevação física, psíquica, social e espiritual, estimulando e aprimorando seus talentos e capacidades no interesse que bem lhe aprouver.

Por esse entendimento, o lazer seria essencial para a satisfação de necessidades biológicas/físicas, sociais, psíquicas e existenciais, além de estabelecer-se como fator de desenvolvimento humano, para a produção de modificações da pessoa sobre o seu papel na

sociedade. Ou seja, lazer configura “[...] o direito do ser humano de se desenvolver existencialmente, alcançando o máximo de suas aptidões, tanto nas relações que mantém com outros indivíduos e com o Estado, quanto pelo gozo de seu tempo livre como bem entender” (CALVET, 2006, p. 76).

Nesse entoar, o lazer é capaz de dar sentido à vida dos cidadãos, ou ao menos de viabilizar tais questionamentos, resgatando-se a complexidade das relações humanas em contraposição à rigidez e à profilaxia das cadeias de comando empresariais. Trata-se de direito que deve estar inserido no próprio cotidiano das pessoas, como pressuposto da necessidade de desenvolvimento pessoal integral e equilibrado, como uma das facetas inerentes ao ser humano, além de atender a outras diversas necessidades, tais como, de libertação, compensação, afirmação, recreação, dedicação social, etc.

O lazer, através desta perspectiva humanista, é considerado fator de desenvolvimento humano, como resultado de uma experiência cultural construída, na medida em que colabora para a formação de cidadãos responsáveis dentro da comunidade. Favorece, ainda, a disponibilidade participativa e atitudes conscientizadas, criativas, enriquecedoras das pessoas, que podem contribuir com suas capacidades e habilidades em prol da comunidade.

A importância do lazer como necessidade psíquica reside na ruptura com a estrutura hierárquica da sociedade, em que o ser humano praticaria atividades lúdicas e desligadas da realidade social, no intuito de viabilizar um equilíbrio na sua conduta dentro da sociedade. Além disso, também é necessidade biológica, pois a pessoa que dispõe de tempo livre para dedicar-se a si mesma, tem menos chances de adquirir depressão, doença de pânico, estresse emocional, pois desenvolve seu tempo livre de forma prazerosa, e com isso tem qualidade de vida.

Partindo-se, então, da ideia de que o lazer deve ser visto por meio do exercício de atividades prazerosas, para a promoção do indivíduo, resta saber quais são essas atividades e seus conteúdos, e como contribuem para o desenvolvimento dos cidadãos. Seguindo a classificação de Joffre Dumazedier (1979, p. 123/129) pode-se dizer que o lazer se divide, basicamente, em cinco esferas concretizadoras de seu conteúdo: lazeres físicos, artísticos, práticos, intelectuais e sociais.

As atividades físicas de lazer envolvem a movimentação do corpo humano em busca de satisfação pessoal. Dessa maneira, Marcellino (2004, p. 18) explicita que “as práticas desportivas, os passeios, a pesca, a ginástica e todas as atividades onde prevalece o movimento, ou o exercício físico, incluindo as diversas modalidades esportivas, constituem o campo dos interesses físicos”.

Assim, a busca pelo bem-estar do corpo humano pode refletir o direito ao lazer físico, de forma que o indivíduo estaria buscando a melhora de sua qualidade de vida, por meio de atividades ativas que evidenciam a vontade de exercitar-se fisicamente, de colocar-se em forma, de cuidar da saúde.

Os lazeres artísticos estão associados à vivência de situações culturais, que estejam relacionadas às funções de entretenimento. Nesse entoador, tem-se que os interesses artísticos acabam por se ligar ao imaginário humano, ao seu conteúdo estético na busca pelo encantamento, beleza, de sorte a abranger todas as manifestações artísticas.

Diz-se, então que interesses artísticos estão ligados à busca do imaginário, do sonho, do encantamento, do belo, do fazer-de-conta (CAMARGO, 1999, p. 23). Atividades artísticas normalmente possuem relação com a prática e assistência de formas de cultura ligadas à arte, como cinema, teatro, literatura, artes plásticas, etc., mas também com inúmeras outras manifestações artísticas, a depender do universo cultural de cada população, que sejam capazes de levar ao entretenimento do indivíduo por meio de sua satisfação pessoal.

Nesse sentido, Dumazedier (1979, p. 125) entende que até mesmo as férias e as viagens podem ser consideradas como funções de espetáculo, já que ocorrem nelas a contemplação de paisagens, visitas a museus, monumentos, etc.

Os lazeres práticos, por sua vez, relacionam-se a atividades cotidianas, geralmente, realizadas dentro de casa, e que se encontram firmados por meio de atividades manuais, capazes de manipulação de objetos ou sua transformação, como artesanato e costura (MARCELLINO, 2002, p. 18).

São atividades ligadas ao prazer de manipular, explorar e transformar o que a natureza criou e sua importância está no fato de auxiliar o indivíduo na busca de satisfação pessoal dentro de sua própria residência ou não. Assim, atividades como jardinagem, tricô, crochê, e artesanatos em geral, dentre outras, são tidas como extremamente importantes no desenvolvimento pessoal do indivíduo, na busca de sua satisfação pessoal.

Os lazeres intelectuais relacionam-se com questões referentes ao raciocínio humano, exercícios de conhecimento, de informação e aprendizagem. Para Marcellino (2002, p. 18) “nos interesses intelectuais, o que se busca é o contato com o real, as informações objetivas e explicações racionais. A ênfase é dada ao conhecimento vivido, experimentado. A participação em cursos ou leitura são exemplos”.

Para Camargo (1999, p. 25) tudo na vida é fonte de conhecimento, de informação, de aprendizagem e o lazer pode configurar tempo precioso para o exercício do conhecimento e satisfação da curiosidade intelectual, em todos os campos. A ciência deve ser vista não apenas

no seu conteúdo específico, expresso em livros e publicações especializadas, mas também em formas populares de difusão, por meio de jornais, revistas, televisão, internet e outros meios de mídia eletrônica. Os lazeres intelectuais se relacionam, ainda, ao direito à educação, já que ambos objetivam a busca pelo conhecimento.

O lazer pode, ainda, ter seu conteúdo associado à perspectiva social, pautado na interação com outras pessoas, motivando a condição de integração social, de contato com amigos, parentes, colegas de trabalho ou de bairro. Exemplos de lazeres sociais são aqueles relacionados a casas de shows, bailes, festas, encontros realizados na própria casa do indivíduo, em parques, em estabelecimentos de associações, em restaurantes, os movimentos culturais, etc. (WYZYKOWSKI, 2012, p. 146).

Sendo assim, todo encontro que promova a integração do indivíduo com outros indivíduos pode ser visto sob a perspectiva do lazer social; afinal, o indivíduo, motivado pelo convívio social, desenvolve atividades prazerosas, consagrando o lazer neste sentido. É importante salientar que os lazeres sociais acabam por promover a inclusão social, já que desenvolvem a sociabilidade nos indivíduos e rompem com o fundamento da sociedade atual, pautado no individualismo e na fragmentação.

Marcellino (2002, p. 18) ainda inclui como conteúdo do lazer as atividades turísticas. Para ele, “a quebra da rotina temporal e espacial, pela busca de novas paisagens, de novas pessoas e costumes, é a aspiração mais presente nos interesses turísticos. Os passeios e as viagens constituem exemplos”. Por meio desta concepção, as atividades relacionadas ao turismo e à visitação de locais por meio de passeios também deveriam ser vistas como conteúdo do lazer⁵⁰. Trata-se do interesse cultural de mudança de paisagens, ritmo, estilo de vida, alteração da rotina cotidiana.

Do exposto, percebe-se a necessidade de que o lazer, enquanto direito social e constitucional, esteja presente na vida de todos os cidadãos, através do exercício de atividades prazerosas que possam auxiliar estas pessoas no seu desenvolvimento pessoal e social. O lazer configura, assim, meio de valorização da pessoa humana, na busca da construção da sociedade preocupada e dedicada à qualidade de vida e bem-estar de todos. E é por isso que o lazer merece tratamento adequado e a elaboração e execução de políticas públicas efetivas.

⁵⁰ Observa-se que tal classificação não vai de encontro à classificação proposta por Dumazedier. Este também inclui as atividades relacionadas ao turismo no conteúdo do lazer. A diferenciação ocorre na categorização. Enquanto Dumazedier inclui tais atividades nos lazeres artísticos e sociais, Marcellino acaba por constituir uma nova classificação para as mesmas atividades.

4.3 O núcleo essencial do direito fundamental ao lazer: a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial

Após o movimento de revalorização dos direitos fundamentais, cujo marco é o término da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana assumiu a posição de principal valor e princípio a ser protegido pelo Estado. Cuida-se, portanto, de princípio fundamental do Estado brasileiro, o qual confere legitimidade e sentido à ordem constitucional, de modo que a sua especial qualificação não pode ser ignorada pelo intérprete.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo núcleo tem sido identificado, dentre outros, com as prestações essenciais necessárias à vida digna. Nesse contexto, Ingo Sarlet (2002, p. 62), explicita que:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Corroborando o entendimento acima, Walber de Moura Agra (2008, p. 109/110) ensina que a dignidade da pessoa humana representa:

[...] um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, sem eles o homem se transformaria em coisa, *res*. São direitos como a vida, lazer, saúde, educação, trabalho e cultura e devem ser propiciados pelo Estado e, para isso, pagamos tamanha carga tributária. Esses direitos servem para densificar e fortalecer os direitos da pessoa humana, configurando-se como centro fundante da ordem jurídica.

A dignidade da pessoa humana, dessa maneira, somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver garantida nem mais nem menos do que uma vida saudável (SARLET, 2002, p. 59/60). Ante ao exposto, percebe-se que a definição de dignidade humana fornece importantes elementos para o reconhecimento do mínimo existencial, demonstrando-se, assim, que ambas as noções são complementares.

Em virtude disso, o mínimo existencial, que não possui contornos definidos e implica em embates doutrinários acirrados e complexos, também demanda proteção, por ser condição essencial para a manutenção da vida digna, ainda que em seu viés mínimo, composta pelo núcleo essencial de direitos fundamentais. A noção de proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais, que representa conteúdo mínimo irreduzível e impassível de restrição (“mínimo existencial”), está intimamente relacionada à eficácia destes direitos, principalmente dos sociais.

Para Luis Manuel Fonseca Pires (2009, p. 298), compreende-se como “núcleo essencial de um direito fundamental o mínimo necessário a ser realizado pelo Estado para o reconhecimento do próprio valor que se almejou resguardar-se juridicamente”. Desse modo, se um núcleo mínimo, um núcleo essencial do próprio valor (bem) escolhido pelo direito para a devida proteção não for assegurado, há um conflito lógico interno, um conflito lógico no próprio texto normativo.

Esta ideia de mínimo existencial surgiu com a previsão na Lei Fundamental Alemã do artigo 19, § 2º, significando que os direitos fundamentais podem ser restringidos desde que não afetado o seu conteúdo essencial (MENDES, 1999, p. 39). Também Ricardo Lobo Torres (2009, p. 83), entendendo que o mínimo existencial não é valor ou princípio jurídico – embora esteja impregnado por eles – alude que este preceito diz respeito ao “[...] conteúdo essencial dos direitos fundamentais”.

A Constituição Federal de 1988 não previu expressamente a noção do mínimo existencial, mas, segundo Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 39) trata-se de garantia evidente: “[...] é fácil ver que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas”. Portanto, esta garantia independe de expressa previsão constitucional para ser reconhecida, visto ser decorrente da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. Assim, ainda que no Brasil não tenha havido tal previsão, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia do mínimo para a existência digna consta do elenco de princípios e objetivos constitucionais.

Importante salientar, ainda, que o mínimo existencial, fundamentado na dignidade da pessoa humana, não deve ser entendido apenas no tocante ao mínimo vital, que configura as condições mínimas para assegurar a sobrevivência física. Ele engloba, também, o mínimo sociocultural, que constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido, de forma que as prestações em termos de direitos culturais haverão de estar sempre incluídas no mínimo existencial. Para Cândice Lisbôa Alves (2013, p. 87):

[...] não se pode conceber o ser humano apenas como conjunto de atividades vitais. Para desenvolver todas as suas aptidões intelectuais, laborais e emocionais o ser humano necessita de uma série de direitos resguardados, que ultrapassam as condições materiais de existência. Por óbvio, essas condições são essenciais, mas apenas como ponto de partida para que as demais necessidades humanas possam se acrescer e dar ensejo ao desenvolvimento das capacidades plenas dos homens e mulheres, no sentido de que todos se constituam como cidadãos participantes do meio social no qual estão inseridos. E essa é a ambição das Constituições modernas, destacando-se a brasileira.

No mesmo sentido, Jorge Reis Novais (2010, p. 195) ressalta a importância de que o mínimo existencial englobe não somente os pressupostos mínimos para a existência fisiológica, mas que garanta também as condições mínimas para a existência baseada no contexto sociocultural. Isso porque, vivemos em um Estado democrático de direito, que possui como fundamento a cidadania e que preconiza a integração comunitária, sendo o lazer instrumento efetivo para tanto.

O autor considera, então, essenciais, ao lado dos direitos fundamentais responsáveis pela garantia de sobrevivência do ser humano, também os direitos que assegurem a inserção do indivíduo em uma comunidade politicamente ativa e democrática, como os direitos à educação e à cultura, preconizando a ideia de mínimo social como garantia do conteúdo essencial dos direitos sociais.

Marco Maselli Gouvêa (2005, p. 364), por sua vez, aduz que “consiste o mínimo existencial de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade humana”, aludindo que o mínimo existencial deve alcançar a “existência condigna”. Os direitos fundamentais considerados como básicos para a existência e vivência com dignidade, afirmam-se, sobretudo, como direitos materiais e sociais, e relacionam-se com uma nova dogmática constitucional, em que se privilegia o bem estar físico, moral e psíquico da pessoa humana.

Esses direitos relacionam-se às “necessidades sem as quais não é possível ‘viver como gente’: trabalho, remuneração suficiente, alimentação, roupa, saúde, condições infra-estruturais (água, luz, etc.), educação, lazer, repouso, férias, etc.” (LESBAUPIN, 1984 apud WOLKMER, 1994, p. 279). Tais necessidades básicas do ser humano compõem, então, o mínimo existencial e vinculam-se com o já mencionado artigo 7º, IV, da CF/88, que prevê salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Consequentemente, não pode a Administração Pública, ao pretender exercer o seu espaço legítimo de discricionariedade administrativa na execução de políticas públicas, solapar o núcleo essencial do direito fundamental que lhe exige prestação efetiva em favor do administrado. Ou seja, a Administração Pública não pode – porque sequer é facultado ao Legislativo – deixar de cumprir o núcleo essencial de determinado direito à prestação se este direito qualifica-se como direito fundamental.

Isto porque, se ao legislador é interdito reduzir ou afligir o cerne do valor que a Constituição pretendeu assegurar, por muito mais razão não pode o administrador – que deve cumprir as normas constitucionais e a legislação infraconstitucional – recusar-se a cumprir, ou cumprir diversamente o ordenamento jurídico no que se refere, sobretudo, à essência do direito fundamental (PIRES, 2009, p. 300).

Juarez Freitas (2007, p. 41) assevera que esta vinculação da Administração Pública ao cumprimento do núcleo essencial dos direitos fundamentais baseia-se também no direito fundamental à boa administração pública, de modo que a liberdade é deferida ao administrador somente para que desempenhe suas atribuições de maneira exemplar. Nesse sentido, explica o autor que “[...] os atos administrativos passam a ser controláveis sob o influxo do ‘direito administrativo’, em harmonia com a afirmação crescente do núcleo essencial dos direitos fundamentais, numa ordem mais justa e consagrada à segurança jurídica” (2007, p. 51).

Também aliada à concretização dos direitos fundamentais, ainda que no que se refere ao mínimo para a existência de vida digna, Canotilho (2003, p. 1224) comenta a respeito do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, sustentando que:

[...] a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Trata-se de um “princípio operativo” de todas normas constitucionais, e invocado sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais: no caso de dúvida, deve-se dar maior eficácia aos direitos fundamentais.

Em razão do exposto, afirma-se que por mais deficitários que sejam os recursos materiais, por mais parca que seja a previsão financeira em leis orçamentárias, a Administração Pública deve atender ao menos ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. O mínimo essencial de um direito fundamental, pelo princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, caracteriza o mínimo a ser feito independentemente de qualquer planejamento e ideário político.

Diz-se, portanto, que a norma de direito fundamental social pode ser restringida até o limite de suficiência da prestação material demandada, a fim de garantir a realização mínima pretendida. É justamente para garantir esta “realização mínima” que o mínimo existencial assume especial importância na ponderação entre direitos fundamentais sociais e reserva do possível. Ana Paula de Barcellos observa o que segue:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida [...] na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BARCELLOS, 2002, p. 246).

No que se refere aos direitos à prestações, que exigem postura ativa da Administração Pública, conclui-se que também devem ser cumpridos em seu núcleo essencial, sob pena de a Administração Pública ser compelida a prestá-lo por ordem judicial (PIRES, 2009, p. 308). Essa obrigação do poder público de concretizar, ainda que minimamente, tais direitos previstos constitucionalmente, tem o objetivo de evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, o que se dá quando o cidadão vê confiscados seus desejos, vê enfraquecida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido, à mercê das forças terríveis do destino (CLÈVE, 2000 p. 27).

O nível do mínimo existencial não é considerado absoluto, mas aferível em cada caso concreto, de forma que o Estado não pode realizar a prestação material prevista no direito fundamental social de forma a não suprir a pretensão jurídica que ele gera ao seu titular. Também os direitos fundamentais sociais não são absolutos, devendo conviver em um sistema constitucional harmônico e com a possibilidade de restrições, sendo que estas somente se justificam se forem indispensáveis e se atingi-los no mínimo necessário (CANOTILHO, 1998, p. 134).

Nesse contexto, a delimitação do mínimo existencial social deve realizar-se através da ponderação, por meio de contextualização, proporcionalidade e proibição do déficit (NOVAIS, 2010, p. 192). Destaca-se, assim, que a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais prestacionais, para alguns, deve observar o princípio da vedação do retrocesso social já estudado, implicando na proibição de o Estado intervir em posições jurídicas já

conquistadas pelos seus titulares, na tentativa de reduzi-las ou suprimi-las, sob pena de ofensa ao princípio da proteção da confiança (SARLET, 2001, p. 374). Além disso, pela proibição do retrocesso, não é permitido violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e as restrições impostas pelos poderes públicos devem situar-se dentro de limites fixados pela proporcionalidade.

Diante das considerações, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito ao lazer como direito fundamental social passível de tutela estatal, estando ao lado de direitos outros, tão caros à consagração da dignidade humana, como trabalho, saúde, educação, moradia, alimentação etc. A fundamentalidade do direito ao lazer é tanto formal, quanto material, não devendo ser visto apenas como desdobramento dos demais direitos sociais e nem como direito meramente simbólico.

Assim, defende-se nesta pesquisa, o lazer como meio de assegurar vida digna, ante seus conteúdos físico, prático, social, intelectual e/ou artístico, e funções relacionadas à promoção do bem-estar social e desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Ou seja, ressalta-se a sua dimensão humanista de promovedor do desenvolvimento existencial e das habilidades humanas, evidenciando-se que o cidadão em gozo de lazer realiza diversas atividades em prol de beneficiamento próprio na sua busca por prazer, devendo ser inserido na noção de mínimo existencial.

Nas palavras de Ingo Sarlet (2015, p. 331) “[...] dizem respeito ao mínimo existencial, além dos direitos à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção ao trabalhador, o direito à alimentação e mesmo o lazer”. Ou seja, a pessoa que desenvolve atividades que lhe proporcionem felicidade por meio de lazer é uma pessoa protegida dos males da fadiga e estresse mental, tendo menores chances de desenvolver comportamentos considerados reprováveis pela sociedade.

Em outras palavras, um indivíduo que realiza atividades divertidas recupera-se mais facilmente dos problemas do dia a dia e também apresenta tendência menor aos comportamentos antissociais decorrentes de desvio da personalidade, por exemplo (WYZYKOWSKI, 2012, p. 154). O lazer é instrumento de melhoria da qualidade de vida das pessoas, funcionando como mecanismo de proteção à saúde, integridade física e psíquica dos membros da sociedade, proporcionando o crescimento pessoal do sujeito, além do desenvolvimento do homem como ser social, permitindo relacionar-se com seus semelhantes.

Lazer, então, constitui atividade humana enquadrada no conceito amplo de cultura, indispensável para a tutela da dignidade humana. E a sua concessão possibilita ao indivíduo

usufruir da remuneração recebida pelo trabalho prestado, investindo em viagens, cursos de interesse particular, dentre outras atividades. O convívio com a família e amigos, a participação como cidadão numa sociedade, a prática de atividades esportivas, culturais, artísticas só se tornam possíveis quando o sujeito possui tempo disponível, o qual deve ser direcionado também para atividades de lazer, sendo extremamente importantes prestações por parte da Administração nesse sentido.

Além disso, o lazer é percebido não somente pela perspectiva dos direitos fundamentais, como direito capaz de levar o indivíduo ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades, mas também no âmbito internacional dos direitos humanos, constando em vários documentos internacionais. Assim sendo, o complemento da Declaração dos Direitos do Homem, preceitua que:

Art. 2º. O primeiro dos direitos do homem é o direito à vida.

[...]

Art. 4º. O direito à vida comporta: a) O direito a um trabalho reduzido o bastante para deixar lazes suficientemente remunerados, a fim de que todos possam participar amplamente do bem-estar que os progressos da ciência e da técnica tornam cada vez mais acessíveis e que uma repartição equitativa deve e pode garantir a todos; b) O direito ao pleno cultivo intelectual, moral, artístico e técnico das faculdades de cada um [...] (CALVET, 2006, p. 62).

Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo XXIV, estatui que: “Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas”. O Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1.966, por sua vez, prevê que:

Art. 7º. Os Estados integrantes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar condições de trabalho justas e favoráveis, que garantam sobretudo:

[...]

d) O repouso, os lazes, a limitação razoável da duração do trabalho e férias remuneradas periódicas, assim como remuneração dos feriados (CALVET, 2006, p. 63).

Do exposto, percebe a necessidade em se efetivar o lazer, que constitui direito fundamental social e humano, necessitando de prestações positivas por parte do Estado para ser concretizado da maneira mais inclusiva e equitativa possível. A proteção do direito ao lazer decorre, portanto, da proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e do mínimo existencial, restando claro que ele deve ser efetivado imediatamente, pelo

menos no tocante ao seu núcleo essencial, que deverá ser aferido concretamente, já que o conceito de lazer é variável de acordo com cada sociedade.

Ou seja, o lazer não deve ser desrespeitado e nem pode adentrar no sistema de esquecimento, desconsideração ou violação dos direitos fundamentais, sob o risco de se transformar em direito sem efetividade alguma, letra morta, em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, mesmo diante da ausência de interposição legislativa, o direito ao lazer merece aplicabilidade imediata, ainda que mínima, em razão da norma do artigo 5º, §1º, da CF, possuindo núcleo essencial que deve produzir efeitos jurídicos, aferível concretamente por meio da ponderação e proporcionalidade.

Deve-se ressaltar, ainda, que nem todos os seus conteúdos expostos anteriormente comporão o núcleo essencial desse direito, devido, principalmente, às questões orçamentárias e, conseqüentemente, às eventuais restrições juridicamente aceitáveis. Mesmo assim, pugna-se pela sua concretização da forma mais ampla possível, já que todos os direitos sociais devem ser entendidos como mandados de otimização, incidindo-se o princípio da máxima efetividade das normas que preceituam direitos fundamentais.

Faz-se necessário, então, que o Estado cumpra com os deveres de respeito, proteção e promoção do direito fundamental social ao lazer, sendo a execução de políticas públicas consistentes importantes para consecução de tais deveres. A própria Constituição Federal demonstra, em diversos momentos, sua preocupação com a desconexão do trabalho e a função social que o trabalho deve carregar consigo.

O lazer é direito social necessário. Não se impõe apenas pelo fato de ser assegurado pelas disposições normativas, mas sim por ser primordial para o crescimento do ser humano, lhe proporcionando satisfazer necessidades que lhe são próprias. Nesse sentido, o direito ao lazer não pode ser retirado da esfera do sujeito, mormente por meras justificativas econômicas, ditadas pelos interesses capitalistas.

Tratando-se o direito ao lazer de direito fundamental, de eficácia imediata, ainda que no tocante ao seu núcleo essencial para a garantia do mínimo existencial, tem dimensão objetiva no sentido de irradiar seus efeitos para o Poder Público e entre os particulares, para que todos o mantenha e o promova. Por isso, a importância da elaboração e execução de políticas públicas consistentes voltadas ao lazer.

4.4 Políticas públicas de lazer

De todo o exposto acima, é possível afirmar que, atualmente, a observância, a prática efetiva e a defesa dos direitos fundamentais sociais formam “o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder” (BONAVIDES, 2005, p.642). Nesse sentido, também o direito social ao lazer encontra-se em consonância com a dignidade da pessoa humana, na medida em que proporciona aos indivíduos não só condições para o seu desenvolvimento pessoal, mas também social, devendo ser concretizado pelo Poder Público, ainda que no tocante ao seu núcleo essencial.

Além disso, o lazer configura direito fundamental de aplicabilidade imediata e, ainda, direito humano decorrente do direito à vida, ficando evidente que merece receber tratamento adequado na sociedade, já que muitas vezes carece de atenção. Ou seja, o Poder Público não pode ser omissor quanto à promoção dos direitos sociais, dentre eles o lazer, devendo criar políticas públicas consistentes, que sejam capazes de proporcionar às pessoas maior acesso à cultura, já que o Estado é responsável por programas de democratização também em níveis culturais.

Portanto, o direito ao lazer deve ser alvo de ações governamentais, constando da lista de prioridades dos responsáveis por políticas públicas, por ser indispensável para alcançar melhores condições de vida para a população e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana. Nesse entoar:

O lazer deve ser encarado como fenômeno social moderno, constituído no quadro das tensões entre as classes sociais; é uma necessidade social e motivo de intervenção de políticas públicas; mesmo sendo o lazer uma preocupação recente e alvo de atenção secundária, existe clara tendência para o crescimento de ações governamentais direcionadas para esse sentido (MELO; ALVES JÚNIOR, 2003, p. 22).

É notória e atual, assim, a importância da concretização deste direito para atingir o bem-estar e maior efetivação da igualdade material entre os cidadãos. Frise-se que os direitos sociais, incluindo-se o lazer, são direitos que dependem de prestações positivas por parte do Estado, através de políticas públicas de competência da função administrativa prestacional, a qual é composta dos poderes para a promoção real de necessidades coletivas relacionadas a tais direitos, por meio do serviço público.

Isto é, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a separação de Poderes e a distribuição de competências entre os entes públicos, proporcionou ao Poder Executivo e à Administração Pública a tarefa de efetivadores de uma ordem social mais justa, a partir da elaboração de políticas públicas (CHEMIN, 2008, p. 75). Em virtude disso, a Administração, em todas as suas esferas, deve pautar-se pela obediência aos mandamentos constitucionais e infralegais e, ainda, consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana, como diretrizes para todos os seus atos.

Salienta-se, ainda, que a elaboração e a execução de políticas públicas, entendidas como instrumentos hábeis para a efetivação do lazer, devem ser bem planejadas, seguindo todos os seus ciclos e elementos já estudados anteriormente, bem como obedecer aos princípios que lhe são inerentes. Além disso, devem estar isentas de qualquer forma de corrupção, de desvios de recursos públicos e de todas as condutas que visem a privilegiar interesses particulares de poucos, sendo essencial a existência de procedimento administrativo regular e de controle sobre todos os atos. Somente assim será possível desenvolver política pública bem sucedida, planejada e comprometida com os verdadeiros anseios da população e, conseqüentemente, concretizar da maneira mais ampla e inclusiva o direito ao lazer.

4.4.1 A importância dos Municípios na elaboração e execução das políticas públicas de lazer

Em vista do que já foi apresentado, fica evidente a necessidade das políticas públicas voltadas para a efetivação do direito ao lazer, bem como a competência da Administração Pública para alcançar tal objetivo. E, analisando-se os novos paradigmas da Administração Pública na contemporaneidade, percebe-se que uma das características desse novo modo de agir administrativo, no Brasil, é o processo de descentralização, a partir da adoção da estratégia de fortalecimento do poder local a partir da municipalização das políticas sociais (FLEURY, 2004, p. 188).

Nesse contexto, afirma-se que fortalecer institucional e politicamente os Municípios, conferindo aos gestores das cidades poder efetivo, significa gerar ou fortificar instituições que próximas dos cidadãos, fortaleça a democracia de base territorial. O debate acerca do poder local assume, assim, posição de destaque, vez que se inscreve no plano da gestão do Estado e privilegia a qualidade da participação na esfera pública, que se trata de outra característica marcante do novo perfil administrativo.

A CF/88, em seu artigo 1º, dispõe que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado democrático de Direito. Além disso, o artigo 29, da CF/88, atribui ao Município o poder de auto-organização, de forma que o interesse local, ou seja, aquilo que repercute diretamente na vida municipal dos seus habitantes, seja predominantemente de sua competência, desde que compatíveis com as diretrizes de competência dos Estados e União.

O Município é a menor unidade político-administrativa no nosso país, possui os poderes Executivo (Prefeitura) e Legislativo (Câmara de Vereadores) e é responsável por diversos serviços cotidianos da população. Para Justen Filho (2005, p.98):

O Município está enquadrado como pessoa jurídica de direito público que apenas pode ser instituída por lei (aí abrangida a própria Constituição), sendo-lhes atribuídas funções e competências inerentes à qualidade estatal, entre as quais se encontra o próprio poder de utilização da força de coerção.

Adotando entendimento semelhante, Ferreira Filho (1984, p. 204/205), aduz que o Município:

É uma cooperação territorial de direito público, servindo como unidade geográfica e divisionária do Estado, dotada de governo próprio para a administração descentralizada de serviços estaduais ou provinciais e regulação de interesses locais, governo próprio que se realiza mediante a eletividade dos seus órgãos Executivo e Legislativo, aos quais geralmente se atribui a competência para a arrecadação das rendas.

De acordo com Beatris Chemin (2008, p. 71), “Município é uma entidade autônoma, que possui competências próprias, que implicam obrigações e funções específicas, devendo sua administração, cuja sede é a cidade, buscar desenvolver suas funções sociais e trabalhar pelo bem-estar de seus habitantes”. Dessa forma, é possível entender o Município como pessoa jurídica de direito público, mais precisamente uma pessoa política, configurando uma das esferas de manifestação formal da existência da Federação.

A partir da Constituição Federal de 1988, então, legitimou-se novo formato institucional no intuito de favorecer a implementação da gestão descentralizada e participativa, através da partilha de competências e aumento do poder de atuação dos Municípios. Para Castro (2001, p. 50), essa descentralização visa novo equilíbrio entre os entes federativos, “[...] pois há uma intensa imbricação das relações entre as coletividades locais (os Municípios), depois entre os Municípios e o próprio Estado descentralizado, visando à execução das políticas públicas”.

Assim sendo, percebe-se que a proposta da escala local como espaço privilegiado da gestão e execução de políticas públicas sinaliza três questões fundamentais: a necessária superação da distância entre os agentes formuladores das ações e o público beneficiado; a correspondência efetiva entre a qualidade da ação e as demandas de grupos sociais em situação de vulnerabilidade; e, em especial, a realização das ações públicas sob controle social dos cidadãos.

Logo, as políticas sociais são desenvolvidas de modo mais democrático, quando a sociedade, via órgãos representativos, participa dos espaços de deliberações das diretrizes das políticas, do planejamento, da execução, do controle e da supervisão dos planos, programas e projetos de relevância pública. Ou seja, o interesse local do Município relaciona-se com quem é o principal interessado, o cidadão, e tudo que repercute de forma direta e indireta na vida municipal dos seus habitantes é considerado de interesse local (CHEMIN, 2008, p. 73).

Diante disso, é possível afirmar que enquanto responsabilidade do poder governamental, as ações referentes ao planejamento, à execução e à avaliação de políticas públicas devem ser discutidas junto à população que será beneficiada. Em nosso contexto, o Município está atrelado à atividade administrativa de gestão, nos termos da lei e da moralidade administrativa, de bens, interesses e serviços públicos visando ao bem comum, sendo certo que as políticas públicas de lazer também se incluem nesta função e devem ser desempenhadas conjuntamente com os cidadãos.

Ou seja, a Administração Pública municipal deve elaborar políticas públicas que proporcionem às pessoas maior acesso à cultura em sentido amplo, por meio de projetos democráticos, já que o lazer é importante meio de conquistar a dignidade da pessoa humana, devendo ser lembrado, valorizado e tornado efetivo na vida cotidiana de todos (CHEMIN, 2008, p. 82). Além disso, a participação social se torna ainda mais necessária no que se refere às políticas públicas de lazer, pois este configura direito que varia muito em virtude de circunstâncias econômicas, sociais, políticas e culturais de cada sociedade, que podem ter concepções e anseios diferentes com relação a tal direito.

Portanto, conceber ações de lazer necessita da discussão com cada comunidade, para que não sejam implantadas de forma geral, arbitrária e/ou desarticuladas com os seus interesses, resultando em políticas públicas sem efetividade. A gestão municipal do lazer interessa justamente por conta da proximidade da população com o Município, que seria capaz de identificar as reais necessidades de lazer daquele local específico, sem, no entanto, excluir a possibilidade de atuação de outras esferas estatais no cuidado e promoção do lazer.

Lino Castellani Filho (2006, p. 124), ao tratar da implementação da política do lazer e da gestão municipal, traz uma fórmula para determinar essa política. Comparando-o à elaboração do plano diretor municipal, afirma o autor que se devem realizar três perguntas para a confirmação da política a ser proposta: a) que lazer se tem? b) que lazer se deseja? c) quais acordos podem ser firmados para se alcançar a situação desejada? Partindo-se desse pressuposto, seria mais fácil visualizar as reais necessidades de cada população.

Assim sendo, torna-se importante que os instrumentos de participação já estudados sejam realmente utilizados, sendo que, em âmbito municipal, os conselhos gestores⁵¹ ganham grande relevância, sendo considerados como uma das principais novidades no que tange à experiência de democracia participativa no Brasil contemporâneo e podendo ser encontrados na maioria dos municípios brasileiros. Prova disso é o fato de que grande parte dos recursos que o governo federal libera aos Estados e Municípios estão vinculados à instituição destes conselhos (GOHN, 2001, p. 7).

Nesse entoar, percebe-se que através de canais públicos e plurais, os conselhos oportunizam aos cidadãos, a integração e participação no processo de planejamento, formulação e controle das políticas públicas, propiciando dessa forma a alocação mais justa e eficiente dos recursos públicos. Essa nova maneira de agir vem se contrapor à tradição autoritária e excludente que caracteriza os espaços de decisão no Brasil, onde muitas vezes prevalecem barganhas políticas, interesses privados e relações clientelistas.

Em vista de todo o exposto, pode-se afirmar que cabe, principalmente, às prefeituras, secretarias e aos órgãos públicos da administração municipal, a busca de soluções para realizar transformações e adaptações necessárias no tocante ao lazer, de forma que a população seja envolvida no processo, que seja levada em conta a apropriação que os cidadãos estabelecem com o espaço urbano como um todo e, mais especificamente, com o espaço de lazer. E para que isso se viabilize, é necessário trabalhar com estratégias de ação que privilegiem a participação da população (PELEGRI, 1996, p. 36).

Por isso, a necessidade de se ter processos ampliados e participativos, com base em levantamentos de aspirações e reivindicações dos diferentes segmentos das diferentes regiões em relação ao lazer. Trata-se de construir políticas com a população, levando em consideração as suas demandas e necessidades para vivência desse bem social.

⁵¹ Os conselhos gestores podem ser entendidos como canais de participação que articulam representantes da população e membros do poder público estatal em práticas que dizem respeito à gestão de bens públicos (GOHN, 2001, p. 7).

4.4.2 Políticas públicas voltadas à efetivação do direito ao lazer

O direito ao lazer consta não apenas dos já mencionados artigos 6º e 7º, IV, da CF/88 e ainda dos documentos internacionais, mas é mencionado diversas vezes em normas constitucionais, bem como em documentos específicos, reforçando a necessidade de que seja efetivado, como se verá adiante. Destaca-se, ainda, que, pela sua multifuncionalidade, o lazer não requer apenas políticas públicas específicas, mas sim a associação com outras diversas políticas que com ele se relacione e que também objetivem melhores condições para a fruição de uma vida mais digna (CHEMIN, 2008, p. 83).

Nesta seara, identifica-se a necessidade de que as políticas públicas de lazer se concretizem juntamente com a política de desenvolvimento urbano, política educacional, política de defesa e preservação do meio ambiente, política de promoção, proteção e recuperação da saúde pública, políticas culturais, de esportes, dentre outras, que se mostrarem harmônicas com a ideia de mínimo social para a garantia do mínimo existencial.

Assim, analisando o Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, percebe-se que a CF/88 consagra um capítulo à política urbana (Capítulo II – Da política urbana), destacando-se o artigo 182⁵², *caput*, pelo qual o Poder Público municipal deve objetivar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Além disso, tal artigo se compatibiliza com a competência da União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano (artigo 21, XX, CF/88), do Município pela proteção do patrimônio histórico-cultural local (artigo 30, IX, CF/88) e o princípio da função social da propriedade urbana, que deve atender o interesse social (artigo 1228, §1º, Código Civil/2002).

Dessa forma, entende-se que o lazer, diretamente ligado à qualidade de vida, depende, também, da eficiente política de desenvolvimento urbano e desenvolvimento das funções sociais da cidade para garantir o bem-estar de seus habitantes, devendo fazer parte dos espaços do Município. Assim, através da política urbana:

[...] a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar habitação (moradia), condições adequadas de trabalho, recreação e circulação humana (SILVA, 2005, p. 817).

⁵² CF/88: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Portanto, o lazer relaciona-se com a política urbana, através da qual se faz necessário planejamento físico, econômico e político para a preparação dos espaços públicos, desenvolvimento e crescimento urbano, criando espaços obrigatórios destinados ao lazer. Pode-se afirmar, ainda, que o planejamento urbano, nos termos da CF/88, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, mediante, sobretudo, a promoção dos direitos fundamentais do cidadão: saúde, trabalho, moradia, abastecimento alimentar, educação, lazer, meio ambiente ecologicamente equilibrado, saneamento básico e transporte coletivo, os quais vêm ao encontro do que se deseja para vida mais digna e feliz.

De acordo com o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), o Plano Diretor, aprovado pela Câmara Municipal e obrigatório para as cidades com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. De acordo com o artigo 2º, I, deste Estatuto, a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Além disso, o artigo 40 impõe ao Poder Público municipal o dever de garantir, no processo de elaboração e na fiscalização do Plano Diretor, a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população em geral e de associações representativas dos diversos segmentos da comunidade. Obriga, ainda, a publicidade dos documentos e informações produzidos, bem como o acesso de qualquer interessado.

Conclui-se, então, que se o lazer deve ser colocado em termos de vida diária das pessoas, o seu espaço é o urbano, sendo de extrema importância a valorização da contemplação dos patrimônios artísticos, arquitetônicos e urbanísticos, que fazem parte da memória das cidades, como elementos de enriquecimento da paisagem urbana (CHEMIN, 2008, p. 91). Além disso, a política urbana para o lazer significa identificá-lo como seu objeto, planejar e preparar espaços públicos, inclusive criando espaços institucionais obrigatórios para lazer nos novos projetos de loteamento das cidades, próximo ou junto com as áreas verdes.

Já no Título VIII - Da Ordem Social, da CF/88, encontra-se a grande maioria das normas constitucionais que estão ligadas às políticas públicas de lazer. Nesse contexto, importante enfatizar a imbricação entre as políticas públicas de saúde (artigos 196 a 200 da CF/88) e de lazer, na medida em que a construção de experiências culturais está diretamente

vinculada à qualidade de vida e saúde. Isto é, a responsabilização do Poder Público e da sociedade em geral pela promoção da saúde, objetivando o aumento da qualidade de vida de todos os cidadãos, também é influenciada pela efetividade do lazer e vice-versa.

O direito à saúde foi reconhecido como direito fundamental da pessoa humana com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, sendo definida como o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças e outros agravos. Diante disso, afirma-se que este direito abarca a promoção da saúde, a prevenção das doenças, a recuperação e reabilitação dos enfermos, sendo certo que a saúde se promove proporcionando condições de vida decentes, boas condições de trabalho, educação, cultura física e formas de lazer e descanso (CHEMIN, 2008, p. 109). Logo, o lazer identifica-se não só como pressuposto de saúde, mas também, como objeto de saúde: a saúde para desfrutar do lazer.

Relevante mencionar, também, que atualmente são apontados dois conceitos de saúde: o que considera a saúde como ausência de doença, e outro que a considera igual à qualidade de vida, sendo este último relacionado com a moradia, trabalho, alimentação, lazer, relações sociais, etc. (CHEMIN, 2008, p. 113). Reforçando este entendimento:

A nova concepção de saúde importa uma visão afirmativa, que a identifica com bem-estar e qualidade de vida, e não simplesmente com ausência de doença. A saúde deixa de ser um estado estático, biologicamente definido, para ser compreendida como um estado dinâmico, socialmente produzido. Nesse marco, a intervenção visa não apenas a diminuir o risco de doenças, mas aumentar as chances de saúde e de vida, acarretando uma intervenção multi e intersetorial sobre os chamados determinantes do processo saúde-enfermidade: eis a essência das políticas públicas saudáveis (BUSS, 2000, p. 174).

Diante do exposto, percebe-se que as atividades prazerosas de lazer contribuem para a vida humana mais saudável, para o bem-estar físico e psíquico dos cidadãos e, conseqüentemente, para a promoção do direito à saúde. Ao contrário, os indivíduos que não usufruem um tempo para o lazer, seja em razão da grande quantidade de trabalho ou de outras obrigações, podem ficar mais vulneráveis às doenças físicas e psíquicas, e desenvolver mais frequentemente problemas de saúde, por conta de redução na imunidade do corpo pelo estresse, por exemplo. (CHEMIN, 2008, p. 114).

Para Filgueiras e Hippert (2003, p. 112), o estresse “passou a ser responsável pela maioria dos males que nos afligem, principalmente aqueles relacionados ao estilo de vida urbano atual”, causando problema econômico e social, e de saúde pública. Para os referidos autores, o estresse é espécie de tensão que produz certas modificações na estrutura e

composição química do corpo, recomendando como tratamento a mudança no estilo de vida, de modo a se ter mais tempo para pensar em si mesmo e repensar a vida, identificando as fontes de estresse e tentando eliminá-las, de forma que a prática do lazer configura instrumento efetivo para tal objetivo (2003, p. 118).

Além dessa, muitas outras doenças podem ser evitadas com a fruição do lazer na vida das pessoas, de modo a realçar a íntima relação do lazer com a qualidade de vida e com a vida saudável. Nestas circunstâncias, Beatris Chemin (2008, p. 115) entende que:

[...] o lazer é identificado com instrumento de saúde – saúde pelo lazer, ou seja, o lazer como condição de saúde, com pressuposto de saúde. Claro que não menos importante é também entender o lazer como objeto de saúde, ou seja, a saúde para desfrutar do lazer.

Para além da ligação do lazer com a saúde, é possível afirmar que ele também se relaciona com a educação, a cultura e o desporto (Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo III – Da Educação, da Cultura e do Desporto, CF/88), favorecendo a consagração do direito ao lazer em âmbito difuso. No tocante à política educacional (Seção I – Da educação), o artigo 205, da CF/88⁵³, prevê o dever do Estado e da família na promoção do direito à educação, em conjunto com a escola e a sociedade, em prol do preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. O artigo 30, VI, da CF/88, ainda prevê os programas de educação infantil e fundamental e o 6º, também da Constituição, prevê a educação como direito social fundamental.

Acredita-se que a educação proporciona a “formação do ser humano para desenvolver suas potencialidades de conhecimento, julgamento e escolha para viver conscientemente em sociedade”, assim como o lazer também pode auxiliar no desempenho destas funções (BONAVIDES, 2005, p. 157). Nesse ínterim, para Marcellino:

O lazer é um veículo privilegiado de educação [...] e para a prática das atividades de lazer é necessário o aprendizado, o estímulo, a iniciação aos conteúdos culturais, que possibilitem a passagem de níveis menos elaborados, simples, para níveis mais elaborados, complexos, procurando superar o conformismo, pela criticidade e pela criatividade (Marcellino, 2000, p. 50).

⁵³ CF/88: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Ou seja, o lazer potencializa o desenvolvimento social e pessoal dos indivíduos, favorecendo a compreensão da realidade, do aumento da sensibilidade pessoal e auxiliando no reconhecimento das responsabilidades sociais (CHEMIN, 2008, p. 99). Assim, quanto maior o grau de conhecimento das alternativas variadas de lazer, melhor será a escolha e o desenvolvimento do espírito crítico da pessoa, sendo certo que a educação, também, auxilia na formação do indivíduo para que viva o seu tempo disponível da forma mais positiva, ampliando o conhecimento de si próprio, do lazer e das relações do lazer com a vida e com o tecido social⁵⁴.

Importante evidenciar, ainda, que as escolas são ambientes de construção social, e possibilitam espaço/tempo privilegiados para o desenvolvimento da cidadania, através da construção de seus projetos políticos-pedagógicos. E é por isso que se faz necessário que nesses ambientes sejam incentivadas as formas de autoformação das crianças e jovens pelo lazer mais prazeroso e produtivo, mediante os processos educativos no tempo livre escolar.

O tempo livre também é feito de saber e, para o novo modelo de vida baseado no lazer, é preciso que as pessoas se preparem, especialmente pela educação, para usufruírem adequadamente o mundo do lazer. Ou seja, a educação para o lazer, ou a educação para o tempo livre liga-se à importância de se ensinar o lazer ativo, o qual dá origem à ação cultural democratizadora e privilegia o desenvolvimento de atitudes críticas e criativas e, por outro lado, minimiza os comportamentos indesejáveis, a passividade, as atitudes patológicas e a transformação do tempo livre em valores destrutivos (CHEMIN, 2008, p. 101).

Concordando com essa posição, Liz Cintra Rolim (1989, p. 104) elucida a imbricação do processo educativo com o lazer, pois o primeiro:

[...] desperta a pessoa para suas próprias possibilidades; o segundo, porque a leva, de forma consciente, a desenvolver essas possibilidades num tempo livre que lhe pertence com exclusividade. Assim, tanto o processo educativo quanto o lazer contribuem para a realização da pessoa humana.

A aprendizagem, enfim, se beneficia de aspectos próprios do lazer, a exemplo da espontaneidade, do caráter lúdico como forma de abordagem, da criatividade, conhecimento, criticidade, cultura, além do que as atividades de lazer apuram o senso de realidade, de vida e de sociabilidade, ativando e desenvolvendo tais tendências nos estudantes. Nesse contexto, “impõe-se ao sistema escolar a necessidade de oferecer oportunidades à criatividade, porque

⁵⁴ A educação para o lazer pode ser entendida, também, como um instrumento de defesa contra a homogeneização e internacionalização dos conteúdos veiculados pelos meios de comunicação de massa, atenuando seus efeitos, através do desenvolvimento do espírito crítico (MARCELLINO, 2000, p. 51).

só o homem que sabe criar é capaz de fazer do seu tempo livre um tempo construtivo, um tempo de lazer” (ROLIM, 1989, p. 103/104).

Conclui-se, assim, que o Poder Público deve proporcionar meios e condições à população de viver o lazer nos aspectos científicos, educativos e sociais, de forma que a educação para e pelo lazer seja concretizada não só pelas escolas, mas também pelo ente estatal como órgão público.

O lazer também é entendido a partir da noção de cultura no seu sentido mais amplo, como já foi estudado, e, desse modo, as políticas públicas voltadas para a concretização da cultura (Seção II – Da Cultura, artigos 215 a 216-A, da CF/88) também estão intimamente conectadas às políticas públicas de lazer. Dessa maneira, o artigo 215 dispõe que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

O patrimônio cultural brasileiro é constituído pelas formas de expressão; pelos modos de criar, fazer e viver; pelas criações científicas, artísticas e tecnológicas; pelas obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e pelos conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (artigo 216, CF/88). Assim, percebe-se que muitas das atividades de lazer já estudadas em tópico anterior configuram meios pelas quais é possível efetivar, também, a cultura, restando claro que ambas as noções se complementam.

Portanto, é fundamental que o Município conscientize seus habitantes acerca da importância do lazer, valorizando e apoiando as manifestações culturais e artísticas locais, democratizando o acesso à informação cultural, estimulando as ações de ocupação cultural dos espaços públicos pela população, designando recursos específicos para a área, etc. E para cumprir tal objetivo, o artigo 216-A, da CF/88, preceitua acerca da necessidade do Sistema Nacional de Cultura, que institua processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

Como se vê, as políticas públicas na área da cultura englobam, também, as atividades de lazer, principalmente, aquelas de caráter artístico-culturais e associativas, salvaguardando a sobrevivência e o florescimento dos modos de criar, de lazer e de viver da sociedade brasileira. Tal constatação revela que o direito ao lazer também se verifica através do meio

cultural, porque o lazer artístico traz em seu bojo vivências culturais tais como mostras de pinturas, esculturas, desfrute de livros, filmes, peças teatrais etc.

Logo, quando a Constituição consagra a cultura como direito a ser garantido pelo Estado, também consagra o lazer de maneira indireta, afinal, as manifestações culturais de todo o gênero estão incutidas dentro do que se entende por lazer artístico, de forma que a garantia da cultura, também viabiliza o direito ao lazer.

Na Seção III – Do Desporto, o artigo 217 esclarece acerca do dever do Estado de fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, ensejando que as políticas públicas de esportes também se relacionam às de lazer. Isto porque, embora lazer não se resuma à prática de esportes, sabe-se que a prática de atividades físicas está relacionada ao conteúdo do direito ao lazer, conforme já exposto anteriormente. Nas palavras de Camilo Stangherlim Ferraresi (2012, p. 103):

“as práticas desportivas, amoldadas ao conceito de atividade física de lazer, demonstram os benefícios que a efetividade do direito ao lazer traz ao indivíduo, pois, como citado, melhora a qualidade de vida, ligada diretamente ao direito à saúde, e possibilita o desenvolvimento associativo, forma direta de inclusão e convívio em sociedade, permitindo, ainda, a contemplação de momentos de solidão, protegendo a intimidade e a liberdade de cada um”.

Importante destacar, ainda, o §3º, do artigo 217, da CF/88, que dispõe: “O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social”. Para Alexandre Lunardi (2010, p. 30):

“De todos os dispositivos, destaca-se a importância do §3º do art. 217, pois, quando a Constituição Federal determina que é de competência do Poder Público o incentivo ao lazer como forma de promoção social – ainda que ligada a uma seção do direito ao desporto – esta norma não está só estabelecendo a função do lazer dentro da nossa ordem social, como também está estabelecendo um dever para o Poder Legislativo e para a Administração Pública. A questão da vinculação dessa norma com o desporto é superada pela concepção mais aprofundada do conceito de lazer, que hoje é tido como um conjunto de atividades não relacionadas com a produção de capital, que envolve muito mais opções que somente a prática de esporte”.

A referência do autor é importante na medida em que, pelo contexto da norma, estabelece-se que a promoção do lazer é dever do Estado como um todo, e não somente relacionado à prática de esportes. Além disso, ao se pensar que os direitos fundamentais têm

aplicabilidade imediata diante do artigo 5º, §1º da Constituição, vê-se que tal artigo funciona apenas como reforço diante da já estabelecida eficácia do direito ao lazer.

O lazer é mencionado, ainda, no artigo 3º, da Lei do Desporto, Lei 9.615/98⁵⁵, realçando a importância das atividades esportivas de lazer na vida dos todos os cidadãos.

Por fim, relaciona-se o lazer às políticas públicas ambientais (Capítulo VI – Do meio ambiente, artigo 225, CF/88), ressaltando o artigo 170, VI, da CF/88, que trata da defesa do meio ambiente, e o artigo 225, que estatui: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Consequentemente, a política ambiental está ligada, também, ao direito urbanístico e às questões sociais, já que o desenvolvimento urbano deve adequar-se ao ambiente equilibrado e sadio, por meio de prestações do Poder Público.

A preservação, recuperação e revitalização do meio ambiente se tornam, assim, em imperativo para a Administração Pública, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem, as condições de seu desenvolvimento e, consequentemente, o direito fundamental à vida (SILVA, 2005, p. 846). Logo, conclui-se que a tutela do meio ambiente saudável, bem como do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, por meio de políticas públicas adequadas, incide numa melhor qualidade de vida das pessoas, que poderão usufruir de um lazer mais saudável, natural e equilibrado (CHEMIN, 2008, p. 97).

Desse modo, a preservação dos espaços públicos, como por exemplo, as áreas verdes, praças, dentre outros, não podem sofrer alterações que descaracterizem suas finalidades precípuas, que visam ao lazer e à saúde da população. Ou seja, “a ordem urbanística está muito interligada com o meio ambiente, sendo necessário que possibilite uma cidade em que haja alegria de se morar e trabalhar, de se fruir o lazer nos equipamentos comunitários e de se contemplar a paisagem urbana” (CHEMIN, 2008, p. 94).

Diante do exposto, torna-se evidente a importância das políticas públicas de lazer para o bem-estar dos cidadãos, sendo que tais políticas influenciam vários outros âmbitos de relevo social e jurídico, para além das perspectivas mencionadas. Além disso, frisa-se que o lazer é multifacetado e, por isso, observa-se que a execução deste direito depende e varia de acordo com aspectos sociais, econômicos, políticos e culturais de cada comunidade.

⁵⁵ Lei 9.615/98: “Art. 3º. O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações: I – desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer”.

Salienta-se, também, que as políticas públicas de lazer, defendidas no trabalho, não se relacionam apenas ao lazer para combater o estresse de um dia exaustivo de trabalho que se repetirá no amanhecer seguinte. Nem esse lazer muito em moda, que pode ser usufruído pelos poucos brasileiros que chegam ou que poderão chegar à aposentadoria em condições de saúde para então aí gozar a vida.

Trata-se, pois, de lazer como demanda social de primeira necessidade, evidenciando a sua dimensão humanista. Significa compreender o lazer realmente como direito social, que deve ser alvo de atendimento por parte do Estado e Municípios, com o intuito de garantir o bem-estar das populações, já que, na maioria das vezes, “[...] quem não pode pagar pelo estádio, pela piscina, pela montanha, e o ar puro, pela água, fica excluído do gozo desses bens que deveriam ser públicos porque essenciais”. (PELEGRIN, 1996, p. 32).

Nesse sentido, entende-se que a discussão sobre políticas públicas de lazer deve-se ocorrer a partir de alguns critérios, tais como: a compreensão do lazer como “cultura vivenciada no tempo disponível”, implicando em espaços, em tempo e em condições materiais necessárias e suficientes para dele usufruir; a opção por Poder Público que seja partícipe e fomentador da organização popular; e política pública que seja fruto da mais ampla participação dos habitantes das cidades. Tais critérios configuram, pois, meios de se evitar as ofertas da indústria cultural e a ausência de projetos políticos democráticos e fundamentalmente igualitários para os setores de lazer, o que tem sido constante na trajetória política, facilitando, inclusive, o trânsito dos interesses que defendem o caminho da seleção, da exclusão e dos particularismos.

A partir dessas preliminares, é possível começar a vislumbrar algumas relações que dizem respeito às políticas públicas de lazer, entre Estado e Sociedade, tais como o tempo e o espaço de lazer nas cidades e a cultura. No tocante ao tempo de lazer, percebe-se que nas grandes e médias cidades, os trabalhadores gastam boa parte do seu dia em deslocamentos para ir e vir do trabalho. Quando podem estar com seus filhos, acompanhar o seu desenvolvimento ou com eles brincar? Quando, e com que energia, podem investir em suas próprias vidas, em seus relacionamentos, em atividades que lhes proporcionem prazer?

Não é possível concordar com os que dizem que a falta de tempo ocorre apenas e tão somente por falta de organização individual. O tempo da maioria da população, na era da globalização, é controlado pelas necessidades do mercado. Entra em cena a polêmica discussão acerca da redução da jornada de trabalho. Sem tempo disponível, torna-se ainda mais difícil compreender os mecanismos que controlam o tempo de cada um, o tempo todo, dentro e fora da empresa.

Já no que concerne ao espaço, é possível lembrar que os espaços antes utilizados pelo público, como praias, parques, como locais de piquenique, como campos de futebol, hoje são instrumentos do lucro de alguns poucos, que se utilizam da avalanche do consumo para o lazer. Como são tratados os poucos espaços urbanos ainda existentes e preservados apenas como reserva de capital? Caberia aos cidadãos a ocupação dos espaços? Como os governos municipais deveriam reagir diante da especulação imobiliária?

O espaço físico, geográfico, e o espaço político, permitem à comunidade organizar-se, pensar, agir com clareza e maiores chances de atingir seus objetivos. As questões do espaço das cidades são por demais importantes, por isso não podem ficar a mercê de uns poucos tecnocratas e políticos profissionais inescrupulosos, ou no mínimo, mal informados. Além disso, a população teria que intervir organizadamente nas questões relativas ao espaço da cidade.

O estado de conservação dos parques, praças, jardins, bibliotecas, salas de exibição e outros equipamentos destinados ao lazer nas cidades merece atenta observação. Nesse ínterim, as políticas públicas destinadas ao tratamento da questão ambiental, ao desenvolvimento urbano e à própria questão do turismo interno das cidades⁵⁶, revestem-se de grande importância, tendo em vista que facilitam o conhecimento e o relacionamento das pessoas com o espaço onde habitam, devendo ser responsáveis por ele.

Todos estes aspectos devem ser pensados e refletidos quando da elaboração e execução das políticas públicas, almejando-se que o lazer não seja apenas direito consagrado no Texto constitucional, mas sem efetividade alguma. A ideia é que o lazer possa ser concretizado de diversas maneiras, de sorte a garantir que seu conteúdo e suas funções possam ser respeitados.

Esse tipo de relação, onde a população e o poder público se comunicam no intuito de encontrar soluções criativas para os problemas de tempo e espaço nas cidades, visando à humanização das vias públicas e à reserva de vazios urbanos que possibilitem lugares de encontro e de vivência cultural voluntária, demanda determinado tipo de intervenção do poder público. Exigem postura que aceite a ideia de que a administração pública deve estar atenta,

⁵⁶ Defende-se que o turismo pode e deveria estar presente na formulação de políticas públicas de lazer. Mas, o turismo voltado para o crescimento das pessoas, da sua relação com as culturas, com o ambiente, com outras pessoas, ou seja, não deveria resumir-se às simples ofertas de pacotes maravilhosos para atrair pessoas de outros lugares. Seria preciso que as pessoas do lugar se sentissem parte dele, e para isso, considera-se fundamental que o conheçam. Portanto, seria necessário traduzir em ações as preocupações com o turismo e a questão ambiental. Ações essas que deveriam estar articuladas com o conjunto das atividades que visassem garantir uma melhor condição de vida para as populações urbanas e que fizessem parte do horizonte crítico e criativo das pessoas que elaboram políticas públicas para o lazer.

sensível e aberta à participação popular. Mais do que isso, o poder público deveria ser um dos agentes provocadores dessa participação da comunidade na decisão dos rumos da cidade.

4.5 O lazer como fator propulsor de inclusão social

Como já foi exposto, adota-se na presente pesquisa conceito de lazer amplo, que ressalte a sua dimensão humanista, enquanto direito fundamental social e humano, e que vise garantir a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, defende-se, aqui, o direito ao lazer acessível a todas as pessoas, independentemente, de aspectos relacionados à classe social, gênero, cor, religião, dentre outros; direito ao lazer que não se refira apenas ao tempo livre que sobra do trabalho, como direito trabalhista, mas o lazer para todos, que possibilite a integração, a inclusão e a promoção social.

Assim, dentre as diversas atividades de lazer já estudadas, capazes de proporcionar prazer e felicidade aos seres humanos, destacam-se, aqui, as atividades associativas de lazer, ou seja, aquelas que permitem aos indivíduos interagirem entre si, desenvolverem-se existencialmente, fazendo com que se sintam verdadeiros cidadãos, pertencentes à determinada sociedade.

A necessidade de interação, inclusão e desenvolvimento dos indivíduos no âmbito de determinada comunidade é reconhecida desde os primórdios da humanidade, sendo esclarecedor o entendimento de Aristóteles (2009, p. 11) quando diz que “o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade”. Para ele, o homem só encontra condições de tornar-se homem na medida em que se integra na cidade.

A cidade é uma associação que apenas se institui pelo fato de que o humano, isolado, é carente do outro, com quem estabelece troca. A necessidade é o fundamento da *polis*, lugar do encontro e da permuta em que o homem pode encontrar aquilo que sozinho não é capaz de obter na realização de seus desejos (ARISTÓTELES, 2009, p. 12).

Aristóteles afirma, também, que a natureza social do homem não se exaure na busca da realização de suas necessidades particulares apenas e, a vida em comunidade, viabilizada pela integração na *polis*, não se resume ao simples viver, mas sim ao viver bem. Nesse sentido, “não é somente para viver, mas para viver felizes, que os homens estabelecem entre si a sociedade civil” (ARISTÓTELES, 2009, p. 13), salientando-se que o viver bem integra a definição de cidade e coincide com a felicidade, sendo que as atividades de lazer contribuem

para a qualidade de vida das pessoas, bem como configuram fator importante de inclusão social.

Ressalte-se, ainda, que a inclusão social, hoje fundamentada na aceitação da diversidade e na garantia do acesso de todos a todas as oportunidades, independentemente das peculiaridades de cada indivíduo e/ou grupo social, é responsabilidade do poder público, principalmente na esfera municipal, e deve ocorrer a partir de ações governamentais essenciais para o desenvolvimento da cidadania. Diante disso, percebe-se a importância de que todos os cidadãos estejam incluídos na sociedade, usufruindo de boas condições de vida, para que possam realizar suas expectativas individuais e, conseqüentemente, alcançar o bem comum.

Sendo assim, os direitos sociais, destacando-se o lazer, apresentam-se como relevantes instrumentos do processo de inclusão social, pois almejam propiciar iguais oportunidades para a vida digna a todos e caracterizam-se como meios éticos de realização dos valores constitucionais. A elaboração de políticas públicas voltadas à promoção cultural influencia na redução da exclusão social dos indivíduos, ao aperfeiçoar sua condição de cidadão, viabilizando seu ingresso efetivo no processo de democracia política do país.

Em virtude disso, diz-se que “[...] as políticas públicas de lazer devem ser pautadas principalmente na inclusão e participação popular” (CHEMIN, 2008, p. 195). Através do lazer, então, é possível a construção do homem social, tanto no que diz respeito ao crescimento pessoal, como com relação à vida em comunidade, já que o homem socialmente inserido e feliz colabora com o crescimento do meio em que vive.

Por consequência, o tempo dedicado ao lazer pode contribuir para a criação de novas filosofias e tecnologias, possibilitando tempo para as pessoas se dedicarem à aprendizagem de novos conhecimentos e do despertar da criatividade. Dessa maneira, Beatris Chemin aduz que:

[...] a pessoa, ao participar de atividades de lazer, cresce e desenvolve-se individual e socialmente como ser humano, condições estas que auxiliam no seu bem-estar e participação mais ativa no atendimento de necessidades e aspirações de ordem individual, familiar, cultural e comunitária (CHEMIN, 2008, p. 100).

Percebe-se que o lazer, o tempo livre, a desconexão do trabalho, o direito às atividades prazerosas, incrementam possibilidades de desenvolvimento do ser, aumenta a disponibilidade para estabelecer amizades ou exercer a cidadania, valoriza a liberdade, o respeito à diversidade ético-cultural, a cooperação espontânea, a associação em torno de

interesses comuns, a igualdade de chances, visando à justiça social. Enfim, o lazer desempenha o importante papel de responsável por inserir o cidadão à sua realidade social, concluindo-se, pois, que com tempo para o gozo do lazer as pessoas se relacionam verdadeiramente, se organizam, refletem sobre a vida, sobre os valores, sobre suas condições, habilidades, e reencontram a si mesmos.

O conteúdo do direito ao lazer na perspectiva social liga-se, então, principalmente, às suas funções integrativas, haja vista que estão firmadas na existência de relacionamentos interpessoais em busca de interesses comuns, consagrando a sociabilidade no seio do indivíduo. Destarte, o lazer, ao fomentar novas atitudes em face da sociedade, como por exemplo, a participação em grupos esportivos ou em reuniões sociais, leva o indivíduo a ter senso de coletividade capaz de atuar na formação do seu ser. Para Ferraresi (2012, p. 105):

[...] os lazeres sociais, que são aqueles motivados pela sociabilidade e integração social com determinado grupo, descaracterizando a individualização presente na sociedade, podem ser divididos em duas situações, a primeira, que seria o caráter associativo, garantido pelo direito à reunião e associação, consagrados no art. 5º [*Constituição Federal*], e a segunda, o direito de realizar eventos ou receber visitas em sua casa, que está tutelado pelo direito à liberdade, à felicidade.

Como se vê, a dignidade do homem inclui, inegavelmente, a disponibilidade de tempo para que possa se afirmar como ser social, crescer e se inserir na sociedade, de modo que o lazer é instrumento que permite a construção do homem social, desconectado do trabalho e de outras obrigações. Em razão disso, o mínimo social existencial também deve englobar as políticas públicas de lazer, principalmente, quando se referirem às atividades que permitam a inclusão social e o verdadeiro exercício da cidadania por todos os indivíduos, já que vivemos em Estado Democrático de Direito.

Portanto, é possível sim, ainda que nos limites de uma sociedade da exclusão, criar, recriar caminhos e experiências que nos permitam achar tempo e espaço para pensar e viver em comunidade. As políticas públicas de lazer devem, pois, reforçar a linha da solidariedade, da cooperação, da diversificação, da criatividade e da emancipação, em que se possa garantir a “*Lazerania*”, a qual procura “[...] expressar a possibilidade de apropriação do lazer para a liberdade, o exercício da cidadania, uma sociedade cujo direito ao lazer tem seu reconhecimento alicerçado a princípios como a democracia, a transformação, a justiça, a solidariedade etc.” (MASCARENHAS, 2007, p. 35).

Pensando justamente no lazer como fator de inclusão social, a Constituição Federal de 1988 e outros documentos preveem, de forma especial, o direito ao lazer aos chamados vulneráveis, a exemplo, das crianças e adolescentes, jovens, idosos e pessoas com deficiência, que são quem mais necessitam se sentirem inseridos dentro de determinada sociedade. O Capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, da CF/88, no *caput* do artigo 227, ressalta a importância do lazer, nos seguintes termos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A norma exposta alhures revela a preocupação do ordenamento jurídico com o direito ao lazer da criança e do adolescente, de sorte a extirpar a conclusão errônea de que lazer está vinculado ao trabalhador. Corroborando tal entendimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, também prevê o direito ao lazer em vários de seus dispositivos⁵⁷.

O Estatuto da Juventude, Lei nº 12.852/2013, que possui como um de seus princípios a promoção do bem-estar, da experimentação e do desenvolvimento integral do jovem, destaca a necessidade de se garantir meios e equipamentos públicos que promovam o acesso à produção cultural, à prática esportiva, à mobilidade territorial e à fruição do tempo livre pelos jovens (artigo 3º, V). Além disso, prevê na Seção VI – Do direito à cultura, o artigo 21: “O jovem tem direito à cultura, incluindo a livre criação, o acesso aos bens e serviços culturais e a participação nas decisões de política cultural, à identidade e diversidade cultural e à memória social”.

Tal Estatuto traz, ainda, a Seção VII – Do Direito ao Desporto e ao Lazer, destacando-se o artigo 29, IV, que preconiza que a política pública de desporto e lazer destinada ao jovem deverá considerar a oferta de equipamentos comunitários que permitam a

⁵⁷ Lei nº 8.069/90: “Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

“Art. 59. Os Municípios, com apoio dos Estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude”.

“Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

“Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras: [...] XI – propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer”.

prática desportiva, cultural e de lazer. Fica demonstrado, assim, que também os jovens devem ter acesso ao lazer, como forma de se inserirem e participarem da vida em comunidade.

Por sua vez, o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/03, determina a obrigação do Poder Público, em conjunto com a sociedade e a família, de concretizar, dentre outros, o direito à cultura, ao esporte e ao lazer aos idosos, respeitando-se a sua particular condição de idade. Realça-se, também, a existência de dispositivo prevendo desconto e acesso preferencial aos idosos que quiserem participar de atividades relacionadas ao lazer⁵⁸.

Nesse sentido, observa-se que, também os idosos merecem ser contemplados com as políticas públicas de lazer, pois muitas vezes são excluídos do restante da sociedade por não fazerem mais parte dos processos produtivos de trabalho. O lazer, então, configura-se não só como meio de desenvolvimento físico, psíquico, existencial e melhores condições de vida, mas, sobretudo, possibilita a inserção social dos idosos, através das atividades de lazer integrativas ou associativas.

Finalmente, ressalta-se a previsão do lazer no artigo 2º⁵⁹, da Política Nacional para a integração das Pessoas com Deficiências, positivada sob a Lei nº 3.298/1999, sendo considerado direito básico a ser assegurado pelos órgãos e entidades do Poder Público às pessoas com deficiência. Confirmando esta concepção, o artigo 7º, da referida lei⁶⁰, ainda dispõe que o lazer, a cultura e o desporto são direitos que podem propiciar a prevenção das deficiências, a eliminação de suas causas e a inclusão social das pessoas que as possuam.

O lazer é, pois, fator de desenvolvimento das potencialidades da pessoa com deficiência, facilitando sua atividade laboral, educativa e social e, por tal motivo, a Lei nº

⁵⁸ Lei nº 10.741/03: “Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”.

“Art. 20. O idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade”.

“Art. 23. A participação dos idosos em atividade culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais”.

“Art. 50. Constituem obrigações das entidades de atendimento: [...] IX – promover atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer”.

⁵⁹ Lei nº 3.298/1999: “Art. 2º. Cabe aos órgãos e às entidades do Poder Público assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à edificação pública, à habitação, à cultura, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico”.

⁶⁰ Lei nº 3.298/1999: “Art. 7º. São objetivos da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência: [...] II - integração das ações dos órgãos e das entidades públicos e privados nas áreas de saúde, educação, trabalho, transporte, assistência social, edificação pública, previdência social, habitação, cultura, desporto e lazer, visando à prevenção das deficiências, à eliminação de suas múltiplas causas e à inclusão social;”.

3.298/1999 prevê, também, a Seção V – Da Cultura, do Desporto, do Turismo e do Lazer, nos artigos 46 a 48, como responsabilidade dos órgãos e entidades da Administração Pública.

O lazer ainda é visto pela Constituição como forma de o indivíduo promover-se socialmente, conforme anuncia o já analisado artigo 217, §3º⁶¹, o qual deve ser interpretado de maneira ampla, a abranger todas as atividades de lazer. Dessa forma, o texto constitucional revela que o Poder Público deve, sim, promover o lazer como direito fundamental social, de sorte que este possa funcionar como fator de desenvolvimento das potencialidades humanas.

Em vista do exposto, concorda-se com a afirmação de que o lazer funciona como vetor de promoção social, atuando no sentido de garantir a dignidade humana por meio da melhora na qualidade de vida e transformação social das pessoas, principalmente, daquelas que integram grupos vulneráveis. Extrai-se de tal assertiva a possibilidade de efetiva inclusão por meio do lazer, haja vista que as práticas de lazeres em quaisquer de suas atividades implica interação entre as pessoas, facilitando a eliminação e o rompimento de preconceitos e barreiras.

O Município que planeja adequadamente e concretiza eficaz e efetivamente políticas urbanísticas de habitação, trabalho, circulação e lazer, está identificado com a sua dimensão pública de grande instrumento antiexclusão, que humaniza o espaço urbano e transmite bem-estar à população (CHEMIN, 2008, p. 91). Logo, faz-se necessário, que para além da perspectiva do direito ao lazer associado ao direito ao trabalho, também seja considerada a sua dimensão humanista, pois assim será possível ampliar a abrangência deste direito social ao maior número possível de pessoas e, conseqüentemente, propiciar maior democraticidade na execução de políticas públicas municipais de lazer, de modo a promover inclusão social, sem distinção de categorias de pessoas.

4.6 Tutela coletiva do direito ao lazer?

Como já foi explicitado, a presente pesquisa objetiva reforçar a necessidade de maior efetivação do direito fundamental ao lazer na sociedade, afastando-se a ideia de que se trata de direito supérfluo. Nesse sentido, adotou-se concepção ampla de lazer, ressaltando a sua dimensão humanista, como direito de todos, merecendo maior atenção dos estudiosos do direito.

⁶¹ CF/88: “Art. 217, §3º. O Poder Público incentivará o lazer como forma de promoção social”.

Para perseguir tal desiderato, utilizou-se do estudo da elaboração e execução de políticas públicas, de competência, principalmente, da Administração Pública e seus novos paradigmas na contemporaneidade. Isto porque, normalmente os direitos sociais dependem de prestações positivas por parte do Estado para que possam ser concretizados, sendo as políticas públicas importantes instrumentos para tanto.

Importante salientar, porém, que a Administração Pública e, consequentemente, as políticas públicas, estão sujeitas a diversos sistemas de controle, dentre eles ao controle jurisdicional. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 169):

É por meio dos vários sistemas de controle da Administração Pública que se torna possível a sua submissão à lei, com respeito aos direitos individuais e coletivos. A finalidade do controle é a de garantir que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, interesse público, publicidade, motivação, impessoalidade, economicidade, razoabilidade, segurança jurídica, atualmente com fundamento na Constituição, seja porque previstos expressamente, seja porque implícitos na própria concepção de Estado de Direito.

Em razão disso, é possível concluir que os direitos sociais, dentre eles o lazer, são direitos fundamentais constitucionais, e como tais têm um mínimo de eficácia decorrente diretamente da Constituição, não podendo ficar indefinidamente dependendo de leis e providências administrativas, principalmente, no tocante ao seu núcleo essencial. Desse modo, no caso de a Administração Pública não elaborar e executar, de forma comprometida e bem planejada, as políticas públicas para a efetivação do lazer, é perfeitamente cabível a judicialização das políticas públicas.

Corroborando tal entendimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 179) alude:

Esse é outro aspecto da constitucionalização do direito administrativo: a concretização dos direitos sociais deixou de depender inteiramente do direito administrativo (leis e atos administrativos), podendo ser garantida por decisões judiciais tomadas em casos concretos. [...] Daí falar-se em judicialização das políticas públicas (porque o Judiciário nelas passa a interferir, direta ou indiretamente) e em politização do Poder Judiciário (na medida em que a judicialização das políticas públicas leva o Judiciário a adentrar em aspectos antes vedados a sua apreciação).

Percebe-se, assim, que a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas se relaciona com o reconhecimento do mínimo de efetividade às normas constitucionais que garantem direitos sociais, essenciais à dignidade da pessoa humana. Além do mais, tal

intervenção se justifica pela imposição constitucional da inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo 5º, XXXV, da CF/88⁶², bem como pela referida força normativa dos direitos fundamentais e, ainda, pela eventual ineficiência da Administração Pública brasileira no tocante à construção de políticas públicas adequadas para a proteção desses direitos constitucionalmente garantidos.

Tal entendimento vem ganhando adeptos, sob o argumento de que, ao interferir nas políticas públicas, o Judiciário não está invadindo matéria de outros Poderes do Estado, nem a discricionariedade que lhes é própria, porque está fazendo o papel de intérprete da Constituição (DI PIETRO, 2016, p. 186). Ou seja, o Judiciário está garantindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou o mínimo existencial indispensável à dignidade da pessoa humana. Ele não estaria, assim, analisando aspectos de discricionariedade, mas fazendo cumprir a Constituição.

Ressalte-se, entretanto, que a presente pesquisa, por ser afeta à área do Direito Administrativo, não objetiva analisar detalhadamente acerca do papel desempenhado pelo Poder Judiciário na concretização de direitos sociais, dentre eles o lazer. Tal tema poderá ser, eventualmente, analisado em futura pesquisa, mantendo-se, neste momento, o foco na elaboração e execução das políticas públicas pela Administração Pública.

Por outro lado, não há como negar que diante da inércia da Administração em concretizar os direitos sociais através das políticas públicas, pode-se recorrer ao Poder Judiciário. Paulo Henrique Martinucci Boldrin e Fabiana Cristina Severi (2016, p. 251) explicam que:

A introdução de direitos sociais no rol de direitos fundamentais tem demandado a implementação de políticas públicas por parte da Administração Pública para que esses direitos possam ser efetivados. Na omissão do Poder Público em criar tais políticas ou no não cumprimento delas, o Poder Judiciário passa a ser uma arena importante da sociedade civil para exigibilidade dos direitos ali envolvidos.

Genericamente, fala-se em dois tipos de ações judiciais que vêm sendo propostas com vistas à judicialização das políticas públicas, quais sejam: as ações coletivas, interpostas, normalmente, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública para obter do Judiciário a imposição de prestações positivas dirigidas às autoridades, para obrigá-las a prestar determinado serviço ou realizar determinada obra; e as ações individuais, utilizadas principalmente nas áreas da educação e saúde (DI PIETRO, 2016, p. 187).

⁶² CF/88: “Art. 5º. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

No que se refere ao direito social ao lazer, defende-se aqui, a prevalência da tutela coletiva sobre a individual, já que se trata de direito caracterizado pela dimensão humanista, como direito que deve alcançar a todos os cidadãos, inclusive funcionando como instrumento de inclusão social. Ou seja, se existe inércia da Administração Pública na consecução dos seus deveres na área social do lazer, o ideal é que essa inércia seja corrigida por ações coletivas, que produzam efeitos *erga omnes* e, portanto, beneficiem toda a coletividade que se encontra em igualdade de situações, com observância, inclusive, do princípio da justiça distributiva.

Nesse ínterim, Felipe de Melo Fonte (2013, p. 188) entende que “se a atuação do Poder Judiciário tornar-se imprescindível à salvaguarda dos direitos fundamentais, então surge um segundo parâmetro a ser utilizado no controle de políticas públicas: a preferência de soluções coletivas sobre soluções individuais”. Para o mencionado autor, já existe percepção difusa de que as soluções coletivas devem preferir às soluções individuais quando se está em jogo a efetivação de direitos prestacionais por via judicial.

Isto porque, por meio de ações individuais, corrige-se, parcialmente, a omissão do poder público, beneficiando o cidadão que recorre ao Judiciário, mas se produz mal maior para a coletividade que pode ficar privada da implementação de determinada política pública que viria em benefício de todos. O mérito das ações individuais talvez seja o de pressionar o poder público na adoção de medidas corretivas de sua omissão; no entanto, é preciso ter em mente que a outorga do direito à pequena parcela da população afronta o princípio da isonomia, além de prejudicar a implementação de políticas públicas.

Dessa maneira, é preciso atentar-se ao fato de que o grande risco da concessão judicial indiscriminada na área dos direitos sociais é que o *summum jus* (concessão de um direito individual mal investigado) se transforme em *summa injuria* (interesse coletivo desprotegido). Por isso, sustenta-se a preferência do controle judicial pela via coletiva ou abstrata, já que a solução adotada terá viés universalizante, impedindo a apropriação individual da coisa pública (FONTE, 2013, p. 190).

Vanice do Valle (2013, p. 142), relacionando o controle judicial de políticas públicas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, apresenta o seguinte entendimento:

1º) de que o controle de políticas públicas é atividade que remete à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e portanto é de ser encarado sempre e sempre a partir de uma perspectiva da coletividade dos destinatários de direitos fundamentais; e 2º) de que a ação de controle substitutiva, mesmo quando desenvolvida pelo Judiciário, se constitui absoluta exceção ao desenho constitucional de funcionamento do poder, e que portanto, é de ser minimizada nas suas possibilidades de aplicação.

Para a referida autora, então, as políticas públicas possuem caráter instrumental, como quadros normativos do agir estatal para o cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, decorrendo daí que tais políticas tenham em vista os interesses da coletividade de cidadãos. Ana Paula de Barcellos (2008, p. 146) comunga do mesmo entendimento, sustentando que:

[...] sem prejuízo das ações individuais, que constituem um espaço importante de exercício da cidadania no âmbito de um Estado de Direito, as ações coletivas e as ações abstratas, quando cabíveis, constituem um meio valioso para a discussão jurídica acerca das políticas públicas.

A discussão coletiva exige exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (a “macrojustiça”), o que em geral não ocorre no contexto de ações individuais, além de favorecer a isonomia, já que a solução produzida será aplicável em caráter geral. A ação coletiva também serve para evitar a infinidade de demandas individuais, livrando o Judiciário de sobrecarga adicional, bem como os próprios Poderes Públicos de responderem à quantidade significativa de ações individuais (BARCELLOS, 2008, p. 144).

No entanto, merece registro o entendimento de que os direitos sociais, inclusive o lazer, surgiram a partir de processos de reivindicação gestados no âmbito dos movimentos sociais, como direitos assegurados por força mesmo da dignidade de cada pessoa individualmente considerada. Ingo Sarlet (2015, p. 221) comenta a respeito desse assunto, como segue:

Os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados) já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada.

Como consequência, pode-se dizer que a dimensão individual e a coletiva coexistem, de tal sorte que a titularidade individual, associada, atualmente, ao direito ao mínimo existencial, ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, não resta afastada pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva. Isso significa que:

[...] não se está aqui a afastar a tese de uma opção preferencial (em sendo possível e adequado) pela tutela judicial coletiva, desde que não impeditiva da tutela individualizada, ainda mais quando não se trata, neste caso, de afastar a titularidade individual dos direitos sociais, mas sim, de otimizar a proteção judicial e a própria efetividade dos direitos sociais para um número maior de pessoas [...] (SARLET, 2015, p. 223).

Assim, embora os direitos sociais, muitas vezes, se apresentem relacionados à pessoa humana considerada no seu entorno coletivo, isto não significa dizer que apenas possam ser exercidos no contexto coletivo. O que se destaca, portanto, é que os direitos sociais dizem respeito à preocupação com o indivíduo como pessoa, assumindo relevo, principalmente no caso do direito ao lazer, a condição da pessoa na sua relação com a comunidade.

Em âmbito individual, Simone Tassinari Cardoso (2011, p. 37) entende que o direito ao lazer vincula-se à autonomia e à liberdade, sendo considerado espaço de projeção da liberdade de desenvolvimento da personalidade, sendo neste contexto específico, situada a subjetividade individual deste direito. Por esta perspectiva, a tarefa estatal resta muito mais vinculada a assegurar a não interferência, através de proteção com conteúdo negativo, do que a eventual função promocional.

Ou seja, essa vertente implica em ações estatais vinculadas às medidas para que não se impeça o exercício do lazer, entendido como corolário da autonomia e liberdade individuais. Consequentemente, cogitar de tutela estatal com este nível de discricionariedade individual implicaria em ceder aos desejos de um a um dos seres humanos, o que, *permissa venia*, não é considerado proporcional. Em razão disso, esta modalidade carece, normalmente, de legitimação individual para a judicialização da tutela do lazer.

Já o âmbito de proteção coletiva do lazer, que decorre da natureza fundamental social deste direito, configura a dimensão de maior efetividade e possibilidade de ação estatal. Cabe ao Estado, assim, a criação da tutela de acesso e condições de lazer, a exemplo dos espaços e equipamentos públicos destinados especialmente aos grupamentos sociais.

Parques, praças, ginásios, espaços de convivência, teatros, ginásios são equipamentos que atendem à coletividade e como tal, implicam na dimensão plural do lazer (coletiva ou difusa). Eventual atuação do poder público para concretizar necessidade ou utilidade pública em lazer seria permitida. Da mesma forma a titularidade coletiva ou difusa de determinados pleitos relacionados com as condições de lazer, são características deste direito fundamental. Se não se pode solicitar judicialmente hospedagem em um resort na costa praiana brasileira, há sim legitimidade para pleitear a construção ou a manutenção de determinados equipamentos. Ou, se for o caso, mobilização social para garantir o acesso e a efetiva condição da

realização de lazer com determinada política pública (CARDOSO, 2011, p. 38).

Reconhece-se a primazia das decisões políticas neste campo, foco do presente estudo, evidenciando-se os efeitos objetivos decorrentes do direito positivo ao lazer. Isto significa que a fundamentalidade dos direitos sociais exige que eles tenham sua justiciabilidade garantida, seja através de seu entendimento como direito subjetivo, seja através do caráter objetivo decorrente das normas de direitos sociais, que se prestigia aqui.

Em sede de tutela coletiva dos direitos sociais e, conseqüentemente, do lazer, cabe ressaltar o papel do Ministério Público, que muito se utiliza dos termos de ajustamento de conduta – TAC, para interferir nas decisões administrativas, especialmente no âmbito dos Municípios. Além disso, atribui-se ao Ministério Público a importantíssima função de controle da Administração Pública, não só pela sua competência para atuação na esfera criminal, mas pela atribuição de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, III, da CF/88).

Com relação à Defensoria Pública, pode-se dizer que também configura importante órgão na concretização dos direitos sociais, principalmente no que se refere à:

[...] ampliação do acesso à justiça aos mais vulneráveis como forma de assegurar o acesso a bens e serviços [...] indispensáveis à manutenção de uma vida digna. A efetivação de direitos sociais à população menos favorecida é fundamental para a consecução do Estado Social e Democrático de Direito e, nesse contexto, o Poder Judiciário desempenha relevante papel, uma vez que se tornou importante canal de comunicação da sociedade com o Estado para exigir o cumprimento dos direitos sociais (BOLDRIN; SEVERI, 2016, p. 249).

É essencial frisar, pois, que o aumento na concessão de direitos sociais e de demandas pela aplicação de políticas públicas pelo poder Judiciário não acompanha o nível de acesso à justiça de toda a população, já que para os menos favorecidos tal acesso é extremamente difícil, principalmente, em razão da desigualdade social. Verifica-se, então, caráter elitista e conseqüente demanda reprimida ao Judiciário.

Dessa forma, afirma-se a primazia das ações coletivas em relação às ações individuais, já que as primeiras podem oportunizar que as decisões judiciais alcancem a todos, inclusive aos menos favorecidos. Além disso, pugna-se por decisões judiciais pautadas no diálogo e no consenso, já que mais adequadas e consonantes ao modelo do contraditório cooperativo e estrutural que deve marcar estes processos.

Camilo Zufelato (2016, p. 310) explicita, ainda, que o modelo decisório presente no controle judicial de políticas públicas deve ser menos isolacionista, e a decisão deve ser menos centrada na figura principal do juiz, e mais consensual e participativa, construída pelo diálogo colaboracionista e proativo dos entes da Administração Pública envolvidos no tema e também dos órgãos da sociedade civil que atuem na área da política pública em jogo. O referido autor continua comentando que:

É preciso ter claro que o escopo maior desse tipo de processo deve ser a construção de uma política pública de estado, a mais eficiente possível para a tutela coletiva do direito fundamental em jogo, e não aquilo que distorcidamente vem ocorrendo nesses casos, ou seja, decisões individuais, mas como sérios impactos, sobretudo orçamentários, sobre outras políticas públicas (ZUFELATO, 2016, p. 310).

Portanto, conclui-se que ainda que a elaboração e execução de políticas públicas de lazer sejam de competência do processo político, como já examinado anteriormente, frente ao contexto constitucional no qual se insere a jurisdição brasileira, parece inevitável o controle judicial de políticas públicas. Sendo assim, mesmo que o Judiciário não demonstre, em alguns casos, grande aptidão para decidir tais feitos, esse controle é um “mal necessário”, para o qual se deve pensar em mecanismos que o aperfeiçoem e faça diminuir os notórios equívocos cometidos em nome da tutela de direitos fundamentais (ZUFELATO, 2016, p. 310).

Através da tutela judicial coletiva, então, é possível levar a cabo a análise das políticas públicas destinadas à melhoria do direito ao lazer num contexto sistêmico, analisando-se inclusive a quantidade disponível de recursos. Registre-se, também, que a produção de efeitos *erga omnes*, que decorre do manejo das ações coletivas, permite que não seja violado o princípio da isonomia no acesso aos bens e serviços públicos básicos de lazer.

Diante de todo o exposto, arremata-se o presente estudo entendendo-se que o princípio da isonomia deve pautar o acesso a todos os bens e serviços públicos, e que o controle de políticas públicas em demandas individuais padece de déficit informacional que não pode ser suprido simplesmente pela atuação do juiz, razão pela qual há preferência das tutelas coletivas no controle judicial de políticas públicas.

Por conseguinte, defrontando-se com a necessidade de intervir em questões relacionadas ao lazer, o magistrado deve priorizar o processo coletivo para dar soluções sistêmicas aos problemas, podendo valer-se, inclusive, do artigo 7º da Lei da Ação Civil

Pública⁶³ para provocar a atuação do Ministério Público. Lembre-se, ainda, da importância da Defensoria Pública⁶⁴, que representa instrumento eficaz de promoção dos direitos fundamentais sociais, sendo essencial à função jurisdicional.

⁶³ Lei nº 7.347/1985: “Art. 7º. Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”.

⁶⁴ Lei Complementar nº 80/1994: “Art. 1º. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”.

CONCLUSÃO

O lazer constitui-se, sem dúvidas, em temática de abordagem complexa. Trata-se de direito caracterizado pela multifuncionalidade e, por esta razão, envolve várias searas da vida humana e do Direito, dificultando, por vezes, a sistematização de tratamento jurídico.

À exigência do problema de pesquisa, que teve como campo investigativo a necessidade de maior efetivação do direito ao lazer, muitas vezes ignorado e relegado a segundo plano na pauta das necessidades humanas, definiu-se como fio condutor deste estudo o exame dos aspectos principais das políticas públicas e dos novos paradigmas da Administração Pública no século XXI.

Nesse sentido, verificou-se que o lazer, apresentando-se como direito humano, fundamental e social, depende de prestações positivas por parte do Estado para que possa ser concretizado de maneira adequada e ampla. Justificou-se, assim, a opção em se perquirir acerca dos procedimentos regulares necessários à elaboração e execução de políticas públicas consistentes e bem sucedidas, de competência, principalmente, da Administração Pública, tendo em vista que constituem os meios típicos à efetivação da maioria dos direitos fundamentais sociais.

Portanto, inicialmente, nesta pesquisa, discutiu-se sobre os modelos de Administração Pública já vivenciados no Brasil, como forma de compreender os desdobramentos históricos até o surgimento do novo perfil administrativo nos dias atuais. Percebeu-se que a nova forma de atuar da Administração Pública, na contemporaneidade, surgiu a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e da concepção do Estado Democrático de Direito, que através da força normativa dos mandamentos constitucionais, da afirmação dos direitos fundamentais e do princípio democrático, propiciaram modificações nas relações entre Estado e cidadãos.

Além disso, verificou-se que os importantes processos de reformas e modernizações administrativas tiveram como marco principal a Emenda Constitucional nº19/1998, que implantou a administração pública gerencial. Esse novo tipo de administrar possibilitou, dentre outros, a descentralização do Estado, a transferência de funções do poder central para entes intermediários e locais, o investimento na capacitação profissional de agentes e servidores administrativos, a simplificação dos procedimentos e tramitação de processos administrativos (desburocratização), a reeducação para os princípios públicos administrativos (ética administrativa), ampliação dos mecanismos de participação popular na atividade administrativa e de controle social da administração pública, e principalmente, a eficiência

dos serviços públicos prestados à sociedade, de forma que o objetivo maior do Estado é a sua função social.

Em vista da nova forma de atuação administrativa, identificou-se a necessidade de se fazer a releitura dos princípios administrativos basilares, que devem se adequar à nova realidade. Averiguou-se, ainda, que as novas características do agir administrativo influenciam, positivamente, na elaboração e execução de políticas públicas, que se trata de uma das funções típicas do Poder Executivo e, consequentemente, na efetivação dos direitos fundamentais sociais, inclusive do direito ao lazer.

Destacou-se, também, a necessidade de que tais políticas se deem em conjunto com a participação da sociedade, configurando-se como políticas públicas deliberativas, e preocupadas com a transparência, eficiência e qualidade das prestações sociais. Para tanto, foram analisados os diversos instrumentos de participação social que podem ser utilizados no âmbito da feitura e realização das políticas públicas, caracterizando-se como um dos novos paradigmas da Administração Pública.

Posteriormente, e partindo-se do pressuposto de que o lazer é direito fundamental social, consagrado expressamente na Constituição, analisou-se sobre a íntima relação entre os direitos sociais e as políticas públicas. Isto porque, foi visto que os direitos sociais são, em sua maioria, marcados pela dimensão positiva, demandando prestações, normativas ou fáticas, por parte do Estado para que sejam concretizados, o que se dá, normalmente, por meio das políticas públicas.

Nesse ínterim, adentrou-se na discussão problemática da eficácia dos direitos fundamentais sociais, observando-se que tais direitos, geralmente, são positivados por meio de normas de eficácia limitada, dependendo de interposição legislativa, para que produzam todos os seus efeitos jurídicos, e de concretização estatal. Constatou-se, no entanto, que estas normas possuem um mínimo de eficácia e vinculatividade, em razão da norma do artigo 5º, §1º, da Constituição e da força normativa constitucional, que deve ser aplicado imediatamente.

Assim, a ausência de interferência do legislador infraconstitucional não pode ser considerada óbice à eficácia dos direitos fundamentais sociais, os quais devem ser aplicados e efetivados, ainda que no tocante ao seu núcleo essencial, evitando-se que as normas constitucionais se transformem em meras declarações, sem efetividade.

As políticas públicas foram consideradas, nesta pesquisa, como os mecanismos hábeis a efetivar os direitos sociais, dentre eles o lazer, pois pressupõem procedimento administrativo, requerem planejamento orçamentário e dos resultados a serem obtidos, e

permitem diversas formas de controle das decisões estatais. Viu-se que a Administração Pública é o principal órgão competente para tal mister, já que possui os recursos materiais, humanos, institucionais e financeiros para cumprir este objetivo, desempenhando a função de executora e promotora dos direitos sociais, e justificando-se a preferência do processo político sobre o Poder Judiciário na definição das políticas públicas.

Assim, foram examinados o conceito e necessidade, bem como todos os aspectos que envolvem a elaboração e execução das políticas públicas, realçando seus ciclos, elementos e princípios principais, que não são absolutos e devem conviver harmonicamente. Percebeu-se que a reserva do possível, apesar de ser argumento plausível para a restrição dos direitos fundamentais, não deve ser considerado como meio para obstaculizar a prestação eficiente destes direitos, devendo ser utilizado com proporcionalidade e de forma justificada.

Toda a análise acerca das políticas públicas e do papel desempenhado pela Administração Pública na concretização dos direitos sociais serviu como base de estudo para investigar sobre a necessidade e os modos de se alcançar maior efetivação do lazer. Nesse contexto, dedicou-se capítulo especial para tratar do direito ao lazer, enquanto direito fundamental social, e todas as peculiaridades que lhe envolve.

Investigou-se sobre a ideia de lazer ao longo dos tempos, percebendo-se que ela sempre esteve presente na história da humanidade, sendo interpretada de diferentes modos em cada época histórica. Como direito social, constatou-se que o lazer é fruto das reivindicações por melhores condições de vida e trabalho, principalmente a partir da Revolução Industrial, com o surgimento da classe proletária. Ou seja, as discussões em torno da necessidade de lazer é resultado das questões sociais e encontram-se diretamente ligadas ao direito ao trabalho.

Viu-se que com a atual Constituição, o direito ao lazer foi positivado como direito fundamental, dentre os direitos sociais do artigo 6º, considerados como os direitos básicos à vida digna aos cidadãos. Em razão disso, adotou-se, apesar da versatilidade de significados, a concepção de lazer como cultura, no seu sentido mais amplo, a ser usufruída no tempo disponível do trabalho e de outras obrigações. Tal concepção privilegia a dimensão humanista do lazer, como direito que deve ser efetivado para todos os indivíduos, sem distinção, e não apenas para aqueles com vínculo de emprego (dimensão funcionalista/econômica do lazer).

Certificou-se que o lazer se refere à prática de atividades prazerosas, sejam elas artísticas, intelectuais, manuais, físicas ou associativas, capazes de promover o desenvolvimento humano, tanto na perspectiva individual, quanto social, e relacionando-se à qualidade de vida e bem-estar da população que delas desfrutam. Além disso, estabeleceu-se o

direito ao lazer como fator propulsor de inclusão social, possibilitando o desenvolvimento existencial dos seres humanos como cidadãos responsáveis de determinada comunidade, principalmente, daqueles considerados vulneráveis, a exemplo das crianças, adolescentes, idosos e das pessoas com deficiência.

Enquanto direito humano e fundamental, defendeu-se que o lazer é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e, como tal, necessário às condições essenciais à vida digna, sendo incluído, portanto, na noção de mínimo existencial. Aderiu-se ao entendimento de que o mínimo existencial não diz respeito apenas ao mínimo vital, abarcando também o mínimo social e, por isso, o direito ao lazer deve ser efetivado pelo Estado, por meio de políticas públicas centradas em diretrizes claras.

Inferiu-se que, em virtude da sua multifuncionalidade, o direito ao lazer não requer somente a realização de políticas públicas específicas, que abarca a discussão sobre os espaços e tempos de lazer, mas vincula-se com diversas outras políticas, tais como, as políticas públicas de saúde, de desenvolvimento urbano, de educação, de meio ambiente, de cultura, esporte, etc. Ressaltou-se, ainda, a importância dos Municípios na concretização das políticas públicas de lazer, ao viabilizar a concretização setorial desse direito, tendo em vista que cada comunidade pode ter anseios diferentes em relação ao lazer.

Concluiu-se que o lazer, entendido com direito fundamental, direito social constitucional, fenômeno da esfera da cultura, fator de desenvolvimento humano, não deve ser considerado como direito simbólico e nem deve ser ignorado da pauta das prioridades à vida digna. Ao contrário, deve ser observado concretamente pela Administração Pública, por meio de políticas públicas que garantam a sua efetivação ampla, contribuindo-se para a melhoria na qualidade de vida, e realização de maior igualdade social e material para as pessoas.

Advogou-se, finalmente, entendimento no sentido de que se a Administração Pública for omissa ou não concretizar adequadamente as políticas públicas referentes a tal direito, é possível a interferência do Poder Judiciário, preferindo-se a tutela coletiva do lazer à individual. Isto porque a proteção social coletiva do lazer permite a produção de efeitos *erga omnes* da decisão judicial, de forma que seus resultados abarcam a sociedade como um todo.

Esclareça-se que esta dissertação não teve a pretensão de esgotar o tema da efetivação do direito ao lazer e, muito menos, ditar resultado único, mas sim propiciar reflexão quanto à sua importância. O direito ao lazer não configura objeto de estudo linear e fácil de ser apreendido. Envolve sérias discussões acerca do que seja, efetivamente, lazer para, posteriormente, identificar de que lazer se fala quando se assegura este direito fundamental,

sendo certo que nem toda atividade considerada socialmente “de lazer” apresentará dimensão suficiente para ser considerada exigível por meio do Estado, como foi argumentado.

Espera-se, enfim, contribuir para a sensibilização e conscientização do Poder Público em geral e dos cidadãos, em se preocuparem com as condições necessárias para a criação, manutenção e qualificação do lazer, a fim de possibilitar a auto humanização, a inclusão social, a responsabilidade individual e social das pessoas, transformação das comunidades, a satisfação, prazer e bem-estar, por meio do lazer.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVES, Cândice Lisboa. **Direito fundamental à saúde: uma análise da efetividade da saúde e do princípio da proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte, 2013.

AMARAL, Silvia Cristina Franco. Políticas públicas de lazer: existe possibilidade de uma gestão participativa? *In*: PADILHA, Valquíria (Org.). **Dialética do Lazer**. São Paulo: Cortez, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3ª ed. Brasília: UnB, 1999.

_____. **Ética a Nicômaco**. Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Editora Altas S.A, 2009.

BARBOSA, Amanda Querino dos Santos; CUNHA, Mércia Miranda Vasconcellos. **A importância dos conselhos de políticas públicas para a efetivação dos direitos fundamentais e consolidação da democracia**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=58845926c9bda650> Acesso em: 28.Agosto.2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo n. 240, 2005.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de... [et al.] (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 5. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci; SEVERI, Fabiana Cristina. Desigualdades na judicialização de políticas públicas: um estudo de caso sobre demandas por direito à saúde ajuizadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, regional de Ribeirão Preto. *In*:

MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Org.). **Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas**. São Paulo: Almedina, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **As políticas públicas e o Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996.

BUSS, Paulo Marchiori. **Promoção da saúde e qualidade de vida**. Ciência & Saúde Coletiva, 2000. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/630/63050114/>> Acesso em: 27. Dezembro. 2017.

CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

CAMARGO, Luiz Octávio de Lima. **O que é lazer**. 3ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional E Teoria Da Constituição**. 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Simone Tassinari. **O direito ao lazer no Estado Socioambiental**. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4175/1/437488.pdf>> Acesso em: 27. Dezembro. 2017.

CARMO, Paulo Sérgio do. **A ideologia do trabalho**. São Paulo: Moderna, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTELLANI FILHO, Lino. Gestão municipal e política de lazer. *In*: ISAYAMA, Hélder Ferreira; LINHARES, Meily Assbú (Org.). **Sobre lazer e política**: maneiras de ver, maneiras de fazer. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CENCI, Ana Righi; BEDIN, Gabriel de Lima; FISCHER, Ricardo Santi. Do Liberalismo ao Intervencionismo: O Estado como protagonista da (des) regulação econômica. *In*: **Constituição, Economia e Desenvolvimento**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional: Curitiba, 2011.

CHEMIN, Beatris Francisca. **Políticas Públicas de Lazer**: O papel dos Municípios na sua Implementação. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Constituição e Lazer**: uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro. Curitiba: Juruá, 2010.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *In*: COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, n. 737, 1997.

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília: UnB, 2000.

DIEGUES, Geraldo César. **O controle social e participação nas políticas públicas**: o caso dos conselhos gestores municipais. Revista NAU Social - Maio/Out 2013. Disponível em: <http://www.periodicos.adm.ufba.br/index.php/rs/article/viewFile/284/247> Acesso em: 28. Agosto. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. *In*: LEITE, George, Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

_____. O que sobrou da discricionariedade administrativa? Reflexões sobre o controle da Administração e a judicialização das políticas públicas. *In*: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Org.). **Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas**. São Paulo: Almedina, 2016.

DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e cultura popular**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. **Sociologia empírica do lazer**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O direito ao lazer da portadora de necessidades especiais na Constituição Federal**. São Paulo: Porto das Ideias, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. *In*: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia Possível**. São Paulo: Saraiva, 1972.

_____. Aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *In*: **A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direito e Garantias Individuais**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito das FMU, 1989.

_____. **Comentários da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FILGUEIRAS, Júlio César; HIPPERT, Maria Isabel. Estresse: possibilidades e limites. *In*: JACQUES, Maria da Graça; CODO, Wanderley (Orgs.). **Saúde mental e trabalho**. Petrópolis: Vozes, 2003.

FLEURY, Sonia. Políticas sociais e democratização do poder local. *In*: VERGARA, Sylvia Constant; CORRÊA, Vera Lúcia de Almeida (Orgs.). **Propostas para uma gestão pública municipal efetiva**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Discrecionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3ª ed., Madrid: Ed. Civitas, 1991.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. São Paulo/: Cortez, 2001.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. **Conselhos Gestores de Políticas Públicas**: democracia, controle social e instituições. São Paulo: EAESP/FGV, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KLOSTER, Ângelo Márcio. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Disponível em: <[file:///C:/Users/regin_001/Downloads/a_eficacia_horizontal%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/regin_001/Downloads/a_eficacia_horizontal%20(3).pdf)> Acesso em: 19. Junho. 2017.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dê)s caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Traducción y presentación de Luiz Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LEITE, Celso Barroso. **O século do lazer**. São Paulo: LTR, 1995.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIRA, Bruno de Oliveira. **O direito fundamental à boa administração sob a ótica do Estado**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18515/o-direito-fundamental-a-bou-administracao-sob-a-otica-do-estado>> Acesso em: 25.abril.2017.

LONGHI, João Victor Rozatti; BEÇAK, Rubens. **Democracia deliberativa e ciberdemocracia: riscos e desafios para sua implementação**. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4d91e93c7905243a>> Acesso em: 04. Outubro. 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2010.

MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Lazer e educação**. 6ª ed., São Paulo: Papirus, 2000.

_____. **Estudos do lazer: uma introdução**. Campinas: Autores Associados, 2002.

MARQUES, Marcelo. **Administração Pública: uma abordagem prática**. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Humberto Falcão; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. **Organização governamental – problemas e soluções em perspectiva conceitual e da Administração Pública**

brasileira. *In: Nova Organização Administrativa Brasileira*. Coord.: Paulo Modesto. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MASCARENHAS, Fernando. Outro lazer é possível! Desafio para o Esporte e Lazer da Cidade. *In: CASTELLANI FILHO, Lino. (Org). Gestão pública e política de lazer: a formação de agentes sociais*. Campinas/SP: Autores Associados, 2007.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELO, Victor Andrade de; ALVES JÚNIOR, Edmundo de Drummond. **Introdução ao lazer**. São Paulo: Manole, 2003.

MELO, Luiz Carlos Figueira de; ROCHA, Altamirando Pereira da. **O perfil do processo administrativo do século XXI**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v. 35, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania**: necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão; possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo – RDA, n. 191, p. 40-66, jan./mar. 1993.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**: Introdução Geral. Lisboa: 1999.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa**: Emenda Constitucional nº 19/98. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAIS, J. L. Bolzan de. **A subjetividade do tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política legislativa, administrativa, judicial**: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Estudo sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia. Controle social da Administração Pública: mecanismos jurídicos de estímulo à dimensão sociopolítica da governança pública. *In: MARRARA, Thiago;*

GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Coord.). **Controles da Administração e judicialização de políticas públicas**. São Paulo: Almedina, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de... [et al.] (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PADILHA, Valquíria. A indústria cultural e a indústria do lazer: uma abordagem crítica da cultura e do lazer nas sociedades capitalista globalizadas. *In*: MÜLLER, Ademir; DACOSTA, Lamartine Pereira (Orgs.). **Lazer e desenvolvimento regional**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002.

PELEGRIN, Ana de. O espaço de Lazer na Cidade e a Administração Municipal. *In*: MARCELLINO, Nelson. **Políticas Públicas Setoriais de Lazer**. Campinas: Autores Associados, 1996.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6ª ed., Madrid: Ed. Tecnos, 1995.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIMENTA, Carlos César. **Aspectos Recentes da Organização e das Políticas de Modernização da Função Pública Federal**. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública, 28(2), abril de 1994.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PIRES, Maria Coeli Simões. Esgotamento do modelo de desenvolvimento excludente no Brasil e ressemantização das atividades de planejamento e articulação governamentais à luz do paradigma democrático. *In*: **Nova Organização Administrativa Brasileira**. Coord.: Paulo Modesto. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Regiões metropolitanas e políticas públicas: uma projeção de seus desafios a partir da realidade da RMBH. *In*: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

REQUIXA, Renato. **O lazer no Brasil.** São Paulo: Brasiliense, 1977.

ROLIM, Liz Cintra. **Educação e lazer, a aprendizagem permanente.** São Paulo: Ática, 1989.

SANT'ANNA, Denise Bernuzzi de. **O prazer justificado: história e lazer.** São Paulo: Editora Marco Zero, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas.** Porto Alegre: Fabris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2015.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de... [et al.] (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível".** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 5ª ed. Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A evolução dos direitos fundamentais.** Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6, 2005.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação: cidadania, direito, estado, município.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

STRECK, Lenio L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TEMER, Michel. **Elementos do direito constitucional**. 14ª Ed. revista e ampliada, Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos políticos, cidadania e a teoria das necessidades. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília: 1994.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego**. Salvador: 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8451/1/ADRIANA%20BRASIL%20VIEIRA%20WYZYKOWSKI%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O.pdf> Acesso em: 07. Dezembro.2017.

ZINGONI, Patricia. Lazer como fator de desenvolvimento regional: a função social e econômica do lazer na atual realidade brasileira. *In: MÜLLER, Ademir; DACOSTA, Lamartine Pereira (Orgs.). Lazer e desenvolvimento regional*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002.

ZUFELATO, Camilo. A busca por soluções jurídicas consensuais em tema de controle judicial de políticas públicas: reflexões à luz do projeto de Lei nº 8.058/2014. *In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Coord.). Controles da Administração e judicialização de políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2016.