

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL – EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COM APOIO NAS TEORIAS DE BOBBIO E HABERMAS

Public policies for social inclusion – Social rights effectiveness with the help of Bobbio and Habermas Theories

Andressa Fracaro Cavalheiro¹

Rogério Luiz Nery²

RESUMO: O presente trabalho foi realizado no contexto do Grupo de Pesquisa em Direitos Sociais do Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e visa a revisitar a noção elementar de Estado – com especial destaque ao vetor Administração Pública – a fim de enfrentar a discussão sobre a efetividade dos direitos sociais, tomando por matriz teórica os estudos de Bobbio, sobre o direito como fator de promoção de comportamentos favoráveis e de Habermas, no tocante ao esforço para inclusão do outro. Sendo o Estado a mais importante dentre as espécies de sociedades políticas, que aduz a natureza de sociedade de fins gerais, pretendeu-se investigar o papel de sua vertente Administração Pública como promotora ou facilitadora da inclusão do outro, segundo um cenário de inclusão não apreensora permeada pela alteridade, por intermédio do direito a exercer sua função promotora, vale dizer, segundo uma orientação de fomentar a adoção de comportamentos sociais desejáveis, sem viés coativo, mas impulsionador. Também se buscou avaliar a função de sociedade política estatal pela teoria funcionalista do direito, buscando conjugar a proposta teórica de Canotilho, de Constituição Dirigente – vinculante do legislador, passando pela ótica da função promocional (promotora) da lei (entenda-se norma – inclusive a decorrente dos atos administrativos normativos), de Norberto Bobbio, com o aspecto finalístico da teoria para inclusão do outro, de Jürgen Habermas, a fim de construir uma visão de sua possibilidade de convergência operativa.

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professora Assistente na Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste, campus de Francisco Beltrão. Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Membro Titular da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Bolsista da Fundación Carolina.

² Pós-Doutorado em Direito em Direito Constitucional (New York Fordham University School of Law – United States), onde é professor-conferencista convidado; Doutorado em Direito Público (UNESA – Brasil); Posgrado en Justicia y Procesos Constitucionales (Universidad Castilla-La Mancha – España); Professor-doutor da cadeira de Políticas públicas de efetivação de direitos fundamentais sociais do Programa de mestrado da UNOESC; professor-doutor em Direito Constitucional e Administrativo dos cursos de posgraduação e preparação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ) e da Escola da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ); Vice-líder do Grupo de Pesquisas em Direitos Sociais (UNOESC); Editor-adjunto da Espaço Jurídico Journal of Law (UNOESC); avaliador de trabalhos do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Conferencista na Università Degli Studi di Roma – La Sapienza e na Università Degli Studi di Palermo, em 2013.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais; Políticas públicas; Efetividade; Administração Pública; Estado.

ABSTRACT: This essay is a fruit of the Research Group on the Social Rights in Master of Law from the University of the West of Santa Catarina (UNOESC) and aims to revisit the elementary notion of State entity - with special attention to the Public Administration vector - to address the discussion about the effectiveness of social rights, taking as theoretical matrix studies Bobbio, on the right as a factor promoting behaviors favorable and Habermas, concerning the effort to inclusion of the other. As the State is the most important of all political groups, considered its special nature as a general purpose society, this essay intends to investigate the role of your shed Public Administration as a promoter of inclusion of the other, according a scenario of inclusion, through the right to exercise its promoting function, that is, according to an orientation to foster the adoption of desirable social behavior, without bias coercive, but booster. We also sought to evaluate the role of political society by the state functionalist theory of law, seeking to combine the theoretical proposal of Canotilho in Directory Constitution – binding of the legislature, from the perspective of promotional function of the Acts (meaning the norm – including the result of normative administrative acts), of Norberto Bobbio, and the finalistic aspect of the theory for inclusion of the other, of Jürgen Habermas, in order to realize the real possibilities of building an operative functional and social convergence.

KEYWORDS: Social rights; Public policies; Effectiveness; Public Administration; State.

1 Introdução

O Direito Constitucional, em sua estrutura teórica tripartida (Teoria do Estado, Teoria da Norma e Teoria dos Direitos Fundamentais) fornece rico manancial de informação jurídica, entrelaçada de forma complexa, em conjunto sistêmico, tendente a definir a existência, a finalidade, os objetivos, a estrutura e o funcionamento do Estado, assim como a reconhecer os direitos fundamentais – com sua especial arquitetura – e finda por estabelecer peculiar sistema de normas, entre princípios e regras, que servirão, ora de ambiente (meio) ou caminho, ora de instrumentos para a efetivação dos direitos do homem. A articulação entre os três modais teóricos se desdobrarão em infinitos outros, tais como a compatibilidade vertical, representada pelo controle de constitucionalidade e pelo controle de convencionalidade, aos quais as normas – notadamente as regras positivadas – têm o dever de se subsumir. Para tratar dessa inter-relação, adotou-se uma abordagem sobre o Estado e seu desdobramento como Administração Pública, para depois discutir aspectos pontuais referentes ao papel da norma, segundo a visão de Bobbio, pela teoria do “Direito Promocional”, tudo com vistas a atender ao princípio de máxima efetividade das normas constitucionais, no específico atendimento à

efetividade dos direitos fundamentais, também com especial recorte pela teoria de Habermas da “Inclusão do Outro”.

Assim, para cumprir com o objetivo explicitado acima, dividiu-se o presente trabalho em 5 seções, à exceção da introdução e da conclusão, a primeira buscando identificar o papel do Estado com o bem comum, a segunda tratando da relação entre Administração Pública e direitos sociais, a terceira tratando da função promocional do direito sob a ótica bobbianiana, a quarta buscando na teoria habbermasiana os modos pelos quais o Estado, por meio de sua função promocional do Direito, pode contribuir para a inclusão do outro e, a última, mostrando como o Conselho Nacional de Saúde pode ser considerado como densificação desta possibilidade inclusiva por meio do direito promocional. Para consecução do trabalho utilizou-se o método de abordagem dedutivo, método de procedimento analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2 O Estado

A tarefa de delinear os contornos da ideia de Estado e suas funções não registra consenso. A forma dinâmica como sua atuação se modifica continuamente implica proporcional motilidade no aspecto conceitual. Desde a inicial utilização do vocábulo, ainda com incipiente forma de atuar, o Estado vem se transformando modo contínuo, com reflexos para sua estrutura organizacional, havendo estudiosos que sustentam que, em outras épocas, mesmo ainda não declarado como tal, o Estado sempre existiu³. Há, entretanto, os pessimistas que acreditam que ele não mais exista e os mais resistentes, que insistem que nunca existiu.

Negro (2010, p. 69) registra que a denominação “Estado” passou a designar o ideário de “governo” *lato sensu*, enquanto o vocábulo “Governo”, com o aumento do poder e o advento da estabilidade, passou a se referir aos homens que exercitam tal poder, conduzindo a *potentia* e a *ratio* da máquina governamental.

³ Como exemplo veja-se Dallari (2009, p. 52), para quem “[...] o Estado, assim, como a própria sociedade, existiu sempre, pois desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo.”

Miranda (2009, p. 3) vê no Estado a mais relevante das formas de “sociedade política”, tal como concebida – sociedades de fins gerais. Também Dallari (2009, p. 58) define “Sociedade Política” como aquela que se destina a cumprir os requisitos necessários ao atendimento das expectativas particulares de seus componentes, cuidando de todas as suas atividades, atos e ações, coordenando-as com vistas ao atingimento de um determinado objetivo comum, qualificando a sociedade política de maior importância, por sua capacidade de influir e condicionar, bem como por sua amplitude.

A Constituição se sobrepõe a todos os entes federados, estabelecendo uma força conformativa, que cumpre essencialmente três papéis principais: (1) a criação do Estado, em sua gênese formal, fixadas as inter-relações entre os poderes constituídos e os entes federados; (2) a limitação do exercício do poder pelo Estado e, (3) o estabelecimento dos fundamentos de existência e validade da ordem jurídica a vigorar no Estado, a saber:

A “criação” do Estado traduz-se em três verbos principais: instituir, estruturar e organizar o poder. O “instituir” traduz a adoção da “decisão política fundamental”, conforme a teoria schmittiana, ao que se determina a forma de estado, a forma de governo e seu regime, além de outras orientações político e mesmo ideológicas. O “estabelecer” destina parcelas de atribuições, segundo sua maior aderência legiferante, administrativa ou jurisdicional, para exercício por grupos de servidores estatais distintos, denominados “Poderes”, Legislativo, Executivo e Judiciário. Por fim, o “organizar” que também distribui parcelas de atribuições, denominadas por atecnia de “competências”⁴, aos entes federados nos quais se desdobra o estado federal.

O papel de impor limites ao exercício do poder pelo Estado se materializa por via de três matrizes: a) a separação dos poderes estatais, com base em sua independência, mas compensada sob a forma de harmonia balanceada por pesos e contrapesos (*check and balances*)⁵, na própria visão de Madison in Kesler (1999, 317-322) b) o proteção e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e, c) pelo cumprimento dos ditames de interesse coletivo, de busca do bem comum, sob a forma da adoção de políticas públicas vinculadas, no plano maior, aos delineamentos constitucionais sociais, positivados como objetivos e fins do estado.

4 É voz comum no meio jurídico que o termo “competência” é de atribuição exclusiva do Poder judiciário, porque inerente à jurisdição; aos demais deve ser empregado tão somente o termo “atribuição” para designar as tarefas em relação às quais tem o poder-dever de exercitar as prerrogativas, cumprir e fazer cumprir as determinações constitucionais

5 Mas, o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos”. (MADISON, The Federalist, art. 51, p. 317-322)

Por derradeiro, seu papel constitucional de posicionar a carta política no ápice da pirâmide jurídica, a servir de fundamento de existência e validade à ordem jurídica, fixando no seu próprio conteúdo positivado o devido processo legislativo, a partir do qual estabelece a formação das regras legislativas e se controla a hierarquia entre as normas jurídicas, já que – predominantemente – originadas do Parlamento, devem respeitar a Constituição, sob uma noção de supremacia e rigidez constitucionais necessárias. Nunca é demasiado reprimir que o liame constitucional federativo é impositivo, petrificado, sob a forma de “aliança indelével e eterna”, como pacto proibitivo de retirada ou afastamento dos entes federados, já que presente a indissolubilidade dos laços federativos.

Sob o título de “defesa do Estado e das instituições democráticas”, as constituições nacionais costumam delinear institutos materiais e procedimentais voltados a salvaguardar seus interesses maiores, tais como a intervenção federal, o estado de sítio e o estado de defesa, variando, por certo, quanto à denominação, de estado para estado, mas sempre voltados a autorizar, excepcionalmente, comportamentos de preservação e regeneração, ante eventual e concreto risco à integridade nacional ou de suas instituições.

Pode-se claramente depreender dessas considerações o Estado sob dupla ótica: a de sua essência e a de sua função. O Estado tem por papel central atingir o fim comum (bem comum), facilitando, ora em origem, ora em consequência, que cada um dos particulares também logre êxito individual na busca de seus objetivos pessoais. Assim, o fim comum deve identificar-se com o somatório dos fins individuais, colaborando para a consecução destes, sem a eles se subordinar, nem com eles confundir-se, tratando-se, em última análise, de postura proativa em processo interativo, de viés cooperativo.

O fim comum, tão bem articulado pela doutrina, é mais adequadamente identificado como o bem comum, de ampla aceitação por todos os membros de determinada sociedade política, como igualmente bom para todos, daí o sentido de pugnar pelo empenho conjugado de todos em alcançá-lo. Por isso, o conceito de bem comum se mostra indissociavelmente vinculado ao particularíssimo desenho arquitetônico de cada Estado, segundo as especificidades de povo, território e escolhas políticas, determinadoras do equilíbrio de forças políticas. A conjugação entre o que pode ser considerado bom abstratamente e do que será bom para o conjunto de todos os membros da sociedade representa desafio avassalador para todo investigador, mas que foge ao escopo do presente estudo.

Não se busca negar aqui a identificação do Estado com funções clássicas como a de organização social ou a de manutenção da paz e da ordem ou quaisquer outras. Apenas para manter a fidelidade ao objeto da presente pesquisa é que o texto seguirá adstrito ao conceito

genérico de Estado como sociedade política, em busca de um fim comum para, igualmente, criar condições de atendimento dos fins individuais pelos particulares, sempre respeitando os limites fronteiriços com a ordem jurídica – legítima expressão da democracia.

O multiculturalismo enquanto fenômeno sociológico traduz o convívio em contexto de diversidade cultural, reclama a prática constante da tolerância consensual e pode conjugar múltiplos interesses, por vezes díspares, em sociedades reconhecidas como plurais e multifacetadas. Dada a exponencial expansão desse fenômeno na vida social dos diversos povos, imperioso se faz investigar dados contornos de outro fenômeno contratual-social – o Estado, em especial, se considerada a sua natureza de sociedade política, incumbida de atribuições variadas, voltadas ao atendimento de fins gerais, consolidados sob a égide do bem comum, do qual se pode derivar a necessária promoção da igualdade pela inclusão, melhor pontuando, pela inclusão do outro – assim entendendo aquele que não é igual, pelo exercício prioritário da função de promoção de oportunidades, mas não somente de natureza material. Por isso, deve o Estado estimular também a sociedade, os particulares, a se comprometerem com o ideal inclusivo.

Por fim, temos que da leitura atenta à obra de Zagrebelsky (2007, p. 21), depreende-se que o Estado de Direito traduz a legítima expressão democrática da ordem jurídica, isso porque, segundo o autor, o Estado de Direito adota um determinado valor e escolhe uma única direção de desenvolvimento da organização do Estado, entre as várias possibilidades preexistentes, sem definir em si as consequências jurídicas precisamente. O mencionado valor se concretiza pela efetiva “eliminação da arbitrariedade” na relação Estado-cidadão e, sobretudo, pela inversão de fluxo na relação entre poder e direito que constitui a chamada “quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*.”

Resta provado que, independentemente, do momento político e histórico de que se trate, o Estado deve ser incondicionadamente “de direito”, materializado pela incoerência de arbitrariedade, em sede de atuação estatal que se projete sobre os cidadãos, de modo que o Estado de Direito não depende do governante fazer a regra, mas, tão somente, de que ele a cumpra, pois, nesse contexto, não é o governante que faz a lei, mas a lei que faz o governante.

3 A administração pública e os direitos sociais prestacionais

A arquitetura constitucional fornece rico material ao debate acerca de uma suposta deficiência de positivação dos direitos sociais: o artigo 5º, parágrafo 1º, por exemplo, menciona a aplicabilidade imediata das normas reguladoras de direitos fundamentais. O conteúdo do art. 5º, parágrafo 2º, que reconhece *status* constitucional fundamental, operando como “cláusula de abertura ou de resgate interpretativo”, aos direitos identificados com os princípios (fundamentais) e o regime (social-democrático) da Constituição Brasileira, assim como os decorrentes dos tratados internacionais (de direitos humanos – em conjugação com o parágrafo 3º, do mesmo artigo), em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Para os que reconhecem, nos direitos sociais, direitos fundamentais, já seria meio caminho andado, pois nesse sentido, independente de complementos de positivação, por mais reduzida que seja a sua densidade, essas normas já são aptas à “aplicabilidade imediata”, mesmo aquelas de índole programática, sob pena de serem reduzidas a um compromisso irresponsável do constituinte originário, segundo posição do próprio STF, em voto do Min. Celso de Mello.

Canotilho (2001, 371) assenta com esmerada clareza e lucidez que quanto aos direitos subjetivos públicos, sociais, econômicos e culturais: a um, “são independentes, quanto à sua irredutível dimensão subjetiva, das imposições constitucionais e da concretização legislativa”; e, a dois, “ mesmo na parte em que pressupõem prestações do Estado, são direitos originários a prestações (fundados na constituição) e não direitos a prestações derivados da lei”.

Como é assente na doutrina pátria, as normas programáticas, em que pese a falta de eficácia jurídica positiva, enquanto não regulamentadas por legislação infraconstitucional, o mesmo não se diga de sua eficácia jurídica negativa ou interpretativa ou de bloqueio.

São efeitos concretos ou concretizáveis das mesmas: a um, a promoção da estrita vinculação do legislador aos parâmetros por elas preestabelecidos, como normas definidoras de direitos fundamentais prestacionais, sendo-lhe vedado agir em sentido contrário, o que comparativamente se aproxima do conteúdo axiológico e semântico do princípio da proibição do retrocesso; a dois, a suspensão da eficácia de leis e atos normativos editados na vigência da nova Constituição e que com elas conflitem, pelo mecanismo da necessária e vinculativa “declaração da inconstitucionalidade”; a três, a revogação tácita de leis ou dos atos normativos anteriores, cujo conteúdo se mostre contrário, pelo mecanismo da não recepção; a quatro, serem as referidas normas programáticas situadas como parâmetro interpretativo ou integrativo de normas jurídicas outras ou de lacunas do ordenamento.

Nesse mesmo sentido, trazendo novamente o pensamento de Canotilho à colação: “os direitos subjetivos a prestações, mesmo quando não concretizados, existem para além da lei, por virtude da Constituição, podendo, podendo ser invocados, [...] contra as omissões inconstitucionais do legislador.”

Também é prestigiada pelo direito brasileiro a possibilidade de invocação ao cumprimento – bem defendida pelo dileto professor lusitano, quando identificada a omissão legislativa. Entretanto, por aqui, ela se opera com ainda maior desenvoltura, pois viável a arguição também em sede judicial. O constituinte brasileiro fez-se arrojado, ao oferecer soluções jurídicas, para além (ou depois) das políticas – é claro, que se prestam a constituir o legislador em mora constitucional legislativa e notificá-lo a cumprir seu dever constitucional.

Cuida-se, no caso, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e do Mandado de Injunção (MI), um de emprego concentrado e abstrato, o outro de emprego difuso e concreto, instrumentos jurídicos que deixarão de ser, aqui, mais bem detalhados, por não se constituírem objeto central do presente trabalho, apenas cabendo registrar que, quanto à forma de serem operados, existem posicionamentos conflitantes, identificados como Tese Não-concretista; Tese Concretista Geral; Tese Concretista Individual, esta última subdividida em: Concretista Individual Direta e Concretista individual Indireta.

Daí que é possível sustentar-se que os direitos sociais prestacionais guardam estreita relação com o objetivo do Estado de assegurar o bem comum, já que permitindo a todos, igualmente, a fruição destes direitos, aos quais deve dar efetividade para, então, concretamente produzir, de sua parte, a inclusão de todos.

4 Bobbio, o fomento administrativo e o “Direito Promocional” estatal

Enquanto Zagrebelsky (2007, p. 30) identifica a crise do princípio da legalidade, como consequência do que denomina “perda de sentido, pulverização e incoerência da lei e de outras fontes do direito”, mesmo quando subsidiada pela presença da Constituição, Bobbio (2007, p. 79) se vale da teoria funcionalista do direito, segundo a qual a ordem jurídica pode estimular, provocar e exigir daquele que se vê inerte, passivo e indiferente, que reconheça ao direito a função de *direção* social.

Bobbio (2007, p. 2) parte do que considera como ponto dos mais importantes no que pertine às práticas de controle social, caracterizadoras do *Welfare State* – o Estado social,

essencialmente as técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas de desestímulo. O autor considera que Estado se apoiar sobre o Direito com o fito de impor seu controle social, como forma de superar as teorias tradicionais do direito, vinculadas predominantemente à função protetora e repressiva, isso quando essas funções não se apresentam justapostas.

Outra crítica marcante cunhada por Bobbio (2007, p. 6) é a necessidade de saber distinguir a classificação entre normas positivas de normas negativas com a distinção teórica entre sanções positivas e negativas. Trata-se de saber diferenciar modais deônticos, constantes dos preceitos normativos, devendo-se diferenciar os comandos e as proibições de forma outra, diversa, que representa distinguir entre prêmios e castigos. Nesse sentido, crê não existir nenhum tipo de contradição entre as normas positivas e sanções negativas, assim como, entre normas negativas e sanções positivas, de outro; para o filósofo, no sistema jurídico, segundo uma lógica de estímulo-resposta, muitas normas positivas podem se vir reforçadas por sanções negativas, vale dizer, é possível desestimular tanto o fazer quanto o não fazer. Depreende-se que pode haver: a um, preceitos reforçados por prêmios; a dois, preceitos reforçados pela aplicação de punições; a três, vedações reforçadas por prêmios e, a quatro, vedações reforçadas pela aplicação de punições.

Bobbio (2007, p. 6) vê como ponto caracterizador do Estado, em seu modelo atual, a estruturação dada segundo múltiplas normas de organização, autorizando afirmar que também o emprego de técnicas de estímulo-reforço em nível legislativo apresenta potencial expansividade, viabilizando o seu emprego como elemento de encorajamento. De certa forma, pode-se também afirmar relativo desengajamento em relação ao emprego mais tradicional e bastante frequente das regras de direito de ordem repressiva e/ou protetora, com o potencial acolhimento do conceito de ordem jurídica como “*ordenamento com função promocional*” (BOBBIO, 2007, p. 13).

Segundo a estruturação funcional proposta por Bobbio (2007, p. 15), na ordem jurídica é possível identificar duas espécies predominantes, não exclusivas de finalidades que se caracterizam como funções: a um, a *protetivo-repressiva* e, a dois, a *promocional* que se distinguem entre si, elementarmente, pelos fins que buscam: a primeira concentra-se, sobretudo, nos comportamentos socialmente desejados ou não, aplicando sanções quando da prática de uma conduta socialmente não desejada; a última, por sua vez, visa, quase que exclusivamente, aos comportamentos socialmente desejáveis, e seu objetivo consiste em estimular a adoção dos mesmos pelos cidadãos.

A expressão repressiva da ordem jurídica consiste na adoção de regras que traduzam normas, voltadas a estimular o abandono de uma determinada prática danosa ou indesejada, de modo a sobrecarregá-la pela imposição de um encargo, ônus ou sanção, que a torne *impossível, difícil e desvantajosa*.

Já a expressão promocional da ordem jurídica consiste na adoção de regras que traduzam normas, voltadas a estimular a adoção de práticas sistemáticas e ações isoladas que sejam tidas por desejadas: *necessárias, fáceis e vantajosas*.

Em sede de ordenamento promocional, é possível adotar: a um, medidas diretas e, a dois, medidas indiretas:

As primeiras – *diretas* – visam a tornar uma ação impossível ou necessária, pois forçam a conformação às normas; impedem por prevenção o descumprimento de seus preceitos ou compelem ao cumprimento, *ex vi* o emprego da força, para impedir ou constringer à prática de dada conduta (BOBBIO, 2007, p. 16). As últimas – *indiretas* – são empreendidas em relação às ações que se deseja tornar *difíceis e desvantajosas* ou *fáceis e vantajosas*.

Embora um comportamento não desejado possa ser sempre possível de se ver praticado, deve-se buscar torná-lo mais difícil ou menos, segundo a conveniência social, de modo a modular a sua prática, por meio da técnica de aplicação de medidas indiretas. No ordenamento repressivo, as medidas indiretas consistem da associação de determinada consequência (efeito) desagradável, ou seja pelo desencorajamento. No ordenamento promocional, a referida técnica se faz representar justamente pelo oposto, ou seja, pelo encorajamento.

Assim, a título de balizar a *descripen* entre ambos, no desencorajamento, tem-se uma operação na qual um indivíduo interage em face de um comportamento não desejado de outra, buscando influenciá-lo ou desestimulá-lo, pela atribuição de consequências notadamente desagradáveis, enquanto que, no “encorajamento”, o indivíduo, a fim de estimular a prática de determinada conduta desejada, buscando tornar sua execução mais fácil de ser concretizada ou disponibilizando consequências associadas que sejam agradáveis a quem é estimulado (BOBBIO, 2007, p. 16).

Essas estratégias entendidas pelo autor como medidas indiretas bem relembram as pesquisas e experiências em psicologia reflexiva, historicamente conduzidas por Skinner, no estudo da reflexologia, pelos chamados reflexos condicionados, vale dizer, pela atribuição de recompensas correspondentes ao comportamento apresentado pelo estimulado.

Portanto, a título de sumariar o até aqui exposto, tanto o *desencorajamento* como o *encorajamento* traduzem espécies típicas das chamadas “medidas indiretas”, vale dizer, aquelas que almejam a obstaculização ou a facilitação, seja por meio de punição ou de premiação. Pode-se, portanto, desestimular um dado traço de comportamento não desejado, seja pela ameaça de determinada pena em caso de descumprimento, seja pelo esforço em tornar mais penoso o exercício daquele comportamento não desejado, sempre que ele for identificado. Igualmente, pode-se estimular (encorajar) um dada conduta pela intervenção em suas consequências, atuando sobre as modalidades, formas e condições do próprio comportamento, vale dizer: estabelecendo uma premiação ou facilitando-se sua adoção (BOBBIO, 2007, p. 17).

Outro ponto de diferenciação entre o encorajamento e o desencorajamento pode ser identificado pela natureza jurídica das medidas oponíveis a cada conduta. No desencorajamento, tem-se uma medida com natureza de ameaça, ao passo que no encorajamento, a natureza será de promessa. Vale dizer que, no desencorajamento, toma-se por ponto de partida uma obrigação, e no encorajamento, a entrega de uma recompensa. O se tem, resumidamente, portanto, é que na técnica do desencorajamento, a norma técnica é do tipo: para evitares a sanção “X”, debes praticar a conduta “Y””. Já o encorajamento condiciona-se pelo tipo normativo: “Se queres “Z”, debes adotar a conduta “W” (BOBBIO, 2007, p. 19).

A adoção do encorajamento, como forma de estímulo, em sede de sistema normativo, corresponde a uma mudança substancial no *modus* de realização do controle social legislativo, transitando do modelo passivo para o ativo. Isso porque, antes se tinha, passivamente, tão somente a previsão, no ordenamento, da conduta transgressiva à qual se seguia postura de aguardar a sua ocorrência, para, somente depois, aplicar-se a sanção predeterminada ao agente transgressor como forma de repressão.

Agora, para demarcar o ingresso no modelo ativo, tem-se a identificação, embora também pelo ordenamento, de conduta desejável, que se quer ver adotada, então o encorajamento configura o modelo ativo de controle social, não sobre uma conduta (indesejada), mas para uma conduta (desejada); a intervenção se dá não em momento posterior à conduta, já manifestada, mas – ao contrário, em momento por vezes bem anterior a ela, exatamente no intuito de que ela venha a ser adotada, conforme nos assinala Bobbio (2007, p.15).

Outra diferenciação, agora sob a ótica funcional, entre as medidas de desencorajamento e as de encorajamento, impõe pontuar as categorias da conservação e da

mudança no seio de uma sociedade, segundo as quais, as primeiras visam à conservação de um padrão de comportamento social, enquanto as últimas, por oposto, focam a realização de mudança pela incorporação de novas práticas (BOBBIO, 2007, p. 19).

Pode, portanto, inferir-se que o emprego do direito exclusivamente com função repressora-coatora, não contempla a extensa complexidade que seu papel pode desdobrar na sociedade moderna (BOBBIO, 2007, p. 60). O reconhecimento da possibilidade da função promocional no direito, o posiciona para além de exclusivamente uma forma de controle social – passiva, posterior e conservadora, para reconhecê-lo como elemento ativo, pré-aplicável e promotor de mudanças para o estímulo a obtenção de uma sociedade melhor (BOBBIO, 2007, p. 79).

Firmadas essas primeiras premissas referenciais em torno de uma “função promocional do direito”, a partir da teoria funcionalista de Norberto Bobbio, ocupemo-nos de construir uma ponte com o pensamento de Jürgen Habermas, mais precisamente no que se refere à sua ideia de “*inclusão do outro*”. A seguir, serão pontuados os papéis do Estado e do Direito em tais contextos conjugados.

5 Habermas, o multiculturalismo e a “Inclusão do Outro”

Do exposto, verifica-se que o papel de Estado pode se fazer proeminente como ator indireto de políticas, pelo implemento de fomento público promocional – quer da forma administrativa regulamentar, quer da forma legislativa estatal. O conteúdo das normas adotadas pelo ente estatal e difundido por suas entidades para-estatais e pela própria sociedade pode traduzir o condão de estimular comportamentos socialmente desejáveis em toda a sociedade organizada, no sentido de adotarem-se ações que representem avanços prestacionais sociais nas esferas pública e privada.

Por certo que a dimensão e complexidade do pensamento habermasiano nos impelem a fazer um recorte coerente com o objeto deste estudo, o que direciona, predominantemente, ao conteúdo da obra *A inclusão do outro: estudos de teoria política* (HABERMAS, 2002), com o fito de identificar: a um, quem é o *outro* e, a dois, qual o tipo de *inclusão* pretendido, sendo certo que o autor defende uma racionalidade fundada no respeito “pelo outro” e na responsabilidade solidária, de cada um pelo outro, revelando-se contrário um universalismo inibidor da relação de alteridade e de diferença, sustentando a necessidade de sermos sensíveis às diferenças.

As declarações morais se prestam a coordenar os múltiplos atores necessariamente pela pressuposição do reconhecimento intersubjetivo das normas morais ou de práticas habituais que estipulem satisfatória e convincentemente as obrigações de cada ator, assim como o que se pode exigir do outro.

Assim, as regras morais se interconectam como mútuos referenciais, segundo dois níveis interativos distintos, que retroativamente viabilizam a coordenação das ações. A um, no primeiro nível, tem-se a direção imediata da ação social, pelo acordo de comprometimento da vontade dos diversos atores, orientados na mesma direção. A dois, já no segundo nível, tem-se a regulação das situações críticas do caso em concreto.

De tal forma, uma referência moral não se exaure no simples ditar de comportamentos de uma comunidade, mas, em paralelo, estipula razões para a solução consensual dos conflitos de ação. Neste contexto de linguagem moral das discussões, pela ótica de cada partícipe, os conflitos podem se vir dirimidos convincentemente pela disponibilização de possíveis fundamentações que facultem em condições de igualdade não só o acesso, mas a compreensão de todos os atores envolvidos no conflito. Já os chamados *deveres morais* tem papel sociológico como opção na solução de conflitos, com especial conveniência por ser direcionada à obtenção de um acordo mútuo entre os interesses em choque, diferentemente do que operam outras espécies de solução, não conciliatórias.

Habermas (2002, p. 12-15) ultrapassa a descrição das articulação da linguagem moral como fato social ou das razões de convencimento de seus atores quanto às referidas regras morais para enfrentar as potencialidades desses atores diante da crença na efetiva justificação moral de uma dada opção, dando um recorte reflexivo à prática da justificação naquilo que ele próprio denomina “mundo vivido”, com especial foco nas leituras de reconstrução, reforçadoras da compreensão crítica da referida práxis. Investiga, pois quais intuições morais admitem uma reconstrução aceitável e, mesmo, se viável centrar em si o ponto de vista no diálogo com a teoria do discurso.

A própria fundamentação religiosa é por ele examinada, assim como o empirismo, e as tradições aristotélicas e kantianas, até se verificar a identificação com os ditos mandamentos morais e consagrar a perda da denominada “autoridade epistêmica” de opinião da divindade, com a conseqüente ultrapassagem também da sua original justificação soteriológica e ontoteológica. A ética do discurso proposta não pode, destarte, conservar o teor moral integral no que respeita às instituições religiosas, nem tampouco poder sustentar o realismo de validação, típico das normas morais, já que na análise de cunho moral, o ato de construir e o

de descobrir, vale dizer, constituir ou declarar, se entrevinculam distintamente do mero conhecimento teórico. (HABERMAS, 2002, p. 47).

A partir de matriz de contorno rawlsiano, considera que é o ponto de vista moral se sobrepõe à vontade das pessoas, não uma dada ordem moral (pré) suposta, dependente de nossos desígnios, razão pela qual sustenta que não somente o mundo social se desgarra do regramento originário, mas o próprio procedimento argumentativo que tem se direcionado tanto a criação como a descoberta de normas das normas de convívio retilíneo. O construtivismo aplicado aos juízos morais, concebido a partir do modelo autolegisado não se perde, nem também pode desconstruir a epistemologia das fundamentações de ordem moral (HABERMAS, 2002, p. 52).

Centrado na ideia de reconstrução e necessitando identificar quais das intuições morais aceitariam adequadamente esse esforço de reengenharia, Habermas (2002, p. 53) aduz que a ética discursiva valida uma moral pelo “respeito de todos e pela responsabilidade solidária por cada um”, e que isso é obtido por meio da reconstrução racional dos conteúdos, ante uma tradição moral abalada em seus valores de índole religiosa.

Daí, sustentar (2002, p. 53) que a transição das comunidades morais aleatórias para as modernas sociedades atuais, revela-se o princípio discursivo como eficiente instrumento contra o constrangimento imposto aos componentes daquelas comunidades, em termos de garantia do pluralismo na visão de mundo, incursionando, todavia, no enfrentamento do dilema de discutir juízos morais e suas razões, perante a desarticulação do consenso substancial de fundo, quanto às normas morais subjacentes.

Portanto, desde a ótica global como na social restrita a um grupo de pessoas, advêm conflitos de condutas e procedimentos em situações diversas, cujo *ethos* já se mostravam em frangalhos, mas que se enquadravam como conflitos morais que admitem e cobram uma discussão de fundamentação específica.

A multiplicidade de compreensões do que vem a ser a moralidade e questões não inibe que nas sociedades contemporâneas, as variadas visões de mundo se vejam envoltos em crises as quais classificam “conflitos morais”, e, por isso, reclamam soluções baseadas em determinada fundamentação de mesma ordem. Daí, a resposta à crise precisar ser gerada sob uma base profana, devido à inviabilidade de a opção religiosa poder conduzir ao dado “consenso” de ordem moral e que estimulasse uma autocompreensão *ética* que se mostrasse comum a todos.

De qualquer forma, mesmo diante da multiplicidade de visões das sociedades pluralistas, essa opção correria sério risco de fracassar motivado pelo aferramento dos

envolvidos em suas firmes e originais convicções valorativas, na prática sempre conservadas, ao constatarem divergências de convicção em suas concepções acerca do bem, vale dizer, estabelecer-se-ia a inviabilidade de autocompreensão que fosse redutível a uma base comum a todos (HABERMAS, 2002, p. 53).

Suponha-se que, ainda assim, tivessem os envolvidos a intenção de chegar a um acordo mútuo e que não desejassem substituir o convívio moral por outro modo de vida qualquer. Ora, ainda que se observe a impossibilidade de uma autocompreensão comum a todos, partindo-se da intenção de formar um consenso, sem substituição de um convívio moral, seria possível reconhecer que a forma de vida partilhada, qualquer que fosse ela, seria uma forma *comunicativa* e estruturada por meio de um acordo mútuo *linguístico*, do qual se poderia extrair conteúdos normativos que oferecessem base para *orientações em comum*. Assim, a moral extrai um sentido verdadeiro e dependente do que é *individualmente* bom. (HABERMAS, 2002, p. 54)

Por isso, Habermas (2002, p. 54) se põe em cautela em relação a um universalismo, de modo a prevenir abstrações equivocadas e, destarte, beneficiar-se das compreensões originadas da ação comunicativa, concluindo pela necessária e inafastável vinculação entre justiça e solidariedade. Isso porque, a seu ver, as pessoas só logram individualizar-se por via da integração no contexto de uma sociedade. A deferência moral alcança desde o indivíduo irrepresentável àquele componente da sociedade, por isso, o tratamento igual também beneficia aos desiguais, justamente pela consciência de fazer-lhes pertencer ao que se deve fazer comum.

Considere-se, portanto, que um determinado critério de igualdade entre pessoas em relação às demais não encontra validação pelo sacrifício de outro critério ou aspecto, consoante o qual elas sejam tidas como absolutamente diferentes das demais. De tal modo, o universalismo sensível a essas múltiplas diversificações reclama o respeito equânime e mútuo, para uma inclusão que se mostre “não-niveladora e não apreensória do outro em sua alteridade”, nas palavras de Habermas (2002, p. 55)

A pretensão de reconhecimento da igualdade entre as pessoas, deve prestigiar, antes de tudo, a noção de que elas sejam diferentes entre si e de todas as outras, em sua extensa individualidade. Somente assim se consegue enxergar a diferença como igualdade para em harmonia alcançar a necessária tolerância de aceitar viver a diferença.

Constitui-se, portanto de processo eminentemente comunicativo, cuja essencialidade transita pela argumentação, conduzida a partir de conceitos e pontos de vista produzidos individualmente, mas sempre objetivando atingir um consenso de e entre todos os atores em

dado processo decisional. Em conclusão, tem-se que o consenso a ser buscado, necessariamente deve ser um consenso que prestigie a aceitação do outro em sua diferença e, portanto, a verdadeiramente “inclusão do outro”.

No contexto do processo argumentativo, Habermas destaca quatro características que considera indispensáveis:

(a) ninguém que possa dar uma contribuição relevante pode ser excluído da participação; (b) a todos se dará a mesma chance de dar contribuições; (c) os participantes devem pensar aquilo que dizem; (d) a comunicação deve ser isenta de coações internas ou externas, de tal forma que os posicionamentos de “sim” e de “não” ante reivindicações de validação criticáveis sejam motivados tão-somente pela força de convencimento das melhores razões. (HABERMAS, 2002, p. 55)

Partindo-se da premissa que essas quatro opções pragmáticas sejam respeitadas, no âmbito de um processo argumentativo, ter-se-á nos “discursos práticos”, as seguintes consequências ou resultados:

(a) por causa do caráter público e inserção de todos os envolvidos e (b) por causa da igualdade de direitos de comunicação para todos os participantes, só poderão ter espaço as razões que levem em conta, de forma equânime, os interesses e as orientações de valor de cada um; e por causa de ausência de (c) engano e (d) coação, só poderão ser decisivas as razões para o assentimento de uma norma discutível. (HABERMAS, 2002, p. 56)

Daí concluímos que em Habermas, acatada a noção de acordo mútuo conforme ele próprio preceitua, e sendo uma aceitação “não coativa” tem-se um resultado “em comum”. Portanto, para Habermas, não faz sentido prever acordos morais que não se baseiem em processos comunicativos, nos quais a argumentação obedeça às características acima destacadas em citação direta.

Somente a observância do processo comunicativo de argumentação qualificada pode conduzir a produção de acordos morais e viabilizar a transposição de crises semânticas ou morais para permitir a “inclusão do outro”, pois o ideal de *incluir o outro* se consubstancia em aceitar formar uma comunidade cujos componentes sejam acolhidos, sem necessidade nivelamentos homogeneizantes uniformizadores. Trata-se de “inclusão sem confinamento”.

Não cerrar os olhos ao que é diferente, sem, por isso, ter de mantê-lo na condição de alheio. Os limites comunitários devem ser abrandados e constituir espaço de abertura a todos, notadamente aos que nos são diferentes, originalmente estranhos às nossas crenças, cultura, nação, mas que, ainda assim, possam estabelecer conosco interesses comuns que justifiquem o acordo mútuo comunicativo, mas desejem permanecer fiéis às suas diferenças.

6 Brasil: a densificação do papel do Estado e as políticas públicas inclusivas

No Brasil, é possível dizer que por meio da estrutura atual do Conselho Nacional de Saúde temos como densificar o papel do Estado e do Direito na inclusão do outro. Explica-se: o Conselho Nacional de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, é um órgão colegiado, composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuário, tendo por finalidade atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde em instância federal⁶, inclusive no que tange aos aspectos econômicos e financeiros.

Ainda que suas decisões devam ser homologadas pelo Ministro da Saúde, sua importância na condução das questões relacionadas à saúde é inquestionável dado que, juntamente com a Conferência Nacional de Saúde, o Conselho é meio pelo qual se institucionalizou a participação e o controle social na área de saúde. É verdade que tal participação foi contemplada pela própria Constituição de 1988, que vaticinou que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único e se organizando também de acordo com a diretriz da participação da comunidade.

Em 1990, através da Lei 8.142, a participação da comunidade na gestão do sistema de saúde brasileiro – o SUS (Sistema Único de Saúde) – foi disciplinada, determinando-se contasse o sistema, em cada esfera de governo, com duas instâncias colegiadas: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. A primeira com a função de avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, reunindo-se, assim, a cada quatro anos; e a segunda, como já dito, para atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros.

De todo modo, é um equívoco pensar que o Conselho Nacional de Saúde (CNS) tenha sido criado pela Lei 8.142/90, quando, na verdade, tal fato ocorreu em 1937, quando a Lei 378, de 13 de janeiro de 1937, que deu nova organização ao então Ministério da Educação e Saúde Pública, determinou, em seu art. 67, sua criação enquanto órgão de assistência do renomeado Ministério da Educação e Saúde. Quando o Ministério da Saúde separou-se do

⁶ Na estrutura do sistema de saúde brasileiro, existe um conselho de saúde em cada ente federado; assim, existem 27 conselhos de saúde em âmbito estadual e mais de 5 mil em âmbito municipal.

Ministério da Educação, o CNS, regulamentado pelo Decreto 34.347, de 8 de abril de 1954, tinha a função de assistir ao Ministro da Saúde na determinação das bases gerais dos programas de proteção à saúde, sendo composto por 17 membros, dos quais 14 eram indicados pelo Ministro e designados pelo Presidente da República, sendo 8 pessoas de notória capacidade em assuntos relativos à saúde e 6 escolhidos entre os titulares dos principais cargos de chefia do Ministério. Os 3 demais membros (natos) eram o diretor-geral do Departamento Nacional de Saúde, o diretor-geral do Departamento Nacional da Criança e o Ministro da Saúde, que presidia o CNS.

Embora a lei 8.142/90 não pormenorize as funções dos Conselhos de Saúde – incluído aí o Conselho Nacional de Saúde – ou mesmo explicita sua composição, indica sua natureza jurídica (órgão colegiado, de caráter permanente e deliberativo) e parametriza sua composição (representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde, usuários, representantes do Conselho Nacional de Secretários de Saúde e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde, sendo a representação dos usuários paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos).

Assim, deve-se ao Decreto 5.839, de 11 de julho de 2006, a atual estrutura do Conselho Nacional de Saúde, dado que dispõe sobre sua organização, atribuições e processo eleitoral, entre outras providências. Assim, foi meio deste Decreto que restou estabelecida sua atual composição – 48 membros, normatizando-se um novo padrão percentual neste aspecto: De acordo com o que determina seu artigo 3º, além da observância obrigatória da composição do Conselho ser paritária em relação ao segmento dos usuários (art. 1º, § 4º da Lei 8.142/90), a metade da representação conjunta dos demais segmentos deve ser dada aos representantes de entidades profissionais de saúde, incluída a comunidade científica nesta área. Assim, dos 48 membros, 24 devem representar o segmento dos usuários, 12 as entidades de profissionais de saúde e da comunidade científica em saúde, 6 o Governo Federal, 1 o CONASS, 1 o CONASEMS, 2 as entidades de prestadores de serviços de saúde e 2 as entidades empresariais com atividades na área de saúde.

Também por sua dicção, a escolha das entidades que o compõem, respeitados os limites acima, será feita por meio de processo eleitoral, realizado a cada três anos, onde poderão concorrer entidades cujos parâmetros de existência estejam de acordo com as definições trazidas pela norma em comento⁷. Também merece destaque a inovação

⁷ Refere o art. 5º Para efeito de aplicação deste Decreto, definem-se como: I - entidades e movimentos sociais nacionais de usuários do SUS – aqueles que tenham atuação e representação em, pelo menos, um terço das

introduzida pelo seu artigo 6º, que prevê seja a eleição do Presidente do CNS, entre os conselheiros titulares, em escrutínio secreto e em reunião em que tomem posse os novos membros, sendo votantes somente os membros titulares do Conselho. Assim, pela primeira vez desde sua criação, o cargo de presidente deixou de ser uma prerrogativa do Ministro da Saúde, tornando-se eletivo, permitindo que qualquer titular concorra à presidência do fórum.

Estas eleições são regidas por meio de Resolução⁸ do próprio Conselho de Saúde, que seguindo os parâmetros legais fornecidos pela Lei 8.142/90 e pelo Decreto 5.839/2006, disciplina o processo de eleição, estabelecendo: I - 24 (vinte e quatro) vagas para representantes titulares e 48 (quarenta e oito) vagas para representantes primeiro e segundo suplentes para as entidades e os movimentos nacionais de usuários do SUS; II - 12 (doze) vagas para representantes titulares e 24 (vinte e quatro) vagas para representantes primeiro e segundo suplentes para as entidades nacionais de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde; III - 2 (duas) vagas para representantes titulares e 4 (quatro) vagas para representantes primeiro e segundo suplentes para as entidades nacionais de prestadores de serviços de saúde; e IV - 2 (duas) vagas para representantes titulares e 4 (quatro) vagas para representantes primeiro e segundo suplentes para as entidades empresariais nacionais com atividades na área da saúde.

São as próprias entidades que decidem se vão se inscrever no processo eleitoral como eleitoras ou candidatas, dirigindo suas inscrições à Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Saúde. Assim, as inscrições são feitas por meio de requerimento dirigido à Comissão Eleitoral, expressando a vontade de participar da eleição, especificando o segmento a que pertence a entidade ou movimento e a vaga para a qual está se candidatando⁹.

As entidades que atualmente compõem o Conselho Nacional de Saúde como titulares no segmento de Usuários são: (1) Central de Movimentos Populares; (2) Força Sindical; (3) Movimento Nacional de Luta Contra a Aids; (4) Organização Nacional dos Cegos do Brasil;

unidades da Federação e três regiões geográficas do País; II - entidades nacionais de profissionais de saúde, incluindo a comunidade científica - aquelas que tenham atuação e representação em, pelo menos, um terço das unidades da Federação e três regiões geográficas do País, vedada a participação de entidades de representantes de especialidades profissionais; III - entidades nacionais de prestadores de serviços de saúde - aquelas que congreguem hospitais, estabelecimentos e serviços de saúde privados, com ou sem fins lucrativos, e que tenham atuação e representação em, pelo menos, um terço das unidades da Federação e três regiões geográficas do País; e IV - entidades nacionais empresariais com atividades na área da saúde - as confederações nacionais da indústria, do comércio, da agricultura e do transporte que tenham atuação e representação em, pelo menos, um terço das unidades da Federação e três regiões geográficas do País. Parágrafo único. Consideram-se colaboradores do CNS as universidades e as demais entidades de âmbito nacional, representativas de profissionais e usuários de serviços de saúde.

⁸ Atualmente Resolução 457, de 09 de agosto de 2012, que aprova o Regimento Eleitoral para o triênio 2012/2015

⁹ Art. 6º, da Resolução 457/2012 – Conselho Nacional de Saúde

(5) Federação Nacional das Associações de Celíacos do Brasil; (6) Confederação Nacional dos Bispos do Brasil; (7) Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira; (8) Movimento das Pessoas Atingidas pelas Hanseníase – MORHAN; (9) Central Única dos Trabalhadores – CUT; (10) Confederação Brasileira dos Aposentados e Pensionistas – COBAP; (11) Central Geral dos Trabalhadores do Brasil – CGTB; (12) Fórum de Presidentes de Conselhos Distritais de Saúde Indígena; (13) Associação Brasileira dos Ostromizados; (14) Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos; (15) Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG; (16) Associação Brasileira de Autismo – ABRA; (17) Federação Nacional das Associações de Pessoas com Doenças Falciformes – FANAFAL; (18) Associação Brasileira de Alzheimer e Doenças Similares – ABRAz; (19) Associação Brasileira de Delegados e Amigos da Confederação Espírita Pan-Americana – CEPA Brasil; (20) União de Negros pela Igualdade – UNEGRO; (21) União Nacional de Estudantes – UNE; (22) Liga Brasileira de Lésbicas – LBL; (23) Confederação Nacional das Associações de Moradores – CONAM; (24) Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down¹⁰;

As entidades titulares representativas do segmento de Profissionais de Saúde são seguintes: (1) Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES; (2) Conselho Federal de Odontologia; (3) Associação Brasileira de Enfermagem – ABEn; (4) Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS; (5) Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC; (6) Conselho Federal de Fonoaudiologia; (7) Federação Nacional dos Assistentes Sociais – FNAS; (8) Conselho Federal de Nutricionistas; (9) Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social – CNTSS; (10) Federação Nacional dos Farmacêuticos – Fenafar; (11) Conselho Federal de Psicologia; (12) Conselho Federal de Medicina.

O segmento de Prestadores de Serviço tem como entidades titulares (1) União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS; (2) Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC; (3) Confederação Nacional da Indústria – CNI; (4) Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS. E, por fim, o segmento governamental (Gestores) é representante pelas seguintes entidades titulares: (1) Ministério da Saúde – vaga do Ministro da Saúde; (2) Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde – CONASEMS; (3) Ministério do Trabalho e Emprego; (4)

¹⁰ Relação disponibilizada na página institucional do Conselho Nacional de Saúde – www.conselho.saude.gov.br. Acesso em 28 de julho de 2013.

Ministério da Saúde; (4) Ministério da Educação; (5) Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS; (5) Ministério da Saúde¹¹; (6) Ministério da Previdência Social.

Assim, o Conselho Nacional de Saúde, órgão que tem por dever atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde em nível federal, inclusive no que tange aos seus aspectos econômicos e financeiros, precisa congrega diversas instituições e entidades que, defendendo os interesses daqueles a quem representam, se juntam para o cumprimento de um objetivo comum; um objetivo que, se deve satisfazer a todos coletivamente, deve também satisfazer a cada entidade, a cada organização social, individualmente. Deve, portanto, incluir o outro, o diferente, que é, justamente, cada uma das organizações sociais, governamentais e de prestadores que fazem parte do Conselho. Cada um com olhares, saberes e aspirações diferentes.

Portanto, seja por sua estruturação legal, seja por sua atual composição, o Conselho Nacional de Saúde pode ser considerado como um densificador da função promocional do Direito, exercida pelo Estado, para inclusão de outro.

7 Conclusão

Considerando-se a estrutura do Estado e sua vertente Administração Pública, conjugadas aos valores e práticas que sustentam o modo de viver em sociedades tidas por pluralistas, é possível verificar-se grandes contrastes multiculturais do que decorre não só separação e/ou segregação, além de notada resistência à implementação de políticas públicas efetivadoras dos direitos sociais inclusivos, segundo um contexto de normas que valham para uns e não para todos, com o fito de promover a inclusão, pela compensação.

O Estado, como sociedade política de fins gerais, deve necessariamente adotar por finalidade a busca pelo bem comum, a fim de viabilizar a cada membro ou cidadão poder interagir com a sociedade para satisfazer seus interesses e necessidades pessoais, sejam quais forem – desde que legítimos e condicionados, é claro, à conformidade com a ordem jurídica posta, cuja expressão máxima é a Constituição.

O Estado busca cumprir suas metas, tomando o direito por instrumento, hábil a oferecer alternativas aos cidadãos na luta por seus fins particulares, além de se propor a promoção de alterações substanciais na sociedade, pelo condicionamento ou estímulo de

¹¹ Não há equívoco na menção tripla do Ministério da Saúde. No triênio 2012/2015 este Ministério tem 3 membros como titulares.

comportamentos socialmente desejáveis, cumprindo a certa altura uma função diretiva na Sociedade.

A multiplicação de normas estatais deixa evidente, no Estado contemporâneo, a expansão do conceito de hetero-organização, pelo, cada vez mais frequente, emprego de técnicas de encorajamento. Assim, também o Estado pode delas valer-se para, fundado na função diretiva do direito, incentivar mudanças sociais.

A inclusão do outro é um comportamento socialmente desejável, na medida em que tal prática certamente contribui para a redução de conflitos sociais gerados pelas tensões entre grupos sociais que professem distintas crenças ou culturas, evitando, assim, marginalização ou exclusão dos membros da sociedade e, possibilitando, que cada um, em sua alteridade, possa alcançar seus fins particulares.

O Estado, por meio do direito promocional, pode tornar as ações sociais relacionadas à inclusão do outro, necessárias ou mesmo fáceis e vantajosas. Habermas afirma que a comunicação é essencial no processo inclusivo, eis é por meio dela que se vai argumentar e, então, chegar-se a um consenso que possa ser moralmente fundamentado, porque motivado pela força do convencimento das melhores razões. Para que esse tipo de comunicação ocorra, pressupõe uma espécie de condição ideal de fala, ligando ao processo argumentativo qualidades que implicam numa igualdade absoluta entre os atores do processo decisional.

As técnicas de encorajamento permitem ao Estado facilitar este processo, tornando-o sempre e cada vez mais vantajoso, de modo a incentivar sua prática e, assim, ocasionar uma mudança na forma como a sociedade toma suas decisões.

Faz-se impositivo reconhecer as qualidades do processo argumentativo desenhado por Habermas, como um fim a ser conduzido pelo e para o Estado, em seu dever, portanto, de garantir a não exclusão pela participação nos processos de tomada de decisão, viabilizando oportunidade a todos de ofertar a sua contribuição à esfera decisória.

A diversidade de atores: associações, entidades, sindicatos e movimentos, que podem livremente candidatar-se dentro dos segmentos que representam, a fim de atuarem na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde em instância federal, inclusive no que tange aos aspectos econômicos e financeiros, deixa claro o papel do Direito e do Estado na inclusão do outro; aquele que é aqui caracterizado por pessoas de tão distintas representações e com tão distintas necessidades.

O papel do Direito se faz densificado por meio dos instrumentos normativos elencados, e do Estado, por meio do papel institucional que destina ao Conselho, fazendo dele muito mais do que simples “aconselhador”, mas uma instituição através da qual a

população. Além de poder participar e controlar as ações e serviços públicos de saúde, está de fato representada em seus interesses particulares.

Assim, retomando-se o que se pretendeu fosse o objetivo deste estudo, é possível concluir que é finalidade do Estado a inclusão do outro e que pode (e deve) fazê-lo por meio da função promocional do direito, ou seja, adotando práticas de encorajamento que levem os indivíduos a reconhecer e aceitar a alteridade dos membros que compõe a sociedade de fins gerais da qual fazem parte.

8 Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito* (Trad. Daniela Beccaccia Versiani). Barueri: Manole, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador* - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Almedina, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HAMILTON, Alexander; **MADISON**, James and **JAY**, John. (Org. Kesler) *The Federalist Papers*. New York: Signet Classic, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEGRO, Dalmacio. *Historia de las formas del estado: una introducción*. Madrid: El Buey Mudo, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.