

## **Organizadores**

Yuri Schneider

Rodrigo Garcia Schwarz

Robison Tramontina

# Série

## **Direitos Fundamentais Sociais**

*Filosofia e Efetividade dos Direitos Fundamentais  
Sociais - Tomo III*



Editora Unoesc



## **Organizadores**

Yuri Schneider

Rodrigo Garcia Schwarz

Robison Tramontina

# Série

## **Direitos Fundamentais Sociais**

*Filosofia e Efetividade dos Direitos Fundamentais  
Sociais - Tomo III*



Editora Unoesc

**Editora Unoesc**

Coordenação  
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Gilvana Toniélo, Giovana Patrícia Bizinela, Bianca Regina Paganini  
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro e Daniely A. Terao Guedes  
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F488	Filosofia e efetividade dos direitos fundamentais sociais: Tomo III / organizadores Yuri Schneider, Rodrigo Garcia Schwarz, Robinson Tramontina. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. - (Série Direitos Fundamentais Sociais) 342 p. ; il. ; 30 cm.  ISBN 978-85-8422-033-5  1. Direitos fundamentais. 2. Direitos - Filosofia. 3. Princípio da efetividade. I. Schneider, Yuri. II. Schwarz, Rodrigo Garcia. III. Tramontina, Robinson. IV. Série
	CDD 340.1

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor  
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*  
*Campus* de Chapecó  
Ricardo Antonio De Marco  
*Campus* de São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D'Agostini  
*Campus* de Videira  
Antonio Carlos de Souza  
*Campus* de Xanxerê  
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação  
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria  
Alciomar Marin

**Conselho Editorial**

Fabio Lazzarotti  
Débora Diersmann Silva Pereira  
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro  
Glauber Wagner  
Eliane Salete Filipim  
Carlos Luiz Strapazzon  
Marilda Pasqual Schneider  
Claudio Luiz Orço  
Maria Rita Nogueira  
Daniele Cristine Beuron

**Organizadores**

Yuri Schneider  
Rodrigo Rodrigo Garcia Schwarz  
Robinson Tramontina

**Comissão Científica**

Rogério Gesta Leal (Unoesc, Brasil)  
Rodrigo Goldschmidt (Unoesc, Brasil)  
Francesco Saitto (La Sapienza, Italia)  
Mercè Barcelò i Serramallera (UAB-Espanha)  
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)  
Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil, Brasil)  
Christian Courtis (UBA, Argentina)  
Ivan Obando Camino (Talca, Chile)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

## SUMÁRIO

**APRESENTAÇÃO** ..... 7

### **CAPÍTULO I - NOÇÕES FILOSÓFICAS E NOVAS TENDÊNCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

**ALGUMAS REFLEXÕES A RESPEITO DA CONCEPÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE A PARTIR DA OBRA DE RONALD DWORKIN** ..... 11  
Adilso Antonio Santin

**HANS KELSEN: IDENTIDADE, HISTORICIDADE E RECEPÇÃO NO BRASIL** ..... 15  
Ricardo Gaulia Borrman, Thais Janaina Wenczenovicz

**INSTITUIÇÕES SOCIAIS, BENS E JUSTIÇA SEGUNDO JOHN RAWLS** ..... 31  
Robison Tramontina, Anny Marie Santos Parreira

**TRABALHO RECONHECIDO À LUZ DA TEORIA DE AXEL HONNETH** ..... 43  
Samoel Sander Mühl, Rodrigo Goldchmidt

**PRECEDENTES JUDICIAIS** ..... 47  
Alex Copetti, Rogério Gesta Leal

**MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS** ..... 59  
Daiane Garcia Masson, Rogério Luiz Nery da Silva

**PROPORCIONALIDADE E INSIGNIFICÂNCIA PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CRIMES DE FURTO** ..... 63  
Conrado Augusto Momoli

### **CAPÍTULO II - TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SEUS MECANISMOS DE EFETIVIDADE**

**O CONCEITO E A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS** ..... 79  
Amanda Francine Gazola da Silva

**OS CUSTOS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS** ..... 93  
Daniela Regina Riboli, Rogério Gesta Leal

**O PROBLEMA DA EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UM DEBATE SEMPRE ATUAL** ..... 105  
André Rodrigues, Rogério Gesta Leal

<b>A PROBLEMÁTICA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>131</b>
Neli Lino Saibo, Rogério Luiz Nery da Silva	
<b>ALGUNS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E JURÍDICOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS - O EMBATE ENTRE O DIREITO E A REALIDADE.....</b>	<b>143</b>
Rogério Gesta Leal, Antonio Cesar Trindade	
<b>DIGNIDADE HUMANA E POLÍTICAS PÚBLICAS EM MEIO AMBIENTE NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.....</b>	<b>167</b>
Denis Silvano Domingues, Thaís Janaina Wenczenovicz	
<b>SEGURANÇA VIRTUAL NO ESPAÇO PÚBLICO .....</b>	<b>183</b>
Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina, Vinícius Almada Mozetič	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE ASSEGURAR O DIREITO SOCIAL À MORADIA.....</b>	<b>199</b>
Luiz Geraldo Gomes dos Santos, Rogério Luiz Nery da Silva	
<b>A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA: CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES .....</b>	<b>205</b>
Rogério Gesta Leal, Maria Gabriela Basso Rizzotto	
<b>CAPÍTULO III - A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA: CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES</b>	
<b>A DISCRIMINAÇÃO DO GÊNERO FEMININO EM RELAÇÃO AO GÊNERO MASCULINO NO MERCADO DE TRABALHO .....</b>	<b>217</b>
Yuri Schneider, Leandra Zatta Cassaniga	
<b>A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO ATRAVÉS DOS TEMPOS E O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....</b>	<b>229</b>
Jaqueline Bitencourtt Pedrozo	
<b>O TRABALHO DA MULHER, UM CONTEXTO DE DISCRIMINAÇÃO .....</b>	<b>243</b>
Rodrigo Goldschmidt, Carliana Luiza Rigoni	
<b>PSICODINÂMICA DO TRABALHO E QUALIDADE DE VIDA DO TRABALHADOR: O PROBLEMA DO ESTRESSE OCUPACIONAL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO .....</b>	<b>253</b>
Maiara Vanessa Gusi, Rodrigo Goldschmidt	
<b>A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO DO DESENVOLVEDOR DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR: ANÁLISE QUANTO À TITULARIDADE DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DO SOFTWARE ELABORADO NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO OU VÍNCULO ESTATUTÁRIO .....</b>	<b>269</b>
Robison Tramontina, Alexandra Vanessa Klein Perico	
<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NA OCORRÊNCIA DE ACIDENTE DO TRABALHO SOB A ÉGIDE PROTETIVA DO DIREITO DO TRABALHO.....</b>	<b>287</b>
Caren Silva Machado, Isadora Kuana Lazaretti, André Amaral Medeiros	

**A POSSIBILIDADE DA CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE SOB A ANÁLISE DO ATUAL ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO ..... 301**

Caren Silva Machado, Isadora Kuana Lazaretti

**A PROBLEMÁTICA DA LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO TENDO COMO BALIZADOR O CRITÉRIO DE ANÁLISE DA ATIVIDADE-FIM E A ATIVIDADE-MEIO DA TOMADORA..... 315**

André Rodrigues, Rogério Gesta Leal

**A LIMITAÇÃO TEMPORAL TRAZIDA PELA LEI 8742/1993 AO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA SEGUNDO A TEORIA DAS RESTRIÇÕES E DA *CAPABILITY APPROACH*..... 337**

Maria Helena Pinheiro Renck, Carlos Luiz Strapazzon



## APRESENTAÇÃO

A obra coletiva que tenho a honra de apresentar *Série Direitos Fundamentais Sociais: Tomo III - Filosofia e Efetividade dos Direitos Fundamentais* é resultado dos trabalhos dos grupos de pesquisa do PPGD/Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Os autores dos artigos são, seguramente, destacados pesquisadores sobre suas matérias, com competência teórica e aguçado espírito crítico, fruto, sem dúvida, de suas indignações diante das matérias que abordam e pesquisam já de longa data.

A obra evidencia, de forma hialina o diálogo e a sintonia acadêmica plena com que os pesquisadores do Mestrado em Direito da Unoesc vêm realizando.

O Tomo III da presente obra, que aborda os constantes estudos sobre Direitos Fundamentais Sociais, trabalha com questões de alta relevância acadêmica que estão diuturnamente na pauta de todos os países.

O tema “Filosofia e Efetividade dos Direitos Fundamentais” é, indubitavelmente, tema que traz importante relevância para o constante estudo da atuação do Estado na efetivação de políticas públicas para concretização de tais direitos.

A Constituição Federal de 1988 promulgada no segundo pós-guerra, após inúmeros movimentos sociais e um longo período ditatorial, instituiu em seu art. 1º a construção de um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

Em que pese tais promessas constitucionais, no Brasil, assim como em outros países conhecidos como de Terceiro Mundo (destacando-se países da África, Ásia e América do Sul), estas não alcançaram efetividade.

A condição de Welfare State não chegou a ser concretizada, o que faz parecer que o Brasil vive uma espécie de “pré-modernidade” ou “modernidade tardia”, em que há uma nítida contradição entre o que prevê a Constituição e a situação fática.

Nesse contexto de “fragilização” do texto constitucional, diante das promessas não cumpridas da modernidade e de uma crise do Estado, tudo se reflete em uma crise jurídica.

Tal como observado por Hesse, a garantia de liberdade do indivíduo que os direitos fundamentais pretendem assegurar somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre.

Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade.

Essas características condicionam e tipificam a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Eles asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática.

Por isso da importância desta obra, visto que os artigos aqui apresentados estão articulados de maneira que abordam sobremaneira aspectos de discussão política, histórica, filosófica e dogmática relativos à filosofia e efetivação de tais direitos ditos fundamentais.

Dessa forma, nesta obra os autores retomam vários aspectos a respeito do tema proposto nos grupos de pesquisa do PPGD da Unoesc, trazendo com suas impressões críticas uma contri-

buição extremamente importante para a (re)construção e avanço das questões democráticas de Direitos Sociais.

Por certo, não há que se negar que a significativa contribuição dos autores nos coloca diante de novas interrogações e novas exigências, que passam a ser referência imperiosa para um debate ético e questionador sobre as práticas efetivas que restabelecem o verdadeiro sentido dos Direitos Fundamentais Sociais.

Para mim, uma honra; para os leitores, uma ótima oportunidade para repensar a necessária importância destes direitos.

Prof. Dr. Yuri Schneider<sup>1</sup>  
Organizador da Obra.

---

<sup>1</sup> Advogado. Doutor e Mestre em Direito Público pela Unisinos. Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) da Unoesc. Professor de Graduação e Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Professor da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Escola Superior de Direito Municipal de Porto Alegre/RS. Professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

# Capítulo I

*Noções Filosóficas e Novas Tendências dos  
Direitos Fundamentais Sociais*



# ALGUMAS REFLEXÕES A RESPEITO DA CONCEPÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE A PARTIR DA OBRA DE RONALD DWORKIN

Adilso Antonio Santin\*

## RESUMO

Este trabalho parte da análise da concepção do princípio da igualdade na obra *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, de Ronald Dworkin. Assim, a ideia principal que pauta o presente estudo é a busca pelo entendimento do conceito de igualdade distributiva, seguida da averiguação acerca da complexa relação existente entre a igualdade e a liberdade, no que importa uma especial teorização concepcional acerca de uma e de outra. Além disso, são consideradas algumas posições de Dworkin a respeito do princípio da igualdade quando avaliada em casos judiciais marcantes, complementadas por questões históricas que envolvem o surgimento da Décima Quarta Emenda Constitucional e a versão substantiva do princípio do *due process of law* nos Estados Unidos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. *Due process of law*. Igualdade. Liberdade.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, por sua natureza peculiar e a relação simbiótica que mantêm com outras disciplinas de matrizes não jurídicas, oferecem muitos problemas de ordem conceitual, o que decorre da quase ausência de objetividade que permeia a matéria. Dessas circunstâncias decorrem dificuldades práticas importantes à efetividade de tais direitos. Nesse âmbito, os aspectos teóricos relativos ao princípio da igualdade se mostram importantes, porquanto se trate de princípio que antecede cronologicamente outras construções jusfundamentais extremamente importantes, conforme o atesta o intenso e atual debate relacionado ao assunto. Na medida em que se mostrem possíveis várias concepções da ideia de igualdade, é relevante entender uma que a posicione na base da distribuição dos bens disponíveis em uma sociedade razoavelmente organizada e que, ademais, que a relacione de uma maneira muito particular com o grande valor que é a liberdade. Além de percorrer esse itinerário, é essencial entender a forma pela qual o princípio da igualdade tem sido interpretado no âmbito de alguns casos judiciais extremamente difíceis, que, além de trazer à tona essa discussão específica, modulam as decisões pela previsão constitucional da versão substantiva do *due process of law*.

## 2 RESULTADOS

O primeiro resultado alcançado expressa a profunda contextualização da obra de Dworkin no ambiente jurídico e social norte-americano, o que sugere a adoção de cuidados em relação a possíveis analogias ou transposições para outras sociedades. Contudo, isso não significa, *a priori*, que os aspectos teóricos do estudo não possam ser aproveitados de maneira válida em outras realidades, mas que, ao fazê-lo, há que se observar que a concepção de igualdade distributiva e sua relação com a liberdade; ambas consideradas de forma extremamente específica; não parecem

---

\* adilso santin@gmail.com

sustentáveis em uma sociedade que não se pautе pelos mesmos valores construídos e cultuados pela sociedade norte-americana. Outro resultado facilmente identificável é a proximidade da alegoria do “leilão hipotético” de Dworkin com a visão contratualista clássica de “estado de natureza”, como também ocorre com a ideia da “posição original”, encontrada na obra de John Rawls. O uso de tais abstrações permite concluir que o autor concorda com a quase impossibilidade prática do uso de suas teorias numa sociedade real, da mesma forma que aceita largas restrições à aplicabilidade de sua concepção de igualdade. Não obstante, essa característica comum aos trabalhos de fundo filosófico, longe de depreciá-los, simplesmente os valoriza como exercício reflexivo válido. Noutro sentido, a igualdade de Dworkin propõe um ente estatal cujas tarefas principais são a promoção da justiça social e o respeito à liberdade, tudo no intuito de propiciar que os cidadãos façam suas próprias escolhas de natureza moral. Tal concepção pressupõe, por certo, uma liberdade muito especificamente concebida, exigindo um elevado nível de discernimento individual, além de organização e participação política. Ou seja, mesmo partindo da hipótese do “leilão imaginário”, o cidadão deve ter conhecimento suficiente para guiar suas próprias escolhas, que estão inevitavelmente vinculadas às consequências inerentes. Também se percebe que a liberdade não se opõe à igualdade como ideal, e nem se traduz em uma virtude restringida pela igualdade de recursos, pois, antes disso, se caracteriza como fundamento da mesma. Existe, sim, a prioridade da liberdade na igualdade de recursos, que, no pensamento do autor, é essencial para a justiça política. No âmbito dos tribunais, primeiro se verifica uma discrepância acerca da importância dos princípios, que, por óbvio, acaba por se refletir no conteúdo e na qualidade das decisões, especialmente considerando a Suprema Corte. Também é visível certa divergência sobre a concepção dos princípios da igualdade e da liberdade, o que proporciona elevado grau de insegurança, expresso por decisões que apontam para um empate de posições diametralmente opostas. Por fim, Dworkin dá a entender que o princípio da igualdade, além de ser um postulado importante da justiça, é um verdadeiro princípio constitucional, de onde se pode inferir que o mesmo deveria ser considerado o mais objetivamente possível, de modo a atrair prerrogativas inquestionáveis quanto à sua relevância, o que também implica na relevância da manifestação substantiva do princípio constitucional do *due process of law*.

### 3 DISCUSSÃO

Uma eventual relevância prática das ideias emanadas da obra analisada no contexto brasileiro oferece, em tese, o formidável problema do excesso de intervencionismo estatal, cuja face oposta se caracteriza pela ausência de iniciativas consideradas obrigatórias aos olhos dos direitos fundamentais. O Estado brasileiro parece exagerado em determinados aspectos, enquanto se mostra mínimo em outras circunstâncias, revelando-se insuperável no tocante a legislações restritivas, que produzem inconstitucionalidades evidentes, ainda que tal somente possa ser declarado pelo Poder Judiciário, âmbito no qual certas urgências não encontram o necessário cuidado e a atenção exigida. De outro lado, é notória a ineficiência do Estado quando exigido para garantir aspectos positivos dos direitos fundamentais. Uma avaliação a partir da ideia da igualdade distributiva de recursos tenderia, possivelmente, a demonstrar que a sociedade brasileira se dirigiu por escolhas e condicionantes que a colocaram em uma posição oposta à ideia de igualdade distributiva de Dworkin, já que a péssima distribuição dos recursos disponíveis é sempre apontada como grande

causa dos males atuais em nosso país. Nesse debate se podem mencionar os casos que envolvem cotas raciais e direito de minorias, como quilombolas e índios, ou, ainda, dos grupos em situação de risco, cujas políticas públicas possivelmente não resistam a um olhar mais crítico, ainda que persista a máxima de que as contingências históricas são evidentes e que algo deve ser feito para superar as dificuldades impostas a tais cidadãos. Assim, a questão parece clara: se é ou não possível promover justiça social desconsiderando circunstâncias que embasam as crises que a ela se opõe. Ou ainda, se de fato a má distribuição de recursos está no cerne do problema, e se, em sendo o caso, as forças do Estado devem ser direcionadas à minimização disso por todos os meios disponíveis, até que se alcance uma posição minimamente aceitável, considerando aí um parâmetro próprio e condizente com o alcance das forças do Estado. E, por fim, se, existindo relação entre escolhas e consequências, se vislumbram nos cidadãos brasileiros as condições necessárias para a realização de escolhas que se mostrem minimamente racionais e que permitam a visualização de seus desdobramentos.

## REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade - A linha decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.



# HANS KELSEN: IDENTIDADE, HISTORICIDADE E RECEPÇÃO NO BRASIL

Ricardo Gaulia Borrman\*  
Thais Janaina Wenczenovicz\*\*

## RESUMO

O presente artigo apresenta elementos biográficos de Hans Kelsen no que tange a sua construção identitária/profissional e sua colaboração teórica ao campo do Direito. Kelsen foi um jurista e filósofo, descendente de família de judeus, sendo considerado um dos mais importantes e influentes estudiosos do Direito do século XX. Também é considerado um dos produtores literários mais profícuos de seu tempo, tendo publicado centenas artigos e diversos livros, com destaque para a Teoria Pura do Direito (“Reine Rechtslehre”) pela difusão e influência alcançada. De família judaica, sendo ele mesmo ateu, Kelsen, foi perseguido pelo nazismo onde emigrou para a Suíça e depois para os Estados Unidos, local o qual permaneceu até a morte. Também exerceu a função de docente na Universidade de Berkeley, Califórnia. Sofreu severas críticas por parte das correntes filosóficas não-juspositivistas, alegando que sua teoria pura do direito limita o conhecimento jurídico, enquanto objeto de estudo científico, à sua dimensão estatal, mais precisamente à norma, apartando da discussão sobre o direito a própria realidade histórica que o circunda e que o origina. De acordo com essas críticas, a teoria de Kelsen não permitiria o estudo das relações entre normas jurídicas e os valores sociais (moral e ética). Constata-se, pois, que o pensamento de Kelsen não fazia unanimidade. Apesar disso, os princípios fundantes de seu raciocínio jurídico-científico permitiram o desenvolvimento da análise lógica entre leis e técnicas jurídicas, e hoje são reconhecidas, servindo de base para muitas das instituições jurídicas que sustentam o dogmatismo jurídico ideal.

Palavras-chave: Hans Kelsen. Identidade. Brasil.

## 1 INTRODUÇÃO

O indivíduo moderno pode ser entendido a partir de uma perspectiva atomista da atividade humana, analisando atos e transações complexas em termos de componentes simples. Por esse motivo, não é incomum considerar a ação humana como um ato puramente voluntário, deixando de lado a importância do contexto histórico para a sua significação, fazendo uma separação nítida entre o indivíduo e os papéis sociais que ele interpreta, de forma a tornar a vida nada além de uma série de episódios desconexos e incompreensíveis como unidade, liquidando o próprio eu (MACINTYRE, 2001).

Diante dessa constatação, Macintyre diz que, para que o eu subsista, é preciso entender a vida humana como uma unidade narrativa, com começo, meio e fim, formada pelas ações humanas individuais, inseridas em cenários sociais, que se comunicam e são interdependentes:

[...] não podemos caracterizar o comportamento independentemente das intenções, e não podemos caracterizar as intenções independentemente dos cenários

\* Mestre em Teoria Política pela Universidade Federal Fluminense; Pesquisador/bolsista do Serviço de Intercâmbio Acadêmico Alemão Deutscher Akademischer Austausch Diens (DAAD), Munique, Alemanha

\*\* Docente adjunta na área de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; t.wencze@terra.com.br

que tornam essas intenções inteligíveis, tanto para os próprios agentes quanto para outras pessoas. (MACINTYRE, 2001, p. 347).

Hans Kelsen (1881-1973) é considerado um dos maiores juristas do século XX (DREIER, 1993; JESTAEDT, 2008). Ficou conhecido sobretudo por sua obra “Teoria Pura do Direito” (TPD), publicada pela primeira vez em alemão no ano de 1934, recebendo posteriormente novas edições e inúmeras traduções em língua estrangeira. A TPD imprimiu novas diretrizes à ciência jurídica ao intentar construir uma teoria do direito em bases puramente científicas e dotada de um objeto específico (a norma jurídica, *Rechtsnorm*).

Kelsen é ainda conhecido por seu trabalho como constitucionalista na Áustria do pós-Primeira Guerra, quando foi consultor jurídico na preparação da Constituição Austríaca de 1920, considerada até aquele instante, ao lado da Constituição alemã de Weimar (1919), uma das mais modernas obras em Direito Constitucional. Sua principal contribuição foi o “controle constitucional” das leis (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), através da criação de uma nova instituição jurídica - o Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*).

Com a sua mudança para os EUA em 1940, Kelsen passa a se dedicar cada vez mais a temas relacionados ao Direito e as Relações Internacionais, centrando sua escrita no Direito Público Internacional e sobre instituições internacionais (MÉTALL, 1969, p. 79-80). No entanto, o que poucos mencionam é que Kelsen detém uma vastíssima obra, com contribuições teóricas e análises em diversas áreas do conhecimento. Acrescenta-se a seus escritos análises de Ciência Política, Sociologia, Psicanálise e Teoria Democrática, entre outros temas.

O objetivo central deste artigo é apresentar brevemente e em caráter introdutório, fugindo sempre que possível aos estereótipos consagrados, alguns aspectos da vida e da obra deste renomado jurista austríaco. Por último e a título conclusivo faremos breve referência à alguns elementos e aspectos relacionados à recepção de seus escritos no Brasil.

Nessa assertiva, pretende-se indicar elementos biográficos a discentes, docentes e pesquisadores das áreas de Ciências Humanas, Jurídicas e Sociais a fim de sinalizar elementos até então tidos apenas enquanto conhecimento empírico. Esse olhar permite um entrelaçamento de fontes e metodologias as quais resultam em um exercício transdisciplinar - aprofundado os temas de Filosofia, Sociologia e História do Direito. Trata-se de aspectos fundamentais na formação de humanistas e juristas, bem como de quaisquer pessoa sensível às angústias e aspirações humanas. E nessa seara nada mais profícuo do que a história intelectual para despertar a curiosidade e apresentar novos rumos de reflexão.

Pretendemos refutar ou pelo menos contra-argumentar a visão tradicional - muito divulgada entre os juristas brasileiros - de um Hans Kelsen “unidimensional”, teórico exclusivo da TPD e, logo, de um “positivismo jurídico” dito ultrapassado, sendo apenas o criador de uma teoria jurídica “normativista”. Esta é, comumente, a visão que se tem de Kelsen e de sua Teoria Pura, constantemente apresentada como algo “envelhecido”. Entretanto, não se trata absolutamente disto, pois aspiramos demonstrar nas linhas que seguem elementos diversificados acerca desse personagem.

Neste sentido, é mister esclarecer duas indagações: qual é o significado dado por Kelsen a sua TPD? E, em relação a que ela é “pura”? Nesta linha, caberia ainda diferenciar o positivismo

jurídico de tipo kelseniano daquele que ficou mais conhecido no Brasil, de corte francês e inspiração em Augusto Comte (1798-1857).

Enquanto procedimento metodológico optou-se pelo analítico-biográfico. Já no tocante às referências, procuramos fornecer uma bibliografia de aprofundamento concisa, mas precisa e atualizada, com algum panorama de discussões realizadas nos centros internacionais, para que o leitor possa situar-se e, eventualmente, aprofundar-se nos temas que não seremos capazes de abordar aqui com a devida profundidade. Já adiantamos que serão muitos, dado o escopo e os objetivos deste trabalho.

O devido artigo divide-se em quatro partes. A primeira nomeada de ‘Um vienense do mundo’ aborda elementos biográficos de Hans Kelsen, especialmente sua trajetória acadêmica e profissional. A segunda parte intitulada Kelsen - concepções e debates: sobre sua obra apresenta elementos que cercaram a concepção e debates ocorridos acerca de sua principal obra, bem como os conflitos e agremiações a alguns pensadores.

A terceira parte denominada Kelsen e a recepção de seus escritos no Brasil: entre conservadorismo e catolicismo assinala sobre a recepção das teses e ideias de Kelsen no Brasil - momento a qual se identifica algumas características de sua atuação enquanto pensador. A quarta e última parte nomeada de Educação jurídica humanista e demais contribuições de Kelsen aponta suas colaborações com a cultura jurídica brasileira e sua produção acerca de outros temas além do Direito.

## 2 UM VIENENSE DO MUNDO<sup>1</sup>

Sobre Hans Kelsen há até hoje, infelizmente, apenas uma biografia publicada (MÉTALL, 1969)<sup>2</sup>. Editorada e publicada em 1969, portanto quatro anos antes da morte de Kelsen em 1973, ela foi escrita por seu aluno, amigo e assessor na Universidade de Colônia, o jurista vienense Ru-

<sup>1</sup> O subtítulo acima se inspira na autobiografia do escritor austríaco Arthur Schnitzler (1862-1931), “Uma juventude vienense” (Jugend in Wien, 1920).

<sup>2</sup> Atualmente há uma tradução da referida biografia para o português (2011). A edição conta com uma introdução de Matthias Jestaedt, professor do Centro de Pesquisas sobre Hans Kelsen (<http://www.hans-kelsen.org/>) da Universidade de Freiburg e organizador das obras completas de Hans Kelsen. A tradução ficou ao cargo de Gabriel Nogueira Dias, ele também um especialista em Kelsen. A introdução de Jestaedt, funciona como excelente leitura introdutória. A pesquisa de fôlego de Nogueira, “O Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito Na obra de Hans Kelsen” (2010), aprofunda os aspectos filosóficos da teoria jurídica kelseniana, com enfoque no positivismo jurídico. Um clássico é ainda o texto introdutório de Fábio Ulhoa Coelho, “Para entender Kelsen” (2001), com prólogo de Tércio Sampaio Ferraz. Para os leitores de espanhol, recomenda-se ainda o artigo de Bayer (2005) intitulado “Hans Kelsen. Vida y Obra”. Quanto a atualização biográfica de Kelsen, não se pode deixar de observar os trabalhos de Thomas Olechowsky (2009), professor da Universidade de Viena e diretor do Instituto Hans Kelsen, responsável por salvaguardar a memória e a obra do jurista austríaco. O Instituto localiza-se na cidade de Viena e detém um valioso acervo de livros sobre o jurista. Além disso, publica desde 1974 uma série de estudos (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts), excelente fonte de pesquisa para aqueles que desejam se aprofundar na obra de Hans Kelsen. Atualmente a série já conta com a sua 35ª Edição (<http://www.univie.ac.at/staatsrecht-kelsen/schriftenreihe.php>). No que tange a filosofia jurídica kelseniana, um dos maiores especialistas é o filósofo Stanley Paulson. Recomenda-se aqui sobremaneira seu texto sobre a dimensão kantiana da obra de Kelsen (1992): <http://www.jstor.org/stable/764769>. Quanto às enciclopédias jurídicas, recomenda-se o verbete sobre Hans Kelsen da espanhola “Juristas Universales” (2004). Esse é apontado como um dos melhores por diversos pesquisadores.

dolf Aladár Métall (1903-1975)<sup>3</sup>. Acrescido a esse estudo, existe ainda um relato autobiográfico escrito pelo próprio Kelsen (1947). A maioria das informações sobre a vida e a obra do jurista, via de regra, remontam, portanto, a estas duas fontes, preciosíssimas sem dúvida alguma, mas atualmente já um pouco defasadas e datadas de pouca criticidade. Pela sua relevância podemos dizer que falta uma biografia intelectual mais atualizada, de corte analítico e crítico sobre a sua trajetória intelectual.

Através do título ‘Um vienense no mundo’ - inspirado na autobiografia do escritor austríaco Arthur Schnitzler (1862-1931), “Uma juventude vienense” (*Jugend in Wien*, 1920)<sup>4</sup> sua obra ficou conhecida e deu origem também ao roteiro do último filme de Stanley Kubrik (1928-1999), “De olhos bem fechados” (*Eyes wide shut*, 1999). Recentemente o cineasta brasileiro Fernando Meirelles filmou “360°” (2012), igualmente inspirado em obra de Schnitzler, “A ronda” (*Reigen*, 1903).

Tal qual Schnitzler, Kelsen, igualmente de origem judaica, pode ser considerado um autor da famosa “modernidade vienense” (JABLONER, 1998; HUTTAR, 2001) da virada do século XIX para o XX (*Wiener Moderne*). Da mesma geração do escritor austríaco Stefan Zweig (1881-1942)<sup>5</sup>, Kelsen cresceu na Viena da virada do século e, como muitos outros judeus assimilados à cultura austríaca da época, como por exemplo Sigmund Freud (1856-1939), é “filho” da era de reformas liberais por que passou o Império Austro-Húngaro a partir de 1860 (SCHORSKE, 2000). Estas reformas trouxeram mais liberdade e muitas promessas, especialmente para as populações de origem judaica, que dirigiram-se com rapidez para a Capital do Império (Viena) em busca de novas oportunidades (GAY, 1989; HOBBSAWN, 2013). Estas correntes migratórias fizeram da cidade um verdadeiro centro multicultural, onde diversas populações de origens distintas se estabeleceram e tendências artísticas e científicas inovadoras se proliferaram no *fin-de-siècle*<sup>6</sup> (SCHORSKE, 1980). Esse momento de efervescência se deu malgrado as crescentes demonstrações de preconceito e antissemitismo. A eleição do prefeito ultraconservador Karl Lueger (1844-1910) no final do século já anunciava tempos mais difíceis para os judeus na aurora do novo século XX (GAY, 1989, p. 32).

Um dos signos destas reformas de meados do século XIX foi o vasto processo de assimilação por que passaram diversas famílias judias, dentre as quais a própria família de Kelsen. Diferentemente de Freud, por exemplo, que não se converteu, Kelsen adotaria a religião católica em 1905 para, em 1912, converter-se ao protestantismo. Na sociedade austríaca conservadora de fins do

<sup>3</sup> Curiosamente Métall migrou para o Brasil em 1940 e trabalhou como consultor da Organização Internacional do Trabalho (OIT) para o Ministério do Trabalho em temas de assistência social. Ficou no país até 1945 e atuou na implantação do seguro-saúde, antes de retomar seu posto na nova sede da OIT em Montreal, no Canadá. Dessa maneira, Métall teve uma participação importante na divulgação da obra de seu mestre no Brasil, publicando alguns textos em português a respeito. Dentre outros meios, colaborou com a Revista “Cultura Política”, publicada pelo Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) (Velloso, 1982, p. 74). Métall não foi, porém, o único aluno de Kelsen a migrar para o Brasil. Hans Klinghoffer (1905-1990), jurista, veio na mesma época e estabeleceu-se no Brasil até os anos 50, naturalizando-se brasileiro. Posteriormente assumiu posto de professor na Universidade de Jerusalém e tornou-se deputado do Knesset, o Parlamento israelense.

<sup>4</sup> Sobre Arthur Schnitzler e Viena, ver os trabalhos de Neder (2011) e Backes (2011).

<sup>5</sup> Zweig passou seus últimos dias no Brasil, antes de cometer o suicídio com sua esposa na casa em que vivia em Petrópolis, Serra fluminense. Uma das mais completas biografias sobre Zweig foi publicada pelo jornalista brasileiro Alberto Dines (2004). Sobre Stefan Zweig, ver ainda o site da “Casa Stefan Zweig” (CSZ), dirigida pelo próprio Dines e responsável pelo resguardo da memória do escritor austríaco, além de agregar a função de memorial-arquivo dos exilados do nacional-socialismo no Brasil.

<sup>6</sup> Sobre o contexto de fim de século na sociedade austríaca e o momento de efervescência cultural, recomenda-se a leitura do livro *Fin-de-Siècle. Culture and Politics* de Carl Schorske (1980).

século XX tratava-se de uma necessidade para qualquer um que aspirasse a uma carreira acadêmica (MÉTALL, 1969, p. 11; KORB, 2010, p. 250). Dentro da família de Kelsen, porém, a religião não tivera um papel crucial e as tradições judaicas tampouco foram cultivadas (MÉTALL, 1969, p. 11).

Apesar de ter nascido em Praga, Kelsen pode ser considerado um vienense. Seus pais se mudaram para a cidade quando ele tinha poucos anos de vida e ali frequentou a escola e realizou seus estudos primários e secundários, frequentando em seguida a Universidade, onde doutorou-se e tornou-se, por fim, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Viena, a *Alma Mater Rudolphina*. Destaca-se ainda o fato de que Kelsen jamais falou tcheco. A sua língua materna, como a de seus pais, era o alemão.

Durante a Primeira Guerra (1914-1918) trabalhou como assessor do último Ministro da Guerra do Império Habsburgo, Rudolf Freiherr Stöger-Steiner von Steinstätten (1861-1921). Com o fim da Guerra e proclamada a República em 1918 (subsequente ao desmoronamento de um dos mais antigos impérios europeus e o fim do domínio da tradicional casa real dos Habsburgos), foi chamado pelo chanceler Karl Renner (1870-1950) para ser consultor jurídico na redação da Constituição Austríaca, aprovada em 1920. Na redação dessa Carta, sua colaboração foi o Tribunal Constitucional. Esse foi o primeiro tribunal desta espécie no mundo, com a atribuição de dispor sobre a constitucionalidade das leis criadas pelo Parlamento e, portanto, detentor de uma poder legislativo “negativo” (WALTER, 2005; KELSEN, 2007, p. 75; DIAS, 2010). Kelsen se tornaria ainda membro da alta Corte Constitucional e ali atuaria como magistrado até o fim dos anos 20, quando uma reforma conservadora a dissolveria, abrindo caminho para o austro-fascismo no início da seguinte década. Kelsen já vinha sendo muito criticado por suas posições na Corte, favoráveis ao casamento civil, questão muito candente na época, não apenas na Áustria, mas também no Brasil. A sua relatoria num processo que envolveu o tema angariou a ira dos conservadores e dos setores religiosos, obrigando-o a deixar Viena.

Logo em seguida, assume um posto de professor na Universidade de Colônia. Naquela Universidade teria como colega seu rival teórico em Direito Constitucional, o jurista alemão Carl Schmitt (1888-1985), autor, dentre outras obras, da “Teologia Política” (1922), um ode ao autoritarismo político, revestido de caracteres teológicos. Na cidade renana, Kelsen não ficaria por muito tempo. Em 1933, com a subida dos nazistas ao poder, ele é afastado sem vencimentos de seu posto, obrigado então a fugir para a Suíça.

O golpe dos nazistas o deixou numa situação desconfortável: sem o cargo de professor e privado de qualquer perspectiva de estabilidade financeira, com mulher e duas filhas pequenas assume, então, um posto provisório de docente no “Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais” (*Institute Universitaire de Hautes Études Internationales*, IUHEI) em Genebra. A partir daquele momento Kelsen começa a ampliar seu espectro de interesses, visando um posto no exterior. É nessa época, logo após a demissão de Colônia, que ele escreve um parecer jurídico sobre a competência da Assembleia Constituinte brasileira (1933-1934) para modificar seu estatuto interno. A escrita do parecer se deu a resposta de um convite emitido por Flávio da Silveira e Roman Poznanski, sendo publicado no primeiro número de “Política - Revista de Direito Público, Legislação Social e Economia”, de janeiro de 1934. Ainda no fim de 1933, o mesmo parecer foi objeto de grandes debates entre os parlamentares brasileiros, que tiveram acesso a ele já nas primeiras sessões da Assembleia. É nessa mesma época, em torno à Assembleia Constituinte e no início dos

anos 1930, que o nome de Kelsen começa a circular na mídia brasileira e passa a frequentar os debates jurídicos nacionais.

Em 1939 ele assume um posto na Universidade de Harvard, nos EUA, e em 1940 deixa definitivamente o Continente Europeu. Em 1945 torna-se professor catedrático (*Full Professor*) da Universidade de Berkeley, na Califórnia. Contudo, não é acolhido na Faculdade de Direito, mas no Departamento de Ciência Política. Após uma série de viagens ao redor do mundo, inclusive pela América Latina e o Brasil em 1949, onde sua Teoria Pura é recepcionada com entusiasmo, e uma vida acadêmica bastante profícua, Kelsen falece em 1973, na sua casa em Berkeley aos altos de seus 91 anos de idade.

### 3 KELSEN - CONCEPÇÕES E DEBATES: SOBRE SUA OBRA

Pode-se apontar que Kelsen inicia sua obra em 1911 com a publicação de sua tese de Livre-docência (*Habilitation*) “Problemas Capitais da Doutrina Jurídica do Estado” (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*). Neste trabalho já demonstra o firme propósito de constituir uma nova mentalidade jurídica e fundamentar os estudos de Direito sobre novas bases científicas, dotados de um objeto próprio (a norma).

Inicia sua produção acadêmica, portanto, voltando-se para temas ligados à Filosofia jurídica e à Doutrina jurídica do Estado (*Staatsrechtslehre*). Como já apontado, embora a maior parte de sua obra se dedique a temas de Direito e Relações Internacionais, no Brasil Kelsen ficará conhecido especialmente por sua Filosofia Jurídica e como teórico do Estado: tanto sua obra como constitucionalista - ele talvez seja o mais famoso da Áustria - como suas teorias de Direito e Relações Internacionais, assim como outras de suas preocupações, como a Teoria Democrática e Psicanálise, não serão muito valorizadas, menos ainda lidas.

Nos anos 20 e 30 Kelsen participará de um intenso debate no campo do Direito Constitucional de fala alemã. Neste debate ele toma uma posição favorável às garantias constitucionais e à democracia parlamentar. Sofre, então, ataques de todos os lados ao defender, teoricamente, a “pureza” da Ciência Jurídica com relação a sua instrumentalização por determinados interesses ou ideologias políticas. Além disso, nem a democracia parlamentar, nem o controle constitucional das leis estavam exatamente em alta na Europa Continental. Justo naquele momento as correntes autoritárias consolidavam-se. Desde o início dos anos 20 o fascista Benito Mussolini (1880-1945) governava a Itália. Em janeiro de 1933 Adolf Hitler (1889-1945) subia ao poder na Alemanha usando os dispositivos de exceção da Constituição de Weimar. Em 1934 seria a vez da Áustria proclamar uma nova Constituição proposta pelo áustro-fascista Engelbert Dollfuss (1892-1934), anulando assim a obra em que Kelsen participara. A década ainda traria a imposição dos fascismos católicos na Península Ibérica, com António Salazar (1889-1970) em Portugal e Francisco Franco na Espanha (1892-1975) (PRUTSCH, 2012).

O principal, mas não único adversário teórico de Kelsen é Carl Schmitt. Contrariamente a este último, Kelsen defende que a função de guardião da Constituição deve ser uma atribuição do Tribunal Constitucional, exclusivamente criado com a finalidade de dispor sobre a constitucionalidade das leis geradas pelo Parlamento, destituído, porém, de quaisquer poderes legislativos ou executivos. Já Schmitt toma uma posição mais próxima às concepções da teologia política, sobre a que teorizara anteriormente: o guardião da Constituição deve ser assumido pela “liderança

política” (*Führer*) ou por um partido, que também tem a prerrogativa de dispor sobre o “Estado de Exceção” (*Ausnahmezustand*) e assim é aquele que detém a soberania (AGAMBEN, 2004; TERTULIAN, 1999, 2011). Não é por mero acaso, que os nazistas se aproximariam inicialmente das teses de Schmitt, ou vice-versa. Schmitt se aproximaria dos nazistas em ascensão (KORB, 2010, p. 220-221), uma vez que seu pensamento emprestava fundamentação teórica a uma condução autoritária da política, centrada numa liderança ou num partido (KOENEN, 1995).

Em 1934, Kelsen publica a primeira edição de sua obra magna, a conhecida “Teoria Pura do Direito”. Posteriormente ela receberá novas edições revistas e ampliadas, como a de 1960, que foi talvez a mais traduzida e considerada, possivelmente, a mais famosa.

Segundo o próprio autor, um dos aspectos fundamentais da Teoria Pura é a ideia, já esboçada na sua Livre-docência de 1911, de que o Estado equivale ao ordenamento jurídico, ou seja, não é mais do que uma construção jurídica formada por um conjunto de normas. Assim, não pode se legitimar por outros aspectos estranhos a lógica normativa, tais como “soberania”, “patriotismo” ou “vontade do povo”. Tal ideia permite a Kelsen combater uma das teses mais comuns na época em termos da doutrina do Estado: a dualidade do Estado, dividido em uma esfera jurídica (compostas por Leis) e uma esfera política (fundamentada no poder). A tese tornar-se-á famosa através da pena do jurista Georg Jellinek (1851-1911), em sua obra “Teoria Geral do Estado” (*Allgemeine Staatslehre*), de 1900.

Na visão de Kelsen, ao contrário, o Estado é igual às normas jurídicas e estas são o direito positivado, estatuído pelos homens. Daí a sua perspectiva jurídica “positivista”. Cada norma por sua vez retira sua validade de outra norma que lhe é superior na escala das normas, até que se chegue a uma norma fundamental (*Grundnorm*), concretizada pela Constituição, e que confere validade ao ordenamento jurídico (ao sistema normativo, ao Estado portanto).

Assim, garantir-se-ia no entendimento de Kelsen a “pureza” de uma Ciência do Direito, que deve tratar exclusivamente do sistema de normas. Kelsen constrói, pois, uma teoria “tão somente jurídica do Direito.”<sup>7</sup> Logo, Kelsen coloca-se, antes de tudo, como um opositor da metafísica no Direito e das concepções de direito natural, igualmente caras à Igreja Católica.

Para Kelsen o objeto da Ciência Jurídica são as normas, que pertencem à ordem do “dever ser” (*sollen*) e, por isso, nada podem afirmar sobre aquilo que é (*sein*). Neste ponto, mostra-se com toda força a sua inspiração no idealismo alemão influenciado pela filosofia transcendental de Immanuel Kant (1724-1804).

No entender de Kelsen, uma teoria do Direito que se quer livre de interferências externas lida exclusivamente com a lógica da ordem normativa. Esta, por seu turno, nada tem a ver com a teologia, à vontade de uma liderança política particular ou mesmo com uma ordem supranatural; seu foco deve ser sempre as normas estatuídas pelos homens, portanto, o direito positivado. A norma constitui um ponto central da teoria jurídica kelseniana e ela só pode ser estatuída por fatores jurídicos, ou seja, por outra norma e não aspectos pára-jurídicos. Sua validade decorre, assim, de outra norma que lhe é superior na escala das normas.

Posteriormente, influenciado pelo seu aluno Adolf Merkl (1890-1970), Kelsen elaborou melhor a ideia de uma “estrutura escalonada” (*Stufenbau*) do ordenamento jurídico, que termina

<sup>7</sup> O uso deste termo remonta a uma sugestão do Professor Titular de Ciência Política da Universidade Federal Fluminense (UFF) Gisálio Cerqueira Filho.

numa “norma fundamental” (*Grundnorm*). Esta foi por ele definida como “uma hipótese” (KELSEN, 1922), mera exigência lógica do sistema jurídico-normativo e aquilo que lhe confere validade teórica. No direito positivo, porém, a norma fundamental é representada pela Constituição, o mais alto conjunto de normas jurídicas do ordenamento. Como se pode ver, trata-se a Teoria Pura de uma doutrina absolutamente constitucional da ordem jurídica (normativa), voltada para a lógica do sistema de normas, que constituí, por sua vez, o objeto da Ciência Jurídica (“pura”) = a uma “ciência das normas”. Este é o sentido de uma teoria “pura” do Direito: na verdade uma teoria “puramente” jurídica do direito, focada exclusivamente no ordenamento normativo.

A obra intelectual de Kelsen, todavia, não se limita apenas a TPD. Muito pelo contrário, esta, embora seja sua obra mais notória, corresponde apenas a uma pequena parte de sua produção acadêmica. Kelsen preconizava que o jurista não só pode como deve também se dedicar a outros âmbitos do conhecimento que transcendem as preocupações puramente jurídicas, como ele mesmo o fez na sua vasta carreira. Mas ao fazê-lo, porém, deve-se ter a consciência de que não se estará exatamente dedicando à Ciência Jurídica, ou seja, à teoria “pura” das normas (HUT-TAR, 2011, p. 34). Para ele havia certa afinidade entre a teoria pura e a democracia parlamentar como forma de governo, assim como com o liberalismo como opção política, uma vez que, em sua época, foram justamente os opositores mais ferrenhos do liberalismo e os partidários do autoritarismo e do fascismo que atacaram sua obra. Segundo Kelsen, o tipo defensor da autocracia, tal como Schmitt, tenderia a concepções de direito natural (próximas da teologia), enquanto o tipo inclinado aos valores liberais-democráticos simpatizaria com posições mais favoráveis ao respeito pela legalidade constitucional e, portanto, ligadas ao positivismo jurídico (KORB, 2010, p. 196).<sup>8</sup> Malgrado sua defesa de uma prática científica livre de elementos ideológicos, Kelsen jamais se furtou a tomar posições políticas e se posicionar em debates (KORB, 2010, p. 187). Do ponto de vista ideológico, Kelsen considera que o regime democrático parlamentar é o que melhor se coaduna com a liberdade de pensamento - condição necessária a uma prática científica crítica e livre.

#### 4 KELSEN E A RECEPÇÃO DE SEUS ESCRITOS NO BRASIL: ENTRE CONSERVADORISMO E CATOLICISMO

As primeiras menções ao nome de Hans Kelsen no Brasil remontam ao início dos anos 30. É quando seu nome começa a aparecer na mídia brasileira - especialmente imprensa - como eminência do Direito. No entanto, a recepção de Kelsen no Brasil será uma recepção mediada e envolta em caracteres “neotomistas”. O primeiro a levantar a hipótese de uma recepção de Kelsen pelo campo conservador e ligado ao pensamento católico na América Latina foi o seu ex-aluno Josef Kunz (1890-1970) (1964). A hipótese foi posteriormente retomada, entre outros, por Luís Villar Borda para o caso da Colômbia (1988). Aqui a retomaremos para o caso dos debates constituintes de 1933-34 no Brasil.

Esta recepção brasileira de Kelsen difere em muito da maneira como seu pensamento foi recebido no meio de fala-alemã, onde enfrentou a resistência e o desprezo dos setores mais conservadores e daqueles ligados à Igreja Católica. Na sua terra natal, a Áustria, isso ficou evi-

---

<sup>8</sup> Com o reparo de que Kelsen jamais deixou de sublinhar a estrita separação entre sua teoria democrática e seu trabalho na ciência jurídica (KORB, 2010, p. 192).

dente, pois seu nome foi vinculado à social-democracia (muito como parte de uma estratégia de difamação dos conservadores de descredibilizar a sua atuação como jurista, taxando-o de “político”), embora, na realidade, jamais tenha pertencido a este ou a qualquer outro partido. Em parte isso se deve às suas relações com o chanceler social-democrata Karl Renner, de quem foi assessor jurídico, bem como à sua participação crucial na Constituição de 1920 - posteriormente considerada pelos cristãos-conservadores e austro-fascistas como uma obra “social-democrata”. Suas posições nos anos 20, abertamente favoráveis às liberdades civis, em especial ao casamento civil e ao divórcio, angariaram-lhe o mal-estar dos setores mais conservadores, sobretudo ligados à Igreja. Acusações de cunho pessoal acompanhado de uma dura campanha na mídia tornaram sua situação em Viena insustentável (MÉTALL, 1969, p. 56; KELSEN, 2007, p. 77).

No Brasil, curiosamente, Kelsen seria apropriado justamente pelos setores mais conservadores, comprometidos com o processo de centralização política do Estado e com a reestruturação das relações (políticas) deste com a Igreja Católica. A concentração de poderes nas mãos do executivo federal era uma tendência que se consolidava na época e o Brasil não constituía exceção - o mesmo ocorria na Alemanha e na Áustria. Contra as reflexões de Kelsen, diga-se de passagem, e em favor das teorias de Schmitt.

Para estes setores mais conservadores, fortemente representados na Constituinte de 1933-34, sobretudo através do braço político da Igreja Católica, a Liga Eleitoral Católica (LEC), interessava apropriar-se das fontes jurídicas internacionais para fundamentar suas posições político-ideológicas. Assim, buscou-se em Kelsen um teórico do Estado e, ainda por cima, fez-se dele algo que nunca foi: um teórico da centralização política do Estado. Justo ele, criador de uma teoria que dissolve o “Estado” num mero conjunto de normas jurídicas ditadas pela Constituição, e que, do ponto de vista internacional, defendia a primazia das normas internacionais sobre as legislações nacionais. Acresce-se a trajetória de Kelsen, na condição de refugiado daqueles que, na Europa, defendiam a hiper-centralização dos poderes do Estado. Não é à toa que a primeira tradução de Kelsen para o português ocorreu em 1938, editada em Portugal na esteira de consolidação do Estado Novo português. Mas não se tratou da sua obra magna, mas sim da “Teoria Geral do Estado” (de 1925). A TPD seria traduzida apenas um ano depois, em 1939.

Conforme exposto, essa recepção não pode ser compreendida sem remontar à conjuntura ideológica em se encontrava o Brasil. A Igreja Católica, depois de um período de relativa perda de poder com o advento da República, buscava reestruturar suas relações com o Estado. Essa reestruturação se deu sobretudo pela ação decisiva da LEC<sup>9</sup> (WILLIAMS, 1976). Sua ação na Assembleia em favor das medidas de interesse da Igreja Católica reforçou as tendências que propunham uma leitura de Kelsen no Brasil com “sotaque neotomista”, retomando uma velha tradição do conservadorismo jurídico brasileiro de ler autores de língua alemã em clave católica. Tendência contrária que a Escola do Recife de Tobias Barreto (1839-1889) já se batera em fins do XIX.

A chave de leitura católica aproximou o positivismo jurídico de Kelsen do constitucionalismo de Weimar, onde as (s) Igreja(s) (protestante e católica) reafirmaram seu status de parceiro

<sup>9</sup> Sobre as relações entre Igreja e Estado na Era Vargas, assim como a atuação política decisiva da LEC na ocasião, ver o texto de Margaret Todaro Williams (1976), “Integralism and the Brazilian Catholic Church” um dos mais esclarecedores sobre o tema.

privilegiado do Estado. Com isso, Kelsen foi aproximado ainda da doutrina social da Igreja Católica, inaugurada com a Encíclica *Rerum Novarum*<sup>10</sup>, em fins do XIX.

Concretamente, esse passo se deu pela via de uma leitura mediada de Kelsen, através de um jurista franco-russo chamado Boris Mirkine-Guetzévitch (1882-1955). Em sua compilação das “Novas Tendências do Direito Constitucional” (1931) ele sugere uma aproximação da obra constitucional de Kelsen àquela da Constituição alemã de Weimar, resumindo a última apenas nos seus caracteres que interessavam a Igreja Católica no Brasil, sobretudo na questão da família e do ensino religioso nas escolas. Com uma certa pressa o trabalho de Guetzévitch foi logo traduzido ao português, desta feita em edição brasileira, por Cândido Mota Filho (1897-1977) - um conservador ligado ao Movimento Verde-Amarelo, de corte católico e nacionalista, do qual participou também Plínio Salgado (1895-1975), posteriormente o fundador do integralismo brasileiro<sup>11</sup>. Assim, quando os parlamentares brasileiros citam Kelsen nos debates constituintes, quem fala é Guetzévitch e a doutrina social da Igreja Católica, onde o Direito está subordinado à moral cristã demonstrando assim o antagonismo do momento a qual fundem-se os trabalhos em um movimento. Nessa assertiva sabe-se que a análise dos debates parlamentares de 1933-34 demonstram que a obra de Guetzévitch constitui a principal fonte pela qual os brasileiros tiveram acesso à obra de Kelsen.

## 5 EDUCAÇÃO JURÍDICA HUMANISTA E DEMAIS CONTRIBUIÇÕES DE KELSEN

Com o advento do Estado Novo (1937) e das reformas educacionais conservadoras promovidas pelo Ministério da Educação, através do ministro Gustavo Capanema (1900-1985)<sup>12</sup>, o nome de Hans Kelsen foi mais uma vez instrumentalizado teoricamente em prol de um ensino mais tecnicizado do Direito<sup>13</sup>, contrapondo-se à tradição humanista inaugurada por Tobias Barreto e pela Escola do Recife. Assim, institucionalizou-se um ensino jurídico voltado à constituição de quadros burocráticos e operadores jurídicos, via de regra com pouca capacidade de reflexão crítica sobre a história e os problemas do País. Tratou-se, assim, de reforçar um ensino voltado para a dogmática jurídica e isento de perspectiva reflexiva sobre a própria prática jurídica e a sua história. O positivismo jurídico kelseniano foi apropriado num ambiente onde “positivismo”, sobretudo de cunho “jurídico”, significa dogmatismo, retomando à tradição francesa de Augusto Comte.

Em alusão a “predominância francesa” - tão criticada por Tobias Barreto - é possível observar até a atualidade essa característica em alguns espaços enquanto formação acadêmico-jurídica no Brasil. As escolas de Direito geram muitas vezes profissionais puramente voltados para uma aplicação dogmática das leis e exclusivamente interessados numa operacionalidade tecnicista do instrumental jurídico, como se isso fosse ser “positivista” no sentido kelseniano do termo.

<sup>10</sup> Encíclica publicada em 1891 durante o papado de Leão XIII que tratava da posição da Igreja Romana frente à questão social. É considerada a mãe da Doutrina Social da Igreja Católica.

<sup>11</sup> Sobre Plínio Salgado e as suas conexões com o catolicismo ver a tese de livre docência “Plínio Salgado: biografia política, 1895-1975”, recentemente defendida pelo Prof. Fábio Bertonha - junto a área de História Contemporânea da Universidade Estadual de Maringá.

<sup>12</sup> Sobre Gustavo Capanema e as relações das reformas educacionais com a Igreja Católica, ver o vasto trabalho de pesquisa de Schwartzman et al. (2000).

<sup>13</sup> Para uma perspectiva crítica sobre o ensino jurídico no Brasil e uma traçado histórico deste, ver o clássico trabalho de Venâncio Filho (2011).

O positivismo jurídico kelseniano significa, em primeiro lugar, um ordenamento jurídico estruturado e coeso, onde as normas se desdobram de outras normas e estão dispostas de acordo com os princípios jurídicos estatuídos pela Constituição. Sua adoção estaria corroborando para amenizar as pressões sócio-históricas instituídas enquanto formação sócio-histórica do povo brasileiro. Segundo o antropólogo Darcy Ribeiro, ‘o jeitinho brasileiro’, a prática do cunhadismo<sup>14</sup> e favoritismo, forma predominante de sociabilidade instituída pelas elites brasileiras, se reproduziu como uma espécie de violência simbólica que desconhece, ignora e desrespeita a validade das normas jurídicas.<sup>15</sup> (RIBEIRO, 1995, p. 22). Nesse contexto a teoria de Kelsen seria um excelente caminho.

Além das contribuições de Kelsen para a ciência jurídica,<sup>16</sup> há, em sua vasta produção literária, parte não restrita ao Direito. O jurista discorreu, também profundamente sobre política, sociologia e religião. Foi um respeitado teórico da democracia (sobre este tema, ver a coletânea de artigos de sua autoria publicada sob o título *A Democracia*, traduzido por Vera Barkow e publicado em São Paulo, no ano de 1993 através da Editora Martins Fontes, bem como da justiça. A contraposição, ademais, que se faz entre o Direito e a Justiça na obra de Hans Kelsen serve de base para teorias que apontam em seu pensamento uma dupla face (vide, a respeito, o trabalho *O Direito e Justiça - a dupla face do pensamento kelseniano*, publicado pela Editora Del Rey, de autoria de Jarbas Luiz dos Santos).

Caso fosse amplo o conhecimento de sua obra em todas suas vertentes, grande parte das críticas sofridas por Kelsen revelar-se-iam inconsistentes, visto ser possível extrair, com razoável precisão, do conjunto de sua produção literária, as diferenças entre o Kelsen jurista científico e o Kelsen doutrinador político, desvanecendo-se, por conseguinte, a crítica acerca ter buscado o Cientista Jurídico Austríaco a pura e simples redução da ideia de Direito a um mero sistema lógico, desprovido de conteúdo. Suas obras acerca da Justiça e do Direito Natural bem ilustram essa cons-

<sup>14</sup> Sobre o termo o autor afirma ser uma instituição social que possibilitou a formação do povo brasileiro com bases no velho uso indígena de incorporar estranhos à sua comunidade. Consistia em lhes dar uma mulher nativa como esposa. Assim que ele a assumisse, estabelecia, automaticamente, diversos laços que o aparentavam com todos os membros do grupo. A função do cunhadismo na sua nova inserção civilizatória fez surgir a numerosa camada de homens mestiços que efetivamente ocupou o Brasil. É crível até que a colonização pudesse ser feita através do desenvolvimento dessa prática. Tinha o defeito, porém, de ser acessível a qualquer europeu desembarcado junto às aldeias indígenas. Isso efetivamente ocorreu, pondo em movimento um número crescente de navios incorporando os nativos ao sistema mercantil de produção. Em alguns momentos, essa prática representou uma ameaça para Portugal, estaria competindo com o ideário de conquista dos franceses, holandeses, ingleses e alemães, cujos navios já sabiam onde buscar matéria-prima e metais preciosos.

<sup>15</sup> O Povo Brasileiro é uma obra do antropólogo brasileiro Darcy Ribeiro, lançada em 1995, que aborda a história da formação do povo brasileiro. O livro trata das matrizes culturais e dos mecanismos de formação étnica e cultural do povo brasileiro. O autor estabelece 5 “brasis” distintos: - O Brasil sertanejo; - O Brasil crioulo; - O Brasil caboclo; - O Brasil caipira; - O Brasil sulino.

<sup>16</sup> Principais Obras do Autor: (1934) *Teoría General del Estado*. Barcelona, Editorial Labor; (1945) *Naturaleza y Sociedad*. Buenos Aires, Editorial Depalma; (1951) *The Law of the United Nations*. Nova York, Frederck A. Praeger; (1952) *Principles of International Law*. Nova York, Reihart and Company; (2000d) *A Democracia*. São Paulo, Martins Fontes; (2002) *Direito Internacional e Estado Soberano*. São Paulo, Martins Fontes; (2003) *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Martins Fontes; (2003) *O Estado como Integração*. São Paulo, Martins Fontes; *Teoría Comunista del Derecho*. Buenos Aires, Emece; (1996). *Teoria Geral das Normas*. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre; (1998) *O problema da justiça*. São Paulo, Martins Fontes; (2000a) *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes; (2000b) *Teoria Geral do Direito e do Estado* São Paulo, Martins Fontes; (2000c). *A Ilusão da Justiça*. São Paulo, Martins Fontes; (2001) *O que é justiça?*. São Paulo, Martins Fontes; (2011) *Autobiografia de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro, Forense Universitária.

tatação, havendo até mesmo como se falar em interesses diversos e em dupla face do pensamento kelseniano (uma fase tida como “científica” e outra “metafísica”).

Hans Kelsen buscou na Teoria Pura estabelecer um conceito universalmente válido de Direito, que independesse da conjuntura em que fosse aplicado. E esse escopo como se sabe foi, em grande parte, alcançado.

## 6 CONCLUSÃO

Jurista austro-húngaro nascido em Praga, cidade na época pertencente ao Império Austro-Húngaro, hoje na República Checa, Kelsen (1881-1973) foi o criador da *Teoria Pura do Direito* e o principal representante do positivismo jurídico, exposto na obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), bem como foi considerado o principal representante da chamada Escola Positivista do Direito. Formado na Universidade de Direito de Viena, qualificou-se com o trabalho *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911). Foi professor em Viena, Colônia, Genebra e na universidade alemã de sua cidade natal, momento o qual elaborou a Constituição da Áustria (1920), redigida sob a sua inspiração quando era juiz da Suprema Corte Constitucional da Áustria. Sob a influência do seu pensamento, esta Carta inovou às anteriores, introduzindo no Direito Positivo o conceito de controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos como função jurisdicional ao cargo de um tribunal constitucional, incumbido da função exclusiva de guarda da integridade da Constituição.

Perseguido pelo nazismo emigrou para os Estados Unidos (1940), onde foi professor das universidades de Harvard e de Berkeley, na Califórnia. Publicou ainda *Principles of International Law* (1952), e onde pregou uma unidade jurídica mundial que prevaleceria sobre às leis adotadas em cada país. Exerceu o magistério na Universidade de Berkeley, onde viveu seus últimos anos e morreu em Berkeley, California, U.S.A. Foi um dos produtores literários mais profícuos de seu tempo, tendo publicado cerca de quatrocentos livros e artigos, publicando livros de sucesso mundial como *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (1905), *Austrian Journal of Public Law* (1914), *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1931), *Reine Rechtslehre* (1934), *Law and Peace in International Relations* (1942), *Peace through Law* (1944), *General Theory of Law and State* (1945) e *General Theory of Norms* (1979).

Diante dessas considerações acerca da temática, fica evidente a importância da biografia para a formação da identidade, já que ela fornece informações relevantes sobre a história da qual os indivíduos participam. E a história é formada por narrativas que se correlacionam. Hans Kelsen também colaborou com a área da Filosofia, História e Sociologia do Direito. Sua aceção no Brasil centrou-se no normativismo jurídico e, sem dúvida alguma foi a Teoria Pura do Direito a sua mais importante expressão, principalmente na sua vertente lógico-normativa. Como já assinalado, a Teoria Pura do Direito tem por objeto a estrutura formal das normas jurídicas e não o seu conteúdo, porquanto estes últimos, seguindo a doutrina de Kant, Kelsen considerava inacessível aos conhecimentos científicos. Esta teoria centra as suas atenções para o dever-ser jurídico “puro”, que não é um valor ético, mas sim uma estrutura lógica. Com isso, distingue a Ciência do Direito tanto da Filosofia jurídica como da Política e da moral, porque propôs-se a conhecer o Direito como ele é e não por uma perspectiva valorativa que se enquadra enquanto Filosofia.

A guisa de conclusão, torna-se claro também que Kelsen em sua trajetória histórica - Europa e Américas permitiu que parte de suas crenças e produções literário-científicas colaborassem

com a formação e recepção do ideário jurídico. No Brasil sua tese serviu ao ordenamento teórico, desdobrando-se também na formação inicial dos estudiosos e profissionais do Direito. Reconhece-se que diante do caráter correlativo da vida narrativa, as histórias individuais - Kelsen no caso analisado - não pode ser rigorosamente separada, pois todas elas se limitam e se completam, reciprocamente. Assim, as biografias, análises de trajetória de vida e os estudos de vida profissional, enquanto obras literárias que contam narrativas, muitas vezes acabam tangenciando outras pessoas e áreas além do próprio biografado, as quais tiveram sua participação na narrativa deste. Assertiva essa aplicada acertadamente quando se estuda a vida e obra de Hans Kelsen.

#### HANS KELSEN: IDENTITY, HISTORY AND RECEPTION IN BRAZIL

##### ABSTRACT

*This article presents biographical elements from Hans Kelsen as it pertains to your identity/professional construction and its theoretical collaboration to the field of law. Kelsen was a jurist and philosopher, a descendant of Jewish family, being considered one of the most important and influential scholars of the 20th century. Is also considered one of the most fruitful literary producers of his time, having published hundreds articles and several books, with emphasis on The Pure Theory of Law ("Reine Rechtslehre") for the diffusion and influence achieved. Jewish family, being himself an atheist, Kelsen, was persecuted by Nazism where emigrated to Switzerland and later to the United States, the site where he remained until his death. He was also teaching at the University of California, Berkeley, California. Suffered severe criticism on the part of non-philosophical currents juspositivist, claiming that his pure theory of law limits the legal knowledge, while scientific study object, to its size, more precisely the standard State, had withdrawn from the discussion on the right to own historical reality that surrounds it and that originates. According to these critics, Kelsen's theory would not allow the study of the relationship between legal norms and social values (moral and ethics). Notes, therefore, that the thought of Kelsen was not unanimous. Despite this, he wrote principles of its legal and scientific reasoning allowed the development of logical analysis between laws and legal techniques, and today are recognized, serving as a base for many of the legal institutions that underpin the ideal legal dogmatism.*

*Keywords: Hans Kelsen. Identity. Brazil.*

##### REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

BACKES, Marcelo. Um escritor fala sempre de si mesmo. Uma juventude vienense e a autobiografia de Arthur Schnitzler. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 343-355, set./dez. 2011.

BAYER, Kurt G. Hans Kelsen. Vida y Obra. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM (Universidad Autónoma de México)*, v. 55, n. 244, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/244/ek/ek8.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

BERTONHA, João Fábio. *Plínio Salgado: biografia política, 1895-1975*. Tese de Livre Docência, USP, 2014.

BORDA, Luís Villar. Der Einfluss der Reinen Rechtslehre in Kolumbien. In: WALTER, Robert (Org.). *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II*. Viena: Manz, 1988.

CASA STEFAN ZWEIG. Disponível em: <<http://www.casastefanzweig.org/>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Gabriel Nogueira. 'Legislador negativo' na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./ago. 2010.

DIAS, Gabriel Nogueira. *O Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito na obra de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2010.

DINES, Alberto. *Morte no Paraíso: a tragédia de Stefan Zweig*. Rio de Janeiro: Rocco, 2004.

DREIER, Horst. 'Jurist des Jahrhunderts?'. In: STOLLEIS, Michael et al. (Org.). *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*. Munique: Beck, 1993.

GAY, Peter. *Freud: uma vida para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

HANS KELSEN. *Forschungsstelle*. Disponível em: <<http://www.hans-kelsen.org/>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

HANS KELSEN INSTITUT. Disponível em: <<http://www.univie.ac.at/staatsrecht-kelsen/schriftenreihe.php>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

HUTTAR, Martina. *Hans Kelsen und Sigmund Freud - Unmittelbare und mittelbare Bezugnahmen sowie möglich Einflüsse*. Dissertação (Mestrado)-Universidade de Viena, 2011.

JABLONER, Clemens. "Kelsen and his Circle: The Viennese Years". *European Journal of International Law*, n. 9, p. 368-385, 1998.

JESTAEDT, Matthias. "Hans Kelsens *Reine Rechtslehre* - Eine Einführung". In: KELSEN, Hans (Org.). *Reine Rechtslehre*. Tübinga: Mohr Siebeck, 2008.

KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

KELSEN, Hans. "Autobiographie (1947)". In: JESTAEDT, Matthias (Org.). *Hans Kelsen Werke Band 1*. Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse (HKW 1). Tübinga: Mohr Siebeck, 2009.

KELSEN, Hans. Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse. In: *Imago*. Zeitschrift für die Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften, 1922.

KOENEN, Andreas. *Der Fall Carl Schmitt: sein Aufstieg zum 'Kronjuristen des Dritten Reiches'*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995.

KORB, Axel-Johannes. *Kelsens Kritiker*. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911-1934). Tübinga: Mohr Siebeck, 2010.

KUNZ, Josef L. An Introduction to Latin-American Philosophy of Law. *University of Toronto Law Journal*, v. 15, n. 2, p. 259-282, 1964.

MACINTYRE, Alasdair C. *Depois da virtude*. São Paulo: EDUSC, 2001.

MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen Leben und Werk*. Viena: Franz Deuticke, 1969.

- NEDER, Marcelo. O grotesco de câmara na literatura de Arthur Schnitzler. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 356-397, set./dez. 2011.
- PAULSON, Stanley. "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law". *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 3, p. 311-332, 1992.
- PRUTSCH, Ursula. *Iberische Diktaturen: Portugal unter Salazar, Spanien unter Franco*. Innsbruck: Studien-Verlag, 2012.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- ROBLE, Gregório. "Hans Kelsen". In: DOMINGO, Rafael (Org.). *Juristas Universales. Juristas del siglo XX. De Kelsen a Rawls*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004.
- SANTOS, Jarbas Luiz dos. *O Direito e Justiça - a Dupla Face do Pensamento Kelseniano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- SCHORSKE, Carl E. *Fin-de-Siècle Vienna. Politics and Culture*. Nova Iorque: Knopf, 1980.
- SCHORSKE, Carl E. *Pensando com a História: indagações na passagem para o Modernismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen (Ensaio Introdutório)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SCHWARTZMAN, Simon et al. *Tempos de Capanema*. São Paulo: Paz e Terra, Fundação Getúlio Vargas, 2000.
- TERTULIAN, Nicolas. Carl Schmitt: teologia política e o princípio do líder. *Espaço de interlocução em ciência humanas*, ano 7, n. 13, abr. 2011.
- TERTULIAN, Nicolas. Carl Schmitt Zwischen Katholizismus und Nationalsozialismus. In: PIRCHER, Wolfgang (Org.). *Gegen den Ausnahmezustand: zur Kritik an Carl Schmitt*. Viena; Nova Iorque: Springer, 2011.
- VASCONCELOS, V. V. *A Crítica da Teoria Pura do Direito em Hans Kelsen: os objetivos do Direito e as normas primárias e secundárias*. Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.
- VELLOSO, Mônica Pimenta. Cultura e Poder Político: Uma configuração do campo intelectual. In: OLIVEIRA, Lúcia Lippi; VELLOSO, Mônica; GOMES, Ângela Maria de Castro (Org.). *Estado Novo: ideologia e poder*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.
- VENANCIO, Filho, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2011.
- WALTER, Robert; OGRIS, Werner; OLECHOWSKY, Thomas. *Hans Kelsen: Leben - Werk - Wirksamkeit*. Viena: Manz, 2009.
- WILLIAMS, Margaret Todaro. Church and State in Varga's Brazil: The Politics of Cooperation. *Journal of Church and State* 18, p. 443-462, 1976.



# INSTITUIÇÕES SOCIAIS, BENS E JUSTIÇA SEGUNDO JOHN RAWLS

Robison Tramontina\*  
Anny Marie Santos Parreira\*\*

## RESUMO

O presente trabalho é um estudo preliminar sobre o modelo de distribuição de bens sociais na justiça como equidade proposta por John Rawls. Para tanto, procura-se apresentar alguns conceitos essenciais para a compreensão total e adequada da teoria rawlsiana. A partir de tal plataforma, pretende-se lançar uma reflexão a respeito de um padrão que, servindo para regular a distribuição dos bens sociais primários, permita uma avaliação crítica a respeito da concretização da justiça pelas principais instituições sociais brasileiras. Por tal motivo, buscar-se-á, ao longo do trabalho articular as principais ideias e elementos que dão coerência a *justiça como equidade*: (1) a concepção de justiça rawlsiana; (2) a sociedade como sistema equitativo de cooperação; (3) a estrutura básica da sociedade e; (4) bens primários apresentadas em: *Uma Teoria da Justiça*, 1971 (TJ), *O Liberalismo Político*, 1993 (LP) e, *Justiça como Equidade: uma reformulação*, 2002 (JE). Palavras-chave: Teoria da justiça. Sociedade democrática. Justiça social. Instituições sociais.

## 1 INTRODUÇÃO

Como construir uma sociedade justa é uma pergunta que tem encontrado ao longo do tempo diversas respostas. Rawls compreende que a justiça social guarda relação com uma distribuição equitativa dos bens que influenciam no sistema de liberdades e obrigações, bem como na repartição dos ingressos. Por essa razão, o filósofo político elenca a estrutura básica da sociedade (sistema político e econômico) como sendo o objeto primeiro de sua justiça.

Rawls acredita que a estrutura básica da sociedade tem um papel decisivo na condução das relações sociais e, por conseguinte, na formação dos seres humanos. Para ele o sistema político e econômico é a origem das (in)justiças sociais. Ele parte dessa visão para defender um modelo de justiça distributiva que visa, de forma original, conciliar tanto as exigências da liberdade, quanto da igualdades dos indivíduos.

Da temática proposta extrai-se a seguinte problemática: a proposta rawlsiana de justiça serve como padrão para a regular a distribuição de bens sociais primários e, ao mesmo tempo, para verificar o nível de (in)justiça de uma sociedade?

Para dar conta do problema proposto descrever-se-á as principais ideias e elementos que dão coerência a *justiça como equidade*: (1) a concepção de justiça rawlsiana; (2) a sociedade como sistema equitativo de cooperação; (3) a estrutura básica da sociedade e; (4) bens primários apresentadas em: *Uma Teoria da Justiça*, 1971 (TJ), *O Liberalismo Político*, 1993 (LP) e, *Justiça como Equidade: uma reformulação*, 2002 (JE). O objetivo deste trabalho reside em descrever os aspectos considerados mais relevantes de tais categorias sem abordar, contudo, as críticas que podem resultar dessas abordagens.

\* Universidade do Oeste de Santa Catarina; robison.tramontina@unoesc.edu.br

\*\* Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; annymarieps@gmail.com

A escolha do tema exposto justifica-se, fundamentalmente, pelas seguintes razões: a) é juridicamente relevante, pois oferece um critério de reflexão e aferição da legitimidade de decisões políticas em sociedades democráticas e; b) fornece diretrizes para a identificação, racional, das ações políticas que defendem ou violam os princípios de justiça de um Estado democrático de direito.

Por tratar-se de estudo em estágio inicial, adota-se, como metodologia de abordagem e apresentação, a proposta estruturalista.<sup>1</sup> Sendo assim, é uma leitura interna, não comparativa e não problematizadora da teoria rawlsiana.

## 2 JOHN RAWLS: UM BREVE OLHAR

John Rawls, filósofo político americano de tradição liberal, nasceu em Beltsville em 1921 no seio de uma tradicional família da Nova Inglaterra. Seu pai era um famoso advogado e sua mãe era presidente da Liga das Mulheres Eleitoras. Teve sede acadêmica estabelecida em Princeton, Cornell e por último em Harvard onde trabalhou até 2002, ano de sua morte. Rawls elaborou e apresentou sua concepção de justiça - a justiça como equidade - em sua obra prima intitulada "Uma Teoria da Justiça", 1971. As reformulações que ele fez e que foram apresentadas em suas obras posteriores visaram tão somente dar coerência e unidade a sua concepção de justiça social.<sup>2</sup>

O tema da justiça social é trabalhado por John Rawls como sendo o objetivo propulsor da sua teoria, a justiça como equidade. Para o filósofo político a estrutura básica da sociedade deve ser o objeto primário da justiça social. Assumindo que as instituições sociais mais relevantes definem, em última instância, os projetos de vida das pessoas, gerando efeitos profundos em suas vidas ao favorecer certos pontos de partida mais que outros, Rawls refuta a noção de mérito ou valor para justificar as desigualdades sociais e defende a aplicação de princípios de justiça social à essa estrutura básica.

Para Vita (1998) a teoria da justiça de John Rawls é a tentativa, recente, mais importante de harmonização dos valores nucleares da tradição política ocidental.<sup>3</sup> Ainda, segundo esse autor, para as teorias da justiça três são os tipos de bens considerados relevantes: bens passíveis de distribuição (renda, riqueza, acesso a oportunidades e a provisão de serviços); bens que não podem ser distribuídos diretamente, mas são afetados pela distribuição dos primeiros (conhecimento, autorrespeito) e; bens que não são afetados pela distribuição dos outros bens (capacidades físicas e mentais das pessoas). A teoria de Rawls utilizando-se da ideia de bens primários abraça os dois primeiros tipos de bens.

Das formas de justiça existentes a que interessa ao filósofo político é a justiça social, compreendida como distribuição equitativa de bens primários<sup>4</sup> e dos benefícios provenientes da cooperação social. Dessa visão de justiça social surge a figura da estrutura básica da sociedade como sendo o objeto primeiro da justiça como equidade, uma vez que ela é considerada por Rawls

---

<sup>1</sup> Essa opção é apenas metodológica. A leitura estrutural é adequada para pesquisas em fases inicial. Ela permite identificar as partes, suas inter-relações e sua posição na totalidade.

<sup>2</sup> Reconhece-se no presente trabalho que a justiça como equidade passou por inúmeras reformulações no projeto teórico rawlsiano que reviu e suprimiu alguns pressupostos, por tal motivo apresentar-se as ideias de tal concepção da maneira que se acredita ter sido subscrita por Rawls em seus últimos escritos.

<sup>3</sup> Representados pela liberdade, igualdade, solidariedade e autorrespeito.

<sup>4</sup> A ideia de bens primários e estrutura básica será retomada e explicada posteriormente.

como o mecanismo responsável por levar a cabo tal justiça. Por tal motivo, a instância de aplicação da justiça como formadora de uma sociedade bem ordenada constitui o ponto de interesse axial na teoria rawlsiana. Concepções de justiça social, de sociedade bem ordenada e de estrutura básica, são ideias basilares para uma compreensão integral do trabalho de Rawls. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo apresentar, de forma não exaustiva, a estrutura e a função dessas três concepções fundamentais para a justiça como equidade.

### 3 A PROPOSTA DE JUSTIÇA EM RAWLS

John Rawls procurou formular uma concepção de justiça que é política. Uma concepção política de justiça é entendida como uma concepção moral, que se aplica à estrutura básica da sociedade (instituições políticas, sociais e econômicas) constituída como uma visão autossustentada que tem seu conteúdo expresso, através de algumas ideias vistas como implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática (RAWLS, 2000).

Uma correta compreensão dessa concepção política de justiça<sup>5</sup> demanda a identificação de três de suas características: objetivo, modo de apresentação e conteúdo. O objetivo de tal concepção é orientar a estrutura básica da sociedade nas diretrizes dos princípios da justiça como equidade. Essa concepção se apresenta como uma visão auto-sustentada, ou seja, ela não decorre ou não precisa fazer referência à outra concepção moral geral ou abrangente. Seu conteúdo expressa ideias fundamentais implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática: instituições políticas, tradições públicas de interpretação, textos e documentos históricos de conhecimento geral. A religião, a filosofia e a moral são denominadas por Rawls de doutrinas abrangentes e constituem a cultura social e, portanto não política (RAWLS, 2000, p. 56-57).

Rawls nomeia sua concepção de justiça como *justiça como equidade*. Essa concepção tem como ponto de partida ideias que estão implícitas na cultura política pública<sup>6</sup> de uma sociedade democrática e pressupõe três ideias fundamentais e indissociáveis:

- a) sociedade como um sistema equitativo de cooperação - tal ideia é considerada pelo filósofo como sendo “organizadora” de sua teoria;
- b) cidadão como pessoas livres e iguais - concepção política de pessoa;
- c) sociedade bem ordenada - aquela que é regulada por uma concepção pública de justiça.

Com isso o desafio da teoria de Rawls consiste na identificação de uma concepção de justiça que melhor especifique as bases equitativas de cooperação social numa sociedade democrática.

Alguns autores como Cepeda (2004) consideram que essa concepção de justiça de Rawls restringe o foco investigativo de sua teoria de duas maneiras decisivas.<sup>7</sup> Primeiro, ele formula

<sup>5</sup> Uma concepção política de justiça é moral, na medida em que seu conteúdo é determinado por normas que articulam valores políticos.

<sup>6</sup> A cultura pública de uma sociedade democrática caracteriza-se por três fatos gerais: pluralismo razoável resultado de exercício da razão prática livre, a impossibilidade de se ter uma única doutrina abrangente sem recorrer ao uso da coerção estatal e regime democrático deve ser apoiado livre e voluntariamente pelos cidadãos politicamente ativos.

<sup>7</sup> Por essa razão, a ideia de sociedade como sistema equitativo de cooperação social e os princípios de justiça da TJ serão retomados na sequência.

uma concepção de justiça (social) para ser aplicada ao que ele denomina de estrutura básica da sociedade, projetando a sociedade como uma associação cooperativa de seus membros e como um sistema fechado. Segundo, seus estudos concentram-se na identificação dos princípios de justiça que sejam considerados razoavelmente apropriados para orientar uma sociedade bem ordenada, que idealmente desenhada refere-se a uma sociedade justa, a saber:

Segundo Rawls uma das metas praticáveis da justiça como equidade é prover uma base filosófica e moral aceitável para as instituições democráticas a partir da qual se possa responder a questão de como perceber as exigências da liberdade e da igualdade. A cultura política pública e a tradição interpretativa da Constituição e leis básicas de uma sociedade democrática é a fonte da qual Rawls abstrai essa base filosófica e moral regularmente cognoscível.<sup>8</sup> Ele identifica determinadas ideias familiares e as ajusta a sua concepção de justiça política (RAWLS, 2003).

Dentre as ideias familiares consideradas relevantes por Rawls a de sociedade como um sistema equitativo de cooperação social que perdure ao longo das gerações é considerada como sendo a mais fundamental, pois outras ideias estruturantes da teoria rawlsiana a pressupõem. Assim a partir dessa ideia, considerada organizadora, Rawls procura desenvolver uma concepção política de justiça para um regime democrático. Associada a essa ideia central e fundamental estão outras duas ideias igualmente fundamentais: a de cidadãos como pessoas livres e iguais; e de sociedade bem ordenada. Tais ideias são um pressuposto abstrato (abstraídas da cultura pública de uma sociedade), elas tem, portanto, um lastro histórico-social e podem ser identificadas por meio de uma reflexão analítica de natureza filosófica (TRAMONTINA, 2011, p. 87).

A compreensão de uma sociedade democrática como um sistema equitativo de cooperação social estável ao longo do tempo tem três aspectos essenciais: a) o ponto de vista político apresentado ao debate pressupõe a publicidade e o reconhecimento de regras e procedimentos que são aceitos pelos indivíduos que cooperam<sup>9</sup>; b) a cooperação apenas pode ser pensada a partir de termos equitativos. Termos em que cada membro cooperativo pode aceitar, desde que os outros também o aceite, como razoáveis. A reciprocidade é o elemento que regula os termos equitativos. Isso implica que, todos aqueles que colaboram devem beneficiar-se adequadamente pelo seu envolvimento. Assim, como os benefícios são produzidos coletivamente eles devem ser distribuídos equitativamente e; c) está associada à ideia de vantagem racional de cada participante. Pressupõe-se que cada participante espera poder realizar sua concepção de bem (RAWLS, 2003).

A ideia de reciprocidade, acima mencionada, como sendo inerente a ideia de cooperação social em Rawls não está fundada no propósito de se alcançar o bem geral (altruísmo) e na obtenção de vantagens mútuas (egoísmo exacerbado). Ela é definida como: “[...] uma relação entre os cidadãos expressa pelos princípios de justiça que regulam um mundo social onde todos se beneficiam, julgando-se por um padrão apropriado de igualdade definido com respeito a esse mundo [...]”

Outra ideia relevante para se entender a sociedade como um sistema cooperativo é a de pessoa. Por isso, salientam-se de forma sintética suas principais peculiaridades. Uma concepção política de justiça pressupõe uma concepção política de pessoa. Da mesma forma como aquela é

---

<sup>8</sup> Rawls (2003, p. 7) acredita que certas ideias estão implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática e podem ser percebidas por seus cidadãos nas discussões políticas cotidianas à respeito do significado e fundamento dos direitos e liberdades constitucionais e afins.

<sup>9</sup> Rawls sempre pressupõe que os indivíduos têm uma propensão para a cooperação e provar tal natureza é um processo complexo.

extraída da cultura política pública das sociedades democráticas, esta também o é. Assim, é destacada a ideia de que os cidadãos são pessoas livres e iguais. Em termos políticos a cidadania é o elemento que torna a pessoa em alguém (TRAMONTINA, 2011, p. 87).

As pessoas (cidadãos) são livres porque são portadores de duas faculdades morais (a capacidade de ter senso de justiça<sup>10</sup> e ter uma concepção de bem<sup>11</sup>) e das faculdades da razão (de julgamento, pensamentos). São iguais porque as posses dessas faculdades as tornam membros cooperativos da sociedade.

Para entender melhor o que Rawls quer dizer com uma concepção política de pessoa é necessário destacar outro argumento. De acordo com esse, os cidadãos são livres em três aspectos, a saber: por possuírem a faculdade moral de ter uma concepção do bem; por serem fontes autenticadoras de reivindicações; por serem capazes de assumirem responsabilidades por seus objetivos. Abaixo uma breve explicação sobre cada um desses tópicos.

Dizer que um cidadão é livre por possuir a faculdade moral de ter uma concepção do bem não implica que não exista a possibilidade de existir uma identidade pública de pessoa. Assim, os cidadãos podem ao longo de sua vida alterar sua concepção de bem sem modificar sua identidade pública. O que está em jogo aqui é a possibilidade de existirem diversas concepções de bem, que podem ser alteradas com o passar do tempo, e uma esfera pública de identidade. Assim, posso assumir compromisso e ter ligações na vida não pública (identidade moral) distintas de que os outros indivíduos, mas isso não prejudica ou não trariam prejuízos à vida pública. Contudo, é necessário que os cidadãos ajustem e reconciliem as duas dimensões de sua identidade moral. Nesses termos, a identidade institucional e moral podem coincidir.

Os cidadãos têm o direito de fazer reivindicações para promover suas concepções do bem. Essas reivindicações fundadas nos deveres e obrigações de suas próprias concepções de bem e sua doutrina moral são autoautenticadoras. Aqui está sendo pressupostas concepções de bem que não são incompatíveis com a concepção pública de justiça.

Os cidadãos são livres na medida em que podem assumir responsabilidades por seus objetivos. Isso permite que eles avaliem suas próprias reivindicações. Assim, numa sociedade em que a estrutura básica é justa e as pessoas equitativamente compartilham os bens primários, os cidadãos podem ajustar seus objetivos e aspirações ao que é razoável, podem ou são capazes de restringir suas demandas àquelas autorizadas ou que estão de acordo com os princípios de justiça.

A concepção política de pessoa ancorada na ideia de identidade pública não assume ou não pretende assumir compromisso com nenhuma concepção metafísica, epistemológica ou moral abrangente de pessoa. Contudo, como conceito extraído da cultura política pública das sociedades democráticas exprime a diversidade das concepções morais, filosóficas e religiosas possíveis pelo pluralismo razoável. Não parece ser um conceito completamente desraizado.<sup>12</sup> Embora seja um conceito normativo assume valores construídos e presentes, social e historicamente, em sociedades democráticas.

<sup>10</sup> “Capacidade de entender a concepção pública de justiça que caracteriza os termos equitativos da cooperação social, de aplicá-la e de agir de acordo com ela.” (RAWLS, 2000, p. 62)

<sup>11</sup> “[...] capacidade de formar, revisar e procurar concretizar racionalmente uma concepção de vantagem racional pessoal, ou bem.” (RAWLS, 2000, p. 62).

<sup>12</sup> Sendo assim, parece não proceder a crítica feita por Sandel. Todavia, reconhece-se que o ponto deveria ser melhor discutido.

Dizer que uma sociedade é bem-ordenada para Rawls significa três coisas: que os indivíduos que a compõem aceitam os mesmos princípios de justiça; que todos reconhecem a estrutura básica está em concordância com aqueles princípios e, que os cidadãos têm um senso efetivo de justiça que os levam a agir em consonância com as instituições básicas consideradas justas. Em tal sociedade a concepção pública de justiça estabelece um ponto de vista comum, a partir do qual os cidadãos podem reivindicar suas exigências relativas a justiça política, seja em relação às instituições, seja em relação aos demais cidadãos.

A estrutura básica da sociedade é considerada por Rawls como sendo o modo que as principais instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão dos benefícios provenientes da cooperação social. Por principais instituições, o filósofo político entende a Constituição política e as principais instituições econômicas e sociais (o mercado, a proteção jurídica, a propriedade privada, a família). Tais instituições definem os direitos e deveres dos homens e influem sobre suas perspectivas de vida. As diferentes posições sociais implicam em diferentes expectativas que são determinadas tanto pelo sistema político como pelas circunstâncias econômicas e sociais.

Conforme já mencionado para Rawls, a sociedade é uma associação mais ou menos autossuficiente de pessoas que em suas relações reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que em grande parte atuam de acordo com elas. Estas regras especificam um sistema de cooperação planejado para promover o bem daqueles que tomam parte dele. É uma sociedade que coopera para alcançar vantagens mútuas e que se caracteriza pela identidade de interesses, mas também por conflitos. O conflito surge da diversidade de interesses dos indivíduos e seus desejos pelos maiores benefícios possíveis. A identidade tem a ver com o reconhecimento de que a cooperação possibilita uma vida melhor do que a qualquer outra desenvolvida pelos esforços individuais de cada um.

Dessas visões, de estrutura básica e sociedade, Rawls sustenta que, as regras que os associados compartilham estão ditadas pelas principais instituições sociais. A maneira como todas essas instituições se organizam e interagem formam uma teia de regras e práticas determinantes na estruturação de uma sociedade, pois determinam a distribuição dos bens primários afetando a capacidade de seus membros de agirem ou serem considerados como cidadãos livres e iguais.

Convicto de que justiça social é praticada por meio de políticas institucionais, Rawls busca responder a duas questões: qual concepção de justiça é mais adequada para especificar, em uma sociedade democraticamente constitucional, os termos de uma cooperação social justa ao longo das gerações; em uma sociedade plural quais são as bases da tolerância? Rawls anota que, a resposta a tais perguntas repousa na existência de uma concepção política de justiça, fruto de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis, que regule tanto a estrutura básica da sociedade, quanto às discussões sobre elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica.

Para desenvolver sua resposta o filósofo político utiliza da teoria do contrato social como marco inicial em que pessoas livres e racionais escolheriam os princípios de justiça que regulariam suas vidas, presentes e futuras, em sociedade. O termo contrato social em sua teoria significa,

diferentemente de sua utilização clássica,<sup>13</sup> a posição original, em que pessoas postas sob um véu de ignorância, definiriam consensualmente os princípios de justiça a serem utilizados na orientação da estrutura básica da sociedade. Desse procedimento resulta a justiça como equidade<sup>14</sup> enquanto uma concepção política de justiça que traz em sua forma dois princípios de justiça. O primeiro princípio diz respeito a igualdade de direitos de todas as pessoas a um plano satisfatório de direitos e liberdades básicas compatível com o direitos de todos. O segundo estabelece que, desigualdades econômicas e sociais somente se justificam se forem atendidos dois requisitos: permitir o acesso a todos, em iguais condições de oportunidades, a cargos e posições e; que elas representem “o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade”.

Esses princípios de justiça seguem uma ordem lexical, quer dizer, o primeiro princípio precede ao segundo e a segunda parte do segundo princípio - o da justa igualdade de oportunidades - tem prioridade sobre a primeira, o da diferença. Isso implica que, na justiça como equidade, consoante Rawls, não são admitidas violações de direitos fundamentais com base no argumento de que tais violações podem produzir vantagens econômicas ou sociais.

O primeiro princípio, portanto, se ocupa da distribuição do bem primário da liberdade e tem duas ambições: igualdade e maximização das liberdades básicas: liberdade política (votar e desempenhar cargos públicos); liberdade de expressão e reunião; liberdade de consciência e pensamento; liberdade pessoal (liberdade frente a opressão psicológica, agressão física e integridade); direito a propriedade pessoal, liberdade frente ao arresto e a detenções arbitrárias.

Rawls defende que todas as pessoas devem ter iguais direitos a essas liberdades precognizadas pelo primeiro princípio. Ele justifica que: primeiro, tais liberdades são requisitos para se alcançar a realização ou modificação de qualquer plano de vida; segundo, elas formam a base necessária para o desenvolvimento do autorrespeito. Para o filósofo político a regra de prioridade da liberdade tem sua origem no fato de que para ele nenhuma pessoa, quando da formação do contrato social, aceitaria uma liberdade menor sob o pretexto de maiores benefícios econômico para uma maioria. Com isso, apenas em casos de conflito com outras liberdades básicas se admitiria a restrição de uma liberdade.

Em relação ao segundo princípio Rawls leciona que, as pessoas na posição original, uma vez garantidas as liberdades básicas e a justa igualdade de oportunidades, somente optariam por uma distribuição desigual de outros bens primários se esta distribuição desigual melhorar as expectativas dos menos favorecidos. Combinando o princípio da diferença com o princípio da justa igualdade de oportunidade, Rawls busca apresentar uma alternativa tanto ao sistema de liberdade natural como ao princípio liberal de igualdade de oportunidade. O sistema de liberdade natural é a igualdade formal de oportunidades: pessoas com igual capacidade têm igual acesso a cargos e empregos. Rawls rechaça essa visão sob a alegação de que essa interpretação despreza as diferenças sociais que num sistema de liberdade natural é fortemente determinado por contingências naturais e sociais.

Ao estabelecer a prioridade do princípio da justa igualdade de oportunidade em relação ao princípio da diferença, Rawls intenciona favorecer a oportunidade daqueles com menores possibili-

<sup>13</sup> “Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social.” (RAWLS, 1996, p. 13).

<sup>14</sup> Reconhece-se no presente trabalho que a justiça como equidade passou por inúmeras reformulações no projeto teórico rawlsiano que reviu e suprimiu alguns pressupostos, por tal motivo apresentar-se as ideias de tal concepção da maneira que se acredita ter sido subscrita por Rawls em seus últimos escritos.

dades uma vez que leque de alternativa fica mais amplo quando comparado com uma distribuição estritamente igualitária. Por tal motivo, na visão do filósofo, aqueles que tiverem uma desigualdade de oportunidade fruto da desigualdade econômica devem ter um espectro maior de oportunidades.

Mas, de que forma os princípios que melhor realizam a liberdade e a igualdade dos cidadãos pode ser especificada? Para responder esse problema Rawls retoma a ideia de posição original. A ideia de cooperação social, nesse cenário, teria seus termos estabelecidos por meio de um compromisso das pessoas à luz do que consideram benefício mútuo - teoria do contrato social. Tal acordo é considerado válido uma vez que na posição original as pessoas são colocadas em condições apropriadas: são situadas de forma equitativas enquanto pessoas livres e iguais e isentas de ameaças (véu de ignorância).

Na esteira desse raciocínio Rawls informa que, como em uma sociedade democrática seus cidadãos são considerados pessoas livres e iguais, uma concepção de justiça séria tem que especificar princípios de justiça pertinentes para especificar os termos equitativos de cooperação entre cidadãos assim concebidos.

Para assegurar que as partes cheguem a um acordo racional sobre quais são os princípios mais apropriados para proteger os interesses daqueles que representam, Rawls introduz a ideia dos bens primários. A partir dessa ideia as partes avaliam se os princípios existentes garantem os bens primários essenciais à realização dos interesses de ordem superior de seus representados. Os bens primários emergem como um critério objetivo para que as deliberações racionais atinjam um resultado preciso (RAWLS, 2000, p. 120).

Mas o que são bens primários? Para Rawls são aqueles bens que oferecem as condições sociais básicas e os meios necessários para as pessoas desenvolverem e exercerem suas duas capacidades morais e uma concepção de bem eficaz. Com base nesse entendimento os bens primários são selecionados de forma a incluir direitos e liberdades básicas; liberdade de movimento e livre escolha da ocupação; poderes e prerrogativas de cargos e posições nas instituições da estrutura básica da sociedade; renda e riqueza e; as bases sociais do autorrespeito (RAWLS, 2000, p. 121).

Dessa forma, o objetivo das partes, na posição original, é chegar a um acordo sobre os princípios de justiça que capacite os cidadãos por elas representados a se tornarem pessoas completas. Por isso, os princípios de justiça devem levar a um esquema de instituições básicas (um mundo social) condizente com esse fim.

A ideia do bem como racionalidade tem por objetivo determinar parte de um marco conceitual a partir do qual se interpreta os bens primários. As partes avaliam se os princípios existentes garantem os bens primários essenciais à realização dos interesses de ordem superior da pessoa para quem cada um age como representante. Ao fazer isso Rawls busca estabelecer um objetivo suficientemente específico para que as deliberações racionais atinjam um resultado preciso (RAWLS, 2000, p. 120).

Uma concepção política de justiça efetiva, na perspectiva rawlsiana, inclui um entendimento político sobre o que dever ser publicamente reconhecido tais como as necessidades dos cidadãos e o benefício de todos. A ideia do benefício racional, independente de qualquer doutrina abrangente, é o elemento que forma a base do consenso sobreposto sobre a noção que os cidadãos têm “do bem”. Essa ideia permite a identificação parcial, mas similar, na estrutura das concepções permissíveis do bem que embora não sejam idênticas na totalidade sinalizam duas características suficientemente fortes para possibilitar o compartilhamento do benefício racional. Que os cidadãos

vêm a si mesmos e aos outros como livres e iguais e, que suas exigências convergem quanto aos seguintes bens primários: direitos, liberdades e oportunidades básicas (RAWLS, 2000, p. 227-228).

A finalidade de Rawls com a introdução da ideia de bens primários é, consoante suas palavras, favorecer a construção de uma base pública praticável de comparações interpessoais baseadas nas características objetivas das circunstâncias sociais dos cidadãos que sejam passíveis de exame. A especificação dessas necessidades é elaborada a partir de uma concepção política e por isso, a interpretação precedente dos bens primários inclui o que Rawls denomina de divisão social da responsabilidade: a sociedade aceita a responsabilidade pela manutenção das liberdades básicas iguais e da igualdade equitativa de oportunidades, pela distribuição equitativa dos bens primários no interior de sua estrutura (RAWLS, 2000, p. 237).

Busca-se, portanto, uma identificação de uma similitude parcial na estrutura das concepções permissíveis do bem dos cidadãos. Assim, embora eles não tenham a mesma concepção, na sua totalidade é possível identificar duas características suficientes fortes para permitir tal compartilhamento de benefício racional: que os cidadãos afirmem a mesma concepção política de si como pessoas livres e iguais e, que suas concepções do bem por mais distintos que sejam em conteúdo exijam ao final aproximadamente os mesmos bens primários: direitos, liberdades, oportunidades básicas e os mesmos meios (RAWLS, 2000, p. 227-228).

Rawls discorre que levou-se no processo de identificação dos bens primários as condições básicas e os meios necessários para que as pessoas desenvolvam e exerçam duas capacidades morais e a busca eficaz por concepções do bem os bens primários são selecionados de forma a incluir direitos e liberdades básicos (protegidos pelo primeiro princípio de justiça), a liberdade de movimento, a livre escolha da ocupação (protegida pela igualdade equitativa de oportunidade na primeira parte do segundo princípio), renda, riqueza e bases sociais do auto-respeito. Nessa formatação, segundo Rawls, parece racional o emprego dos bens primários para avaliar princípios de justiça.

Ante o exposto, Rawls sustenta que, o objetivo das partes é chegar a um acordo sobre os princípios de justiça que capacite os cidadãos por elas representados a se tornarem pessoas completas. Por isso, os princípios de justiça devem levar a um esquema de instituições básicas (um mundo social) condizente com esse fim. Rawls lista cinco categorias de bens primários que inclui principalmente as características institucionais (direitos e liberdades fundamentais, oportunidades institucionais e prerrogativas dos cargos e posições):

- a) Direitos e liberdades fundamentais;
- b) Liberdade de movimento e livre escolha de ocupação;
- c) Poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica;
- d) Renda e riqueza;
- e) As bases sociais do auto-respeito.

Rawls assume que, os cidadãos em função de suas capacidades morais têm um papel na formação e no desenvolvimento de seus fins últimos e de suas preferências. Contudo, o filósofo político reconhece que tal suposição não basta, por si só. Tal constatação faz com que ele introduza a ideia de bens primários para garantir critérios públicos praticáveis em questões de justiça política no uso efetivo de bens primários.

Rawls sustenta que, quando as instituições básicas satisfazem uma concepção política de justiça reconhecida por todos os cidadãos, que defendem doutrinas abrangentes, num consenso sobreposto razoável, elas oferecem um espaço suficiente para adesão dos cidadãos. Assim, a distribuição equitativa de bens sociais primários, em uma concepção política de cidadãos, especifica a necessidade de tais pessoas. Rawls parte de uma lista de bens que ele considera ser adequada para as pessoas se desenvolverem enquanto cidadãos.

A especificação dessas necessidades é, portanto, uma construção elaborada a partir de uma concepção política. A interpretação precedente dos bens primários inclui o que Rawls denomina de divisão social da responsabilidade: a sociedade aceita a responsabilidade pela manutenção das liberdades básicas iguais e da igualdade equitativa de oportunidades, pela distribuição equitativa dos bens primários no interior de sua estrutura (RAWLS, 2000, p. 237).

#### 4 CONCLUSÃO

A teoria da justiça formulada por Rawls visa à identificação válida de princípios básicos de justiça social que estabeleçam critérios mínimos para levar a cabo a construção de uma sociedade bem ordenada, fundada na cooperação e realização de uma justiça distributiva resultante da aplicação de tais princípios às instituições sociais. Ressalta-se que, Rawls tem uma visão pragmática de justiça distributiva que se caracteriza pelo critério lexicográfico e social que conduz ao favorecimento daqueles que ele chama de “menos favorecidos da sociedade”.

Determinadas necessidades básicas ocupam uma posição vital para o desenvolvimento pleno dos indivíduos. Elas formam uma plataforma mínima necessária para o um agir humano moral. Nesse diapasão, cumpre questionar quais são esses bens básicos considerados essenciais. A teoria da justiça de Rawls, por todo o exposto, parece apresentar uma resposta razoável a tal pergunta.

Rawls reconhece que as diferenças existem e são inevitáveis, portanto o que ele defende é apenas um ponto de partida igual para todas as pessoas. Os bens primários nesse sentido servem para demarcar a zona abaixo da qual ninguém pode, ou deveria estar. Eles apenas configuram um ponto de partida comum a partir do qual cada indivíduo pode conduzir sua vida do jeito que quiser. Mas, além disso, eles servem como critério de avaliação das instituições públicas presentes no interior de uma sociedade. Assim, os bens primários servem como termômetro das políticas públicas, do sistema político e econômico. Eles põem em evidência aqueles bens considerados imprescindíveis para o desenvolvimento pleno e saudável dos seres humanos.

Na visão de Rawls as instituições sociais que compõem a estrutura básica de uma sociedade são quem promovem, dentre outras coisas, a distribuição desses bens primários. Assim, quando essas instituições estabelecem uma distribuição injusta de bens primários elas criam a injustiça social que impossibilitam a formação de uma sociedade bem ordenada. Justo por isso, Rawls faz da estrutura básica da sociedade o objeto primeiro da justiça como equidade. Os princípios de justiça se aplicam inicialmente as instituições sociais no escopo de garantir um acesso equitativo aos bens primários pelos cidadãos.

Em face de todo o exposto no presente trabalho defende-se que a teoria rawlsiana de justiça confere uma moldura apropriada de avaliação e interpretação tanto das instituições, quanto das políticas públicas brasileiras. Por ela podemos/devemos perquirir:

- a) quais são as condições sociais e os meios polivalentes de fato necessários para os seres humanos se desenvolverem plenamente;
- b) todos os cidadãos brasileiros têm acesso pleno a tais bens;
- c) as principais instituições brasileiras concretizam essa base mínima de direitos/bens?

### **SOCIAL INSTITUTIONS, GOODS AND JUSTICE ACCORDING TO JOHN RAWLS**

#### **ABSTRACT**

*The present work is a preliminary study on the model of distribution of social goods in justice as fairness proposed by John Rawls. Therefore, it seeks to present some key concepts for the full and proper understanding of Rawlsian's theory. Based on this platform, it intended to launch a reflection about a standard that, serving to regulate the distribution of primary social goods, allows a critical assessment regarding the realization of justice by leading Brazilian social institutions. Therefore, it will seek long to the paper, articulate the key ideas and elements that give coherence justice as fairness: (1) the Rawlsian's conception of justice; (2) society as a fair system of cooperation; (3) the basic structure of society; (4) primary goods worked out in: A Theory of Justice, 1971 (TJ), Political Liberalism, 1993 (LP) and, Justice as Fairness, 2002 (JE).*

*Keywords: Theory of justice. Democratic society. Social justice. Social institutions.*

#### **REFERÊNCIAS**

CEPEDA, Margarita Diazgranada. *Rawls y Ackerman: presupuestos de la teoria da la justicia*. 2004. Disponível em: <http://www.bdigital.unal.edu.co/1530/2/01PREL01.pdf>. Acesso: 21/09/14.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Paperback Edition. New York: Columbia University Press, 1996.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. Tese (Doutorado em Ciência Política)—Universidade de São Paulo, 1998.



# TRABALHO RECONHECIDO À LUZ DA TEORIA DE AXEL HONNETH

Samoel Sander Mühl\*  
Rodrigo Goldschmidt\*\*

## RESUMO

O trabalho é umas das formas de reconhecimento do homem, no entanto, em virtude das agressões existentes no mundo do trabalho aos trabalhadores, esta perspectiva torna-se obstruída, tal circunstância está estritamente associada ao sistema capitalista. Portanto, o objetivo deste estudo é demonstrar que o trabalho não pode ser visto como uma mera condição de subsistência, mas, deve ser reconhecido conforme uma categoria moral. Assim, a hipótese plausível e viável para a manutenção do devido *status* que o trabalhador merece está fundada em condições mínimas a um trabalho digno e condizente com o ser humano. O atual modelo implantado afasta qualquer possibilidade de igualdade entre capital e trabalho, contudo, o Direito do Trabalho procura dar um nivelamento entre estas duas forças, procurando dignificar o trabalho humano, através de normas de caráter protecionista. No entanto, as leis não tem sido suficientes para conter as agressões aos trabalhadores, o que tem gerado afronta direta à própria dignidade do trabalhador. Portanto, o capitalismo busca lucro a qualquer custo, provocando uma série de consequências negativas para a esfera do trabalho e na contramão dessa concorrência desleal está o homem que emprega sua força de trabalho. O método empregado para a realização deste trabalho é o indutivo e a técnica de pesquisa a bibliográfica.

Palavras-chave: Dignidade. Reconhecimento. Trabalho.

## 1 INTRODUÇÃO

Este resumo expandido abordará o tema trabalho reconhecido, tendo como objetivo principal demonstrar que o trabalho não pode ser visto como uma mera condição de subsistência, mas, deve ser reconhecido como uma categoria moral.

O tema justifica-se pelo fato de que o “trabalho humano” tem sido deixado de lado pela teoria crítica, sendo que os intelectuais acabaram se ocupando de forma prioritária com assuntos relativos à integração política e aos direitos de cidadania, fazendo com que, desta forma, os olhares não estejam mais voltados para as conquistas dos trabalhadores na fase da produção e que atualmente estão ameaçadas pelo sistema capitalista. Este distanciamento não tem ocorrido pela própria vontade dos estudiosos, mas, porque as novas estruturas das relações de trabalho estão sendo delegadas aos particulares pelas forças da globalização do mercado capitalista do trabalho. Muito embora exista o afastamento do debate a respeito do “trabalho” por parte dos intelectuais, pode-se afirmar que não há uma perda da relevância do assunto nos dias atuais, até pelo contrário, o que se observa é a necessidade da discussão de forma intensa em face do surgimento das relações precárias de trabalho como: desregulamentação, desemprego e terceirização.

---

\* Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Associação de Magistrados do Trabalho da 12ª Região; samoelsander@hotmail.com

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Docente/pesquisador da Universidade do Oeste de Santa Catarina; rmgold@desbrava.com.br

Assim, a hipótese plausível e viável para a manutenção do devido *status* que o trabalhador merece está em ter garantido condições mínimas a um trabalho digno e condizente com o ser humano, ou seja, que o trabalhador e o trabalho que esse presta sejam, de fato, reconhecidos.

## 2 MATERIAIS E/OU MÉTODOS

A pesquisa empregada neste trabalho será a pesquisa bibliográfica, baseando-se especialmente na obra denominada: Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição, de Axel Honneth, texto cedido pelo autor para publicação na Revista Civitas em 25.01.2008, traduzido por Emil Sobottka e Giovani Saavedra. O método de abordagem será o indutivo, pois se parte do caso específico - “trabalho reconhecido”, tendo em vista as relações de produção decorrentes do modelo capitalista.

## 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

O trabalho pode ser observado como uma forma legítima de integração social, justificando o aspecto moral em que se apoia, ficando claro o papel que funda a dignidade do sujeito e sua identidade. Desta maneira, o reconhecimento compreende uma das formas de efetivar a dignidade do indivíduo, sendo esta afirmação valorativa de sua identidade, pois no espaço do trabalho o sujeito desenvolve sua autoestima. Com isso, o reconhecimento do valor de seu trabalho é um ato de reconhecer a própria dignidade do trabalhador (ARCANJO, 2010, p. 46).

No entanto, nem sempre este reconhecimento é dado ao trabalhador em sua plenitude. Em algumas profissões são exigidas habilidades para vencer os obstáculos para que se atinja a qualidade do trabalho, sendo que o resultado advém à custa de esforços que exigem do trabalhador total concentração da personalidade e da inteligência de quem presta seu serviço, de forma exemplificativa pode-se relacionar as profissões de médicos e engenheiros. Portanto, é justo que a contribuição seja reconhecida. Entretanto, quando esse esforço não é reconhecido, quando se passa despercebido ou negado pelos outros, isso acarreta um sofrimento que é perigoso para a saúde mental (DEJOURS, 2007, p. 34).

Assim, o reconhecimento não é um pedido secundário dos que prestam labor, até pelo contrário, mostra-se como decisivo na dinâmica da mobilização subjetiva da inteligência e da personalidade do trabalho, visto como uma motivação no trabalho. Portanto, quando o trabalho é reconhecido, os esforços, as angústias, as dificuldades, as dúvidas e decepções passam a fazer sentido, mostrando que todo o sofrimento não foi em vão, fazendo com que o sujeito se sinta diferente por não ter apenas prestado o seu serviço, ou seja, através do reconhecimento há formação da identidade do indivíduo, que se traduz pelo sentimento de alívio, de prazer, de elevação e realização de seu ego, resultando na identidade e em uma armadura para a saúde mental (DEJOURS, 2007, p. 34).

Honneth remete suas palavras às convicções de Hegel no sentido de que a organização capitalista do trabalho não deve propiciar apenas ao trabalhador condições de dar uma remuneração que assegure sua subsistência, mas que também haja em sua estrutura um modo de reconhecê-lo através das contribuições individuais prestadas através de suas habilidades: assim a ideia de troca recíproca de realizações exige que as atividades prestadas pelo indivíduo tenham uma estrutura suficientemente complexa e demonstrativa das capacidades para se revelarem como dignos de reconhecimento (HONNET, 2008, p. 57).

Desta forma, o reconhecimento é compreendido através da afirmação de qualidades positivas dos indivíduos, ou dos grupos, que deve ter características de ação, não sendo condizente apenas que se limite a palavras e símbolos, portanto, é o comportamento que dá legitimidade a importância que o reconhecimento tem para o trabalhador reconhecido (ARCANJO, 2010, p. 52).

De outra sorte, observa-se que o sistema capitalista vigente deve cumprir a função de integração social, não ficando restrito tão somente aos critérios da eficiência econômica. Assim, é possível afirmar que de acordo como as necessidades econômicas da população surgirem, elas devem ser supridas “[...] através de transações num mercado anônimo, cada membro (masculino) da sociedade deve estar disposto a restringir inclinações pessoais de ociosidade e a contribuir para o bem geral através do próprio trabalho.” (HONNET, 2008, p. 55).

Entretanto, enquanto a produção de mercadorias for voltada para o lucro e realizada sem obstáculos, é possível observar em uma questão de tempo o problema da acumulação de riqueza nas mãos de poucos, e por outro lado, a grande maioria da população tem o aumento do isolamento, com a redução do trabalho e por decorrência o surgimento de dependência e miséria (HONNET, 2008, p. 56).

Este talvez seja uma dos traços marcantes do sistema capitalista, pois, ele fomenta o crescimento daqueles que detém o capital; por outro lado, os trabalhadores empregam sua força de trabalho alimentando esse processo e por consequência, acabam amargurando os efeitos negativos, como o desemprego, a desigualdade social e a miséria.

#### 4 CONCLUSÃO

Enfim, após o exposto é possível verificar que o reconhecimento é uma forma de criar a própria identidade do indivíduo, essa formação permite a manutenção de sua própria dignidade que não pode ser desrespeitada sob qualquer hipótese, porém, no campo do trabalho o que se tem visto é o seu descumprimento.

Assim, nas relações laborais o trabalhador deve ter garantido o seu devido tratamento, com uma remuneração mínima e justa que possa atender as suas necessidades básicas e vitais e que suas atividades prestadas tenham relevância para sociedade, fazendo com que o seus serviços prestados sejam voltados para o bem comum da comunidade, reproduzindo para si o seu próprio reconhecimento e manutenção de sua dignidade.

#### REFERÊNCIAS

ARCANJO, Aline Soares. *Reconhecimento e trabalho: A Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth no Âmbito do Trabalho*. 2010. 46 p. Monografia (Especialização em Direito Econômico e do Trabalho)—Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Tradução Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007, p. 34.

HONNET, Axel. Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição. *Civitas—Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 57, jan./abr. 2008.

## **Agradecimentos**

Agradeço, primeiramente, ao Dr. Rodrigo Goldschmidt pela atenção concedida, pela confiança depositada e sabedoria compartilhada. Agradeço a minha esposa Márcia e ao meu filho Gabriel que sempre se fazem presentes. Agradeço a Deus por ter propiciado este desafio. Por fim, o agradecimento ao FUNDES que tem prestado auxílio financeiro.

# PRECEDENTES JUDICIAIS

Alex Copetti\*  
Rogério Gesta Leal\*\*

## RESUMO

Há algum tempo juristas alertam acerca da ocorrência de decisões desiguais para casos iguais, decisões essas, que têm o efeito de comprometer o princípio da isonomia, da segurança jurídica e da própria legalidade, que resta enfraquecido ao se constatar que a lei é igual para todos, mas sua interpretação pode variar de caso para caso. O presente artigo objetiva analisar o problema das decisões contraditórias no sistema jurídico brasileiro. Argumenta-se que a utilização da razão pública de Rawls e a normatização acerca da utilização dos precedentes são formas de auxiliar na resolução do problema levantado. Salienta-se, que o projeto do novo código de processo civil que tramita no Senado Federal trata do regramento do uso dos precedentes judiciais no nosso sistema. Palavras-chave: Precedentes judiciais. Normatização. Razão pública (Rawls).

## 1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que juristas alertam acerca da ocorrência de decisões desiguais para casos iguais, decisões essas, que têm o efeito de comprometer o princípio da isonomia, da segurança jurídica e da própria legalidade, que resta enfraquecido ao se constatar que a lei é igual para todos, mas sua interpretação pode variar de caso para caso.

Uma das causas desse problema pode ser a inexistência de um regramento acerca dos precedentes judiciais ou de um sistema de precedentes obrigatórios como há no *common law*.

A ideia defendida é de que a utilização da *razão pública* de Rawls na formulação dos precedentes e a criação de regras que aproximem nosso sistema do sistema de precedentes do *common law* ajudarão na resolução do problema levantado.

O artigo pressupõe que os precedentes são fonte de normas jurídicas<sup>1</sup> e, especialmente no tópico que trata da superação dos precedentes, considera que jurisprudência dominante é a que resulta das decisões proferidas pelo Pleno ou pelos órgãos especiais dos Tribunais, especialmente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

O artigo é dividido em duas principais partes, a primeira trata do precedente judicial, da sua definição, dos efeitos e das formas de se identificar e aplicar o precedente, é feita também uma análise comparativa com o sistema da *common law*. Na segunda parte é feita uma abordagem da razão pública de Rawls como norte para criação dos precedentes judiciais, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF). O método utilizado é o dedutivo e a pesquisa foi realizada através de consulta bibliográfica e documental.

---

\* alexcopetti@hotmail.com

\*\* gestaleal@gmail.com

<sup>1</sup> “Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci afirma que ‘os precedentes judiciais constituem importante fonte do direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos da tradição romanística (civil law), com incidência muito mais ampla do que normalmente se imagina’. Também assim Lenio Luiz Streck, para quem ‘é indubitável que a jurisprudência no Brasil se constitui, além de fonte de normas jurídicas gerais, em uma fonte subsidiária de informação e alimentação ao sistema de produção de normas jurídicas’.” (DIDIER, 2013, p. 439).

## 2 PRECEDENTE

### 2.1. DEFINIÇÃO

Alguns autores tratam o precedente judicial como sinônimo de *ratio decidendi*,<sup>2</sup> nesse sentido Mitidiero (2012, p. 134) afirma que “[...] o precedente pode ser identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica - também conhecido como *holding* do caso.”

Outros, ao contrário e do modo mais abrangente, compreendem o precedente como continente, do qual a *ratio decidendi* seria um elemento (DIDIER, 2013, p. 427). Nesse caso, pode-se dizer que “[...] todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.” (TUCCI apud DIDIER, 2013, p. 427).

Em que pese a falta de consenso apontada, é pacífico que os precedentes sempre estão inseridos nas decisões judiciais, sem com estas se confundirem, pois apenas decisões com certas características<sup>3</sup> possuiriam a aptidão para formarem precedentes:

[...] a distinção nos vem de Castanheira Neves - há uma diferença entre caso julgado, precedente e súmulas (no caso de Castanheira, assentos). No caso julgado, têm-se a resolução de uma demanda considerada em si mesmo, que não possui força para influenciar decisões futuras pelo fato de que a motivação da decisão não produz um novo paradigma, mas apenas reproduz os já existentes no sistema. Já no precedente - também oriundo de um julgamento concreto -, tem-se a instituição de um novo paradigma (uma *holding*) que possui uma espécie de força atrativa que irá capitalizar outras decisões. (STRECK, 2008).

O precedente estaria contido somente naquelas decisões tomadas “[...] à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.” (DIDIER, 2013, p. 427), ou seja, somente geram precedentes judiciais as decisões que “têm potencialidade de se firmarem como paradigmas para orientação dos jurisdicionados e magistrados.” (RAMOS, 2013).

Assim, pode-se dizer que em geral a doutrina define os precedentes judiciais como as razões determinantes de uma decisão que podem ser utilizadas para resolver ou conduzir a resolução de casos semelhantes, em outras palavras, precedente judicial pode ser definido como a *ratio decidendi* de uma decisão judicial que é utilizada na resolução de outras situações semelhantes.

### 2.2 IDENTIFICAÇÃO DO PRECEDENTE

O precedente é encontrado na fundamentação da decisão, pois é nela que o juiz expõe a razão do seu decidir (*ratio decidendi*), é nela que o magistrado faz a interpretação do direito que irá embasar a sua decisão (dispositivo). Evidentemente, que uma decisão pode conter mais de um

<sup>2</sup> De forma sintética pode-se dizer que são as razões de decidir, são os motivos que mantêm o dispositivo da decisão.

<sup>3</sup> Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido se falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados dos magistrados. De modo que, se todo precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente (MARINONI apud MITIDIERO, 2012, p. 134, nota 34).

capítulo e que cada capítulo deve ser fundamentado, sendo assim, poderá haver mais de uma *ratio decidendi* numa mesma decisão judicial.

É a *ratio decidendi*, extraída do ordenamento pelo magistrado e contida na fundamentação, que dá origem ao precedente, afinal, toda vez que ela é utilizada na resolução de casos semelhantes, ela é chamada de precedente judicial.

Entretanto, a fundamentação possui outros elementos além da *ratio decidendi*, por isso, se o precedente é a *ratio decidendi* (paradigmática) e se esta está na fundamentação, então é preciso definir *ratio decidendi*, a qual pode ser considerada como a “[...] essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto.” (TUCCI apud TESSER, 2012, p. 527).

Segundo entendimento doutrinário a *ratio decidendi* é composta por três elementos, quais sejam, a indicação dos fatos relevantes da causa, o raciocínio lógico-jurídico da decisão e o juízo decisório (TUCCI apud DIDIER, 2013, p. 427-428).

É possível identificar a *ratio decidendi* de forma negativa, ou seja, ela corresponderia a tudo o que não for dispensável para a solução do caso. Do sistema norte-americano surgem dois métodos de identificação da *ratio decidendi* das decisões: 1- o teste de Wambaugh ou Técnica da inversão (a *ratio decidendi* é aquele motivo determinante sem o qual o julgamento seria diverso); e, 2- o método de Goodhart ou técnica da separação (a *ratio decidendi* está nos fatos relevantes para a decisão) (PORTES, 2012, p. 187).

Entretanto, existem algumas situações complexas nas quais uma mesma decisão possui mais de uma *ratio decidendi* ou é impossível a identificação clara da sua *ratio decidendi*, como ocorre, por exemplo, no julgamento de órgão colegiado em que seus membros chegam a um mesmo resultado, mas por razões distintas; no caso do julgamento com fundamentação insuficiente; ou, na hipótese da decisão que possui vários fundamentos (SOUZA apud DIDIER, 2013, p. 434).

Destacou-se que a fundamentação possui outros elementos além da *ratio decidendi*, e, na sequência, delimitou-se a figura da *ratio decidendi*. Falta ainda tratar dos outros elementos contidos na fundamentação, além da *ratio decidendi*, esses outros elementos são chamados de *obiter dictum*.

*Obiter dictum* também pode ser identificado de forma negativa como todo elemento inserido na fundamentação que não constituía *ratio decidendi* (SOUZA apud DIDIER, 2013, p. 430), ou seja, são todas as referências paralelas, são todos os elementos que se retirados da fundamentação não irão atingir a decisão:

Consiste nos argumentos jurídicos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos normativos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”). Trata-se de colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão. É mencionada pelo juiz “incidentalmente” ou “a propósito” (“by the way”), mas pode representar um suporte ainda que não essencial e prescindível para a construção da motivação e do raciocínio ali exposto. (DIDIER, 2013, p. 430).

Em outras palavras, “[...] *obiter dictum* é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução.” (MITITIERO, 2012, p. 135).

Na doutrina, são encontrados inúmeros exemplos de *obiter dictum*, tais como: 1- manifestações sobre questão conexa à causa que não é parte integrante do pedido; 2- manifestações sobre questão irrelevante para a causa; 3- manifestação sobre questão que não é objeto da causa; 4- manifestações constantes da fundamentação de voto vencido; (SILVA apud DIDIER, p. 431) 5- manifestação do órgão jurisdicional que apenas sugere como decidira outra questão relacionada com a dos autos; (SILVA apud DIDIER, p. 430) 6- proposições irrelevantes para a solução do caso, assim como para qualquer questão legal importante; 7- proposições relevantes, mas não necessárias para a solução do caso; 8- proposições relevantes para questões colaterais ao caso em exame; 9- proposições relevantes para outras questões importantes que podem surgir em outros casos; (GUIMARAES, 2012, p. 331) 10- os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado; 11- os pronunciamentos que dizem respeito a causa de pedir não invocada (MARINONI, 2012, p. 623).

Após a identificação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, surge a questão de como aplicar a *ratio decidendi* a outros casos, na forma de precedente judicial. “Identificar aquilo que adquire força de precedente a partir da decisão judicial é apenas uma parte do problema. A partir daí é preciso saber como trabalhar com os precedentes. É preciso compreender a dinâmica do precedente.” (MITIDIERO, 2012, p. 135).

Na aplicação do precedente deve ser realizado o *distinguishing* que pode ser entendido sob três acepções: 1- pode designar o método ou processo de comparação entre a *ratio decidendi* do caso paradigma e o suporte fático do caso sob *judice*; 2- pode designar o resultado desse confronto, quando no resultado houver diferença entre os dois casos; (DIDIER, 2013, p. 455) 3- pode se referir ao processo de delimitação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* de um único caso (PORTES, 2012, p. 197).

Utilizar-se-á a primeira acepção. Nesse sentido, observa-se que “[...] a aplicação de um precedente a um novo caso, depende da aproximação dos fatos do precedente com os fatos do caso sob julgamento.” (MARINONI, 2012, p. 599), ou seja, “[...] invocar um precedente pressupõe e recomenda que sejam consideradas as circunstâncias de fato em que foi construído, para que só se aplique a causas em que a base fática seja similar.” (DIDIER, 2013, p. 452). Interessante hipótese de *distinguishing* do Direito norte-americano é citada pela doutrina:

Em *Bridges v. Hawkesworth* [1985] LJ 21 QB 75, a um consumidor foi reconhecido o Direito de guardar o dinheiro que ele encontrou no chão de uma loja. Diferentemente, em *South Staffordshire Water Company v. Sharwood* [1896] 2 QB 44, a uma pessoa que encontrou dois anéis de ouro na lama do fundo de um reservatório de água não foi reconhecido o direito de retê-los, porque o lugar em que os achou não estava aberto ao público. (SOUZA apud DIDIER, 2013, p. 454).

Realizado o *distinguishing*, surgirão algumas possibilidades para solução do caso sob *judice*, o órgão jurisdicional poderá, por exemplo: 1- entender que há distinção entre o caso sob *judice* e aquele que ensejou o precedente e decidir o mérito sem a utilização de precedentes; 2- entender que há distinção entre o caso sob *judice* e aquele que ensejou o precedente e utilizar a mesma solução adotada pelo precedente; 3- entender que a situação concreta se amolda àquela do precedente e utilizar a mesma solução do precedente; 4- entender que a situação concreta se amolda àquela do precedente, porém entender que é caso de superá-lo mediante sério esforço

argumentativo; 5- entender que a situação concreta se amolda àquela do precedente, mas ignorar o precedente (decisão *per incuriam*) (DIDIER, 2013, p. 456).

Verifica-se, portanto, que para a utilização da técnica do *distinguishing* é imprescindível que se delimite a *ratio decidendi* e as circunstâncias fáticas que levaram à sua elaboração no precedente paradigma, para que assim se possa comparar com o caso sob *judice* (PORTES, 2012, p. 197).

### 2.3 SUPERAÇÃO

No sistema da *common law* os precedentes não são imutáveis, em outras palavras, eles podem ser alterados ou revogados através das chamadas técnicas de *overruling*, que exigem alta carga de motivação e consubstanciam uma espécie de solução sistêmica para evitar o engessamento do Direito.

Dentre as técnicas de *overruling* ou *overturning* do sistema norte-americano podem ser citadas as seguintes espécies: 1- *overruling* (sentido estrito); 2- *overriding*; 3- *transformation*; 4- *drawing of inconsistent distinctions* (PORTES, 2012, p. 188-201).

*Overruling* é o principal instrumento de superação de precedentes, nele o entendimento consubstanciado num precedente até então obrigatório é substituído por novo entendimento firmado em outro precedente. “É a revogação total de um precedente” (PORTES, 2012, p. 198), que pode ser expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*). Não há um rol taxativo das hipóteses que podem gerar o *overruling*, na verdade inúmeras variáveis podem justificá-lo. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, o *overruling* geralmente só pode ser feito por uma Corte superior à Corte prolatora da decisão a ser revogada (PORTES, 2012, p. 198).

No *overriding* o órgão jurisdicional limita o âmbito de aplicação de um precedente em virtude de “[...] uma nova regra surgida após o estabelecimento da doutrina no precedente.” (PORTES, 2012, p. 199). É a revogação parcial de um precedente, que também pode provir de inúmeras variáveis.

A *transformation* ocorre quando a Corte, sem anunciar, revoga uma doutrina pré-estabelecida em decorrência de uma doutrina anterior a ela, formulada em julgamento anterior. É uma espécie de revogação total do precedente, que difere do *overruling* porque permanece aberta a possibilidade de que o precedente venha a ser, novamente, reanalisado e revogado parcialmente em outros julgamentos (PORTES, 2012, p. 199-200).

*Drawing of inconsistent distinctions* consiste na identificação, no precedente, das distinções que não condizem com a regra de direito formulada, considerando as condições sociais existentes na época da sua formulação. É uma forma de revogação parcial, que viabiliza a rediscussão de pontos que não restaram bem esclarecidos pela Corte (princípio da provisoriedade) como passo para a formulação correta do precedente, assim, com o tempo pode-se verificar o acerto ou erro, no todo ou em parte, do posicionamento provisório, que poderá gerar um *overruling* (em caso de acerto) ou ser abandonado (em caso de erro) (PORTES, 2012, p. 200-201).

Essas técnicas de *overruling* ou de superação podem ter efeitos *ex tunc* (*retrospective overruling*) ou *ex nunc* (*prospective overruling*). No primeiro caso, o entendimento estabelecido no precedente antigo (substituído) não pode ser aplicado à fatos anteriores ao *overruling*, ainda que pendentes de julgamento, ou seja, o novo entendimento passa a ser aplicado à fatos anteriores, mesmo que pendentes de julgamento (DIDIER, 2013, p. 457).

Já, no *prospective overruling* o entendimento novo é aplicado apenas à fatos posteriores ao *overruling*, nesse sentido, o entendimento antigo (substituído) continua sendo aplicado aos fatos anteriores à mudança, desde que o processo tenha sido iniciado antes da mudança (DIDIER, 2013, p. 457).

No direito norte-americano

[...]o que se vê é que a revogação prospectiva vem ganhando espaço nos tribunais [...], como observado na Corte de Michigan, com a criação de um sistema híbrido de revogação chamado P-R (*prospective-retroactive*): a regra da revogação passou a ser a prospectividade, utilizando-se da retroatividade apenas em casos esporádicos, quando requerido pela natureza da situação (PORTES, 2012, p. 207).

No sistema norte-americano, caso a revogação seja a única saída, então, o tribunal pode se utilizar da técnica da sinalização, ou do *undermining* no direito inglês, que consiste em informar que pretende não seguir mais determinado precedente a partir de determinado evento, possibilitando assim, que os indivíduos possam se preparar para a mudança de entendimento (PORTES, 2012, p. 194).

Já, no sistema jurídico brasileiro não existem instrumentos que tratem da superação de precedentes ou que regulem os efeitos da superação ou da modificação do entendimento dominante dos tribunais, essas modificações simplesmente ocorrem sem que se fale em técnicas ou mecanismos de superação dos precedentes.

Em outras palavras, no sistema brasileiro a superação (*overruling*) de um entendimento dominante é feita de forma livre pelos tribunais, inexistindo qualquer regra procedimental acerca da sua realização e acerca dos seus efeitos.<sup>4</sup>

Com relação aos efeitos do *overruling* existem ao menos três posicionamentos na doutrina nacional. Um primeiro posicionamento defende a eficácia *ex nunc* da decisão promotora do *overruling*, os principais argumentos são o princípio da segurança jurídica (preservação da justa expectativa das pessoas e da confiança que as pessoas depositam nas normas jurídicas em vigor), o princípio da não-surpresa que sujeita toda a administração pública (inclusive o Poder Judiciário) e o princípio da irretroatividade das leis (irretroatividade do Direito em sentido amplo, abrangendo também os precedentes) (DIDIER, 2013, p. 464-466).

Um segundo posicionamento pode ser extraído do Código de Processo Civil. Nesse caso a decisão teria efeitos *ex tunc* aplicando-se a casos anteriores pendentes de julgamento, afinal, a alteração de posicionamento (*overruling*) é fato superveniente que deve ser levado em conta pelo magistrado na data do julgamento, pois qualquer fato superveniente à propositura da demanda que interfira no julgamento da causa tem de ser levado em consideração, nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil.

E, uma terceira corrente diz que cabe ao Poder Judiciário, com razoabilidade, modular os efeitos da decisão que altera um posicionamento consolidado, com base no princípio da segurança jurídica e numa interpretação extensiva dos artigos 27 da lei 9868/99 e 11 da lei 9882/99, que

---

<sup>4</sup> O sistema brasileiro, apenas de forma pontual, possui alguns instrumentos de superação de precedentes judiciais consubstanciados em enunciados de súmulas, conforme prevê o artigo 103-A, p. 2º, da CF e a Lei Federal n. 11.417/2006 e no Regimento Interno do STF (DIDIER, 2013, p. 459).

admitem a modulação de efeitos de acordo com a repercussão política e social da decisão (DIDIER, 2013, p. 464-466).

A modulação dos efeitos do *overruling* ou a atribuição de efeitos *ex nunc* pode servir, também, como uma forma de indicar o posicionamento do tribunal para casos futuros, nos moldes da técnica da sinalização/aviso (*signaling/caveat*), utilizada pelos tribunais americanos (DIDIER, 2013, p. 466).

## 2.4 EFEITOS DOS PRECEDENTES

Ao contrário do que ocorre no sistema de *common law*, nosso ordenamento não possui um sistema de precedentes obrigatórios, porém, isso não significa que não se possa identificar alguns efeitos inerentes aos precedentes judiciais.

Existem várias classificações doutrinárias dos efeitos dos precedentes. Carneiro (2012, p. 148) realiza classificação baseada na doutrina de Patrícia Perrone Campos Mello, que estabelece que quanto aos efeitos, os precedentes podem ser classificados em três categorias: 1- precedentes de eficácia normativa; 2- precedentes de eficácia impositiva intermediária; 3- precedentes com eficácia persuasiva.

Precedentes com eficácia normativa são aqueles cuja solução deve ser seguida obrigatoriamente em casos semelhantes, que no nosso sistema podem excepcionalmente existir (ex.: súmula vinculante) (CARNEIRO, 2012, p. 148).

Precedente com eficácia impositiva intermediária é aquele que a princípio deve ser seguido, porém admite superação justificada, além disso, “possui a qualidade de poder ser invocado para se obterem certos benefícios e facilidades no [que] diz respeito à interpretação unificadora acerca do direito aplicável, e de possibilitar certas facilidades e efeitos recursais [ex.: art. 557, CPC]”. (CARNEIRO, 2012, p. 149).

Precedentes com eficácia persuasiva “[...] são decisões anteriores que são citadas para persuadir o magistrado a formar sua convicção em determinado sentido.” (CARNEIRO, 2012, p. 149).

Já, Didier (2013) classifica os precedentes quanto à sua força, autoridade ou eficácia, em precedentes com eficácia persuasiva, impeditiva e vinculante.

Eficácia persuasiva corresponde ao poder que os precedentes têm de influenciar as decisões futuras (de convencer). Todo precedente tem essa eficácia, trata-se da eficácia mínima dos precedentes “[...] na medida em que constitui ‘indício de uma solução racional e socialmente adequada’. Nenhum magistrado está obrigado a segui-lo; ‘se o segue, é por estar convencido de sua correção’.” (DIDIER, 2013, p. 445).

Eficácia impeditiva corresponde ao poder que determinados precedentes possuem de impedir ou obstar recurso contra decisão que lhe tenha aplicado (DIDIER, 2013, p. 444).

Efeito ou eficácia vinculante corresponde ao poder que determinados precedentes possuem de impor a sua observância aos demais órgãos jurisdicionais, ou seja, nesse caso a “[...] ratio decidendi de uma decisão tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.” (DIDIER, 2013, p. 442-443).

No sistema jurídico brasileiro a eficácia persuasiva é a regra geral, portanto, se a lei nada disser acerca da força de determinado precedente, então, ele terá apenas efeito persuasivo (efeito mínimo de todo e qualquer precedente). Mas, além desse efeito mínimo, o ordenamento jurídico poderá atribuir efeito impeditivo ou efeito vinculante aos precedentes.

A título de exemplo de precedentes com efeito impeditivo, podem ser citados os artigos 475, § 3º, 518, § 1º, 544, § 4º e 557 do Código de Processo Civil (DIDIER, 2013, p. 444).

E, são exemplos de precedentes com efeito vinculante: a) os precedentes que geraram a súmula vinculante (art. 103-A, CF e Lei 11.417/06) têm eficácia vinculante em relação ao Supremo Tribunal Federal, aos órgãos jurisdicionais e à administração pública; b) os precedentes consolidados em súmulas de um tribunal têm eficácia vinculante em relação ao próprio tribunal; c) os precedentes oriundos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade difuso de constitucionalidade, têm eficácia vinculante em relação ao próprio Supremo Tribunal Federal e aos demais órgãos jurisdicionais (isso ocorre em função do fenômeno da objetivação do controle difuso); d) o precedente criado na decisão que fixa tese para os recursos extraordinário ou especial repetitivos (DIDIER, 2013, p. 443).

Observa-se que um precedente pode ser ao mesmo tempo persuasivo e vinculante, como ocorre no caso dos precedentes consolidados em súmulas de um tribunal, que têm eficácia vinculante para o tribunal criador da súmula e persuasiva para outros tribunais.

### **3 NECESSIDADE DE RACIONALIZAR A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES (JOHN RAWLS - “RAZÃO PÚBLICA”)**

A posição original de Rawls pode ser vista sob dois enfoques, num primeiro ela corresponderia ao estado de natureza tradicional do contrato social, ou seja, seria uma situação imaginária na qual indivíduos imaginários que possuem determinadas características, sob o véu da ignorância, obtém consenso com relação à concepção de justiça a ser adotada numa sociedade. Já, sob outro enfoque, pode ser vista como um roteiro ou procedimento hipotético que deve ser utilizado para enviar o sujeito à posição original, sempre que isso seja necessário para solucionar dúvidas quanto a concepção de justiça a ser adotada<sup>5</sup> (RAWLS, 2000b, p. 21).

Segundo Rawls, as partes, na posição original, ao adotar os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade, devem adotar também as diretrizes e os critérios da razão pública (diretrizes de indagação) para aplicar esses princípios (RAWLS, 2000a, p. 275).

O conteúdo da razão pública é formulado pelo que o autor chama de “concepção política de justiça”<sup>6</sup>. É fundamental que essa “concepção política de justiça” englobe os princípios de

---

<sup>5</sup> “A qualquer momento podemos utilizar a posição original, por assim dizer, simplesmente obedecendo a um certo procedimento, isto é, argumentando em defesa de princípios da justiça de acordo com essas restrições.” (RAWLS, 2003, p. 21).

<sup>6</sup> Nas palavras do autor: “ao dizer que uma concepção de justiça é política, também quero dizer três coisas: que é articulada de forma a se aplicar exclusivamente à estrutura básica da sociedade, e suas principais instituições políticas, sociais e econômicas, como um sistema unificado de cooperação social; que é apresentada independentemente de qualquer doutrina religiosa ou filosófica abrangente e mais ampla; e que é elaborada em termos de ideias políticas fundamentais, vistas como ideias implícitas na cultura política e pública de uma sociedade democrática.” (RAWLS, 2000a, p. 273).

justiça (princípios substantivos de justiça para a estrutura básica) e as diretrizes de indagação<sup>7</sup> (valores da razão pública) para aplicação dos princípios de justiça (RAWLS, 2000a, p. 272-273).

O autor destaca a relação entre razão pública e a atuação do poder judiciário (Supremo Tribunal) num regime constitucional com controle de constitucionalidade, menciona que o Supremo Tribunal, ao interpretar a constituição, deve levar em conta a razão pública (RAWLS, 2000a, p. 285).

Acentua a importância da Suprema Corte na “[...] criação” da razão pública ao dizer que “o papel do tribunal não é meramente defensivo, mas também de dar uma existência apropriada e contínua à razão pública, ao servir de exemplo institucional.” (RAWLS, 2000a, p. 286).

No nosso ordenamento o Supremo Tribunal Federal (STF), ao menos teoricamente, pode ser identificado como a expressão máxima da razão pública, sendo assim, toda vez que os tribunais (especialmente o STF) necessitem decidir acerca de questões relacionadas com os elementos constitucionais essenciais (ex.: direitos fundamentais), deverão utilizar esse roteiro hipotético (posição original) para decidirem com fundamento na razão pública<sup>8</sup> de forma razoável.<sup>9</sup>

#### 4 CONCLUSÃO

Atualmente os precedentes ocupam papel de destaque no nosso ordenamento, fato que de certa maneira nos faz olhar para o sistema de *common law*. Percebe-se que existe, especialmente por parte da doutrina, uma tentativa de adaptar as técnicas do *common law* ao sistema jurídico brasileiro.

Verifica-se que no *common law* as inseguranças e dúvidas existentes quanto a aplicação e superação dos precedentes são “solucionadas” pelas técnicas de *overruling*. Enquanto isso, no *civil law*, inexistente tal preocupação, por isso, a ideia de se regulamentar a forma de se alterar posicionamento dominante (*overruling*) e dos efeitos dessa alteração (*ex tunc, ex nunc, pro futuro*), tendo como parâmetro o *common law*, seria uma forma de adaptar e introduzir tais institutos no nosso ordenamento e atender aos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da legalidade.<sup>10</sup>

Não basta simplesmente importar institutos do *common law*, afinal, no próprio *common law* existem pontos não pacíficos como é o caso das divergências entre os métodos de identificação da *ratio decidendi*.

<sup>7</sup> São os “[...] princípios de argumentação e regras de evidência à luz dos quais os cidadãos devem julgar se os princípios substantivos aplicam-se de forma apropriada e identificar as leis e políticas que melhor os satisfaçam.” (RAWLS, 2000a, p. 273). Essas diretrizes de indagação possibilitam a justificação perante todos os cidadãos (princípio da legitimidade política) das questões relativas aos elementos constitucionais essenciais e à justiça básica (RAWLS, 2000a, p. 274).

<sup>8</sup> Rawls afirma existirem limites apropriados da razão pública que variam dependendo das condições históricas e sociais (visão exclusiva e visão inclusiva), sendo assim, “[...] em diferentes condições, com diferentes doutrinas e práticas concorrentes, o ideal pode ser atingido de formas diferentes: nos períodos favoráveis, seguindo o que à primeira vista talvez pareça ser a visão exclusiva; em períodos não tão favoráveis, pelo que talvez pareça ser a visão inclusiva” (RAWLS, 2000a, p. 303).

<sup>9</sup> Rawls distingue racional de razoável, sendo que o primeiro diz respeito às opções e preferências do indivíduo, enquanto o segundo diz respeito ao senso comum, ao público, por isso, na posição original o razoável terá prioridade sobre o racional, nesse sentido, a razoabilidade deve nortear a formação, interpretação e aplicação dos precedentes no nosso sistema (RAWLS, 2003, p. 115-116).

<sup>10</sup> Nesse sentido, o projeto do novo código de processo civil trata do regramento do uso dos precedentes judiciais, conforme se observa no artigo 882 do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal, onde atualmente tramita (BRASIL, 2010).

A normatização poderia resolver algumas questões relevantes, como por exemplo, dos efeitos do *overruling*; se os efeitos do *overruling* devem variar de acordo com a matéria objeto do processo, quer dizer, os efeitos do *overruling* num processo de natureza cível podem ser distintos dos seus efeitos nos processos de natureza penal? Como o *overruling* deve ocorrer em face de princípios específicos dos diversos ramos do direito, como por exemplo, o princípio da irretroatividade da norma penal maléfica, da ultratividade da norma penal benéfica, da anuidade tributária, da supremacia do interesse público? Como será realizado o *distinguishing* no recurso extraordinário e no recurso especial, tendo em vista que neles não se analisam fatos e o *distinguisihing* é feito com base na análise de fatos? Como será delimitada a *ratio decidendi* num sistema como o nosso, que adota o modelo de decisão *seriatim*?

Em virtude disso, é aceitável que se defenda a necessidade de que nosso sistema incorpore algumas técnicas do *common law* e que se utilize da razão pública de Rawls na formação dos precedentes.

### JUDICIAL PRECEDENTS

#### ABSTRACT

*There are some lawyers warn time of the occurrence of unequal decisions for the same cases, these decisions which have the effect of compromising the principle of equality, legal certainty and legality itself, which remains weakened when it was observed that the law is equal for all but its Interpretation may vary from case to case. This paper aims to analyze the problem of conflicting decisions in the Brazilian legal system. It is argued that the use of public reason Rawls and the regulation on the use of precedents are ways to assist in solving the problem raised. It is noted that the design of the new code of civil procedure which is being processed in the Senate comes regulation to the use of judicial precedent in our system.*

*Keywords: Judicial precedents. Regulation. Public reason (Rawls).*

### REFERÊNCIAS

CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. Coleção Andrea Proto Pisani.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2010. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=DD187D543CA89131E8154930F514BD24.proposicoesWeb2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DD187D543CA89131E8154930F514BD24.proposicoesWeb2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010)>. Acesso em: 25 jul. 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GUIMARAES, Larissa. Os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle concreto sob a perspectiva do *stare decisis*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. *Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual*. 2013. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-efic%C3%A1cia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000a.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”?*. 2008. Disponível em: <[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/5\\_Doutrina\\_7.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/5_Doutrina_7.pdf)>. Acesso em: 25 jul. 2014.

TESSER, André Luiz Bäuml. Breves linhas sobre o desrespeito e a equivocada aplicação da teoria dos precedentes na justiça do trabalho brasileira. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.



# MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Daiane Garcia Masson\*  
Rogério Luiz Nery da Silva\*\*

## RESUMO

Este trabalho objetiva o oferecimento de um olhar sobre o instituto da mediação como alternativa à judicialização de conflitos envolvendo os direitos fundamentais sociais. O ponto central resume-se em constatar se é possível aplicar o instituto da mediação na resolução de controvérsias sobre os direitos sociais evitando, assim, a instauração de processos judiciais. Tal estudo é resultado de uma pesquisa bibliográfica, com aplicação do método analítico-interpretativo e busca apresentar um debate atual sobre alternativas à grave situação vivenciada pelo Poder Judiciário, que não é capaz de desempenhar com excelência sua função pacificadora, seja por falta de estrutura, seja pela crescente judicialização de conflitos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Acesso à justiça. Mediação.

## 1 INTRODUÇÃO

A grave crise pela qual passa o Poder Judiciário, especialmente em termos de morosidade, dá abertura para uma discussão em torno de alternativas à judicialização de conflitos, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais. Encerrada a fase de discussão sobre a possibilidade ou não de levar ao Estado-Juiz o problema da exigibilidade dos direitos sociais, uma nova fase se inicia: a discussão em torno de como resolver conflitos envolvendo esses direitos sem a necessidade de instauração de processo judicial. Da temática abordada é possível extrair o seguinte problema de pesquisa: a mediação seria uma alternativa realizável de solução extrajudicial de conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais? Pretende-se obter uma resposta satisfatória com a utilização de pesquisa bibliográfica e aplicação do método de pesquisa analítico-interpretativo. O trabalho foi dividido em três partes: a primeira apresenta considerações sobre o acesso à justiça, direito presente em qualquer Estado Democrático de Direito. A segunda parte se volta à discussão sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais. Por fim, a terceira parte se dedica ao estudo do instituto da mediação enquanto alternativa à judicialização dos direitos sociais.

## 2 RESULTADOS

O resultado obtido demonstrou que é possível analisar o acesso à justiça sob dois enfoques: um enfoque mais restrito e formal, que se refere à possibilidade de pleitear uma demanda junto ao Poder Judiciário - visão esta apresentada por Barcellos - ou um enfoque mais amplo, que diz respeito ao senso comum do que é justo. É essa ideia em sentido amplo que se volta para a melhoria das relações pessoais e sociais (SALES; LIMA; ALENCAR, 2008, p. 711). O direito de acesso à Justiça sofreu várias

---

\* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora de Direito Constitucional II e Processo Constitucional na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; daiane.masson@unoesc.edu.br

\*\* Doutor em Direito; Professor do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Advogado; dr.rogerionery@gmail.com

alterações ao longo da história. Conforme a evolução dos direitos humanos, suas características foram modificadas, passando de um direito formal - qualidade dos direitos liberais do século XVIII, para um direito social e concreto, garantido pelo Estado para todas as pessoas. Transformou-se ainda, de direito individual em direito coletivo, possibilitando, assim, novas estratégias de tratamento de conflitos. (BEDIN; SPENGLER, 2013, p. 103). Os direitos sociais encontram fundamento ético na justiça que é essencial para a promoção da dignidade humana. Cidadão é aquele que goza de direitos civis, políticos e sociais. O reconhecimento da pessoa pela comunidade depende da garantia de direitos civis e políticos, mas também na participação nos direitos sociais indispensáveis para uma vida com dignidade (BARRETUO, 2003, p. 130-131). É também por isso, que se pode afirmar com segurança, como querem Abramovich e Courtis (2011) que direitos sociais são exigíveis. Necessário ponderar, entretanto, que as questões que envolvem tais direitos não podem ser resolvidas em termos de tudo ou nada porque envolvem variáveis bastante complexas, tais como disponibilidade de recursos financeiros, políticas públicas integradas em planos plurianuais e diretrizes orçamentárias, medidas advindas do legislativo para ordenar receitas e despesas, etc. (LEAL, 2009, p. 79). Para a solução judicial de qualquer conflito incidem custos emocionais, financeiros e de tempo. (GARCEZ, 2002, p. 53). É neste contexto que o instituto da mediação surge como alternativa à intensa judicialização de direitos, em especial no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais. A mediação pode ser empregada em qualquer espécie de conflito, em especial nos de natureza de Direito de Família e naqueles em que a outra parte é estatal. (DELGADO, 2003, p. 14). Ao adotá-la, pretende-se acabar com a dicotomia ganhador-perdedor, situação que se vislumbra com clareza em processos judiciais. Há quem duvide da possibilidade de utilizar a mediação em conflitos nos quais as partes não estejam em situação de igualdade ou em casos que versem sobre direitos indisponíveis. Para Freitas Júnior (2009, p. 191-193), se em relações entre pessoas desiguais não fosse possível aplicar a técnica da mediação, esta não teria lugar em nenhuma outra relação intersubjetiva concreta. É a intervenção direta do mediador no equilíbrio entre as partes em conflito que permite o tratamento mais igualitário na confecção de uma pauta justa e equilibrada. Quanto aos direitos indisponíveis, a mediação pode ser um extraordinário instrumento de calibração responsável na implementação da agenda da democracia participativa. Os conflitos que envolvem a exigibilidade dos direitos sociais expõem, de um lado, os cidadãos, de outro, o Poder Público. Nesse contexto, conforme Souza (2013, p. 222), numa perspectiva que encare como dinâmica e democrática a relação entre o Estado e a sociedade, na qual tais cidadãos podem e devem definir o formato e as missões de seu Estado, não parece possível desconsiderar que cada pessoa tenha um relacionamento constante, desde o nascimento até a morte, com o ente estatal. Assim, é interessante que um relacionamento saudável e produtivo seja mantido. A solução de controvérsias por intermédio do Poder Judiciário, para Delgado (2003, p. 17) é apenas um dos caminhos possíveis. Caminhos alternativos devem ser incentivados, tais como a mediação, caminhos estes consagrados no Direito de países como os Estados Unidos, Nova Zelândia e Austrália, nos quais pessoas comuns se reúnem aos sábados e domingos em organizações coletivas a fim de solucionar os conflitos dos seus bairros. Tais soluções são reconhecidas pelos órgãos estatais.

### 3 DISCUSSÃO

O objetivo principal dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos é a facilitação do acesso à justiça, e não a violação de tal direito. Solucionar conflitos a partir da reflexão,

do diálogo participativo e da cooperação entre os envolvidos é o objetivo principal. É possível aplicar a mediação em qualquer espécie de conflito, dentre as quais, aqueles em que de um lado se encontra o cidadão e de outro o ente público. Esse quadro é concebido especialmente em situações de conflitos que envolvem a efetivação de direitos fundamentais sociais, tais como saúde, educação, trabalho e moradia. Pode-se afirmar que a mediação pode ser uma alternativa à judicialização dos conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais, especialmente pela capacidade de promover Justiça com mais celeridade. Note-se que aquele indivíduo que precisa pleitear um direito social geralmente não tem condições de aguardar o deslinde de um processo burocrático e moroso, mesmo que ao final promova uma solução justa.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. O direito de acesso à justiça como concretização dos direitos humanos: garantias no âmbito nacional e internacional. In: BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. *Acesso à Justiça, direitos humanos e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.

DELGADO, José. Constitucionalidade da mediação. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (BRASIL). *Mediação: um projeto inovador*. Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários, 2003.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Conflitos de justiça e direito do trabalho: alcance e possibilidades para o emprego da mediação. In: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de Negociação. Resolução alternativa de conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALES, Lilia Maia de Moraes; LIMA, Martônio Mont´Alverne Barreto; ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. A mediação como meio democrático de acesso à justiça, inclusão e pacificação social – A experiência do projeto Casa de Mediação Comunitária da Parangaba. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília, DF. *Anais...* Brasília, DF: Compedi: UnB, 2008.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de conflitos e o novo Código de Processo Civil. In: BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. *Acesso à Justiça, direitos humanos e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.



# PROPORCIONALIDADE E INSIGNIFICÂNCIA PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CRIMES DE FURTO

Conrado Augusto Momoli\*

## RESUMO

O Presente Trabalho busca um estudo sobre a aplicação do Princípio da Proporcionalidade e Insignificância em matéria Penal. Entendendo que a Liberdade do Indivíduo somente poderá ser restringida em casos excepcionais. O Direito Penal Moderno como respeitador dos Direitos e Garantias Fundamentais reger-se-á por Princípios Constitucionais Limitadores de seu poder de atuação. Tanto o Legislador quanto o Julgador deverão observar tais princípios. Primeiro ao editar as normas, e segundo aplicando-as ao caso concreto. Em matéria penal, acontecem casos em que a conduta do agente, mesmo que adequada ao tipo em abstrato, não deverá receber punição. Deve haver sempre uma Proporcionalidade entre a pena e os danos causado pela ação. Há casos em que o resultado tem grau tão baixo de ofensividade que a menor das penas seria desproporcional: São os Crimes de Bagatela, que aparecem com a aplicação da Proporcionalidade e o Princípio da Insignificância. Reconhecido e aplicado no Supremo Tribunal Federal em situações específicas, considerando a proporcionalidade da pena e da reprovabilidade do fato.

Palavras-chave: Princípios. Ofensividade. Proporcionalidade. Intervenção Mínima. Insignificância. Direito Penal.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde a sua consagração no século XVIII, com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão a sua força normativa aumenta ao ponto de se ter a compreensão de que os Direitos Fundamentais, “[...] ao lado da definição de forma de Estado, do sistema de governo e da organização dos poderes, a essência do Estado constitucional.” O que leva Sarlet (2011, p. 58-59) a dizer que o respeito aos Direitos Fundamentais é “[...] *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático.”

A Liberdade do indivíduo somente poderá sofrer restrições em situações excepcionais de extrema necessidade. Assim é que, o Direito Penal Contemporâneo, um dos meios mais graves de restrição da liberdade, tem vigência embasada em Princípios balizadores do seu poder de atuação. Tornando-se nas mãos estatais incisiva ferramenta de proteção a bens jurídicos não pode ser aplicada indistintamente. Tão somente se agir dentro dos limites traçados pela Constituição, será o Direito Penal respeitoso aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Imaginemos por um instante a situação de uma Mãe que no desespero de cuidar de seu filho comete o ato de furtar um pacote de fraldas e acaba presa. Este é mais um caso que permeou pelas pautas de julgamento de nosso Judiciário. Chegando a ser discutido no Supremo Tribunal Federal.

---

\* Graduando em Direito na Faculdade Concórdia; conradoaugusto@live.com

Alguns casos em matéria penal chamam atenção - não fosse pela triste realidade de nosso país - pelo seu caráter muitas vezes caricato. Furtos onde o objeto tem um aspecto de pouco valor econômico as vezes movimentam a cara máquina do Judiciário e chegam até mesmo a ser julgados pelo Supremo Tribunal Federal. São situações que vão “na contramão” da excepcionalidade que deve ser respeitada ao aplicar uma sanção penal. São furtos, alguns na modalidade tentativa, de coisas como barras de chocolate, calcinhas, bermudas, CD’s, fraldas e até mesmo galinhas!!! Poderia se atribuir alguma relevância se houvesse o furto de uma carga de caminhão de Chocolate, porém 5 barras avaliadas em R\$ 20,00 fogem completamente do âmbito de atuação que deveria ter um Direito Penal Mínimo.

O que se propõe aqui é um breve estudo, a partir da Doutrina e da Jurisprudência do STF, sobre a aplicação da Insignificância Penal e o crime de bagatela no que tange especificamente ao furto. Sempre procurando a fundamentação teórica e a visualização prática de como foi tratada a questão pelos Ministros. A construção do conceito foi feita com elementos da Doutrina e de Votos proferidos em julgados do STF, que em inúmeras vezes aceitou a aplicação do referido princípio. Observou-se aqueles trechos em que a redação fosse mais didática, e preferencialmente mais recente. Algumas vezes a fundamentação torna-se repetida de um caso para outro, portanto o número de Acórdãos utilizados não foi tão elevado.

Embora o objeto de estudo deste trabalho seja o Princípio da Insignificância, é imprescindível, mesmo que sucinta, uma referência aos Princípios da Intervenção Mínima e Ofensividade. A incidência principiológica limitadora penal fazem valer a ideia de que o Estado proíbe determinadas condutas, e aplica penas a quem viola a proibição sob um juízo de proporcionalidade. Seja ao criar os tipos penais, quanto à conduta e a penalização, seja na aplicação da pena ao caso concreto.

## 2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO

A incidência do Direito Penal se deve à sua precípua função. Ao suprimir a liberdade de uma pessoa, seja proibindo alguma conduta ou aplicando-lhe uma pena deve ater-se àquilo que lhe foi atribuído pela sociedade no Estado Democrático de Direito. Ilustra Ulguim (2013), o que parece ser uma compreensão predominante na doutrina nacional e estrangeira<sup>1</sup> de que a função de um “Direito Penal constitucionalmente adequado é a proteção ou a defesa de bens jurídicos relevantes para a vida em comunidade.” É necessário que o poder legislativo faça a indicação de quais bens jurídicos merecem destaque, e cabe ao direito penal “[...] sua proteção e, ainda as consequências jurídicas da violação desses bens jurídicos penalmente relevantes.” (ULGUIM, 2013, p. 44-46).

Ao relacionar-se com os demais indivíduos da sociedade o homem estabelece para com eles uma teia de relações fundada no cuidado recíproco. Assim é que “[...] o homem historicamente situado deve cuidar de si e do outro como se dele fizesse parte.” Ao entendimento de que o Direito Penal protege bens jurídicos socialmente relevantes acrescenta-se ainda a compreensão

---

<sup>1</sup> Lecionam nessa linha Cezar Roberto Bitencourt, Regis Prado, Nilo Batista, Fábio D’Avila. Além da doutrina estrangeira como Muñoz Conde, Figueiredo Dias e Faria Costa.

de que somente ocorre a ofensa “[...] se houver, necessariamente, um abalar das teias da relação entre os indivíduos que ali estão situados.” (ULGUIM, 2013, p. 47).

O respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais exigem do estado uma imprescindível observância da matriz principiológica de ordem constitucional penal que atua como limite no exercício do *ius puniendi*. São princípios, implícitos e explícitos, integrantes da ordem constitucional vigente, que atuam como garantia do cidadão em face do poder estatal limitando e condicionando a atuação deste. Sua função é “[...] orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade [...] mínimo e garantista.” (BITENCOURT, 2011, p. 40).

Os Princípios penais constituem o núcleo *essencial* da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito - suas categorias teóricas -, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal *conforme* a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal (PRADO, 2013, p. 156).

No âmbito do nosso trabalho apresentaremos alguns deles.

## 2.1 OFENSIVIDADE

As normas penais incriminadoras são o meio mais gravoso que o Estado se utiliza para limitar a liberdade de alguém. Portanto, “[...] não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica.” (ROXIN, 2012, p. 33).

Determina o princípio da Ofensividade que uma conduta somente poderá ser criminalizada se com ela exista “[...] pelo menos, um *perigo concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico” (BITENCOURT, 2011, p. 52). Sendo que “[...] não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado.” (PRADO, 2013, p. 169). De acordo com Bitencourt (2011, p. 52) deve ter efeito em dois planos: Para o legislador na criação do tipo penal, para que “[...] a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes.” E também na aplicação da lei penal, “[...] constringendo o interprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.”

Segundo D’Ávila (2009), é possível fazer uma relação entre o modelo de Estado, e o modelo de crime por este concebido. “O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, em sua vertente principiológica, o denominado Princípio da Ofensividade” é “[...] a forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso” que mais enquadra, que é intrínseca, ao modelo de “Estado democrático e social de Direito.” (D’ÁVILA, 2009, p. 67-68).

A exigência constitucional da ofensividade se dá por inúmeras razões. “Tanto em âmbito puramente principiológico como, e principalmente a luz das regras constitucionais.” (D’ÁVILA, 2009, p. 69).

Incumbe ao Estado de direito garantir a ordem e a paz. Disto, podemos “[...] reconhecer um princípio geral fundamental de tutela a bens jurídicos [...]” Dois princípios derivam deste princípio geral de tutela a bens jurídicos. Primeiro “[...] o princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa” e “[...] o princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária.” Ambos devem coexistir sem conflitos, pois “[...] estão submetidos

ao âmbito do princípio originário [...]”. Então para que uma incriminação seja legítima deverá estar dentro dos limites da ofensividade. Caso não esteja “[...] não corresponde a um interesse político-criminal legítimo, eis que estaria fora do âmbito de proteção do princípio conformador.” (D’ÁVILA, 2009, p. 69-70).

É muito enriquecedora a lição de D’Ávila (2009, p. 70). sobre o caráter duplo do direito à liberdade. Para Ele, de acordo com a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, liberdade teria aspecto “[...] simultaneamente de regra e princípio.” E aqui nós encontramos mais um aporte constitucional da ofensividade como proteção à liberdade.

Sobre o aspecto da liberdade como princípio, ela estaria sujeita a ponderação. Ao mesmo tempo em que, a liberdade como regra rege-se por um regime mais severo de aplicação. “Significa dizer que, muito embora a norma constitucional concernente à liberdade admita ser ponderada com outros valores, está longe de admitir uma ponderação irrestrita.” (D’ÁVILA, 2009, p. 70).

O tipo penal incriminador surge da “[...] ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores de fundamental relevo em sociedade.” Este balanceamento não é realizado de forma adequada, se restringe-se a liberdade “[...] para a obtenção de meros interesses político criminais [...]” Para que a liberdade seja restringida, há necessidade de que, no outro lado da balança exista um interesse de importância semelhante, “[...] como ocorre na restrição da liberdade em prol da tutela a vida, nos crimes contra a vida.” (D’ÁVILA, 2009, p. 71).

A proteção jurídico-constitucional do direito à liberdade impede, por tudo isso, o alargamento da tutela penal para além dos casos em que o seu exercício implique a ofensa a outros bens jurídicos em harmonia constitucional. Por estas, entre muitas outras razões, é, por certo, a ofensividade uma inafastável exigência para a legitimidade do ilícito-típico na ordem jurídico-penal brasileira, após a Constituição de 1988 (D’ÁVILA, 2009, p. 71).

## 2.2 INTERVENÇÃO MÍNIMA

Como limitador do poder punitivo estatal o princípio da intervenção mínima também conhecido como última *ratio*, tem sua máxima abarcada no seguinte enunciado: “[...] a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.” (BITENCOURT, 2011, p. 43).

Assim há um condicionamento da atuação do Direito Penal a que, “[...] se houver outra forma de o Estado defender este bem, deve ele (Estado) preferir usar outros meios que não o Direito Penal.” Este entendimento confere ao Direito Penal a característica de “subsidiariedade”, somente intervindo quando forem “[...] ataques graves aos bens jurídicos.” (ULGUIM, 2013, p. 49).

O direito penal deve ser a última opção do Estado. Se “*para el restablecimiento de Orden jurídico violado, es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben emplearse y no las penales.*” (CONDE; ARÁN, 2004, p. 79). Subsidiariedade denota que não será o direito penal o único meio de proteção a bens jurídicos. Mas “[...] o Estado só pode socorrer-se do Direito Penal depois de esgotadas todas as vias dos outros ramos do Direito.” (ULGUIM, 2013, p. 50).

Nem todas as ações que lesionam bem jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, decor-

rendo daí o seu *caráter fragmentário*, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. (BITENCOURT, 2011, p. 45).

## 2.3 PROPORCIONALIDADE

Apanágio dos Direitos Fundamentais e Do Estado de Direito, sua aplicação incide na relação Estado - Indivíduo como controle do excesso de poder. A proporcionalidade, sobre seus três pilares *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* serve como forma de ponderação na aplicação da lei ao caso concreto, embora, não seja dispensada a sua aplicação no processo legislativo. Nem sempre uma conduta que se adeque perfeitamente a um tipo penal será merecedora de sanção. Se a penalização extrapolar os limites impostos pelos princípios balizadores do poder punitivo, ela não será justa, ou legítima.

A não observância da proporcionalidade pode implicar na ilegitimidade da atuação estatal, o que lhe confere, mais do que um caráter interpretativo, uma necessária vinculação dos atos estatais aos seus postulados. Isso por que ao Estado Democrático de Direito impõe-se que os princípios constitucionais, inclusive a proporcionalidade, sejam respeitados quando da escolha dos meios que serão utilizados para obter alguma finalidade, sob pena de invalidade. “Em outros termos, toda atividade estatal é sempre vinculada axiomáticamente pelos princípios constitucionais.” (BITENCOURT, 2011, p. 55).

A *adequação* da norma legal exige que “[...] as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos.” Quanto à *necessidade* verificar-se-á se o objetivo a ser alcançado não poderá lograr êxito com meio menos oneroso. Por fim o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* determinará que se verifique o nível de afetação do atingido que deverá ser proporcional ao da “satisfação dos objetivos perseguidos pelo legislador.” (MENDES, 2012, p. 259).

Sob o ponto de vista de uma aplicação penal, leciona Santos (2008) que *adequação* e *necessidade* são parâmetros de otimização “[...] das possibilidades da realidade, do ponto de vista da adequação e da necessidade dos meios em relação aos fins propostos.” Destarte, arguindo se para a proteção do bem jurídico o meio mais adequado é a pena criminal, e se é o meio necessário, dentre outros para a consecução do fim proposto. Já pela *proporcionalidade em sentido estrito*, se realizará o exame se a pena adequada e necessária é também “[...] proporcional em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico.” (SANTOS, 2008, p. 28).

O Princípio da Proporcionalidade “[...] proíbe penas *excessivas* ou *desproporcionais* em face do desvalor de ação ou do resultado do fato punível” e desdobra-se em *proporcionalidade abstrata* e *proporcionalidade concreta*. A primeira direciona-se ao processo de criminalização primária, de modo a limitar que condutas que não gerem graves lesões aos direitos humanos sejam criminalizadas. Bem como “[...] delimita a cominação de penas criminais conforme a *natureza* e *extensão* do dano social pelo crime.” O que significa que a severidade da pena deve se adequar à gravidade do delito (SANTOS, 2008, p. 28-29).

Já a *proporcionalidade concreta* norteia a aplicação e execução da pena. O que se busca nesse momento é uma visão sobre o seu “*custo/benefício*”. As implicações da penalização são por demais prejudiciais ao condenado, sua família e a sociedade. Cirino dos Santos fala sobre a seletividade do sistema penal que abarca em sua imensa maioria pessoas de classe baixa, “[...] selecionada

por estereótipos, preconceitos, idiosincrasias e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social, ativados por indicadores sociais negativos de pobreza, marginalização do mercado de trabalho”, etc. Completa dizendo que o princípio da proporcionalidade “[...] pode fundamentar critérios compensatórios das desigualdades sociais da criminalização secundária.” Quando o juiz aplica a pena, pode valer-se da proporcionalidade ao estruturar “[...] os processos intelectuais e afetivos do juízo de reprovação do crime e aplicação da pena”, ao valorar as circunstâncias judiciais e legais do crime, aplicando os meios menos gravosos de pena previstos na lei (SANTOS, 2008, p. 29-30).

Em matéria penal, mais especificamente, segundo Hassemer (apud BITENCOURT, 2011), a exigência de *proporcionalidade* deve ser determinada mediante um juízo de ponderação entre a carga ‘coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal. Com efeito, pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio - *abstrato* (legislador) e *concreto* (judicial) - entre gravidade do injusto penal e a pena aplicada. Ainda segundo a doutrina de Hassemer (apud BITENCOURT, 2011, p. 57), o princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão “[...] uma concordância material entre a ação e a reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionais.”

## 2.4 INSIGNIFICÂNCIA

Quando a conduta do agente for de tal maneira inexpressiva quedando-se incapaz de causar lesão ou perigo a bem jurídico, deve o julgador exercer controle evitando a desproporcional punição. Em alguns casos o comportamento do agente está perfeitamente de acordo com tipo penal, mas o resultado é ínfimo, desprovido de periculosidade ou lesividade ao bem jurídico tutelado. De acordo com o Ministro Ayres Britto, a atuação da norma penal faz-se necessariamente de forma “binária”, quer dizer, ao mesmo tempo em que ao estado é dado o poder de limitação de liberdade cominando penas a comportamentos desviantes “[...] também se traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de irrazoabilidade e desproporcionalidade se expõem a controle jurisdicional.” (BRASIL, 2012a). Em matéria penal quando isso acontece nós teremos o chamado “Crime de Bagatela”. Seu reconhecimento se dá pela aplicação do Princípio da Insignificância que configuraria atipicidade da conduta, que deve ser reconhecida pelo julgador.

A sanção penal, por mínima que seja, em fatos característicos da bagatela, será desproporcional. Mostra-se demasiada grave, não sendo legítima a restrição da liberdade do indivíduo em face de que a sua conduta é diminuta, e a lesão causada mostra-se pequena em face da pena estatal, por mais branda que fosse. Trata-se daquelas situações “[...] em que a imposição de uma pena se auto evidencie como tão despropositada que até mesmo a pena mínima de privação liberdade, ou sua conversão em restritiva de direitos, já significa um desbordamento de qualquer ideia de proporcionalidade.” (BRASIL, 2012b). Não há proporcionalidade entre o dano causado e a pena aplicada. Como leciona Prado (2013, p. 182) “[...] a irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a *tipicidade* da conduta em caso de danos de pouca importância ou quando afete ínfimamente o bem jurídico-penal.”

Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que

lhes sejam essenciais, notadamente casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano - efetivo ou potencial - causando por comportamento impregnado de significativa lesividade (BRASIL, 2009).

O Crime de bagatela é resultado de um juízo de proporcionalidade “[...] entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*.” (BITENCOURT, 2011, p. 51). É desarrazoada a intervenção estatal através de uma sanção penal em caso onde inexistente ofensa à bem jurídico relevante. “Em outras palavras, não cabe ao Direito Penal – como instrumento de controle mais rígido e duro que é – ocupar-se de condutas insignificantes, que ofendam com o mínimo grau de lesividade o bem jurídico tutelado.” (BRASIL, 2011).

A constituição Brasileira quando trata de política criminal estabelece dois extremos a serem observados: os crimes de menor potencial de ofensividade que são os crimes de gravidade mínima, onde se situam os crimes de menor potencial ofensivo; e os crimes de máxima ofensividade, onde se situam os crimes hediondos. Os crimes de menor potencial ofensivo atuam como o limite mínimo de ofensividade que uma conduta deve gerar para que mereça relevância penal. Assim quando “[...] a Constituição Federal fala em infração de menor potencial ofensivo, labora por modo exauriente no campo do potencial de lesividade que tem como suficiente para tipificar penalmente determinada conduta.” (BRASIL, 2012a).

Dito de outro modo, quando a Constituição Federal concebe a categoria das infrações de menor potencial ofensivo, parece mesmo que o faz na perspectiva de uma conduta atenuadamente danosa para a vítima e a sociedade, é certo, mas ainda assim em grau suficiente para justificar uma reação estatal punitiva. Pelo que estabelece um vínculo operacional direto entre o efetivo dano ao bem jurídico tutelado, por menor que seja, e a necessidade de uma resposta punitiva do Estado (BRASIL, 2012a).

A insignificância abarca comportamentos que sequer chegam a esse limite mínimo estabelecido constitucionalmente. Ficando aquém dos crimes de menor potencial ofensivo, “[...] trata-se de ofensividade factualmente nula, porquanto abaixo até mesmo da concepção constitucional de dano menor E aqui não me custa repisar que dano praticamente nulo não é lesão penalmente significativa.” (BRASIL, 2012a). Portanto a ofensa, não é suficientemente relevante para provocar a resposta penal.

A insignificância penal expressa um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, substancialmente escapam desse encaixe. E escapam desse molde simplesmente formal, como exigência mesma da própria justiça material enquanto valor ou bem coletivo que a nossa Constituição Federal prestigia desde o seu principiológico preâmbulo. Justiça como valor, a se concretizar mediante uma certa dosagem de razoabilidade e proporcionalidade na concretização dos valores da liberdade, igualdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc. Com o que ela, justiça, somente se realiza na medida em que os outros valores positivos se realizem por um modo peculiarmente razoável e proporcional (BRASIL, 2012b).

### 3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - ASPECTOS PERTINENTES À APLICAÇÃO

#### 3.1 REQUISITOS GERAIS

Extrair-se-á os requisitos do Voto do Ministro Celso de Mello, quando relator no Julgamento do Habeas Corpus 98.152-5/MG (BRASIL, 2004), sendo: “mínima ofensividade da conduta do agente”; “nenhuma periculosidade social da ação”; “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento”; e “inexpressividade da lesão jurídica provocada”.

#### 3.2 INSIGNIFICÂNCIA COMO EXCLUSÃO DE TIPICIDADE - TIPICIDADE FORMAL E MATERIAL

A adequação da conduta ao tipo penal configura caso de tipicidade. Há que se diferenciar a Tipicidade Formal da Tipicidade Material. Levantada a questão pelo Ministro Gilmar Mendes em voto proferido no julgamento do Habeas Corpus n. 108.872/RS (BRASIL, 2011), dizendo que é necessária a conjugação entre a tipicidade formal e a material, sendo que a configuração apenas de tipicidade formal trata-se de exclusão de tipicidade, ou atipicidade.

O juízo de tipicidade material se dá a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, onde será ponderada a conduta e o seu respectivo resultado, de modo que “[...] para se chegar à tipicidade material, há que se pôr em prática juízo de ponderação entre o dano causado pelo agente e a pena que lhe será imposta como consequência da intervenção penal do Estado.” (BRASIL, 2014a). Em um caso de tentativa de furto de fio de cobre no valor de R\$ 100,00, entendeu o Ministro Gilmar Mendes não estarem presentes os requisitos para aplicação da sanção penal, sendo caso de incidência da insignificância penal. Reconhecendo a tipicidade formal, configurada na adequação conduta/tipo, mas ausente a tipicidade material “[...] que se traduz na lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado, sendo - lhe atípica a conduta imputada.” (BRASIL, 2011).

São dois critérios para a serem preenchidos no juízo de tipicidade da conduta: *Tipicidade formal*, adequação do comportamento do agente ao tipo penal positivado; e *Tipicidade material*, lesão ao bem jurídico. A tipicidade formal resta configurada quando a conduta do agente se amolda ao tipo penal. Já a tipicidade material é fruto da aplicação da “[...] razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, materialmente escapam desse encaixe.” (BRASIL, 2012a). De acordo com o Ministro Ayres Britto, pode-se extrair do ordenamento jurídico pátrio “[...] a premissa de que toda conduta penalmente típica só é penalmente típica porque significante, de alguma forma, para a sociedade e a própria vítima.” (BRASIL, 2012a).

#### 3.3 CONDIÇÃO DO AGENTE E DA VÍTIMA

No momento da aplicação o olhar deve se lançar na direção do agente e seu comportamento, da vítima e o do resultado da ação. Leva-se em conta a vulnerabilidade econômica do réu, o fator reincidência, bem como o prejuízo, por assim dizer, da vítima. “Da perspectiva do agente, a conduta deve revelar muito mais uma extrema carência material do que uma firme intenção e menos ainda toda uma crônica de vida delituosa.” (BRASIL, 2012a).

Partindo do ponto de vista da vítima o dano deve ser reduzido, sempre observando-se “[...] o seu peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeito da conduta do agente, a ponto

de não experimentar revoltante sensação de impunidade ante a não-incidência da norma penal que, a princípio, lhe favorecia.” (BRASIL, 2012a).

### 3.4 MEIOS DE EXECUÇÃO

Atente-se ainda para o modo de execução empregado pelo agente. Não deve ser meio violento que atente contra “[...] à vida, à saúde, à integridade física, nem à dignidade de qualquer pessoa.” A ação deve ser movida por um impulso episódico. Reveladora de um “[...] atabalhoamento ou amadorismo”, de quem não é impelido senão, pela sua extrema carência econômica (BRASIL, 2012a).

### 3.5 VALOR ECONÔMICO DO OBJETO

O valor econômico do objeto do delito também deve ser levando em consideração. No caso do furto, para que haja a tipicidade tem que provocar uma diminuição no patrimônio da vítima, e um enriquecimento do autor. “É dizer, o objeto material do delito há de exibir algum conteúdo econômico, seja para efetivamente desfaltar ou reduzir o patrimônio da vítima, seja para ampliar o acervo de bens do agente.” (BRASIL, 2012a). Exemplo é o objeto de tentativa de furto julgado do HC 98.152-6/MG, relatoria do Ministro Celso de Mello, em que o objeto do delito, tentativa de furto, era 5 (cinco) barras de chocolate no valor total de R\$ 20,00. Em seu voto o Ministro afastou a tipicidade considerando o valor da res, e a conduta do agente que não foi violenta (BRASIL, 2009).

## 4 APLICAÇÃO COMO RESULTADO DE PONDERAÇÃO. ILUSTRAÇÃO DE ALGUNS JULGADOS

Embora seja possível indicar alguns aspectos acentuados para a aplicação do princípio da insignificância, se faz necessário o vislumbre do caso concreto e suas particularidades. Nenhum dos requisitos será apreciado de forma preponderante, de modo que em alguns casos será determinante na decisão, e em outros se reconhecerá outros elementos que irão merecer mais destaque e mais significância.

Em um julgamento de um caso de furto de uma carteira contendo R\$ 10,00 (dez reais) e um cartão telefônico de 60 (sessenta unidades) e a pena aplicada foi de 2 anos e 4 meses de reclusão, inicialmente no semi - aberto. Em voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowsky, a questão da ofensividade da conduta é levantada. Pelo seu entendimento não há, neste caso que se levar em conta tão somente o irrisório valor econômico da res furtiva. Diz ele que “[...] a aplicação do referido princípio somente deve ter lugar quando a interferência do Direito Penal mostrar-se desnecessária e desproporcional à ação levada a efeito pelo réu.” (BRASIL, 2013b).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou o réu afastando a aplicação da insignificância. E algumas das razões enumeradas, também pelo Ministro Lewandowsky, levam na direção da suposta periculosidade do agente. O réu nesse caso, possuía inúmeras passagens pela Polícia, e inclusive condenação anterior pelo mesmo delito. De modo que, segundo o entendimento do TJ/MG a não aplicação da lei penal nesse caso seria um incentivo a sua permanência na senda do crime crente na impunidade. A conduta do agente é reprovável pelo fato de possuir “larga experiência criminosa”. E a inércia penal seria ainda, um incentivo ao cometimento de pequenos furtos

“[...] o que contribuiria para aumentar o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade.” (BRASIL, 2013b).

Nesse mesmo sentido manifesta-se o Ministro Luiz Fux ao reconhecer que além dos requisitos objetivos para aplicação da insignificância deve-se considerar alguns outros aspectos da figura do autor. Leciona que “[...] a prudência recomenda que se leve em conta a obstinação do agente na prática delituosa, a fim de evitar que a impunidade o estimule a continuar trilhando a senda criminoso.” (BRASIL, 2013c). É levada em conta também neste processo (HC 115.850/MG) a reincidência do autor que, neste caso foi condenado pelo furto de 4 galinhas, com valor econômico de R\$ 40,00 (quarenta reais). O irrisório valor da res não pode ser tomado como requisito isolado, mas ver o contexto à luz do caso concreto para verificar se é caso de crime de bagatela ou não. Assim na mesma linha entende Fux, que a reincidência pesa de forma negativa ao réu, e o reconhecimento da atipicidade por vias da insignificância neste caso, “[...] poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta.” (BRASIL, 2013c).

Nesse caso do furto de galinhas, a decisão também elimina o chamado furto famélico, no qual o agente comete o delito impelido por necessidade. Nessa modalidade haveria incidência, de acordo com alguns, na culpabilidade falando-se em inexigibilidade de conduta diversa, e outra corrente entende que poderia se tratar de estado de necessidade. Como o agente furtou o número de 4 galinhas não estaria configurado o furto famélico, pois não seriam destinadas a alimentação. Mas o que, chama atenção, e que mais uma vez é utilizado como argumento é a valoração subjetiva do agente. Consta na denúncia que o autor é conhecido vulgarmente por “Fernando Gatuso”, sendo tal “[...] alcunha sugestiva de que se dedica à prática de crimes contra o patrimônio.” (BRASIL, 2013c).

Entretanto, diverge o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que a reincidência não deve ser valorada na aplicação da insignificância. Alertando que a superveniência da insignificância penal atingiria a tipicidade da conduta. Pela melhor doutrina crime é Fato Típico, Ilícito e Culpável. Não havendo tipicidade não se fala em crime. O que deve ser analisado, sob pena de se aplicar o direito penal do autor e não do fato, são as circunstâncias objetivas e não subjetivas da ação (BRASIL, 2011). Diz o Ministro:

É por isso que reputo mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para a incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa, o fato em si, e não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato. (BRASIL, 2011).

O julgamento do HC 119672/SP traz a questão do furto famélico à análise mais uma vez. Trata-se de uma mulher que foi condenada por tentativa de furto de um pacote de fraudas no valor de R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais). Na situação em exame, o Min. Luiz Fux aplicou o princípio da insignificância realizando julgamento sob o prisma da proporcionalidade. Ele reconhece que o valor econômico da res furtiva não é o único parâmetro a ser adotado, bem como o fato de a ré ser reincidente em crime contra o patrimônio. Porém sobressai-se causa de maior peso que é o

cenário de um furto famélico. Diz o Ministro que “[...] é possível que o reincidente cometa o delito famélico que induz ao tratamento penal benéfico.” (BRASIL, 2014b).

No caso *sub examine*, a paciente foi condenada por tentar furtar um pacote de fraldas de uma farmácia, avaliadas em R\$ 45,00, sendo presumida situação de necessidade da paciente. Na minha ótica uma mulher, uma mãe, que tenta furta um pacote de fraldas precisava ser ouvida em uma outra seara, que não fosse a seara penal. Demonstra-se, portanto, patente a atipicidade da conduta da paciente, pela aplicabilidade do princípio da bagatela e *mutatis mutandis* de restar caracterizado o furto famélico, diante das circunstâncias fáticas presentes nos autos (BRASIL, 2014b).

Situação em que não é aplicado o princípio da insignificância pode ser apontado pelo julgamento do HC 112103/MG, rel. Ministro Ricardo Lewandowsky. Trata-se de Furto qualificado pelo concurso de agentes (Art, 151, § 5º do CP), cometido por dois rapazes que furtaram de uma loja duas bermudas no valor total de R\$ 80,00 (oitenta reais). Mesmo que considerando a inexpressividade econômica dos bens, há um fator prejudicial que é a conduta dos agentes. A reprovabilidade da conduta pende a balança da proporcionalidade para o lado mais prejudicial ao réu. Juntamente com o fator reincidência (BRASIL, 2012c).

Embora reconheça em seu voto que “[...] as questões relativas à pessoa do agente não devem ser levadas em consideração no exame da incidência ou não do princípio da insignificância ao caso concreto, por serem atinentes à culpabilidade e não à tipicidade”, opta por não aplicar a insignificância por entender que nesse caso se faz necessária a intervenção penal. Asseverando que o réu possui, como demonstrado nos autos, “larga experiência criminosa”, e a conduta é de maior reprovabilidade. Diverge o voto do Min. Gilmar Mendes, que entende que o caso é de insignificância pois o valor do objeto é inexpressivo, e “[...] não houve violência ou qualquer outro meio para que se efetuassem a subtração.” (BRASIL, 2012c).

Veja-se o fato do HC 108400/RS onde a conduta do agente é determinante para afastar a não incidir a insignificância penal. Trata-se de Tentativa de Furto em que o agente invade o apartamento da vítima para subtrair-lhe alguns objetos.<sup>2</sup> O fato é que o sujeito tinha ficha com alguns crimes de furto e lesão corporal leve, que foram apontados no voto do Min. Ayres Britto, dizendo que reconhecer-se a insignificância “[...] na concreta situação dos autos, serviria muito mais como um nocivo estímulo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário.” (BRASIL, 2012b). Embora não houve violência física, o Ministro atenta para a invasão de domicílio, que atenta contra uma garantia constitucional (BRASIL, 2012b).

A proporcionalidade na aplicação da Lei nestes casos de furto onde o objeto tem essa característica de pequeno valor se faz necessária. O caso do HC 106458/RS, relatoria do Min. Roberto Barroso, apresenta a visualização de um caso onde o comportamento do agente atua como fator a seu favor, mesmo que o valor econômico da *res* seja minimamente mais elevado, se comparado aos demais aqui exemplificados. O fato narrado nos autos é de um cidadão que furta uma Bicicleta de R\$ 200,00 da frente de um Supermercado mas acaba a abandonando na sequência quando o proprietário percebe a ação e empreende uma perseguição. Um dos argumentos na fundamentação do

<sup>2</sup> 01 (uma) jaqueta, marca Selene Chiapeta, de couro, cor cinza; 01 (um) aparelho de rádio/cd, marca Blue Sky; 01 (um) cd do KennyG e 01 (um) botijão de gás, com carga, avaliados em R\$ 320,00 (trezentos e vinte reais).

TJ/RS que afastou a insignificância era de que R\$ 200,00 corresponde à metade do salário mínimo vigente na época do fato, portanto não tão irrisório. Barroso reconhece, mas contra - argumenta no sentido de que “[...] a conduta deve ser avaliada em seu conjunto e que esse fator pode e deve ser colocado em perspectiva quando as demais circunstâncias sejam favoráveis.” Em seu voto o eminente Ministro atribui uma valoração mais elevada aos outros aspectos do fato, “[...] à ausência de violência e à restituição integral e imediata do patrimônio da vítima, bem como ao fato de se tratar de réu primário.” (BRASIL, 2013a). Por fim, reestabeleceu-se a decisão de primeiro grau, que reconheceu a atipicidade da conduta.

Não há um parâmetro fixo em relação ao valor econômico do objeto. Sendo que, mesmo que ele seja pequeno, pode a conduta do agente ser levada como circunstância desfavorável para o réu, fazendo com que o valor do objeto por si só não seja capaz de afastar a tipicidade da conduta. E em outros casos onde o valor é um tanto mais elevado (sendo comparado ao valor do salário mínimo vigente), a conduta do agente é tida como fator preponderante, que o fato do valor econômico ser minimante mais expressivo, consegue afastar a tipicidade.

O Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 118972, afasta a sanção penal por entender irrelevante o valor de R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), custo de 5 latas de bacalhau e uma lata de azeite. Assevera o Ministro que não é razoável que movimente-se a máquina estatal diante do valor em questão. Justificando-se pelos princípios da ofensividade e intervenção mínima diz Mendes que ao Direito Penal é atribuída a característica de subsidiariedade, significa que “[...] impõe-se sua intervenção mínima, somente devendo atuar para proteção dos bens jurídicos de maior relevância e transcendência para a vida social”. A intervenção penal somente deve acontecer “quando os outros ramos do direito demonstrarem-se ineficazes para prevenir práticas delituosas.” (BRASIL, 2014a).

A justificação da aplicação da sanção penal deve partir do Princípio da Proporcionalidade, como resultado de ponderação “[...] entre o dano causado pelo agente e a pena que lhe será imposta como consequência da intervenção penal do Estado.” (BRASIL, 2014a).

## 5 CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega como o presente trabalho é sobre a fundamental importância do Princípio da Proporcionalidade para solucionar conflitos em matéria penal, e principalmente nestes casos em que a penalização configuraria prejuízo maior do que o próprio dano causado pela conduta.

Mesmo com a correta observância por parte do legislador dos Princípios Constitucionais de índole penal, existe um espaço da realidade que ele não atinge. Trata-se, pois, de uma porção da execução de um tipo penal que o legislador não tinha como prever. Por isso se faz imprescindível que o Judiciário efetue este controle, de modo a prevenir os excessos, respeitando os Direitos e Garantias Fundamentais. Mesmo que a tipificação de uma conduta seja legítima, há ações que formalmente encaixando-se aos seus moldes não geram o dano que requer uma intervenção penal. Cabendo ao julgador realizara interpretação necessária fazendo valer os Princípios Limitadores.

O Crime de Bagatela, que foi aqui estudado é um exemplo. O legislador pode determinar que ao subtrair coisa alheia móvel estará o indivíduo lesando bem jurídico alheio. Porém, para que

a conduta seja mesmo típica outro requisito é necessário: A Tipicidade Material, que é a real lesão causado pelo fato. Apenas com o caso concreto se poderá visualizar estes aspectos da conduta.

Sobre os requisitos da aplicação do Princípio da Insignificância, imprescindível a ponderação do julgador no caso concreto, analisando sempre todas as circunstâncias que envolvem o fato. Partindo para uma visão contextual da situação alguns elementos podem pesar mais a depender do cenário fático do delito.

Ademais, considerando o caos do Sistema Penal Pátrio não se mostra adequado que se aplique qualquer pena que seja a uma Mãe que furta um pacote de fraldas! A intervenção penal em um caso como este, seria uma intervenção na Garantia Fundamental da Liberdade desta pessoa de forma visivelmente desproporcional. Este caso foi utilizado no trabalho, mas o que não se disse é que a Ré em questão permaneceu 2 meses e 10 dias presa preventivamente! Por furtar um pacote de fraldas de 45 reais (BRASIL, 2014b)! O prejuízo causado para essa mãe e para sua filha em tenra idade são infinitamente superiores a qualquer argumento que se possa suscitar de proteção a bem jurídico.

A fins de ilustração, ela foi condenada a 4 meses de prisão em regime inicialmente aberto (sendo que já havia ficado mais de dois meses presa!!!). Descontente o Ministério Público recorre pedindo que o cumprimento inicie-se em Regime Fechado. Em recurso, o Tribunal de Justiça reverteu para semiaberto.

#### RESUMEN

*El presente trabajo pretende un estudio sobre la aplicación del principio de proporcionalidad y insignificancia en Materia Penal. Teniendo La comprensión de que la libertad del individuo sólo puede restringirse en casos excepcionales. El Derecho Penal moderno como respetuosa de los Derechos Fundamentales y Garantías se regirá por los principios constitucionales limitadores de su poder de acción. Tanto el Legislador como Juez observará estos principios. En primer lugar para editar las reglas y aplicarlas al situación concreta. En materia penal, hay casos en que la conducta del agente, mismo que adecuada al tipo en abstracto, no debe recibir castigo. Debe haber siempre una proporcionalidad entre la pena y el daño causado por la acción. Hay casos en que el resultado tiene bajo grado de carácter ofensivo, que la aplicación de la menor de las penas es desproporcionado: son los delitos bagatela, que aparece en la aplicación del principio de proporcionalidad y la insignificancia. Reconocido y aplicado en la Corte Suprema en situaciones específicas, teniendo en cuenta la proporcionalidad de la pena y la desaprobación del hecho. Palabras-claves: Principios. Ofensividad. Proporcionalidad. Intervención Mínima. Insignificancia. Derecho Penal.*

#### REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.412-0/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 19 nov. 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 19 nov. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 98-152.6/MG. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 19 maio 2009. *Diário da Justiça*, 19 maio 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 106458/RS. Primeira Turma. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgado em 01 out. 2013. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 28 out. 2013a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 107082/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 27 mar. 2012. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 26 abr. 2012a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 108400/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 29 nov. 2011. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 26 abr. 2012b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 108872/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 06 set. 2011. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 23 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 112103/MG. Segunda Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowsky. Julgado em 21 ago. 2012. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 21 ago. 2012c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 115490/MG. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 24 set. 2013. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 24. set. 2013b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 115850/MG. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 24 set. 2013. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 28 out. 2013c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 118972/MG. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 03 jun. 2014. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 04 set. 2014a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 119672/SP. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 06 maio 2014. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 03 jun. 2014b.

CONDE, Francesco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal. Parte General*. 6. ed. rev. y atual. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino Dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ULGUIM, Jivago Pizarro Schulte. *A Autonomia e o consentimento do ofendido pela lupa da Dignidade Humana: Análise da Recusa Transfusional por convicção religiosa*. 2013. 117 p. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

## **Capítulo II**

*Teoria Geral dos Direitos Fundamentais Sociais  
e seus Mecanismos de Efetividade*



# O CONCEITO E A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Amanda Francine Gazola da Silva\*

## RESUMO

O presente estudo que começa e ser desenvolvido no estágio de iniciação científica no âmbito do programa de pós graduação *stricto sensu* da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), na linha de pesquisa da eficácia material dos direitos sociais, tem por finalidade levantar e avaliar jurisprudência sobre os direitos sociais, perante julgamento em casos clássicos dos principais tribunais internacionais. O trabalho foi iniciado no estudo sobre a natureza dos direitos fundamentais, mais especificamente os direitos sociais, dos quais se pretende evoluir em momento futuro para o recorte específico ao direito à educação (*right to education*), o identificando como forma de realização da dignidade da pessoa humana, também privilegiando o cotejo com o entendimento jurisprudencial das principais cortes internacionais sobre a matéria. Pretende-se ao final do mesmo ter levantadas as jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Europeia de Direitos Humanos, da Corte Africana de Direitos Humanos, da Suprema Corte Americana, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do Tribunal Constitucional da Colômbia e da Corte Constitucional da África do Sul. O objetivo central do levantamento consiste em realizar o estudo comparado em relação aos fenômenos de igual matiz identificáveis no Brasil e no exterior, em termos das decisões levadas a termo pelo Supremo Tribunal Federal. O recorte temático busca priorizar inicialmente os direitos sociais em termos de catalogação das decisões e, em segundo aspecto, as decisões sobre o direito social à educação. Ao final, pretendeu-se estabelecer um paralelo que possa contribuir para uma maior e mais efetiva integração normativa dos direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave: Direitos sociais. Políticas públicas. Direitos fundamentais. Jurisprudência Internacional.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais caracterizam posições jurídicas inerentes a todos os seres humanos, sem distinção entre etnia, cor, sexo, religião, ou origem social e foram reconhecidos historicamente através de declarações e convenções firmadas no seio dos organismos internacionais vinculados ao reconhecimento, à promoção e à proteção dos direitos humanos nos Estados.

Através de diversas conquistas históricas, como a Magna Carta (Inglaterra, 1215), *Bill Of Rights* (Inglaterra, 1689), Declaração de Direitos da Virgínia (EUA, 1776), A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), Constituição de Weimar (Alemanha, 1919), a Liga das Nações (predecessor da ONU, 1919), a Carta das Nações Unidas (EUA, 1945), Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), A Lei Fundamental da Alemanha (1949) os direitos fundamentais se firmaram pelo reconhecimento da tutela à inviolabilidade da dignidade humana, sendo o dever de respeitá-la e protegê-la de eventuais abusos do Estado e de particulares, e servindo de base para

---

\*Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Membro do grupo de pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais: Políticas públicas de efetivação do direito social à educação, sob a orientação do Doutor Rogério Luiz Nery da Silva, do Programa de Pós-graduação em Direito Stricto Sensu (Mestrado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista de iniciação científica pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica; amandafrancinegazolall@hotmail.com

o fundamento de todo o sistema constitucional. Na atualidade, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), a Convenção Americana dos Direitos do Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica, 1969), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (ou Carta de Banjul - Quênia, 1981) completam esse panorama.

Considerando-se os principais tratados internacionais ratificados no Brasil, em 1966 foram acolhidos, na íntegra de seus conteúdos dois Pactos da Organização das Nações Unidas, - o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, que dispõe sobre a forma com que os estados pactuantes devem zelar pelo seu respeito aos direitos individuais e propõe que no caso de os estados não possuírem legislação interna sobre um determinado tema de direitos humanos das liberdades públicas, devem se comprometer a supri-lo, mesmo assim, em concordância com os acordos internacionais de mesma espécie. Também o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo objetivo é a cooperação internacional entre os estados a fim de assegurar a todos os indivíduos os direitos de natureza econômica, social e cultural. Ambos os Pactos foram aprovados pelo Decreto Legislativo 226 de 1991 e ratificados pelo Brasil, em 1992, pela promulgação do Decreto 592/1992.

Assinado em 1988 e ratificado pelo Brasil em 1996, o Protocolo à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, conhecida como protocolo de San Salvador, tratou da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que os mesmos não receberam uma maior atenção no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos. Realçam de importância temas como o da não discriminação, o do direito ao trabalho em condições justas, igualitárias e satisfatórias, o do direito à saúde, à alimentação, à educação, à cultura e à proteção aos direitos das crianças, idosos e deficientes físicos. Em 1989, na Convenção sobre os Direitos da Criança, no âmbito da ONU dispôs sobre os direitos cívicos, sociais, políticos e culturais específicos das crianças em todo o mundo, sendo ratificado pelo Brasil no Decreto 99.710/1990.

## 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS SOCIAIS

O Estado Democrático de Direito Brasileiro é formado por quatro elementos: território; poder político constituído pela soberania interna e pela soberania externa; pelo povo que através do poder constituinte constitui o Estado; e por uma finalidade. Funciona através de uma separação de poderes, sendo esses três: Executivo; Legislativo; Judiciário. Como ente federado, cada estado integrante possui uma autonomia caracterizada pela auto organização, pelo auto governo, pela auto legislação e pela auto administração.

Ridola (2014, p. 73) considera que a interpretação judicial não pode negligenciar as implicações de reconhecimento decorrentes de suas cláusulas de previsão e garantia dos direitos constitucionais, que se prestam a assegurar a dignidade humana. Também entre os diversos estados nacionais os múltiplos circuitos de comunicação se dedicam a efetivá-los, com base entre outras iniciativas, ao exercício da análise de direito comparado, o que estimula o desenvolvimento normativo dos direitos humanos, assim como o seu conhecimento, pelo recurso ao patrimônio cultural muito rico - que é retratado pela noção de dignidade.

Na hipótese em que os Estados ao divergirem, reconhecendo e estabelecendo um direito superior aos Estados, obrigando-os a lidar com dinâmicas de cooperação e intervenção que ultrapassariam suas fronteiras.

Nesse diapasão, pode-se observar uma tripartição do direito constitucional, onde esta, num primeiro ponto, a organização do estado e o federalismo político, abrangendo sua funcionalidade e sua teoria de governo; após isso é possível aferir a constitucionalização, a Constituição Federal e as normas que regem este governo e também o terceiro ponto do triângulo constituído pelos direitos fundamentais, direitos sociais sua interpretação, execução e controle.

Os Direitos Humanos Fundamentais estão na nossa constituição federal foram incorporados através de tratados, convenções e pactos, são posto no Título II da Constituição Federal de 1988, Direitos e Garantias Fundamentais, contendo direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos. Devem ter aplicabilidade imediata art. 5º, § 1º da CF/1988.

Na Constituição brasileira são cláusulas pétreas, não podendo se mudar a essência desses. Foram adquiridos através da história, evoluindo e ampliando-se com o decorrer do tempo, são universais e imanam de todos os homens. Possuem três dimensões distintas, os direitos fundamentais de primeira geração que abrangem o indivíduo, suas liberdades públicas, os direitos políticos, caracterizam uma ação negativa do estado, um não fazer, limitam seu poder; os direitos de segunda dimensão mostram-se coletivos, porém determináveis, pois se pode saber a quem esses direitos irão atingir, uma coletividade específica, esses direitos são constituídos pelos direitos sociais, culturais e econômicos, exigindo do estado uma intervenção, uma prestação positiva.

Os direitos econômicos, sociais e culturais implicam o nascimento de obrigações positivas que na maioria dos casos deveriam resolver-se com recursos do erário público, através da implementação de políticas públicas custeadas pelo orçamento público; e os de terceira geração estão ligados a uma coletividade abstrata, são direitos difusos, os direitos de solidariedade, à preservação ambiental e à proteção dos consumidores. Abramovich e Courtis (2011, p. 29-30).

Nesse contexto, a segunda geração de direitos humanos, constituídos em nossa Constituição Federal, possuem uma hierarquia axiológica conjuntamente com os direitos civis, políticos, culturais e econômicos. Dentro do art. 6º, conjuntamente ao direito à saúde, à moradia, ao lazer, à educação, à seguridade e ao trabalho.

São direitos de ordem protetiva e prestacional. Protegem o cidadão através da prestação deste direito que deve ser feita pelo Estado. O Estado e a constituição possuem uma espécie de contrato, no qual ele deve prestar ao menos o mínimo destas obrigações, quando se adota em uma constituição ou norma superior de um Estado critérios de tratados universais, que consagram direitos econômicos, sociais e culturais, o Estado possui obrigações concretas, que ao assumir essas particularidades contrata para si uma obrigação que resultadamente podem ser exigidas judicialmente, e que se não à cumprir o Estado não pode justificar esse não fazer com a realização de uma declaração que não tinha intenções de assumir uma obrigação jurídica, mas como Abramovich e Courtis (2011, p. 27-28) dialogam, de simplesmente realizar uma declaração de bom intenção política.

O poder dado ao estado pelo povo é o de garantia de direitos e liberdade individuais, direitos fundamentais sociais, em questão, são direitos que devem ser prestados a todos que os atingirem. O dever de prestação, direito positivo, é definido amplamente como direito garantido pelas ações estatais positivas.

Baseando-se na igualdade material, adotam-se políticas públicas de tutela a grupos sociais tidos por hipossuficiente ou marginalizados, essas para serem efetivadas dependem da injeção de recursos proveniente do Estado, e quando esses são escassos pode se recorrer à teoria da reserva do possível, “reserva do financeiramente possível” ou ainda “reserva da consistência”. Nasceu na Alemanha, com o julgamento do caso “Numerus Clausus I”, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, pois em 1960, por causa do grande número de interessados em áreas como direito, medicina, farmácia entre outras, foram impostos certos limites à quantidade de estudantes que ingressariam em determinados cursos universitários. Mas, como o artigo 12 da Lei Fundamental Alemã prevê que todo cidadão alemão tem o direito à livre escolha da profissão, os estudantes utilizaram esta argumentação”. E, no julgamento, ocorreu o posicionamento de que o indivíduo somente poderá requerer do Estado prestação que seja no limite do razoável. O limite do razoável é a reserva do possível. Abramovich e Courtis (2011, p. 41) citam a força vinculante, a exigibilidade, ou melhor, a própria “juridicidade” dos direitos econômicos, sociais e culturais é duvidosa, pois a satisfação deles depende da disponibilidade de recursos por parte do Estado.

Com um crescimento elevado dos direitos fundamentais houve a necessidade de usar a teoria da reserva do possível, como o Estado possui recursos escassos para supri-los foi necessário limitar os direitos fundamentais sociais prestacionais, a um mínimo existencial que garanta a dignidade. Diante disso, houve uma análise crítica histórica das concepções absolutas da dignidade, tendo a petrificação do conceito de dignidade como um risco que era necessário para preservar, por Ridola (2014, p. 71-72) seu caráter valorativo diante dos vários desafios impostos pelas mudanças de épocas e também para aliviar sua carga de abstração. Ao se revisar tais concepções absolutas, percebe-se que os níveis normativos são capazes de proteger este princípio dos riscos de indeterminação.

A dignidade humana deveria ser estabelecida como um verdadeiro princípio jurídico, mas não se torna possível devido a uma humanidade que ainda não está pronta, não é organizada o suficiente e nem unida a ponto de integrar esse princípio ao ordenamento jurídico, e consequência disso tomamos por presente uma dignidade que continua presa a dependência de comunidades, que intervém para sua garantia, mas de uma forma que ainda esteja dentro da sua cultura.

Portanto, segundo Ridola (2014, p. 72) essa dialética é encontrada em qualquer Estado que positive direitos da humanidade e recebe soluções forçadas nos âmbitos dos quais a atividade estatal é exercida, principalmente quando o princípio da dignidade humana é projetado no campo econômico para garantir o mínimo existencial.

Mínimo existencial trata-se de um direito fundamental e essencial a cada indivíduo garantido na sua coletividade, deve ser visto como a base para a vida humana. Vinculado a Constituição Federal, não necessita de Lei para sua obtenção pois tem-se em vista que é inerente a todo ser humano. É afirmado dentro o conjunto de direitos fundamentais, que se não forem garantidos ao menos no mínimo, tem-se confiscada a dignidade humana. E de acordo com o Supremo Tribunal Federal, não se pode admitir que este princípio seja considerado um “mito jurídico” ou “ilusão da civilização”, mas sim um dado constitucional que tenha seu cumprimento uma obrigação que não pode ser descumprida, precisa do valor de humanidade que cada indivíduo possui desde seu nascimento.

Deve abranger o conjunto de prestações materiais necessárias e absolutamente essenciais para todo o ser humano ter uma vida digna, é tão importante que é consagrado como o núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humano.

Um caso é do mínimo existencial referencialmente garantido pela mínima dignidade humana, sendo uma das principais dificuldade é que a dignidade não é explicada nitidamente pela meios mais ou menos específicos da existência humana, mas pela qualidade destes meios (integridade física, vida, propriedade...) e possivelmente essa qualidade para alguns diverge muito de outros, portanto a dignidade, Sarlet (2001, p. 364) passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal.

### 3 O PAPEL CENTRAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A teoria dos direitos fundamentais evoluiu para garantir a liberdade mesmo com ameaças cometidas frequentemente, não somente pelo Estado, mas pelos fatores não estatais que executam um poder na realidade de cada ser humano, um exemplo é o fator econômico interno, com influencia das forças econômicas externas e políticas externas que influenciam no Estado. O aumento do seu sentido, contribuindo para acrescentar liberdades fundamentais aos direitos de participação e prestação.

O Estado é uma fonte de serviços que devem atender a demanda social. Sendo políticas públicas consideradas, respostas ativas para problemas sociais, e Procopiuk (2011, p. 156) afirma, de acordo com a escola pública e a teoria da racionalidade limitada, que sua análise tem como foco a otimização de escolhas coletivas, a racionalidade do processo de decisão e o comportamento de burocratas

Os deveres de proteção demandam de prestações normativas que elevem o nível de sanções, reprimendas e tutelas diversas que a ordem jurídica confere aos bens jurídicos fundamentais visando a evitar ou reprimir ofensas por terceiros e pelos próprios agentes do Estado. Políticas Públicas são planos feitos pelo Estado para cumprir com o dever garantido na Constituição Federal, o de prestação. Suas bases para seguir se encontram em ordens do poder Executivo, na legislação, em sistemas de controle formado por um conjunto de intenções estratégicas que estão associadas a uma necessidade de execução através dos atores governamentais propostos pela própria constituição ou por terceiros, designados por estes atores governamentais, agentes de mercado, para que se possa concretizar intenções a partir da alocação de recursos para obtenção de resultados concretos. Nesse sentido, Alexy (2012, p. 167-168), confirma que quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.

A implementação dos deveres do Estado, através de políticas públicas que são usadas quando surgem problemas na sociedade que o coletivo não consegue resolver, problemas que afetam a todos, que uma importância geral. Ocorre então uma mobilização político administrativa para que os recursos disponíveis se articulem e se esforcem, na tentativa de solucionar um problema da coletividade.

O fim que deve ser executado pelo Estado e seus atores, da manifestação do governo sobre o que pretende realizar baseado em leis, textos, práticas e teorias que definem e discutem valores viabilização a execução dos serviços e fornecimentos dos mesmos. De acordo com Procopiuk (2011, p. 139-140) a função específica de uma política pública é prover orientações normativas guiadas por valores e por finalidades, para a elaboração de estratégias programas e plano que procuram adequar meios para atingir determinados fins.

Para que os resultados das políticas públicas sejam suficientes e concretos é necessário exista a execução e principalmente a manutenção das ações capacitadas para a regeneração dos resultados através do desenvolvimento do tempo.

Os atores constituídos através da norma, responsáveis pela execução, prestação, manutenção e fiscalização da implementação de políticas públicas são os poderes públicos: Executivo, Legislativo e Judiciário. O Executivo propriamente dito em sua função não tem o poder de criar a ideia, mas de regular sua forma de execução, cabe ao Legislativo criar a ideia e normatizar os princípios fundamentais constitucionais, por exemplo, a obrigação de crianças a partir de uma determinada idade de frequentar a escola, e ao Judiciário sobra o poder de fiscalização, quanto a denúncias de não implementar essas políticas públicas não é eficiente. Theodoulou (2011), em seu texto O ciclo de políticas públicas, afirma se os atores e instituições políticas necessários para atuarem como demandas de filtragem na “caixa-preta” política hermeticamente fechada que determina a agenda política.

Sendo que é inquestionável submeter uma política pública a um controle jurisdicional, pois diante a Constituição Federal e a garantia ampla do art. 5º XXXV, estabelece que a lei não excluirá da -do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. É ampla suficientemente esta norma para afirmar que políticas públicas de efetivação de direitos fundamentais sociais e civis propostos na Constituição Federal emanam o poder de fiscalização do judiciário.

Mesmo quando um Estado não possui na sua lei suprema, como a Constituição Brasileira, as tarefas, os atores e quais são os direitos fundamentais sociais que devem ser garantidos, pode-se recorrer a questão de que o ser humano possui direitos inerentes a sua essência, e alguns direitos sociais estão inclusos nessa subjetiva, fazendo com que o Estado não possuidor da norma programática ainda tenha obrigação perante ao seu povo e à políticas externas, tratados e convenções internacionais, de cumprir com o mínimo de garantia da dignidade da pessoa humana, para que ao menos este possa sobreviver. Bucci (2002, p. 9), novamente afirma que, os direitos sociais não podem ser vistos como normas sem eficácia. Se o próprio texto constitucional não institui tarefas de realização, cabe ao legislador infraconstitucional essa tarefa. Ponto este também observado por Alexy (2012, p. 471), tendo essa dogmática dos direitos fundamentais encontrado, uma ‘palavra-chave’, que em primeiro lugar promete indicar um caminho intermediário entre uma teoria axiológica levada a cabo pelo tribunal constitucional e um deixar fazer ao legislador, fundamentado em um ceticismo axiológico subjetivista; e que em segundo lugar, está em harmonia com o espírito de seu tempo; e, em terceiro lugar, que leva a um território tão familiar ao jurista, o território do procedimento.

Um obstáculo para o desenvolvimento pleno dos direitos sociais são os custos, quando os direitos fundamentais sociais quando postos no limite do orçamento pode haver concorrência pelo atendimento da garantia. Usa-se a teoria da reserva do possível para que o Estado use o possível dos recursos para tentar garantir o mínimo vital inerente aos seus cidadãos. A execução das políticas públicas para garantir o mínimo possível e as vezes quando possível até um pouco a mais começa com a formulação e implementação devendo ser vistas como resultado de articulações de natureza política envolvendo lutas e conflitos entre indivíduos e grupos defensores de ideias, informações, interesses e valores conflitantes, tais divergências causam a proposta de discussão necessária para a ponderação da mais valia, do qual é mais necessário no momento. Num passo a passo exemplificado por Procopiuk (2011, p. 158) iniciando pela identificação do problema e definição de uma agenda para tratá-lo, após segue a execução de soluções julgadas mais adequadas

- cabíveis - e finalmente é concluído com uma avaliação para corrigir os rumos da continuidade ou para decidir pela conclusão da política pública.

Através da teoria do sopesamento de Alexy, pode ser tentado mesurar o valor de cada direito, sendo que a solução consiste em levar em consideração os argumentos a favor e contra, seguindo o modelo de ideia formal, e segundo a qual Alexy (2012, p. 511) os direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode simplesmente ser deixada para a maioria parlamentar simples. Discorrendo ainda sobre quais direitos fundamentais sociais o indivíduo tem, se torna um “sopesamento entre princípios” os quais de um lado se tem “princípios da liberdade fática” e de outro “princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado”.

Além dos princípios materiais, que são a respeito da liberdade jurídica de terceiros e outros direitos fundamentais sociais, e a interesses coletivos. Quando muitos necessitam dos direitos fundamentais mínimos, o Estado precisa injetar uma enorme quantidade de dinheiro, mas não sendo justificável por esse motivo, que não sejam efetivados, Alexy (2012, 513) afirma que “[...] direitos individuais podem ter peso maior que razões político financeiras.”

Há também a necessidade de haver uma definição normativa da reserva do possível para que se possa garantir o mínimo existencial até mesmo quando o Estado se encontra em crises econômicas devastadoras é extremamente importante, como pode ser visto atualmente nos países da Europa que estão enfrentando um *crash* bastante significativo na sua economia. É exatamente nestes momentos de precisão que é necessário que as políticas públicas estejam definidas, pois haverá realmente pouco a ser distribuído para manter o mínimo vital garantido. A necessidade de existência do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas.

Compete, ao pensamento em política pública deve-se ter em mente a busca de uma coordenação, na atuação dos poderes públicos tripartidos nos níveis da federação, estados e cidades, dentro do governo, na interação entre organismos da sociedade civil e o Estado instituído de direito pela constituição federal. Idealmente, Bucci (2002, p. 39) a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessário a sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera a obtenção dos resultados.

Notoriamente Souza (2007, p. 84) explana o principal foco da análise de políticas públicas é identificar o tipo de problema que ela pretende e precisa corrigir, a chegada desse problema ao sistema político e à sociedade, o processo percorrido e as regras que irão modelar a decisão e implementação da política pública.

#### 4 POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos econômicos, sociais e culturais estão consagrados na Convenção de uma forma muito genérica.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (Art. 26).

Observa-se nesse artigo a obrigação dos Estados em adotar medidas para o desenvolvimento *progressivo* para que haja plena efetividade aos direitos que derivam da Carta da OEA.

Quanto os direitos à educação estão sujeitas à jurisdição da Corte todas as previsões do art. 13 do Protocolo, está incluso o sentido do processo educativo e seus compromissos axiológicos (art.13.2). Mas existe uma limitação na capacidade de se exigir judicialmente direitos econômicos e sociais somente pelo art. 13 do protocolo, será necessário recorrer a Convenção e seu art. 26, que está sujeito à normas de interpretação, como o art. 29 que proporciona um mecanismo para aplicar direta e indiretamente as disposições sobre direitos humanos contemplados em outros tratados além da Convenção. Adotando a interpretação mais favorável ao Protocolo de San Salvador pode tornar seu conteúdo estabelecido.

No caso, *Ninãs Yean y Bosico VS. República Dominicana*, ocorrido em 2005, refere-se principalmente a uma criança que teve dificuldade de estudar pois o Estado não lhe garantiu os direitos à nacionalidade e à personalidade jurídica, a Corte, sobre o dever de proteção especial das crianças, considerou o art. 19 da Convenção Americana, interpretado a luz dos princípios da Convenção dos Direitos da Criança e do Protocolo de San Salvador, relacionando ao art. 26 da Convenção Americana sobre o dever de desenvolvimento progressivo, tendo o Estado o dever de prover educação primária gratuita a todos os menores, em um ambiente e condições propícias para seu pleno desenvolvimento intelectual.

Nesse contexto, na interpretação da jurisprudência Africana ensina, que os instrumentos de direito internacional primeiramente devem priorizar a educação básica de qualidade acima dos outros níveis de ensino, exigindo que o Estado Parte torne-o obrigatório e gratuito. Justificando que se a educação é garantida o uso dos outros direitos humanos se tornam um desbloqueio, pois finalmente a pessoa está devidamente capacitada para desempenhar um papel significativo como cidadão. A educação desempenha um papel crucial na realização dos direitos sócio econômicos melhorando as perspectivas de uma pessoa com um emprego garantido, por exemplo, que também assegura o acesso à alimentação, moradia e saúde.

A opinião do governo Sul-Africano no que diz respeito à educação básica como “[...] a base de qualquer sociedade moderna, democrática, que visa dar a todos os cidadãos um bom começo em vida e igualdade de oportunidades, como adultos.” (GN 196 in GG 16312 of 15 March 1995 (*White Paper on Education and Training*) (hereafter *White Paper*) (trad. Livre). Ele comprometeu-se conseqüentemente no fornecimento de educação primária gratuita e obrigatória, tornando-se um signatário do Dacar, que exorta os países participantes a perceber seis gols de desenvolver ou fortalecer planos nacionais de ação para a realização do direito à educação. Principalmente Essas metas incluem “acesso universal e conclusão da educação primária gratuita e obrigatória de boa qualidade até 2015” e “melhorar todos os aspectos da qualidade da educação”. O Departamento de Educação do Sul Africano publicou o Plano Nacional de Ação para melhorar o acesso à educação básica gratuita e de qualidade para todos, em 2003, em que se declara que está no bom caminho para atingir. A oferta de educação básica que é obrigatória para todas as crianças da escola - operação idade, que é de boa qualidade e em que a capacidade financeira não é uma barreira para qualquer criança antes de 2015.

Os Direitos humanos fundamentais são exigíveis ao estado através do poder judiciário, de denúncias, onde se torna alarmante a diversas pessoas o problema de um isolado grupo, que está tendo seus direitos restringidos. Mesmo que um Estado cumpra com a efetiva garantia determinadas

de necessidades, e interesses tutelados pelo direitos. Abramovich e Courtis (2013, p. 47-48) afirmam que nenhum observador poderia afirmar que os beneficiados pela conduta estatal gozam deste direito, pois como direito subjetivo, até verificar se a população se encontra na realidade em condições de demandar judicialmente a prestação do Estado diante de um eventual não cumprimento.

Sendo que a adoção de cláusulas constitucionais, ou tratados que estabelecem direitos para as pessoas garantidos através de obrigações para o Estado, garante a possibilidade do cumprimento como um programa de governo, sendo de grande importância que a comunicação, pedidos públicos, manifestações para que os atores públicos se recordem do compromisso assumido, sendo que Abramovich e Courtis (2011, p. 56) destacam especialmente relevante que o próprio Poder Judiciário “comunique” aos poderes políticos o descumprimento de suas obrigações nesta matéria.

Nesse sentido temos o sistema global da Organização das Nações Unidas que é um organismo internacional fundado em 1945 por 51 Estados com sede em Nova York nos Estados Unidos da América. Através de seus órgãos procura manter a paz e cooperação internacional, o desenvolvimento, a segurança, o respeito aos Direitos Humanos.

O Comitê de Direitos Humanos, criado em substituição da comissão de direitos humanos, monitora a implementação da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos. Podem receber petições de pessoas que aleguem a violações aos direitos resguardados pela Convenção.

Diante disso, pode-se observar que o sistema interamericano estabeleceu um procedimento no qual supostas vítimas tem a possibilidade de denunciar a esse poder internacional, casos concretos onde ocorre violação dos direitos humanos, e que Trindade (2003, p. 487) afirma, quando não puderam obter justiça e reparação perante o ordenamento interno de seus respectivos países. Notadamente dois órgãos do Sistema são responsáveis pelo processamento das petições individuais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana.

As decisões da Corte são definitivas e inapeláveis. A Corte pode ainda determinar aos Estados que adotem medidas provisionais em casos de extrema gravidade, quando necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas (TRINDADE, 2003, p. 488-489).

Com referência em sentenças proferidas pela Corte, as decisões são sobre litígios que envolvem as violações cometidas contra as convenções internacionais, os pareceres são opiniões emitidas pelo Plenário da Corte, quando Consultada pelos Estados Signatários da OEA, no sistema interamericano. As sentenças são declaratórias, pois a competência da Corte é consultiva e contenciosa. Não possui o poder de desconstituir um ato interno, para que não seja ferida a soberania externa de cada Estado. Há uma exceção, que ocorre quando o estado assinante de uma convenção se opõe às obrigações derivadas dela, e nesse caso as Cortes concederão ao lesado a reparação proporcional (Art. 63 da Convenção Americana).

A partir da leitura de textos constitucionais, pode-se perceber um cenário diversificado que se refaz na jurisprudência, Ridola (2014, p. 93) que alocam em torno de alguns temas que permitem prever os primeiros passos de um direito comum europeu. Em relação aos julgamentos, é possível perceber que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, revelam que a Convenção Interamericana, aos poucos se firma como um instrumento de garantia dos direitos humanos, pelos quais existem meios para perceber as violações e investigar os direitos garantidos no Pacto, sendo que quando os Estados e suas autoridades que devem e não respeitam o cumprimento dessas garantias fundamentais aos seus cidadãos estão sujeitos a punições. Por meio da jurisprudência, é possível perceber que os magistrados que integram o Tribunal Internacional estão prontos para

julgar qualquer questão relativa a violação dos direitos humanos, aplicando a punição necessária evitando assim novas violações aos direitos humanos.

A partir da decisão do Brasil em aceitar a competência da Corte, inicia um amadurecimento do pensamento jurídico, além de conscientizar as instituições do poder público e as organizações não governamentais e demais entidades da sociedade civil brasileira sobre a necessidade de uma posição definitiva e organizada acerca dos direitos humanos, que encontra amparo na evolução dos instrumentos internacionais de garantia e proteção.

Trindade (2003, p. 551-553) afirma que há meio século, no mesmo ano da adoção das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos, a Delegação do Brasil à IX Conferência Internacional Americana (Bogotá, 1948) propunha a criação de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mas essa só se estabeleceu em 1979, depois da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como órgão judicial autônomo, com função consultiva e contenciosa, responsável pela interpretação e aplicação da Convenção.

A partir do momento em que ocorrem esse tipo de violação, abre um enorme campo de judicialização para os direitos econômicos, sociais e culturais, que agora possuem reconhecimento quanto a violação destes direitos quando a regulação em que se estabelecem condições de seu acesso e gozo resultem discriminatória. Nessas situações a ação judicial tradicional, em casos de inconstitucionalidade ou impugnação de atos regulamentares, com alcance geral ou particular, com certeza obviamente, podem gerar amparo e até mesmo perdas e danos. Essa atividade positiva do Estado que viola os limites negativos e positivos que são impostos pelos direitos e garantias de um determinado ordenamento, é certamente passível de questionamento judicial, e quando verificada a violação ou não fazer, o juiz decidirá sobre a obrigação dos atores responsáveis, Estado, a corrigir o erro de maneira a fazer respeitar o direito afetado (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p. 52-53).

Nesse diapasão, uma violação de direitos fundamentais pode ser exemplificada pela a desocupação de habitantes sem oferta a moradia adequada, no caso africano, que mostra o desespero de centenas de pessoas que vivem em condições deploráveis em todo o país. A constituição Africana obriga o Estado a agir positivamente para melhorar essas condições. A obrigação é oferecer acesso à moradia, saúde, comida suficiente e água, para pessoas incapazes de sustentar a si e seus dependentes. Para que estes tenham direito precisa-se exigir que isso seja feito.

Estou consciente de que é uma tarefa extremamente difícil para o Estado a cumprir esta obrigações nas condições que prevalecem em nosso país. Isto é reconhecido pela Constituição que prevê expressamente que o Estado não é obrigado a ir além dos recursos disponíveis ou de realizar imediatamente esses direitos. Insisto no entanto, que, apesar de todas essas qualificações, estes são direitos, e a Constituição obriga o Estado a dar-lhes efeito. Nem seção 26, nem a seção 28 dá direito aos entrevistados que afirmam abrigo ou habitação imediatamente sob demanda. A ordem Suprema Corte deveria, portanto, não ter sido feita. No entanto, a seção 26 não obriga o Estado a elaborar e implementar um programa coerente, coordenado e projetado para atender suas obrigações O programa que tem sido adotado estava em vigor no Metro do Cabo no momento em que esta aplicação foi trazida, ficou aquém das obrigações impostas ao Estado, pela seção 26, ao não se prever qualquer forma de prover para aqueles que necessitam desesperadamente de acesso à habitação. À luz das conclusões a que cheguei, é necessário e adequado para fazer uma ordem declaratória. A ordem exige que o Estado ao agir pra cumprir com a obrigações que lhe é imposta pelo artigo 26 da Constituição, inclui a obrigação de

conceber, financiar, implementar e supervisionar medidas para proporcionar alívio para aqueles em necessidades desesperadas. A ordem do Cabo da Boa Esperança Alta Corte é posta de lado e o seguinte é substituído por ele: Declara-se que: (a) Artigo 26 da Constituição exige que o estado conceba e implemente dentro de seus recursos disponíveis de um programa abrangente e coordene a realização progressiva do direito e acesso à moradia adequada; (b) O programa deve incluir medidas razoáveis, tais como, mas não limitadas a essas, aquelas medidas contempladas no Programa de Aceleração Gerenciada, na liquidação de terra, para trazer alívio às pessoas que não tem acesso a mesma, sem teto sobre suas cabeças, e que estão vivendo em condições intoleráveis ou situações de crise. (c) À data do lançamento desta aplicação, a carcaça do estado programa na área do Conselho Metropolitano do Cabo ficou aquém do cumprimento dos requisitos do parágrafo (b), na medida em que não previu razoável dentro de seus recursos disponíveis para as pessoas na área de Cape Metropolitan sem acesso à terra, sem teto sobre suas cabeças, e que estavam vivendo em condições intoleráveis ou situações de crise. (RSA, 2000, p. 67-69).

Pela teoria da constituição dirigente, se fossem garantidos todos os direitos sociais no máximo não haveria verba suficiente, por isso propõe-se a proporcionalidade, a dita balança do direito, mas para direitos sociais, que não estão exatamente ou melhor, totalmente retificados, e nem devem ser totalmente objetivos. Tem que dosar, através da lei da ponderação de Alexy, qual é o direito que mais vale, que mais deve ser dado importância no momento atual, e a partir da mudança e evolução da sociedade que a balança continue sopesando, de tempos em tempos efetivamente. Abramovich e Curtis (2011, p. 50-51) no que entendem que todo direito gera ao Estado um complexo de obrigações negativas e positivas, cabe então analisar que tipo de obrigações permitem a possibilidade de sua exigência através da atuação judicial.

## 5 CONCLUSÃO

Então, desde 1992, o Brasil é parte na Convenção, participando ativamente dos trabalhos preparatórios da Convenção Americana, e apoiou sua adoção de forma integral (na Conferência de 1969 de São José da Costa Rica, onde veio a sediar-se a Corte), inclusive quanto a suas cláusulas facultativas, como a do artigo 62, sobre a aceitação pelos Estados Partes da competência contenciosa da Corte. Tal aceitação constitui, com efeito, uma garantia adicional pelo Brasil, a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição, da proteção de seus direitos, quando as instâncias nacionais não se mostrarem capazes de garanti-los. Ao mesmo tempo, fortalece institucionalmente a Corte, ao passar esta a contar com o reconhecimento de um país de dimensão continental e com uma vasta população necessitada de maior proteção de seus direitos.

O Brasil reconhece que não é certo somente aceitar as normas substantivas dos tratados de direitos humanos, fazendo abstração dos mecanismos processuais para a efetivação e garantia de tais direitos. O Brasil reconhece a competência contenciosa da Corte Interamericana o que se baseia no interesse maior, em particular por parte das novas gerações, pelo estudo e difusão da jurisprudência da Corte, que permanece virtualmente desconhecida em nosso país, inclusive em nossos círculos jurídicos. A garantia da não repetição de violações passa necessariamente pela educação e capacitação em direitos humanos, tornando-se essencial, para este fim, o conhecimento da referida jurisprudência protetora.

O Conselho de Direitos Humanos, que busca ajudar cada Estado a combater às violações desses direitos. Quando o dever de prestação é denegado, entende-se por necessário a origem, e em muitos casos o não cumprimento de obrigações negativas vem por parte do Estado. A obrigação estatal tem como princípio na matéria de direitos econômicos a não discriminação no exercício destes direitos, que de fato estabelecem obrigações positivas, e negativas para o Estado.

Assim, a título de conclusão, pode-se entender que o sistema tal como está ainda precisa evoluir muito para garantir os direitos fundamentais civis, que dirá os sociais aos quais se dedica de forma muito incipiente.

#### THE CONCEPT AND THE EFFECTIVENESS OF PUBLIC POLICIES.

##### ABSTRACT

*This study starts from the beginning in order to be developed to scientific initiative under the post graduate studies at the University of the West of Santa Catarina (UNOESC) program, in research line of material effectiveness of social rights, and aims to raise it assessed jurisprudence on social rights before trial in classic cases of major international courts. The work was initiated in the study of the nature of fundamental rights, more specifically those called social rights, which are intended to evolve in future time for the specific clipping the right to education, identifying it as the embodiment of the dignity of human person, favoring also the comparison with the legal understanding of the main international courts on this matter. It have raised the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, the European Court of Human Rights, the African Court of Human Rights, the American Supreme Court, the German Federal Constitutional Court, The Constitutional Court of Colombia and Constitutional Court of South Africa and its central aim as a research is to conduct a comparative study in relation to the social phenomena identifiable in Brazil and abroad, in accordance with the decisions taken by the Brazilian Supreme Court. The thematic focused to initially prioritize social rights in terms of cataloging decisions, and the second aspect, the decisions about the social right to education. At the end, we sought to establish a parallel that can contribute to a greater and more effective integration of constitutional social rights normative.*

*Keywords: Social rights. Public policy. Fundamental rights. International jurisprudence.*

##### REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos Sociais são exigíveis*. Tradução Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPELLA, Ana Cláudia N. Perspectivas Teóricas sobre o Processo de Formulação de Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto. *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e Distributiva: desafios para concretizar os direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORTE IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença 08 set. 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RSA. Constitutional Court of South Africa. *Case CCT 11/00, Irene Grootboom and others*. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto. *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

THEODOULOU, Stella Z. *O ciclo de Políticas Públicas*. Tradução livre. 2014.

TOMASEVSKI. Human Rights Obligations in Education 47. The Committee on Social, Economic and Cultural Rights (CESCR). *CESCR General Comment*, n. 11, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: SAFE, 2003.



# OS CUSTOS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Daniela Regina Riboli\*  
Rogério Gesta Leal\*\*

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo estudar a proteção conferida pela Constituição Federal de 1988 aos Direitos Fundamentais Sociais, analisando ao mesmo tempo que todos os direitos geram custos para Estado, sendo um óbice a esta proteção ampla conferida pela Constituição. Para esta análise o artigo verifica concepções de direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988, a proteção conferida pela Constituição a estes direitos, tais como a aplicabilidade imediata, bem como analisa que todos os direitos geram custos e tendo em vista estes custos é necessário observar o mínimo existencial. Partindo destas noções iniciais analisa que na efetivação dos direitos fundamentais sociais existe um grande obstáculo que são os recursos financeiros para esta efetivação.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Efetividade. Custos.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a pretensão de evidenciar algumas considerações sobre a proteção conferida pela Constituição Federal aos direitos fundamentais sociais, bem como analisar a situação dos custos financeiros que precisam ser despendidos para efetiva-los.

Para isso, o ponto de partida do presente estudo é a análise dos Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988, como princípio norteador, para garantir uma vida digna aos cidadãos.

Na sequência, estudar-se-á a proteção conferida pelo legislador na Constituição Federal aos Direitos Fundamentais Sociais, incluindo-os como cláusulas pétreas, bem como os considerando como de aplicabilidade imediata.

Analisar-se-á que para efetivar todos os direitos é necessário investimento financeiro, ao passo que todos geram custos, pois mesmo os de caráter negativo precisam de incentivos para serem assegurados.

Por fim, observar-se-á se que para a efetivação da proteção conferida pela Constituição Federal aos direitos fundamentais sociais, existe a necessidade de incluir um mínimo existencial e uma reserva do possível, ao passo que não é possível garantir tudo a todos.

## 2 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

Os direitos fundamentais estão garantidos na Constituição Brasileira de 1988, denominada “constituição cidadã”. De tal modo, estudar-se-á esta proteção aos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. No preâmbulo, pode-se observar a instituição de um Estado Democrático

---

\* Universidade do Oeste de Santa Catarina; daniriboli@hotmail.com

\*\* Universidade do Oeste de Santa Catarina; gestaleal@gmail.com

de Direito que tem como fundamento a busca pela garantia de liberdades individuais e sociais, sendo estes alguns dos valores mais importantes (BRASIL, 1988).

A organização estrutural dos direitos fundamentais na Constituição se dá em um título e em capítulos deste título, sendo que o título II expressa: “dos direitos e garantias fundamentais”. Na sequência, iniciam-se os capítulos, sendo o capítulo I “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, o capítulo II é “dos direitos sociais”, no capítulo III expressa “da nacionalidade”, no capítulo IV explana “dos deveres políticos” e por fim no capítulo V estão elencados “dos partidos políticos”. (BRASIL, 1988).

Os direitos sociais estão assegurados na Constituição Federal de 1988, no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no capítulo II “Dos Direitos Sociais”, em três artigos 6º, 7º e 8º e seus incisos e parágrafos. No artigo 6º, prevê a garantia do direito a educação, saúde, alimentação, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção a maternidade e à infância e a assistência social aos desamparados. No artigo 7º, estão assegurados os direitos do trabalhador, para a garantia de um trabalho digno. O artigo 8º possibilita a associação profissional ou sindical.

A Constituição Federal já em sua organização distribuiu os direitos que são considerados fundamentais dentro do grande título das garantias fundamentais e os classificou em capítulos. Já no primeiro título da Constituição estão “Dos princípios fundamentais”, que significa dizer que são os princípios norteadores, onde expressam os fundamentos e os objetivos da Carta Magna, que serão importantes na garantia dos direitos do povo brasileiro.

O Constituinte elevou a garantia da dignidade da pessoa humana com um status de princípio, demonstrando assim a sua relevância nos direitos fundamentais (LEAL, 2000, p. 165). Assim sendo, os direitos fundamentais são os princípios norteadores da Constituição Brasileira os que ensejam os objetivos desta e ainda considerando que a dignidade da pessoa humana possui um status de princípio.

Para qualquer criação e interpretação de normas, deve-se levar em conta como fundamento o comando que adota o Estado Democrático de Direito, onde suas prioridades são as demandas dos campos sociais, incentivando suas políticas. Dessa forma, como todas as normas são baseadas no comando de um Estado Democrático de Direito, pode-se perceber que a eficácia dos poderes do Estado são medidas pela busca, respeito e garantia dos Direitos Humanos ou Fundamentais (LEAL, 2000, p. 173).

Para a concretização de um Estado Democrático de Direito, é necessário se levar em conta a importância de respeitar e garantir os direitos fundamentais. A Constituição Federal garante ainda uma aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais.

O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal dispõe que “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata.” (BRASIL, 1988). Portanto, no artigo 5º da Constituição está assegurada a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, para que não seja necessário ficar aguardando outras considerações e ações para conseguir a exigibilidade e aplicabilidade rápida destes direitos.

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais gera ao poder público a responsabilidade da eficácia máxima e de torná-los diretamente aplicáveis (PIOVESAN, 2010, p. 85). Ainda, no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal está previsto que além dos direitos assegurados nesta constituição não são afastados os direitos previstos em tratados internacionais que faça parte, contando que esteja de acordo com os princípios adotados por esta Constituição. (BRASIL, 1988).

Veja-se que o legislador abriu a possibilidade de direitos que podem ser considerados direitos fundamentais, não sendo necessário que estejam unicamente positivados na Constituição, podendo os mesmos estarem em tratados internacionais. Desse modo, Sarlet explica que o artigo referido está materialmente aberto, uma vez que possibilita expressamente que sejam reconhecidos direitos fundamentais que não estão ali escritos, podendo estar subentendido no restante do texto constitucional bem como em tratados internacionais (SARLET, 2010, p. 71).

Assim sendo, resta destacada a importância dada aos direitos fundamentais, pois os mesmos podem estar espalhados no texto constitucional, não necessariamente tendo que estar no capítulo das garantias fundamentais. Ainda, no texto constitucional não se pode observar claramente uma teoria que domine em relação aos direitos fundamentais pelo fato de que a Constituição tem um caráter compromissório.

Da mesma forma, não se pode verificar que no texto constitucional tanto dos direitos fundamentais quanto na parte organizacional haja a ideia de um sentido independente, em relação a estar concentrado apenas em um local os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte dos direitos de ordem econômica e social podem estar fora da Constituição (SARLET, 2010, p. 65).

A Constituição de 1988 foi um marco importantíssimo para o Brasil, uma vez que após anos de ditadura houve a mudança para um regime democrático, havendo a inclusão dos direitos humanos. Desse modo a Constituição ficou entre as Constituições mais avançadas, por ter uma ampla garantia dos direitos fundamentais (PIOVESAN, 2010, p. 25). Esta mudança da ditadura para um estado democrático foi a base para os direitos humanos serem positivados na Constituição, garantindo a sociedade direitos mínimos de uma vida digna.

Merece ser destacado o fato da inclusão dos direitos sociais como um capítulo dentro do título direitos fundamentais, o que significa dizer que os direitos sociais são considerados direitos fundamentais sociais. Deste modo, a relevância dos direitos fundamentais conferida pela Constituição são uma consequência das reações sociais e também do próprio constituinte ao cerceamento das liberdades fundamentais da população (SARLET, 2010, p. 65-66).

A efetividade e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana expressam o real sentido dos direitos fundamentais que estão positivados na Constituição brasileira. Da mesma forma, Piovesan também aponta que a Carta de 1988 priorizou a valorização dos direitos sociais, elencando como essencial a dignidade da pessoa humana, uma vez que orienta e caracteriza o perfil da Constituição (PIOVESAN, 2010, p. 31).

Os direitos fundamentais sociais estão garantidos tanto na Constituição quanto em Tratados internacionais, sendo a Constituição um marco muito importante para o Brasil, pois tinha acabado de vivenciar a ditadura e estava clamando por direitos que assegurassem condições mínimas de vida digna.

### **3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO**

Neste tópico estudar-se-á as proteções garantidas na Constituição para os direitos fundamentais sociais, tendo em vista a relevância do tema, um exemplo é quando o legislador considerou estes direitos como cláusulas pétreas.

Os direitos fundamentais são tão importantes que o constituinte assegurou-lhes o caráter de cláusulas pétreas na Constituição, para que estes direitos fossem limitados à reforma consti-

tucional (SARLET, 2010, p. 73). Assim, pela importância destes direitos e por serem considerados cláusulas pétreas, os mesmos restam limitados à reforma, não podendo ser alterados nem por emendas, o que confere maior proteção ante aos outros direitos.

Piovesan descreve que os direitos e garantias fundamentais possuem uma proteção maior, ao passo que explica que o constituinte priorizou estes direitos lhes incluindo nas cláusulas pétreas da Constituição de 1988 (PIOVESAN, 2010, p. 33). Pode-se observar que os direitos fundamentais são de extrema importância para a Constituição, primeiro porque são cláusulas pétreas, segundo porque lhes foram conferidas aplicabilidade imediata e por fim estes direitos são os que norteiam todo o texto da Constituição.

Embora seja uma cláusula pétrea ainda existe a discussão em relação a considerar os direitos sociais como direitos fundamentais. Concordo com Sarlet que os considera desta forma.

Na Constituição brasileira de 1988, observa-se que ainda há uma discussão quanto à expressão a ser utilizada, uma vez que são encontrados termos como direitos humanos, direitos e garantias fundamentais. Sarlet entende que como está no título “direitos e garantias fundamentais”, este é genérico expressado que os subtítulos que lhe seguem fazem parte dos direitos fundamentais mesmo que sendo individuais ou coletivos (SARLET, 2010, p. 66).

Com o estudo dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal do Brasil, percebe-se a garantia que os direitos sociais possuem, no âmbito de serem também direitos fundamentais.

Da mesma forma, tendo em vista a grande importância dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, Bonavides entende que estes direitos receberam uma garantia mais elevada, da mesma forma que a concedida as garantias individuais. Entendendo que não há diferença de valor entre os direitos individuais para com os sociais (BONAVIDES, 2012, p. 680).

Assim, tanto Bonavides quanto Sarlet, consideram que os direitos sociais são direitos fundamentais, entendendo que não existe distinção entre ambos, ao passo que estão garantidos no título dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, a disposição no texto constitucional é considerada como argumento relevante para a corrente que defende que são direitos fundamentais sociais.

Essa força normativa apresentada por Bonavides, é observada quanto a inclusão dos direitos sociais nas cláusulas pétreas da Constituição Federal, tendo assim a mesma proteção dos direitos de liberdades, onde não podem ser feitas emendas que tentem suprimir estes direitos (BONAVIDES, 2012, p. 680).

Desse modo, houve uma valorização dos direitos sociais como decorrência de terem sido elevados a direitos fundamentais, o que lhes assegurou a valoração como cláusulas pétreas, reduzindo a possibilidade de serem alterados. Na Constituição Brasileira houve uma grande valoração quanto os direitos sociais, pois estes passaram a fazer parte do rol dos direitos fundamentais, onde as organizações sindicais tiveram influências para a redemocratização do país (LEDUR, 2009, p. 77).

Nesse contexto, considerar os direitos sociais como direitos fundamentais trás a estes direitos uma carga de valorização, uma vez que vem junto o peso de ser cláusula pétrea, e de servir para nortear a Constituição. Além dos direitos sociais serem considerados direitos fundamentais, é importante observar que estes trazem consigo uma grande proteção aos direitos da sociedade, como um todo.

Para a teoria a justificativa da falta de efetividade dos direitos sociais está amparada na ideia de que os direitos humanos seriam apenas os direitos civis e políticos. Além de alguns

sustentarem que os direitos fundamentais sociais não são reconhecidos como tais. Assim uma das principais formas de negar a efetividade dos direitos sociais é a sua negação quanto a ser direito fundamental, pois torna-se sem aplicabilidade imediata, deixa de ser *clausula pétrea*, tornando-se assim suscetível da reserva do possível (BARRETO, 2003, p. 112).

Paulo Leivas entende que pelos direitos fundamentais sociais estarem positivados no texto constitucional, faz com que tenha natureza constitucional e dessa forma acaba por ter as mesmas garantias que os demais direitos fundamentais possuem (LEIVAS, 2006, p. 89).

Outras importantes proteções previstas na Constituição em relação aos direitos fundamentais sociais é o caráter de aplicabilidade imediata, para não ter a necessidade de ficar aguardando outras ações para poder aplica-los. A outra proteção é a de que não são afastados os tratados internacionais referentes a este assunto, desde que esteja de acordo com os princípios da Constituição (BRASIL, 1988).

Portanto os direitos fundamentais sociais obtiveram uma grande proteção na Constituição Federal de 1988, sendo elas: ser cláusulas pétreas, a aplicabilidade imediata, a consideração de tratados internacionais sobre o tema e o fato de ser considerado como um direito fundamental.

Isso demonstra o quanto esses direitos representam para a sociedade, pois o legislador cuidou para que tivessem uma grande proteção, visando também uma busca pela concretização destes direitos.

#### 4 OS CUSTOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Na busca pela efetivação dos direitos sociais encontram-se alguns obstáculos, os quais serão analisados na presente pesquisa. O fato dos direitos sociais prestacionais em regra, exigirem uma prestação do Estado, pois estão vinculados a distribuição e destinação de recursos, exige uma relevante dimensão econômica. Já os direitos de defesa, por serem caracterizados por condutas omissivas, a princípio não são caracterizados pela dimensão econômica, porque independente da dimensão econômica podem ser garantidos (SARLET, 2010, p. 284).

Sarlet entende que os direitos sociais são divididos entre os que precisam de uma prestação positiva do Estado e de outro lado os que não precisam de nenhuma atuação do Poder Público.

Além do fator de interferência na função de cada poder, quanto a criação de normas, referente ao poder legislativo, é importante destacar que também geram conflitos pelo fato de os direitos sociais dependerem, geralmente, de uma prestação positiva do Estado, realizada por meios econômicos, fato este que interfere na competência do poder executivo, que possui a discricionariedade na escolha da destinação do dinheiro público.

Assim, é possível compreender que os direitos sociais a prestações geram custos, porque necessitam de uma ação positiva do Estado, através de recursos e até mesmo de recursos humanos para a proteção dos direitos (SARLET, 2010, p. 285).

O que o autor demonstra é que este fator custo não é um impeditivo para a implementação jurisdicional dos direitos fundamentais, porque não é dependente da relevância econômica. Já os direitos a prestações os seus custos assumem papel importante para a efetivação (SARLET, 2010, p. 285).

Os custos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais acabam diversas vezes sendo obstáculos para a sua efetivação, em regra, isto não deve ser um impeditivo da realização des-

tes direitos, mas merecem uma análise detalhada as teorias que defendem a reserva do possível e o mínimo existencial, pois caracterizam o debate sobre os custos dos direitos.

É importante ser destacado que está diretamente relacionada com a efetivação destes direitos a existência de meios para cumprir essas obrigações. Uma vez que a limitação dos recursos limita também a efetivação dos direitos, ressaltando que não são em todos os casos que a falta de recursos possa ser um impeditivo para a efetivação dos direitos (SARLET, 2010, p. 286).

Sarlet entende que em diversas situações os custos são obstáculos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais por possuírem um caráter prestacional e dependerem de uma atuação positiva do Estado. Porque a limitação de recurso limita também a efetivação dos direitos. Mas ao mesmo tempo destaca que não deve apenas se vincular ao caráter econômico para efetivar estes direitos de extrema relevância.

De outro lado Flávio Galdino explica que todos os direitos geram custos, neste aspecto concordo com o autor, ao passo que qualquer ação que o Estado desenvolva vai necessitar de alguma atuação ou ter alguma despesa. O autor defende de forma clara a sua teoria se utilizando de fundamentos dos autores Sunstein e Holmes.

Existe uma grande discussão na efetivação dos direitos fundamentais, ao passo que se depara com o problema dos custos, dos valores que precisam muitas vezes serem investidos pois leva em consideração o custo para implementar e de outro lado encontra-se a significação social, a importância que este direito possui (GALDINO, 2007, p. 210).

O conflito que se apresenta quando é pensado na efetivação dos direitos fundamentais sociais é de um lado os custos que esta efetivação demanda e de outro lado o interesse da sociedade, que muitas vezes deve prevalecer, pois é necessário também que a democracia esteja presente neste impasse, pois algumas escolhas do Estado realizadas por ser democrático acaba por influenciar na efetivação de outros direitos. Quando um é escolhido outro pode estar sendo deixado de lado.

A preocupação apresentada por alguns autores está voltada para o caso da discussão dos custos dos direitos diminuírem a sua proteção. Porque não busca-se uma diminuição na garantia dos direitos mas mudar a extensão da proteção destes direitos, para adequar melhor as condições econômicas. Permitindo que o Poder Público possa organizar melhor os investimentos, já que são escassos e insuficientes (GALDINO, 2007, p. 259).

Deste modo, a preocupação está em buscar não diminuir a proteção dos direitos fundamentais sociais, mas tentar adequar a efetivação as condições econômicas que se possui, pois os recursos são escassos e precisam ser planejados de forma a atender da melhor forma a garantia dos direitos fundamentais, neste ponto é importante ressaltar que as políticas públicas são fortes instrumentos para que o Estado concretize os direitos fundamentais sociais, pois atenderá de forma mais ampla os casos mais específicos, pois com estudos e análises das necessidades dos cidadãos é possível identificar o ponto que mais precisa de auxílio, e atuar de forma mais forte neste ponto, aproveitando melhor os recursos.

Neste sentido o autor Flávio Gaudino em seu texto, busca explicar o custo dos direitos, e para fundamentar o seu pensamento apresenta a teoria de Sunstein e Holmes, autores estes que são o suporte e fundamento da teoria do autor utilizados neste trabalho (GALDINO, 2007, p. 252).

Para esclarecer e definir bem o seu pensamento o autor começa explicando a diferença mais conhecida entre direitos fundamentais positivos e negativos, sendo que positivos demandam

de uma prestação estatal, já os negativos independeriam de qualquer atuação positiva do Estado. Exemplificando que o fato de não ser turbada uma propriedade privada seria uma obrigação negativa, pois seria um não fazer, e a obrigação de entrega de merenda escolar seria uma obrigação de fazer, desse modo uma obrigação positiva (GALDINO, 2007, p. 223-225).

A definição de direitos fundamentais positivos e negativos é importante para depois compreender a teoria do autor, pois o fato dos direitos fundamentais negativos em regra não precisarem de uma prestação do Estado é que gera a grande discussão. Corriqueiramente a concepção encontrada é a de que os direitos positivos precisam que o Estado atue para concretiza-los, já os negativos não dependem desta atuação.

Mas o autor explica que houve uma evolução no pensamento em relação a direitos positivos e negativos, neste ponto, o autor busca as teorias de Sunstein e Holmes para explicar que todos os direitos fundamentais são positivos e que demandam de uma ação positiva, uma prestação pública para serem efetivados, demonstrando que também os direitos de liberdade são afetados pela falta de recursos (GALDINO, 2007, p. 252-253).

A essência do pensamento do autor está no argumento de que tanto direitos positivos quanto os direitos fundamentais negativos dependem de uma atuação do poder público. Porque qualquer ação que vise a concretização dos direitos fundamentais irá gerar algum custo, vai precisar de uma atuação, poder ser com investimentos financeiros de forma direta ou de forma indireta, esta última se vislumbra quando é necessária a omissão, ou proteção por meio de pessoal, que também geram despesas para o Estado.

Nesta linha de pensamento os autores entendem que todos os direitos são positivos, uma vez que dependem das instituições públicas para serem efetivados. Onde os direitos somente irão existir caso haja orçamento para isso. Vislumbrando que não há direitos totalmente negativos, pois sempre precisam de uma prestação estatal (GALDINO, 2007, p. 258-260).

A situação de todos os direitos precisarem de uma prestação do Estado é um dos fatos que tem levado a necessidade de gerir e distribuir bem as finanças públicas, pois até as decisões para quais devem ser os investimentos que precisam ser realizados necessitam ser discutidas e observar a vontade do povo. Pois qualquer ação ou até mesmo omissão gera custos e deve ser considerado nos direitos a serem efetivados.

Os autores alertam que não querem tornar a atividade jurídica dependente da economia, mas vislumbram a relação que possuem, posto que, os custos tem relação com a garantia do direito. Em alguns casos são citadas as escolhas trágicas, em que a escassez de recursos faz com seja salientado o que a sociedade possui de preferências (GALDINO, 2007, 266).

Concordo com o autor no que diz respeito a que não deve ser analisados os direitos fundamentais sociais apenas no aspecto econômico, transformando-os meramente em uma possibilidade de concretização se existir recursos suficientes, ao passo que se for analisado somente deste ponto de vista, nunca haverá recursos suficientes para efetivar nenhum direito fundamental. E a sociedade não vislumbrará a garantia de direitos mínimos para a sobrevivência. Neste aspecto é relevante desenvolver políticas que tenham a função de realizar os direitos mas com economia nos recursos.

Vários são os fatores que influenciam os direitos e sua concepção, sendo eles, o tempo, lugar, as prioridades e também os custos, porque através dos custos é possível promover e tratar da conscientização no exercício dos direitos. E os custos possuem direta relação com os direitos pois caso isto não seja entendido irá gerar irresponsabilidades na sua efetivação. Assim, o reco-

nhecimento destes custos dos direitos, impõe o sacrifício de alguns deles precisando ser exercidos com responsabilidade (GALDINO, 2007, p. 268-270).

Os direitos possuem direta relação com os custos, ao passo que são entendidos que para garantir os direitos é necessário investimento financeiro, e assim acaba por demandar um custeio, pois nada acontece sem que haja uma despesa. E para tanto os recursos financeiros precisam ser bem geridos para que não acabem sendo ineficazes. Em algumas situações é necessário escolher entre concretizar um direito e outro, pois os recursos financeiros existentes não são suficientes para todos, sendo assim, nestas situações é preciso ter responsabilidade nesta escolha.

A justificativa da exaustão dos recursos muitas vezes é utilizada para encobrir as escolhas trágicas, posto que pelo fato destas escolhas não torna-se possível a efetivação de outros direitos (GALDINO, 2007, 284).

As escolhas trágicas são as decisões que o Estado precisa tomar em determinadas circunstâncias para efetivar os direitos fundamentais sociais que acabam por trazer restrições nas garantias de outros direitos. Posto que, ao investir em um direito não suportará custear outro direito, garantindo apenas um e deixando o outro de lado. Assim, as escolhas trágicas acabam por serem utilizadas como fundamentos para argumentar a falta de recursos. Mas o que realmente acontece é que não são distribuídos de forma correta, ao passo que precisam ser melhores geridos estes recursos para chegar mais próximos a realidade e necessidade da sociedade.

Os custos dos direitos, muitas vezes são utilizados como uma justificativa para a ineficácia das políticas públicas que visam a garantia dos direitos fundamentais sociais. Uma válvula de escape da ineficácia do governo em efetivar os direitos fundamentais, pois a justificativa mais plausível é a falta de recursos. Fato este que acaba por gerar um círculo que não consegue resolver os problemas da sociedade, porque cada vez mais vão recorrer ao auxílio do poder Judiciário e este determinará que o Estado cumpra com os direitos do cidadão, que acaba passando na frente de outras prioridades.

Para tentar reverter este círculo que se estabelece e não consegue solucionar os problemas da sociedade bem como da falta de recursos, surgiram as correntes da reserva do possível, conforma analisaremos.

Tendo em vista as situações de falta de recursos, iniciaram as correntes doutrinárias que sustentavam a “reserva do possível”, que compreende tanto a possibilidade como também o poder de dispor dos recursos (SARLET, 2010, p. 287).

A corrente que defende a reserva do possível compreende que é possível que o Estado disponha dos recursos que possui, com limitações que garantam os direitos pleiteados.

É possível verificar que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, onde a primeira diz respeito a disponibilidade fática de recursos, a segunda a disponibilidade jurídica de recursos humanos e materiais, relacionada com as competências orçamentárias e a terceira quanto a proporcionalidade e razoabilidade da prestação (SARLET, 2010, p. 287).

A dimensão tríplice da reserva do possível destaca a ligação entre a disponibilidade de recursos e a razoabilidade da prestação, pois torna-se preciso analisar tanto os recursos financeiros quanto humanos e verificar também a necessidade e a proporcionalidade na sua efetivação.

Estes requisitos acabam por influenciar na efetivação dos direitos fundamentais, pois existe o risco de que sempre seja mantido a reserva do possível e deixar de lado a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

As despesas que são empreendidas para efetivar os direitos fundamentais sociais não podem ser deixadas de lado e não serem levadas em consideração, posto que sem os recursos nenhum direito pode ser efetivado, elas são dependentes uma da outra, mas precisam ter um equilíbrio para coexistirem, e a reserva do possível acaba desenvolvendo este papel de mediador.

A reserva do possível pode ser vista como um limitador aos direitos fundamentais, mas também em alguns casos pode atuar como garantia dos mesmos, no momento em que precisar resguardar recursos para salvaguardar um outro direito fundamental (SARLET, 2010, p. 288).

Fator este da disponibilidade dos recursos que está diretamente ligada com a judicialização para a garantia dos direitos fundamentais sociais, que trás como consequência a interferência do poder judiciário na esfera do Poder Legislativo e Executivo, ao intervir nos planos de governo quando concede alguma medida que não estava prevista no orçamento, voltando mais uma vez ao debate do princípio da separação dos poderes e também as escolhas trágicas que o governo acaba tendo que fazer para concretizar a ordem judicial.

Nesta ponderação para que existe entre a reserva do possível os custos dos direitos existe também a garantia do mínimo existencial, que pode ser compreendido como uma garantia mínima de direitos que o cidadão necessite para viver com dignidade. Condições mínimas de uma vida com a segurança de direitos essenciais que estejam garantidos.

Neste sentido é necessária a ponderação entre os custos dos direitos e a garantia do mínimo existencial, pois os direitos fundamentais sociais também fazem parte deste mínimo.

O princípio da ponderação é responsável pela harmonização e pelo equilíbrio dos princípios fundamentais. Os direitos fundamentais e o mínimo existencial fazem parte destes princípios fundamentais e também entram na ponderação em relação aos interesses emergentes (TORRES, 2003, p. 29).

A razoabilidade pode ser compreendida pelo balanceamento dos interesses na aplicação do direito. Para encontrar soluções equilibradas. Assim, o mínimo existencial e os direitos sociais estão sujeitos ao princípio da razoabilidade (TORRES, 2003, p. 29-30).

Além do princípio da ponderação os direitos fundamentais sociais sujeitos ao mínimo existencial precisam atender a razoabilidade, pois o fato de serem razoáveis os coloca dentro do que é considerado mínimo existencial para que haja a ponderação destes direitos.

Tanto a ponderação quanto a razoabilidade são princípios indispensáveis para garantir o mínimo existencial de direitos fundamentais sociais que a sociedade precisa ver assegurados. Pois com estes dois princípios é possível identificar as necessidades mais urgentes que a sociedade possui, bem como identificar o que é essencial para a sobrevivência dos mesmos para lhes garantir uma vida digna. E este papel é um papel que os três poderes devem desempenhar, cada um através de sua função típica, para garantir aos cidadãos condições de vida com um mínimo de direitos assegurados.

A problemática do mínimo existencial é sua quantificação, posto que o Tribunal Alemão está tentando quantificar uma parcela referente ao mínimo existencial diante do imposto de renda (TORRES, 2003, p. 30).

O grande problema encontrado na garantia do mínimo existencial é a sua quantificação, a possibilidade de identificar o que deve ser considerado como mínimo para a sobrevivência, um exemplo citado pelo autor é que o Tribunal Alemão está tentando identificar o mínimo com base

no imposto de renda. Mas esta quantificação se mostra demasiadamente difícil, posto que não é tarefa fácil identificar o que é uma condição mínima para toda a sociedade.

A ONU está tentando estabelecer alguns índices que facilitem o entendimento e quantificação do mínimo existencial, através de demonstrativos de índice de qualidade de vida (TORRES, 2003, p. 30-31).

Esta discussão quanto a quantificar o mínimo existencial é o que gera a dificuldade na efetivação, conforme citado anteriormente não é possível definir o mínimo existencial sem que exista algum parâmetro pelo menos próximo ao que seria mínimo para a maioria da sociedade. Neste ponto entra em pauta os dois princípios essenciais para a garantia de um mínimo, a razoabilidade e a proporcionalidade, para que com base nesses pilares seja possível identificar a melhor forma de concretizar

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais estão assegurados no texto Constitucional, visando a garantia de direitos coletivos para os cidadãos, direitos estes que são necessários para que o povo possa viver com dignidade.

Neste sentido o presente trabalho buscou discutir a respeito de um problema que sempre quando se pensa em efetividade de direitos fundamentais sociais se enfrenta. Inicialmente pelo fato de que quando se fala em efetividade destes direitos compreende-se que se está a admitir que existe uma falta de efetividade.

Dessa forma, quando se fala em falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais se busca compreender o porquê desta situação, ao passo que diversos são os problemas enfrentados na busca de efetividade.

Todos os direitos geram custos para serem efetivados, mas não são por estes motivos que não devem ser concretizados. Bem pelo contrario é necessário procurar efetivar ao máximo.

Os direitos fundamentais sociais geram custos para serem efetivados e garantidos aos cidadãos, para qualquer ação estatal é necessário o dispêndio de recursos financeiros, e isso acaba por ser um argumento em muitas situações de ineficácia das funções do estado.

Mas não é possível aceitar que o fato dos custos seja um balizador em relação aos direitos que devam ser efetivados. Com isso é apresentada a teoria do mínimo existencial e da reserva do possível, para assegurar ao Estado o direito de resguardar recursos para efetivar os direitos bem como o compromisso de assegurar os direitos mínimos para que os cidadãos tenham condições de vida digna.

Merece destaque o fato de que muitas vezes os custos são meramente desculpas utilizadas para não efetivar os direitos fundamentais sociais, mas entendo ser necessário que o Estado passe a gerir de forma melhor os seus recursos tendo por base o mínimo existencial e a reserva do possível para que através de políticas públicas bem planejadas e executadas consiga assegurar direitos indispensáveis a sobrevivência dos cidadãos.

## COST EFFECTIVE AND A FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

### ABSTRACT

*This article aims to study the protection afforded by the Constitution of 1988 the Social Fundamental Rights, while considering that all rights generate costs to State, being an obstacle to this broad protection afforded by the Constitution. For this analysis, the article finds conceptions of fundamental social rights in the Constitution of 1988, the protection conferred by the Constitution on these rights, such as the immediate applicability, and examines all the rights that generate costs and in view of these costs is necessary to observe the existential minimum. Starting from these basics that examines the effectiveness of fundamental social rights there is a big obstacle that the financial resources for this accomplishment. Keywords: Fundamental social rights. Effectiveness. Costs.*

### REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2013.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Fundamentais Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



# O PROBLEMA DA EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UM DEBATE SEMPRE ATUAL<sup>1</sup>

André Rodrigues\*  
Rogério Gesta Leal\*\*

## RESUMO

O presente trabalho trata sobre o problema da eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais, previstos na Constituição Federal de 1988, especialmente no que pertine a alguns aspectos que interferem (impactam) decisivamente na concretização de tais direitos. Para tanto, foram abordadas questões terminológicas acerca dos direitos fundamentais, assim como o marco histórico dos direitos fundamentais, especialmente alguns eventos históricos que contribuíram na evolução de tais direitos. Nesta linha, foram tratadas da classificação dos direitos fundamentais em dimensões, ocasião em que se estabeleceu o debate sobre a conveniência de criação de novas dimensões. A pesquisa demonstrou que os direitos sociais são direitos fundamentais, quer sob a ótica formal, quer sob a ótica material. Finalmente, foi demonstrado o alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, e os vários aspectos que impactam (interferem) na eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais, na atualidade, o que exige o debate do mínimo existencial. Para o desenvolvimento deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo.

Palavras-chave: Eficácia jurídica. Direitos fundamentais sociais. Constituição Federal de 1988.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral tratar sobre o problema da eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais, previstos na Constituição Federal de 1988, especialmente no que pertine a alguns aspectos que interferem (impactam) decisivamente na concretização de tais direitos.

O tema é de grande relevância visto que, se por um lado, se percebe que o Constituinte de 1988 pretendeu elevar os direitos fundamentais, inclusive os sociais, a um patamar mais elevado no ordenamento jurídico, por outro, contemporaneamente, é notório que outros aspectos (não somente jurídicos), influenciam na eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais.

Neste sentido, a presente pesquisa analisará, inicialmente, algumas questões terminológicas acerca dos direitos fundamentais, em vista que se percebe, na doutrina e na própria Constituição Federal, a utilização de expressões outras para designar direitos fundamentais, o que exige, ainda que brevemente, algumas considerações.

Também não é unânime, especialmente na doutrina, a questão sobre o marco histórico dos direitos fundamentais, motivo pelo qual se entendeu relevante delinear alguns eventos históricos que contribuíram na evolução de tais direitos (e que desaguam, de certa maneira, no que

---

\* Mestrando do PPGU de Chapecó; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho - IPEJUR; Especialista em Direito Público - IMED; Professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus de Frederico Westphalen; Advogado;

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor e pesquisador do programa de pesquisa, extensão e pós-graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina

<sup>1</sup> Este artigo é resultante das atividades de pesquisa na disciplina de “A morfologia dos direitos fundamentais e sua transnacionalidade” no Programa de Pós-graduação da Unesco - Chapecó.

se enfrenta hoje), daí porque se tratará da tradicional classificação dos direitos fundamentais em gerações/dimensões.

Não é pacífico, ao menos na seara internacional, o entendimento sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, de sorte que merecerá uma investigação se tais direitos seriam fundamentais, quer sob a ótica formal, quer sob a ótica material.

Finalmente, se pretende tratar sobre o problema da eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais, sendo, neste ponto, importante verificar a implicação do modelo de Estado Social adotado, o significado e o alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, e os aspectos que impactam (interferem) na eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais, na atualidade.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo.

Por certo, o presente trabalho não tem o propósito de esmiuçar todas as questões que se propõe a tratar, mas, certamente, oportunizará revisitar questões sempre atuais na Teoria dos Direitos Fundamentais, além de obter algumas respostas, ainda que provisórias, especialmente sobre a problemática que envolve a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: QUESTÕES TERMINOLÓGICAS

Em matéria de teoria dos direitos fundamentais, várias questões apresentam aspectos divergentes, a começar pelo termo utilizado que, registre-se, tem uma vinculação com a evolução histórica dos direitos fundamentais.

Silva (2004, p. 175) salienta que é comum o emprego de outras expressões para designar o que seriam direitos fundamentais, citando, como exemplo, direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Na mesma linha, Sarlet (2012a, p. 27) destaca que o termo “direitos fundamentais” é utilizado, pela doutrina e pelo direito positivo (constitucional e internacional), como sinônimo de direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, direitos humanos fundamentais, dentre outros. Mesmo a Constituição Federal do Brasil não prezou pelo rigorismo semântico, já que utilizou os mais diferentes termos, como se depreende dos arts. 4º, inc. II (direitos humanos), art. 5º, § 1º (direitos fundamentais), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

O constituinte de 1988, ao utilizar a expressão “direitos fundamentais” se baseou, principalmente, na Lei Fundamental da Alemanha e da Constituição Portuguesa de 1976, rompendo com a tradição em nosso direito constitucional positivo (SARLET, 2012a, p. 28).

Em que pesem algumas divergências semânticas apresentadas pela doutrina, há uma certa preponderância da utilização do termo “direitos fundamentais”, sendo pertinente uma necessária distinção com os outros termos utilizados, quer porque a utilização de outros se limitaria a categorias de direitos fundamentais, não alcançando, portanto, a abrangência real dos direitos fundamentais, quer porque certos termos, como direitos humanos, teria um caráter universalizante, e, portanto, mais abrangente do que os direitos fundamentais atingem.

Silva (2004, p. 178) entende ser mais adequada a utilização do termo “direitos fundamentais do homem” vez que indica situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza,

não convive e, por vezes, sequer sobrevive (fundamentais, portanto); e cuja titularidade seriam de todos os homens, por igual, concreta e materialmente.

A utilização do termo “direitos fundamentais” parece ser a mais adequada, não só porque está presente na Constituição Federal Brasileira, como também porque fixa os exatos contornos sobre o conteúdo e os titulares dos aludidos direitos, se não bastasse uma pragmática adequação histórica sobre a evolução dos direitos fundamentais, motivo pelo qual será aqui utilizada.

Não há como se negar a proximidade dos termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, embora, academicamente e por questões de ordem prática, são expressões que majoritariamente não são utilizadas como sinônimas.

Neste ponto, a doutrina procura evidenciar que a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos reside em que os primeiros são reconhecidos e protegidos pelo Direito Constitucional interno de cada país, ao passo que os segundos teriam uma amplitude supranacional, não necessariamente positivados na esfera nacional, porém, reconhecidos no plano internacional.

Em assim sendo, aflora outra constatação da ordem de efetivação dos direitos, já que, em vista os instrumentos de proteção mais eficazes, previstos nas Constituições dos Estados, há uma tendência de que os “direitos fundamentais” tenham um grau de concretização maior do que os “direitos humanos”.

Neste sentido, ao traçar a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, Sarlet (2012a, p. 29-35) apresenta os seguintes argumentos que merecem destaque: a) direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que direitos humanos são aqueles previstos em documentos de direito internacional, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando validade universal, para todos os povos e em todos os tempos, o que revela um caráter supranacional; b) a expressão “direitos do homem”, de conotação jusnaturalista, trata-se de direitos naturais não, ou ainda não, positivados, precedendo o reconhecimento dos demais direitos, sendo distinto, portanto, da expressão “direitos humanos” (positivados na esfera internacional) e do termo “direitos fundamentais” (reconhecidos pelo direito constitucional interno de cada Estado); c) o grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradas dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (internacional) se dá de forma diversa, a considerar que os primeiros atingem maior grau de efetivação, sobretudo em vista os mecanismos disponíveis para se fazer respeitar estes direitos; d) a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não integram o rol de direitos fundamentais fica na dependência, como regra, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do *status* jurídico que lhes atribui.

Em que pesem as distinções terminológicas, o fato de radicarem em alguns critérios específicos não impede a conclusão de que os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos” guardam relações íntimas, tanto que, em face a esta imbricação, surgiu, a não muito tempo, a expressão “direitos humanos fundamentais” (Sarlet, 2012a, p. 33).

Também não são diferentes algumas divergências sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, o que, para a teoria dos direitos fundamentais, passou a ser construída pelos princípios esculpidos na Revolução Francesa, assunto que merece, a seguir, ainda que timidamente, algumas considerações.

### 3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A origem dos direitos fundamentais também é um aspecto controvertido na teoria dos direitos fundamentais, havendo, no entanto, uma tendência doutrinária a tratar da evolução mediante o reconhecimento de diferentes dimensões (ou gerações), consoante a tríade oriunda da Revolução Francesa, qual seja, a liberdade e a igualdade e a fraternidade.

Por uma questão didática, serão apontados alguns eventos históricos que influenciaram no surgimento dos direitos fundamentais e, em seguida, serão abordadas as dimensões dos direitos fundamentais.

#### 3.1 ALGUMAS MATRIZES HISTÓRICAS

Silva (2004, p. 172) reconhece que o cristianismo e o jusnaturalismo serviram de inspiração para as declarações dos direitos, embora entenda que a origem não tenha sido de natureza basicamente ideal, mas influenciada por condições históricas objetivas que fundamentaram os direitos fundamentais, motivo pelo qual ressalta as condicionantes materiais.

Neste aspecto, entende necessário conjugar condições objetivas (reais, históricas ou materiais) e subjetivas (ideais ou lógicas).

As condições objetivas manifestaram-se na contradição entre o regime da monarquia absoluta (estagnadora, petrificada e degenerada) e uma sociedade nova tendente à expansão comercial e cultural, o que exigiu uma mudança de postura do Estado, não mais aceitável enquanto poder absoluto (SILVA, 2004, p. 173).

As condições subjetivas diziam respeito às fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa: a) o pensamento cristão, enquanto fonte remota, que continha uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da dignidade eminente da pessoa humana, enquanto ser criado à imagem de Deus; b) a doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, de natureza racionista, fundada na natureza racional do homem, em contraposição à divinização que sustentava os soberanos, tendo encontrado a base para o reconhecimento de um conjunto de direitos tidos, então, como inerentes à pessoa humana; c) o pensamento iluminista, com idéias sobre a ordem natural, a exaltação das liberdades inglesas e sua crença nos valores individuais, firmando o individualismo que exalta as primeiras declarações de direitos (SILVA, 2004, p. 173-174).

O autor (2004, p. 174-175) menciona que os fundamentos foram paulatinamente sendo superados pelo processo histórico-dialético das condições econômicas que desencadearam no desenvolvimento industrial, o aparecimento do proletariado, subordinado a uma burguesia capitalista, cenário que oportunizou o surgimento de outros direitos fundamentais - econômicos e sociais - e novas fontes de inspiração, como o Manifesto Comunista e as doutrinas marxistas (críticos do capitalismo burguês e o sentido meramente formal dos direitos do homem no século XVIII), a doutrina social da igreja (a partir do Papa Leão XIII, que lutava por uma ordem mais justa) e o intervencionismo estatal (exigindo do Estado prestações positivas).

A relevância de se analisar a história dos direitos fundamentais é que ela desemboca no surgimento do Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem (SARLET, 2012a, p. 36).

Não há, de fato, como não admitir que a evolução dos direitos fundamentais tenha diversas matizes que culminaram no reconhecimento das primeiras constituições e permitiram evoluções até o nível de proteção atual dos direitos fundamentais.

Sarlet (2012a, p. 37) afirma que o devir histórico dos direitos fundamentais até o reconhecimento nas primeiras constituições escritas é apontado como um processo que se deu em três etapas: a) uma pré-histórica, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, correspondente ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) e a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

A fase pré-história dos direitos fundamentais é assim denominada em vista o reconhecimento de que, se é certo que não foi na antiguidade que surgiram os direitos fundamentais, algumas idéias-chaves, no mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, influenciaram diretamente o pensamento jusnaturalista a sua concepção de que o ser humano, só pelo fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis (SARLET, 2012a, p. 38).

Sarlet (2012a, p. 38) pontua que a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade dos homens tiveram raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana e no pensamento cristão, donde se abstrai a democracia ateniense, cujo modelo político era fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade; do antigo testamento, o homem enquanto criação divina e imagem e semelhança de Deus; e da doutrina estoíco greco-romana e do cristianismo, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade.

Em vista disso, as doutrinas jusnaturalistas influenciaram o reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, especialmente a partir do século XVI, destacando-se, dentre outros fatores, os seguintes: a) na Idade Média, são encontrados postulados suprapositivos que, por orientarem e limitarem o poder, fixaram critérios de legitimação de seu exercício, destacando-se o pensamento de Santo Tomás de Aquino e Pico della Mirandola; b) a partir do século XVI, principalmente nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, especialmente por meio de teorias contratualistas, chega ao ponto culminante de desenvolvimento, destacando-se teólogos do espanhóis do século XVI, como Vitoria y las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vázquez, reconhecendo direitos naturais aos indivíduos, deduzidos do direito natural e tidos como expressão da liberdade e dignidade da pessoa humana; c) Hugo Donellus, em 1589, ensinava seus discípulos que o direito de personalidade englobava o direito à vida, à integridade corporal e à imagem; c) Johannes Althusius, no início do século XVII (1603), defendeu a idéia da igualdade humana e da soberania popular, defendendo que os homens estariam submetidos à autoridade apenas à medida que tal submissão fosse fruto de sua própria vontade e delegação, além de defender que as liberdades legais seriam garantidas pelo direito de resistência; d) no século XVII, o holandês H. Grócio (1583-1645), o alemão Samuel Pufendorf (1632-1694), e os ingleses John Milton (1608-1674) e Thomas Hobbes (1588-1679), por meio de suas obras, expressaram a idéia de direitos naturais inalienáveis do homem e a submissão da autoridade aos ditames do direito natural; Lord Edward Coke (1522-1634), na discussão em torno da *Pettition of Rigths* de 1628, defendeu a existência de *fundamental rigths* dos cidadãos ingleses, especialmente quanto à proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade, tendo sido considerado o inspirador da tríade vida, liberdade e propriedade, que se inspirou ao pensamento individualista burguês; e) John Locke (1632-1704) reconheceu, por meio de suas obras, direitos naturais e inalienáveis do ho-

mem (vida, liberdade, propriedade e resistência) de eficácia oponível, inclusive aos detentores do poder (baseado no contrato social); f) Especialmente com Rousseau (1712-1778), na França; Paine (1737-1809), na América; Kant (1724-1804), na Alemanha, que, no âmbito do iluminismo de inspiração jusnaturalista, culminou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo (SARLET, 2012a, p. 38-40).

Assim, se percebe que, embora na denominada fase pré-histórica dos direitos fundamentais não houve garantia de tais direitos, por certo lançou algumas sementes basilares que germinaram, adiante, direitos fundamentais inseridos nos principais documentos tão destacados na história.

A fase intermediária é reconhecida a partir da Inglaterra, na Idade Média (século XIII), onde é encontrado o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos, a saber, a *Magna Charta Libertatum*, firmada em 1215, pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses, mediante a qual, embora tenha servido para garantir privilégios feudais aos nobres ingleses, também serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal, a garantia da propriedade. O aludido documento é de suma importância em matéria de liberdades, orientando o desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições ulteriores (SARLET, 2012a, p. 41).

A Reforma Protestante foi de suma importância nesta segunda fase evolutiva, já que a mesma levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, como foi o caso do *Édito de Nantes* (1598). Também deve ser apontado os documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburg (1555), da Paz da Westfália (1648), o *Toleraction Act* da colônia americana de Marylan (1649) e da colônia de Rhode Island (1663) (SARLET, 2012a, p. 42).

Nesta linha evolutiva, não podem deixar de ser apontadas as declarações inglesas do século XVII, enquanto expressões da evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos, para liberdades genéricas no plano do direito público, importando ampliação no conteúdo e na titularidade. Por isso, são apontadas: a *Petition of Rigths* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rigths* (1689) e o *Establishment Act* (1701) (*ibidem*).

Alguns Autores denotam que tais declarações seriam a origem dos direitos fundamentais.

Sarlet (2012a, p. 43) pondera, todavia, que tais declarações não podem ser consideradas o marco inicial dos direitos fundamentais, visto que não vinculavam o parlamento, carecendo de supremacia e estabilidade, por isso conclui que, na Inglaterra, houve uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.

Há divergências quanto à paternidade dos direitos fundamentais, visto que ora se advoga que seriam decorrentes da Declaração de Direitos do povo de Virgínia (1776), ora de que foram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Tais declarações foram, notadamente, importantes na história dos direitos fundamentais e do próprio Estado atual.

A primeira (Declaração de Direitos do povo de Virgínia) marcou a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. As declarações americanas, além de agregar direitos e liberdades antes reconhecidos pelas antecessoras, também fincou a universalidade e supremacia dos direitos naturais, vinculando inclusive o poder público.

A segunda (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) diferenciou-se pelo maior conteúdo democrático e social.

Ambas declarações têm como ponto comum a inspiração jusnaturalista e o reconhecimento de direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens (SARLET, 2012a, p. 43-44).

Paralelo ao debate sobre a paternidade dos direitos fundamentais, Sarlet (2012a, p. 44) pondera que houve, em matéria de influência, reciprocidade entre a declaração americana e a declaração francesa.

### 3.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria dos direitos fundamentais passou a ser confeccionada a partir dos postulados da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

A evolução histórica dos direitos fundamentais pode ser analisada tanto em relação ao seu conteúdo, quanto em relação a sua titularidade, eficácia e efetivação.

A doutrina passou a tratar de “gerações” de direitos fundamentais, termo, no entanto, que passou a ser criticado em vista de que expressaria alternância de direitos fundamentais (substituição de uma geração por outra), e não o reconhecimento progressivo de novos direitos (caráter cumulativo, complementar) que, de fato, ocorre. Por este motivo, como bem sinala Sarlet (2012a, p. 45), a maior parte da doutrina passou a utilizar o termo “dimensões” para expressar o processo de expansão, cumulação e fortalecimento.

Outro não é o entendimento de Bonavides (2011, p. 591) que, utilizando o termo “gerações” para expressar a evolução histórica da institucionalização de tais direitos fundamentais, admitiu que o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso erroneamente venha este induzir sucessão cronológica e, portanto, caducidade dos direitos das gerações antecedentes.

Concordando com os aludidos autores, optamos pela utilização do termo “dimensão”, visto que expressa melhor a evolução e a necessária complementaridade entre os direitos.

Transpassado a questão terminológica (dimensão/geração), outro debate que se trava se refere à existência de três ou mais dimensões.

De um modo geral, a doutrina costuma reconhecer a existência de três dimensões de direitos fundamentais, diferenciadas pelo elemento preponderante que lhes compõe: a primeira, direitos de defesa; a segunda, direito a prestações; a terceira, direitos de fraternidade ou solidariedade.

É preciso, no entanto, pontuar que alguns doutrinadores costumam inserir, nesta classificação, direitos de quarta e, até mesmo, de quinta dimensão, notadamente em vista aos “novos direitos”, o que permite um debate (que aqui não se fará) sobre quais os critérios que permitem o reconhecimento de uma nova dimensão e, sobretudo, até que ponto isso é produtivo sob a ótica científica.

Os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões (assim com os de quarta, se admitida), são compatíveis com os postulados da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade.<sup>2</sup>

Os direitos de primeira dimensão são os direitos da liberdade (direitos civis e políticos), primeiros a serem introduzidos no instrumento normativo constitucional, que inauguram o consti-

<sup>2</sup> Para Sarlet (2012a, p. 55), esta tríade não é completa, visto que é preciso fazer referência ao princípio que, para ele, é a base da mais variada gama de direitos, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

tucionalismo do Ocidente. Tais direitos são oponíveis ao Estado, sendo, por isso, considerados direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, entrando, na categoria de *status negativus* da classificação de Jellinek (BONAVIDES, 2011, p. 581-582).

Tais direitos, como pontua Bonavides (2011, p. 582), são amplamente admitidos na seara constitucional dos países, sendo reconhecidos em toda a sua extensão por praticamente todas as constituições.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, que partia do pressuposto de que o objetivo precípuo do Estado consiste na realização do indivíduo. O Estado é marcadamente individualista, tendo estes direitos surgido frente ao Estado como direitos de defesa, fixando uma zona de não intervenção estatal e uma zona de autonomia individual em vista o poder (SARLET, 2012a, p. 46).

Em vista disso, os direitos de primeira dimensão são reconhecidos como direitos negativos, exigindo abstenção estatal, estando, neste rol, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, complementados, após, pelas liberdades de expressão coletiva (de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política (ao voto, a capacidade eleitoral passiva), motivo pelo qual guardam estreita relação os direitos fundamentais com a democracia. Também se incluem o direito de igualdade e as certas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) (SARLET, 2012a, p. 47).

Em vista disso, os direitos de primeira dimensão tem característica individualista, expressando-se como direitos de defesa, vez que impõe uma postura abstencionista do Estado.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, que passaram a dominar o século XX, introduzidos nas constituições das distintas formas do Estado Social. Tais direitos se originaram vinculados ao princípio da igualdade.

BONAVIDES (*op. cit.*, p. 582) ressalta que os direitos de segunda dimensão foram, primeiramente, objeto de uma formulação especulativa na esfera filosófica e política de acentuado cunho ideológico, passando a dominar as Constituições após a 2ª Guerra Mundial, especialmente pelo constitucionalismo da social-democracia (sobretudo na Constituição de Weimar).

Os direitos de segunda dimensão exigem do Estado prestações materiais, sendo, no entanto, inicialmente, de caráter programático, visto a ausência de instrumentos processuais de proteção, como ocorria com os direitos de liberdade. Isto, por outro lado, foi superado, especialmente, com o reconhecimento normativo da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2011, p. 583).

Neste ponto, BONAVIDES (2011, p. 587) trata sobre um aspecto objetivo, ligado a vínculos normativos e institucionais, que exigiram do Estado a realização concreta dos direitos fundamentais, tornando-o responsável pela concretização destes direitos de segunda dimensão:

A concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fz com que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade tomassem também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir, conforme demonstra a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado.

Sarlet (2012a, p. 47) destaca que os direitos fundamentais de segunda dimensão são decorrentes do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos que o acompanharam, se não bastasse a influência de doutrinas socialistas e a resposta exigida do Estado por movimentos sociais reivindicatórios que passaram a exigir uma postura pró-ativa na concretização da justiça social.

Tais direitos se caracterizam pelo fato de outorgar ao indivíduo direitos e prestações sociais estatais, como a assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outros, importando em uma transição entre liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretas.

É de se ressaltar que os direitos de segunda dimensão englobam direitos de cunho positivo, assim como as chamadas liberdades sociais (sindicalização, greve) e os direitos dos trabalhadores, de sorte que Sarlet (2012a, p. 48) conclui que abarcam não só direitos de ordem prestacional.

Não se pode desprezar, ainda, que os direitos sociais a prestações, na sua dimensão subjetiva, implica direitos subjetivos de caráter positivo, como também assumem feição de típicos direitos de caráter negativo (defensivo), sendo, neste caso, exemplos a greve, a liberdade de associação sindical e a proibição de discriminação entre os trabalhadores (SARLET, 2012b, p. 476).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são assentados na fraternidade (e, para alguns, também na solidariedade) e partem da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em face do precário desenvolvimento. Tais direitos possuem um teor de humanismo e universalidade, diferenciando dos demais, em vista a titularidade (BONAVIDES, 2011, p. 587).

Para Bonavides (2011, 587/588), estes direitos não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, mas atingem o gênero humano, sendo considerados direitos abrangidos por esta dimensão o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Já para Sarlet (2012a, p. 48), os direitos de terceira dimensão (de solidariedade ou fraternidade) se destacam por ter como destinatários grupos humanos (família, povo, nação), o que possibilita concluir que visam alcançar o coletivo ou difuso.

Vasak e outros identificam cinco direitos de terceira dimensão, quais sejam, o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação. O direito ao desenvolvimento abrangeria uma pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada, admitindo novos direitos em vista ao processo evolutivo da sociedade (BONAVIDES, 2011, p. 588).

Os direitos de terceira dimensão decorrem do impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, assim como do processo de descolonização do segundo pós-guerra e seus contundentes efeitos, o que repercutiu nos direitos fundamentais.

Tais direitos, de titularidade coletiva ou transindividual, exigem esforços e responsabilidades em escala, até mesmo, mundial para sua efetivação, o que denota a complexidade e diversificação de tais direitos, sendo que a existência de tratados e outros documentos internacionais constituem importantes instrumentos, a par da consagração no direito interno (SARLET, 2012a, p. 49).

Em vista a evolução da sociedade, novas questões impõe saber em qual dimensão se enquadrariam certos direitos. Neste ponto, há divergência doutrinária se as garantias contra a manipulação genética, o direito de morrer com dignidade, o direito à mudança de sexo, seriam direitos de terceira ou, ainda, se enquadrariam em uma quarta dimensão.

Para Sarlet (2012, p. 50), tais direitos corresponderiam a facetas novas do princípio da dignidade da pessoa humana, vinculados à idéia da liberdade-autonomia e proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e dos particulares.

Portanto, os direitos de terceira dimensão têm como traço marcante a titularidade coletiva, por vezes, indefinida ou indeterminável.

Os direitos de quarta dimensão, segundo Bonavides (2011, p. 589-590), decorrem da globalização política na esfera da normatividade jurídica, sendo a derradeira fase de institucionalização do Estado social, como os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Aponta, por isso, que os direitos de quarta dimensão teriam uma sempre discutida tendência universalizante, destinada a uma sociedade aberta do futuro, de sorte que conclui ser um ideal que o mundo se inclina.

Sarlet (2012a, p. 50-51), por sua vez, destaca que tais direitos são oriundos da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional. Pondera, todavia, que a dimensão da globalização dos direitos fundamentais não passa de uma justa e saudável esperança com relação ao futuro melhor da humanidade, embora não seja utópica.

Bonavides defende que uma quinta geração de direitos fundamentais, expressa através do direito à paz, anteriormente reconhecido como direito de terceira dimensão (direitos de fraternidade). Para tanto, refere que, até o Congresso Internacional Ibero-Americano de Direito Constitucional de 2006, celebrado em Curitiba, no Paraná, a paz era um direito quase desconhecido. Porém, advoga que a elevação para um patamar superior, encabeçando uma dimensão de direitos humanos fundamentais, acarretaria uma maior visibilidade, coroando o espírito de humanismo que habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões. (BONAVIDES, 2011, p. 602)

Para ele (2011, 602-603), a paz deve ser reconhecida universalmente como um pressuposto qualitativo de convivência humana, em vista a manutenção da espécie, reino de segurança de direitos. Por isso, propõe a inserção deste direito nas declarações de direitos, nas Constituições e na didática constitucional, não só para despertar a consciência da sua imprescindibilidade, como também como uma norma de garantia da conservação do gênero humano.

A evolução dos direitos fundamentais é um processo dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições.

Se, por um lado, é preciso reconhecer que tiveram, ao menos inicialmente, uma inspiração jusnaturalista, por outro, os direitos fundamentais são fruto de reivindicações concretas, em vista a situações de injustiça e ou violações.

Aspecto relevante, em se tratando de direitos fundamentais, diz respeito ao reconhecimento de que se tratam de categoria materialmente aberta e mutável, ainda que se possa observar certa permanência e uniformidade neste campo, o que se dá não somente através da positivação de novos direitos fundamentais nas constituições, mas, especialmente, a alteração hermenêutica e da criação jurisprudencial (que reconhecem novos conteúdos e funções de alguns direitos fundamentais) (SARLET, 2012a p. 53).

A oxigenação importa em saudável revitalização dos direitos fundamentais, porém, não se pode deixar de se preocupar com os riscos de uma degradação dos direitos fundamentais, motivo pelo qual Sarlet (2012a, p. 54) chama a atenção, e com ele concordo, com a necessidade da observância de critérios rígidos e cautelosos “[...] para que seja preservada a efetiva relevância e prestígio destas reivindicações e que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade e mesmo no plano universal.”

Há, como se assevera na evolução histórica dos direitos fundamentais, uma tendência universalizante de tais direitos, sendo que as declarações de direitos tem se constituído como importantes instrumentos para isso, embora o debate entre universalismo e comunitarismo persista.

#### 4 OS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal do Brasil de 1988 contém um rol significativo de direitos fundamentais, sendo pertinente, no aspecto, fazer alusão de que isso não só se conclui pelo reconhecimento expresso no seu texto, como também por admitir o caráter de fundamentalidade a outros direitos, de modo implícito, o que permite concluir que, em matéria de direitos fundamentais, temos um sistema aberto, flexível e receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos (SARLET, 2012a, p. 72), consagrado pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Em relação às anteriores, a Constituição de 1988 trouxe importantes inovações no que pertine aos direitos fundamentais, visto que, além de outorgar um *status* jurídico a aludidos direitos, expresso pela posição de destaque (logo após o preâmbulo e dos princípios constitucionais), elevou uma maior proteção, através da inclusão destes direitos no rol das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Constituição Federal), além de definir que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal), o que permitiria concluir, num primeiro momento, não se tratarem de direitos meramente programáticos (SARLET, 2012a, 65-66).

Não há de se olvidar que os direitos fundamentais, juntamente com a forma do Estado, do sistema de governo e da organização do poder, integram a essência do estado constitucional, indo além de uma função originária de instrumento de defesa da liberdade individual, para se caracterizar elementos da ordem jurídica objetiva que integra um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico, como defende Sarlet (2012a, p. 59-60).

Os direitos fundamentais, neste pensamento, constituem relevantes instrumentos não só de limitação do poder estatal, como de legitimação e fundamento deste poder, além de expressar uma função de orientação hermenêutica.

O aludido jurista (2012a, p. 62) destaca que há uma estreita ligação entre os direitos fundamentais e o Estado Social, sendo que a nossa Constituição, embora não tenha qualificado o Estado expressamente como um Estado Social e Democrático de Direito, abarcou o princípio fundamental do Estado Social, o que se abstrai não só dos princípios esculpidos no Título I, da nossa constituição, como também da considerável quantidade de direitos fundamentais sociais que expressamente elencou.

A Constituição Federal de 1988 tratou, no Capítulo II, do Título II (Direito e Garantias Individuais), “Dos direitos sociais”. Logo no art. 6º encontramos a definição do que são direitos sociais: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência social aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Em vista da opção do constituinte brasileiro, encontramos direitos sociais nos arts. 6º a 11, como também no Título VIII, de que trata a “Ordem Social”, prevista no art. 193 e seguintes

da nossa Constituição, se não bastasse abertura prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, possibilitando sejam abarcados outros direitos, ainda que não expressos no texto constitucional.<sup>3</sup>

Silva (2004, p. 287) classifica os direitos sociais em seis classes: direitos sociais relativos ao trabalhador; direitos sociais relativos à seguridade (saúde, assistência social e previdência social); direitos sociais relativos à educação e à cultura; direitos sociais relativos à moradia; direitos sociais relativos à família, à criança, ao adolescente e ao idoso; direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Sarlet (2012a, p. 67) pondera, por sua vez, que os direitos das duas primeiras dimensões (antes estudadas e, portanto, de liberdade e igualdade) são, sem dúvida, devidamente reconhecidos como fundamentais, ao passo que os direitos de terceira e quarta dimensão exigem maior atenção, embora também possam, em vista a cláusula aberta (antes citada), serem reconhecidos e efetivados, como, aliás, ocorre quanto ao meio ambiente.

Não há como afastar o reconhecimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais, em vista a característica da fundamentalidade, não só em sentido formal, como também material, embora, é de se frisar, existam algumas vozes que negam a fundamentalidade de direitos sociais.

A fundamentalidade formal, segundo Sarlet (2012, p. 74-75), está vinculada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos no plano brasileiro: a) os direitos fundamentais, inseridos na Constituição, estão no ápice de todo o ordenamento jurídico, de natureza supralegal; b) são direito péticos, sujeitos a limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas péticas) de reforma constitucional; c) são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal).

A fundamentalidade material se assenta no fato de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade (SARLET, 2012a, p. 75).

Neste sentido, a conceituação meramente formal é criticada, pois não revelaria o conteúdo (matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais, além de que, na Constituição brasileira, é admitida a existência de outros direitos fundamentais não expressos no catálogo do Título II.<sup>4</sup>

A título de definição de direito fundamentais, e integrando os dois sentidos, Sarlet (2012, p. 77) destaca:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lher ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Fica evidente a preocupação em abarcar no termo “direitos fundamentais” não só aqueles que o legislador consagrou expressamente no rol, como também aqueles que, mesmo não inseridos

<sup>3</sup> In verbis: “§ 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.

<sup>4</sup> Neste sentido, Sarlet, (20012a, p. 75). O aludido autor também aponta como inconsistente quem embasa a fundamentalidade exclusivamente no critério da titularidade universal, pois excluiria direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988,

expressamente, por seu conteúdo, são direitos fundamentais, o que possibilita reconhecer duas espécies de direitos fundamentais, quais sejam, os direitos formal e materialmente fundamentais e os apenas materialmente fundamentais.<sup>5</sup>

É possível reconhecer a fundamentalidade dos direitos sociais, quer sob a ótica da fundamentalidade formal, quer sob a ótica material.

No caso da fundamentalidade formal, é notório que o constituinte de 1988 reconheceu os direitos sociais como direitos fundamentais, pois dispôs sobre os mesmos no Título II da Constituição federal (Capítulo II), que regula os direitos e garantias fundamentais.

No mesmo norte, os direitos sociais são reconhecidos como cláusulas pétreas e possuem aplicação imediata, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 5º, § 1º, ambos da Constituição Federal.

No caso da fundamentalidade material, ao incluir os direitos sociais na categoria de direitos fundamentais, o legislador-constituente expressamente reconheceu esta modalidade, fruto, notoriamente, de amplo e intenso debate na Assembléia Constituinte. Nesta linha, não se pode desprezar as opções do legislador-constituente, representantes democraticamente eleitos, que atribuíram, pela relevância de tais bens jurídicos, um caráter de fundamentalidade (SARLET, 2012b, p. 478).

Se isso não bastasse, ao estabelecer princípios fundamentais (arts. 1º a 4º da), consagrar um catálogo de direitos sociais (arts. 6º a 11) e fixar princípios orientadores da ordem econômica e social (arts. 170 a 193), o legislador elevou o Estado brasileiro na condição de um Estado social e democrático de Direito, o que foi inaugurado desde a Constituição de 1934 (BONAVIDES, 2011, p. 380), de sorte que merece ser reconhecida a fundamentalidade material dos direitos sociais.

Neste ponto, e manifestando concordância com Sarlet (2012b, p. 478-479), no âmbito do sistema constitucional positivo brasileiro, todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam previstos no Título II do texto Constitucional (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) ou mesmo em outras partes da Constituição, são direitos fundamentais, o que incluiriam, por evidente, os direitos sociais, orientação, aliás, adotada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, em matéria de direitos sociais, o que é digno de nota, pois, caso diferente fosse a posição do Tribunal, haveria uma esvaziamento do Texto Constitucional, a despeito de expressa previsão de direitos sociais como direitos fundamentais.

Deste modo, sem desmerecer posições eventualmente contrárias, há fortes argumentos que levam à conclusão de que os direitos sociais são direitos fundamentais, o que decorre não só da opção do constituinte brasileiro, como também da análise da fundamentalidade material, enquanto direitos que tendem a atingir objetivos de um Estado Social.

Não se nega a importância do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais, porém, avulta como de grande relevância a eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais, assunto que passaremos a tratar a seguir.

---

<sup>5</sup> Alguns sustentam, ainda, a existência de um terceira categoria que seriam os direitos apenas formalmente fundamentais (SARLET, 2012b, p. 81)

## 5 O PROBLEMA DA EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UM DEBATE SEMPRE ATUAL

Bobbio (1992, p. 25) refere que o grave problema do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é o de fundamentá-los, mas sim de protegê-los. Atribui isso a um problema jurídico e, em sentido mais amplo, político, não filosófico, sendo a questão que se impõe é como garanti-los para impedir que, mesmo diante de declarações, possam ser violados.

A questão da eficácia dos direitos fundamentais envolve uma série de aspectos (do qual podem ser destacadas as questões históricas, jurídicas, econômicas, institucionais, culturais), que tem sido objeto de instigantes debates na doutrina e na jurisprudência.

Para tanto, aqui, sem pretender abranger todos os problemas, por inviável, em vista os limites desta investigação, se buscará tratar sobre alguns destes aspectos que orientam a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

### 5.1 O MODELO DO ESTADO SOCIAL E ALGUMAS IMPLICAÇÕES

A partir da Primeira Guerra Mundial tomou corpo a tendência da participação ativa do Estado na vida cotidiana da sua comunidade, através de uma política intervencionista para ordenar recursos e procedimentos econômicos destinados à melhoria das condições de vida civil (LEAL, 2009, p. 72).

Os poderes públicos passam a avocar a responsabilidade de uma tutela mais eficaz, de cunho coletivo e indeterminado das satisfações econômicas básicas de sua população, e uma gradativa intervenção ou direção na vida econômica dos setores produtivos, assumindo, neste ponto, o poder executivo o papel de atender as exigências sociais cotidianas (LEAL, 2009).

O desafio do Estado Social de Direito é garantir justiça social aos seus cidadãos, oportunizando o desenvolvimento da pessoa humana, observado concomitantemente o ordenamento jurídico. Para tanto, o Estado precisa de recursos para atender às ações e políticas públicas, o que se obtém mediante tributos e políticas fiscais, desenvolvidas junto à iniciativa privada. Tais tributos também tem o propósito de modificar socialmente a capacidade aquisitiva dos cidadãos, assim como servir de instrumento de desconcentração de Capital (LEAL, 2009, p. 73-74).

A experiência norte-americana, a partir da década de 1930, no chamado New Deal, inverte a lógica de ação estatal, “colocando como referência e centro neural dos poderes constituídos, não mais projetos endógenos dos aparelhos burocráticos de governo, mas as demandas sociais irrefreáveis que explodiam nas comunidades (saúde, segurança, educação, trabalho, etc.).” (LEAL, 2009, p. 74-75). Isso acarretou, em certa medida, alguns problemas de “assistencialismo e paternalismo alienante”.

Em Leal (2009, p. 75-76) encontramos a necessidade de, neste cenário, reconhecer o *paradoxo democrático* (é igualmente da natureza da democracia moderna e contemporânea certo grau de *opressão domesticada*) que impõe duas espécies de coerções institucionais: a) a democracia constitucional dá atuação diferenciada à vontade de maiorias políticas conjunturais, divergindo e restringindo minorias políticas conjunturais, obrigando-as a contribuir com aquelas; b) a democracia constitucional elege e desenvolve a proteção de certos direitos fundamentais (individuais, sociais, coletivos, difusos, etc.), os quais podem frustrar as expectativas e projetos das maiorias políticas conjunturais, obrigando-as a aceitar esta condição.

Em assim se entendendo, não é difícil perceber que este modelo de Estado Social, também desenvolvido em nosso país, se, por um lado, assume a obrigação de conceder prestações destinadas a atender a um rol considerável de direitos sociais constitucionalmente reconhecidos, por outro lado, necessita dispor de recursos (que são limitados) para a implementação de políticas públicas destinadas a concretização destes mesmos direitos.

Neste sentido, é possível se extraírem implicações no campo normativo e suas dimensões hermenêuticas e interpretativas, haja vista a profusão de dispositivos protetivos dos Direitos Fundamentais Sociais, a partir do século XX, que impactaram a Teoria do Direito, a Teoria da Constituição e o próprio conceito de Democracia (LEAL, 2009, p. 76).

No âmbito constitucional, há uma mudança de função e significado da Constituição, afigurando-se como um projeto político, um modelo de desenvolvimento para o futuro, que se pretende construir.

O Poder Judiciário é impactado, neste contexto, visto que o aumento de demandas geram déficits enormes em direitos fundamentais (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, etc.), pressionando os poderes instituídos a darem respostas a tais questões. Mesmo na Europa Central, se tem o entendimento de que o Judiciário tem feito o papel de guia de formação de novos parâmetros de civilidade e organização comunitária, contribuindo para o processo de integração, o que se mostra positivo na função judicante (LEAL, 2009, p. 77).

Em Leal (2009, p. 78-79), temos que os Direitos Sociais, enquanto fundamentalizados constitucionalmente, no Brasil, geram um dever do Estado, ensejando direitos subjetivos que implicam direito a prestações. Não se pode resolver, por outro lado, em termos de tudo ou nada, pois envolvem um universo de variáveis múltiplas e complexas, como a disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, etc. Estas condicionantes são encontradas em diferentes atores institucionais, com competências e autonomias fixadas na Constituição.

O problema é que, assim como ocorre no Ocidente, no Brasil, em vista a adoção de um certo modelo de Estado Social, o estado chamou para si, de forma concentrada, um universo de atribuições de caráter protecionista, paternalista e assistencialista, promovendo ações públicas de sobrevivência social em determinados âmbitos, com poucas políticas preventivas, educativas e de co-gestão da sociedade dos desafios que decorrem, induzindo a comunidade a uma postura letárgica e de simples consumidora (LEAL, 2009, p. 80).

Em Leal (2009, p. 82) há a descrição do cenário do Brasil de hoje, traduzido (1) pelos níveis de inclusão social construídos no país nos últimos 15 anos, propiciando cenários materiais e formais de maior participação na gestão do cotidiano; (2) pelo processo de descentralização da governança institucional que nestes últimos tempos vem ocorrendo, ensejando a abertura gradativa dos poderes instituídos e da administração pública de interesses coletivos.

Não se pode desprezar um aspecto jurídico relevante, qual seja, que a opção por reconhecer direitos sociais e, sobretudo, os elevar ao posto de fundamentais, atribuindo eficácia imediata, decorre de uma opção de cada Estado, devendo, por outro lado, ser investigado o que isso, ao menos na teoria, importa.

## 5.2 SIGNIFICADO E ALCANCE DO ART. 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como assinala Sarlet (2012a, p. 235), o termo “eficácia” engloba múltiplos aspectos passíveis de problematização e análise, tendo, por outro lado, importância em vista o problema da força normativa dos preceitos constitucionais. Neste ponto, existem controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos efeitos do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 que prevê: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Quando se fala em “eficácia”, parte da doutrina procura distinguir a eficácia jurídica da eficácia social.<sup>6</sup>

Sarlet (2012, p. 239-240) não desconsidera opiniões outras, como a de Eros Roberto Grau, para quem a eficácia social não se situa no plano da aplicação da norma, mas após a aplicação, já que não há garantia de que a decisão tomada pelo Judiciário seja efetivamente cumprida pelos seus destinatários, tampouco os garantido que sejam realizados os fins buscados por elas. Afirma que seria possível fazer uma distinção entre eficácia jurídica e eficácia social ou efetividade, a começar pela distinção entre normas constitucionais e textos (dispositivos) constitucionais, onde a norma é uma operação externa ao texto (uma norma para gerar efeitos não é única e exclusivamente dependente do texto constitucional legal).

Assim sendo, para efeitos deste estudo, será utilizado, concordando com Sarlet (2012, p. 240-241), portanto, o termo “eficácia jurídica” dos direitos fundamentais para englobar a noção de efetivação (já que conexo com esta ideia), não desmerecendo que a eficácia jurídica (o dever-ser) e a eficácia social (o ser) são aspectos diversos do mesmo fenômeno, mas que se encontram intimamente ligados entre si, na medida em que servem e são indispensáveis à realização integral do Direito.

A doutrina, de um modo geral, parte do pressuposto de que inexistente norma constitucional completamente destituída de eficácia, por isso, se reconhecendo uma graduação de carga eficaz das normas constitucionais. Na mesma linha, também é reconhecido que determinadas normas na Constituição, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo, por isso, da atuação do legislador ordinário (as chamadas normas de eficácia limitada ou reduzida) (SARLET, 2012a, p. 251).

Ressalte-se que é possível encontrar diferentes classificações em matéria de normas constitucionais.

José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais em normas de eficácia plena, de eficácia contida (sujeitas a posterior restrição pelo legislador) e eficácia limitada (dependentes de regulamentação). Maria Helena Diniz, por sua vez, trata de normas de eficácia absoluta (não podendo ser restringidas nem por emenda constitucional) e eficácia relativa (sujeitas a posterior restrições pelo legislador). Sarlet (2012a, p. 251-252) salienta que, de um modo geral, as classificações destacam dois tipos de normas: aquelas que dependem para geração de efeitos da in-

---

<sup>6</sup> A eficácia pode operar no campo jurídico (possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a consequente geração de efeitos jurídicos que lhe são inerentes) e social (identificando esta com o conceito de efetividade da norma). Para Sarlet (2012a, p. 236-238), a noção de eficácia jurídica abrange a noção de aplicabilidade que lhe é inerente e dele não pode ser dissociada, ainda que não exista uma identidade entre ambas as noções. (2012a, p. 236-238)

tervenção do legislador infraconstitucional e aquelas que, desde já, por apresentarem suficiente normatividade, estão aptas a gerar efeitos.<sup>7</sup>

Não é demais ressaltar que inexistente direito fundamental completamente imune a toda e qualquer limitação, visto que, em alguns casos, há necessidade de resolver hipóteses de conflitos entre direitos fundamentais que, em regra, implicam em restrições recíprocas (SARLET, 2012a, p. 251).

Por isso, toda e qualquer tentativa de classificação das normas constitucionais não terá o condão de abranger todas as manifestações possíveis da eficácia e aplicabilidade, assumindo, em verdade, função preponderante didática e operacional. Todas as normas constitucionais, sendo 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. Por isso, Sarlet (2012a, p. 255) pondera que todas as normas constitucionais são sempre eficazes e, na medida de sua eficácia (variável de acordo com cada norma), imediatamente aplicáveis.

Ocorre que as classificações apresentadas se referem às normas constitucionais gerais, incluídos os direitos fundamentais, sem, no entanto, esclarecer o que importaria o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, quando prevê que as normas de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Para tanto, é preciso partir do pressuposto de que os direitos fundamentais, em razão da multifuncionalidade, podem ser expressos em direitos de defesa (direitos à liberdade, igualdade, garantias, direitos sociais - no caso liberdades sociais - e políticos) e os direitos a prestações (direitos a prestações em sentido amplo, como direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como os direitos a prestação em sentido estrito, incluídos os direitos sociais de natureza prestacional).<sup>8</sup>

Um dos problemas que se debate é do significado e alcance do art. 5º, §1º, da Constituição Federal para as diversas categorias de direitos fundamentais, especialmente no que tange ao problema da eficácia e aplicabilidade

Tanto se realizando uma interpretação literal, como uma interpretação sistemática e teleológica, advoga-se que o termo “direitos e garantias fundamentais”, expresso no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, abrange não só os direitos individuais e coletivos, como também os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais. Por tais razões, Sarlet (2012a, p. 262-263) conclui pela aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais constantes no catálogo (art. 5º a art. 17 da Constituição brasileira), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.

<sup>7</sup> Outra classificação possível é a que distingue normas constitucionais de alta densidade normativa (dotadas de suficiente normatividade, aptas, por isso, a gerar efeitos essenciais, independente de posterior restrição pelo legislador) e normas de baixa densidade normativa (não possuem normatividade suficiente para gerar efeitos principais sem a intervenção do legislador ordinário). Em vista de uma normatividade mínima, presente em todas as normas constitucionais, Sarlet defende que sempre apresentarão certo grau de eficácia jurídica. (SARLET, 2012a, p. 252-253).

<sup>8</sup> Sarlet (2012a), refere que os direitos de defesa assumem aplicabilidade imediata e justicialidade, ao contrário do direito a prestações, que suscitam dificuldades diversas que levam a maioria dos autores não reconhecer aplicabilidade imediata e, por isso, plena eficácia. Nesta linha, direitos a prestações não raramente são positivados na forma de normas programáticas, normas-objetivo, de tal forma a exigir uma intervenção do legislador para que adquiram plena eficácia e aplicabilidade. (p. 260)

Há um certo consenso de que o disposto no art. 5º, §1º, teve como finalidade evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais. A existência dos instrumentos processuais do Mandado de Injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão somente corroboram que existem normas na Constituição que dependem de intervenção do legislador para, ao menos em toda a sua extensão, possam ter plenitude eficaz.

Mesmo as normas programáticas (cuja importância no sistema reside em ser verdadeiras válvulas de natureza ideológica, resultando em compromissos políticos destinados a afetar facções e grupos sociais) possuem certo grau de eficácia e aplicabilidade. Para Sarlet (2012a, p. 267-270), nem por isso, a norma do art. 5º, § 1º, é supérflua, destituída de conteúdo, motivo pelo qual propõe que se trate de norma de cunho principiológico, ou seja, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), capaz de estabelecer aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Em assim sendo, o postulado da aplicabilidade imediata não pode resolver-se, a exemplo das regras jurídicas, de acordo com a lógica do tudo ou nada, motivo pelo qual o seu alcance (o quanto de aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame em concreto, da norma de direito fundamental em pauta (SARLET, 2012a, p. 270-271).

Não é por outra razão que Sarlet (2012a, p. 272-273) defende que, em favor das normas de direitos fundamentais (e não todas as normas constitucionais) vigora uma presunção de plenitude eficaz que, todavia, não implica uma absoluta uniformidade quanto aos efeitos dessa eficácia plena. Dependendo a forma de positivação, o objeto e a função que cada preceito desempenha, haverá distinções quanto à graduação desta aplicabilidade e eficácia.

Se isso não bastasse, outras questões, não menos importantes, influenciam na eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais, o que se verá adiante.

### 5.3 ASPECTOS IMPACTANTES NA EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Uma primeira questão que impacta na eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais está diretamente vinculada à maneira em que tais direitos são positivados na Constituição Federal.

Enquanto aos direitos fundamentais de defesa inexistem maiores problemas quanto à possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde já, a produzir os efeitos jurídicos, em relação aos direitos fundamentais a prestações (que exigem uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa) o mesmo não ocorre.

Isto porque, especialmente, em função do objeto precípua destes direitos e da forma como costumam ser positivados (normalmente programáticos), há problemas de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade.

Se, por um lado, os direitos fundamentais sociais estão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, por outro, o quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear fica na dependência da forma de positivação na Constituição e das peculiaridades de seu objeto (SARLET, 2012a, p. 281).

Neste ponto, umas das distinções apontadas entre os direitos de defesa e os direitos a prestações reside que estes necessitam, por vezes, de concretização legislativa, por isso, tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, sujeitando ao legislador a tarefa de concretização. Em

alguns casos, é possível encontrar direitos fundamentais sociais positivados com uma certa tendência prospectiva, necessitando, portanto, de tomada de decisões políticas igualmente voltadas para o futuro (SARLET, 2012a, p. 290).

Essa indeterminabilidade da norma constitucional implica, em matéria de direitos sociais, uma maior dificuldade de verificação da violação direta desta norma, refletindo, assim, no controle da legitimidade constitucional da atuação dos órgãos estatais com base nas normas de direitos sociais (SARLET, 2012a, p. 291-292).

Não se quer aqui defender que as normas de cunho programático não sejam dotadas de eficácia e, portanto, tenham cunho meramente ideológico e político.

Ocorre que tais normas estão sujeitas a um problema, como salienta Sarlet (2012a, p. 293), de cunho competencial, visto que a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como, em muitos casos, da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica.<sup>9</sup>

Um segundo ponto que tem interferido decisivamente na eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais se refere à disponibilidade (limitada) dos recursos econômicos, voltados a concretizar tais direitos.

Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas encontram-se intimamente vinculados a tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem (SARLET, 2012a, p. 284).

Esta dimensão econômica que, diga-se de passagem, não é exclusiva dos direitos sociais a prestações, porém, assume maior relevância na eficácia e efetivação de tais direitos.

O “fator custo” não pode ser encarado como um elemento necessariamente impeditivo da efetivação pela via jurisdicional.

Por outro lado, se o “fator custo” não pode ser exclusivamente impeditivo na efetivação de tais direitos, também não se pode desconsiderar variáveis outras que, em última análise, não consideradas, podem impactar negativamente os demais membros da sociedade.<sup>10</sup>

Sarlet (2012a, p. 287) trata da problemática da efetiva disponibilidade do objeto dos direitos fundamentais prestacionais, ou seja, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada, encontrado-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. A par da disponibilidade efetiva dos recursos (possibilidade material de disposição), situa a questão ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado também deve ter a capacidade jurídica (o poder de dispor).

<sup>9</sup> Lembra Sarlet (2012a, p. 295) que a dimensão programática convive com o direito (inclusive subjetivo) fundamental, não sendo demais lembrar que a eficácia é das normas, que, distintas entre si, impõe deveres e ou atribuem direitos, igualmente diferenciados quando ao seu objeto, destinatários, etc.

<sup>10</sup> Todo direito social custa dinheiro (que não é pouco em nenhum lugar), em que pese ressalte Leal que “[...] o simples argumento de escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde eis que diretamente impactantes em face da vida humana e sua dignidade mínima, e por isso estão sujeitos ao controle jurisdicional para fins de se aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais neste sentido, devendo inclusive ser aprimorados os parâmetros, variáveis, fundamentos e a própria dossimetria concretizante dos direitos em xeque.” Por isso, critica fórmulas mágicas e retóricas para se garantir, a qualquer preço, tudo o que for postulado por segmentos da comunidade (indivíduo), pelo simples fato do estado está obrigado a tanto (SARLET, 2012a, p. 83).

Neste contexto, é evidenciada a chamada “reserva do possível”, abrangendo tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.

Mas o que seria, para o aludido Autor, a reserva do possível? A reserva do possível, para ele, possui uma dimensão tríplice que abarcaria: (a) a efetiva disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (distribuição de receitas e competência tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, e o contexto constitucional federativo); (c) a proporcionalidade da prestação, especialmente no que pertine a sua exigibilidade e razoabilidade (SARLET, 2012a, p. 288).<sup>11</sup>

O problema da disponibilidade de recursos para a implementação dos direitos fundamentais sociais impõe que se analisem também os reflexos que a implementação dos direitos sociais importarão.

Neste ponto, não se pode desconsiderar a reserva do possível, assentada na exigência de análise da realidade social e na efetiva disponibilidade material (recursos para atender a demanda), impondo, inclusive, em análise de prioridades quando envolver alocação de recursos. Há uma exigência de compatibilidade entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica (SARLET, 2012a, p. 358-359).

Um terceiro ponto (que não pode passar despercebido) em matéria de eficácia jurídica de direitos sociais diz respeito à proteção de um mínimo existencial, debate inacabado e bastante em voga na doutrina e jurisprudência.<sup>12</sup>

A doutrina internacional afirma que o mínimo existencial implica condições mínimas para uma vida humana com dignidade; em possuir cada pessoa as condições mínimas de sustento físico próprio, bem como condições mínimas para que possa participar da vida social de seu estado, relacionando-se com as pessoas que estão ao seu redor e que fazem parte da sociedade em que vive (LEAL, 2009, p. 91).

Em se tratando do mínimo existencial, não se pode desconsiderar que múltiplas matrizes ideológicas e filosóficas têm se apropriado do valor existencial que é a dignidade da pessoa para dimensioná-la em distintas - e talvez contraditórias - acepções (LEAL, 2009, p. 92).<sup>13</sup>

Para Sarlet (2012a, p. 323), a identificação entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos sociais implicaria um esvaziamento não apenas dos direitos sociais, mas também dos direitos fundamentais. Por tal razão, destaca:

Em síntese, embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbitos de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais.

<sup>11</sup> Isso não significa dizer que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como parte do seu núcleo essencial. Ela é um limite fático e jurídico dos direitos fundamentais, assim como pode atuar como garantia destes direitos, como no caso de conflito de direitos, onde se buscará resguardar o núcleo essencial do outro direito fundamental.

<sup>12</sup> O STF também recepcionou a proteção do mínimo existencial na perspectiva dos direitos de defesa e dos direitos prestacionais. (SARLET, 2012a, p. 324).

<sup>13</sup> O autor aponta que, no direito português, citando Vieira de Andrade, o mínimo existencial não se traduz apenas em aspectos qualitativos demarcatórios dos direitos fundamentais e jusfundamentais, mas também avança a órbita quantitativa da qualidade de vida humana mensurável.

Em Leal (2009, p. 96) encontramos que o Brasil possui indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial, públicos e cogentes, que devem ser praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, portanto, atendidos por todos, que dizem respeito à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A densificação consubstancia-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência, etc.

Outro problema relativo ao mínimo existencial é a sua ligação no tempo e no espaço, visto que não se pode desconsiderar que as condições sociais, econômicas, dentre outras, podem importar que o mínimo existencial varie de cidade para cidade, de país para país. A realidade do mundo circundante (fatores climáticos, culturais, econômicos, etc.) tem, por isso, papel orientador da extensão deste mínimo existencial.

A variável econômica também é vista como uma ligação com às condições e possibilidades demarcatórias dos direitos sociais e do próprio mínimo existencial em cada país e conjuntura nacional, por isso, exigindo construção pelos atores políticos e sociais que compartilham de responsabilidades constitucionais comuns (LEAL, 2009, p. 97).

Leal (2009, p. 100) refere que há um certo consenso por parte dos gestores públicos contemporâneos que, em vista os recursos públicos, apenas o mínimo existencial (ligado à noção de direitos que integram o núcleo da dignidade humana) poderia ser garantido (apto a gerar efeitos imediatos), independente de valorações orçamentárias e de competências federativas, com o que não concorda, já que o mínimo existencial da dignidade da pessoa humana é maior que os recursos finitos, além de se sujeitar a regras de interlocução e decisão controláveis (o devido processo legal, por exemplo).

Nesta linha, mesmo em se tratando de mínimo existencial, se deve averiguar o contexto fático e o impacto que a concretização da medida pode trazer para a coletividade, o que se depreende do que segue:

[...] não de se abster, boa parte das demandas sociais precisam ser avaliadas, ao menos em nível jurisdicional, em termos de *aferição axiológico-normativa da emergência da demanda*, aqui entendida como avaliação sistêmico-constitucional da questão que se apresenta, levando em conta não somente o direito individual ou coletivo propriamente dito, mas sua contextualização em face dos demais sujeitos de direitos potencialmente impactados pelo atendimento do seu interesse, notadamente sob a perspectiva de limitação dos recursos coletivos para tal mister. Isto porque, no âmbito de cenários conjunturais em que opera a escassez de recursos como regra, parece-me razoável usar também como parâmetro de definição do mínimo existencial a perspectiva do *mínimo fisiológico*, aqui entendido como *as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido de proteção contra as necessidades de caráter existencial básico*, por óbvio que não implicando isto o descumprimento do chamado mínimo existencial social e cultural. (LEAL, 2009, p. 101) .

Isso importa, por um lado, o reconhecimento de um direito subjetivo público de se ver protegido e, por outro, a preocupação de que isso não pode comprometer de forma letal a subsistência destes mesmos direitos pertencentes à coletividade a que pertence.<sup>14</sup>

Há uma preocupação, portanto, em atentar para os impactos que o mínimo existencial de alguns podem, potencial ou efetivamente, causar aos outros. Por outro lado, isso impõe analisar, em nível de mínimo existencial, quando sua violação ou não-satisfação significará a morte, o sofrimento grave ou quando toca o núcleo essencial da autonomia (LEAL, 2009, p. 103).

A noção de um mínimo existencial, como regra, que assegure um padrão de segurança material mínimo, não importa, para o Estado Social, a obrigação de assegurar um padrão ótimo de bem-estar social, mas para uma existência com dignidade. Por isso Leal (2009, p. 109) conclui que, sobre este, não há o que se falar em ponderação ou flexibilização, pois garantidor de existência humana.

Em assim se entendendo, se percebe o quanto o reconhecimento, o dimensionamento e atendimento de um mínimo existencial pode impactar na eficácia dos direitos fundamentais sociais.<sup>15</sup>

Uma quarta variante que também se discute na eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais se refere à legitimidade e à capacidade institucional do Poder Judiciário em, uma vez provocado, efetivar tais direitos.

Neste ponto, é imperioso reconhecer que o Constituinte brasileiro, além de calcar o Estado na lógica da divisão dos poderes, moldada no sistema de freios e contrapesos, atribui competências a cada um dos poderes do Estado.

Em Leal (2009, p. 99), é feito o alerta para que se tenha cuidado com a quebra ou violação do desenho funcional do Estado e suas relações oficiosas, a fim de evitar desestabilização da própria democracia representativa.

Não se pretende aqui advogar que o Poder Judiciário deve se abster do papel de garantidor dos direitos fundamentais sociais, mas chamar a atenção para o fato de que a interferência nas competências de um poder no outro pode acarretar uma perigosa crise entre os poderes e um abalo no sistema democrático.

Não há que se apontar o problema sobre os limites competenciais de cada esfera institucional do Poder Público, como analisar se o Poder Judiciário, para garantir de qualquer maneira e de forma absoluta, a efetivação das prestações sociais, já que pendentes questões de ordem macro-econômica e, portanto, sujeitas a critérios que nem sempre podem ser devidamente analisados na argumentação jurídica (LEAL, 2009, p. 99).

Esta questão da legitimidade (de quem tem legitimidade) para, em face dos recursos, decidir o que é importante para a sociedade (decisões jurisdicionais disjuntivas), não implica um condicionamento definitivo, mas a compreensão de que envolve ingredientes éticos e políticos

---

<sup>14</sup> Leal (2009, p. 92) chama a atenção de que o mínimo existencial é analisado, em regra, sob uma perspectiva individual, sem levar em conta dimensões e impactos sociais pertinentes à espécie.

<sup>15</sup> Para Leal (2009, p. 104), os parâmetros densificadores do mínimo existencial constitucionalmente conformado relativizam um pouco a alegação de que uma violação do mínimo existencial significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana, uma vez que a difícil equação de atendimento de demandas infinitas em face de recursos finitos poderá implicar não atendimento integral e absoluto de direito fundamental individual ou social, justamente para não violar de forma mais impactante direitos coletivos e difusos contrastantes.

para que o instrumental jurídico possa não só ser legitimado, como também possa beneficiar, em matéria de direitos (inclusive sociais), um maior número de pessoas (LEAL, 2009, p. 105).

É de se ponderar que o problema do grau de completude da norma é menos incisivo do que a legitimação dos tribunais para a determinação do objeto e do *quantum* da prestação, visto que, considerando a questão econômica dos direitos sociais prestacionais e da relativa disponibilidade de recursos, a decisão sobre a aplicação dos recursos, em regra, em vista implicação orçamentária, caberia ao legislativo.

Por outro lado, há, em alguns casos, possibilidade de se reconhecer, sob certas condições, direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização do legislador, visto que pode estar em jogo, por exemplo, a vida de uma pessoa. Por isso, é possível sustentar que, ao menos na esfera das condições existenciais mínimas, encontra-se um limite de conformação do legislador (SARLET, 2012a, p. 355).

É de se considerar que a mera previsão de direitos sociais na Constituição ou a positivação infraconstitucional não ensejam um padrão de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o instrumental para a concretização de tais direitos, assim como a efetiva implantação não pode ficar na dependência exclusiva do Judiciário, por mais importante papel que desempenhe (SARLET, 2012a, p. 360).

Não se pode desconsiderar as opções do legislador e do administrador, inclusive em matéria orçamentária, na fixação de políticas públicas destinadas a concretização de direitos fundamentais sociais.<sup>16</sup>

No mesmo norte, é também problemático admitir como limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais os recursos públicos destinados pelo legislador.<sup>17</sup>

Nesta linha, em LEAL (2009, p. 96-97), se defende que as ações estatais - inclusive orçamentárias - devem estar em consonância com aqueles indicadores parametrizantes destinado a diminuir a tensão entre a validade e facticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil. Assim, não há uma gestão meramente discricionária do Estado Administrador em face dos compromissos constitucionais. A dizer: o conjunto de garantias outorgadas à responsabilidade estatal necessitam de políticas públicas concretizadores que operem em diversos níveis de efetivação, contando para tanto com a participação da comunidade atingida por ela.

Sarlet (2012, p. 361-362), nesta linha de pensamento, chama a atenção para o fato de que o problema da efetivação dos direitos sociais prestacionais tem forte ligação com a carência dos recursos disponíveis para atendimento das demandas em termos de políticas sociais, o que exige uma maior responsabilidade na deliberação de sua destinação e, por isso, um aprimoramento dos

<sup>16</sup> Não se pretende aqui adentrar, mas é preciso destacar, que, neste debate sobre competências, ganha relevo o denominado ativismo judicial, enquanto fenômeno atual que tangencia os limites do Poder Judiciário nas atividades essencialmente atribuídas a outros poderes, notadamente o Executivo e Legislativo.

<sup>17</sup> Para Leal (2009, p. 93-94), não se pode aceitar, de forma simples, como pretende Canotilho, que a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, o que implicaria relativização a concreção destes direitos em face de argumentos vinculados aos recursos disponíveis, acentuando a dependência dos Direitos Fundamentais Sociais aos recursos econômicos conjuntamente existentes. Ainda, ressalta que quando a questão orçamentária não é resultado da deliberação pública e democrática, mas forjado em corredores palacianos e espaços reduzidos de representação política, o resultado é que a sua execução se dá habitualmente de forma insulada do tecido social, o que enseja desvios de finalidade pública, improbidades e outros comportamentos comprometedores da República.

mecanismos de gestão do orçamento público, assim como do processo de administração das políticas públicas em geral. Em visto disso, ressalta que o papel do Judiciário não deve se limitar a zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que o faça com cautela e com responsabilidade, sem que isso acarrete violação do princípio democrático e do princípio da separação dos poderes.

Essa responsabilidade também deve ser atribuída aos órgãos estatais e agentes políticos, especialmente na busca da maximização dos recursos e minimização da reserva do possível. Esta postura de levar a sério a reserva do possível implica que o poder público deve comprovar a indisponibilidade efetiva total ou parcial de recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim com a eficiente aplicação dos mesmos.<sup>18</sup> (SARLET, 2012a, p. 363-364).

Isto importaria, segundo o autor (2012a, p. 366-367), na possibilidade de controle judicial das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral, já que com isso pode ser minimizada a reserva do possível, acarretando, em certa medida, redirecionamento dos recursos no âmbito daqueles disponíveis e disponibilizáveis. Tal possibilidade se assenta na ideia de que quem governa é a Constituição e, por isso, os poderes constituídos tem o dever de ser fiel às decisões do poder constituinte, pelo menos nos seus elementos essenciais, impondo limites ao legislador e à discricionariedade administrativa e dos órgãos jurisdicionais.

Streck (2013, p. 173-175) destaca que o mau funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo acaba desaguando no Judiciário, sendo que o problema da legitimidade da atuação do Judiciário sempre é postergada para o futuro. Alerta, todavia, que este protagonismo do Poder Judiciário (que não é uma questão exclusivamente brasileira), e que enseja uma “juristocracia”, impõe um cuidado não tanto “quanto à judicialização”, mas, “como as questões judicializadas” devem ser decididas, motivo pelo qual defende que a Constituição (enquanto alfa e ômega da ordem jurídica) deve orientar uma teoria da decisão, que observe limites e se preocupe com o próprio Estado Democrático de Direito.<sup>19</sup>

Não há, por outro lado, como negar esta estreita relação entre Direito e Política, ainda mais robusta na atualidade brasileira, onde o Poder Judiciário tem sido provocado a atuar em causas de natureza mais política do que judiciária.<sup>20</sup>

Não se deve perder de vista que a eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais impõe um envolvimento de todos os atores (cidadãos, poderes do Estado, sociedade civil). O que se está aqui a defender é que a concretização de tais direitos passa, em grande medida, por uma atuação pró-ativa e corresponsável de todos.<sup>21</sup>

Vê-se, portanto, que algumas variáveis (apontadas neste trabalho) denotam o quão complexa é a eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais e, sobretudo, que se trata de um de-

---

<sup>18</sup> Sarlet (2012a, p. 364) indica que o princípio da proporcionalidade, de Alexy, deve presidir a atuação dos órgãos estatais, devendo incidir na dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, além de atuar como parâmetro de controle dos atos do poder público.

<sup>19</sup> Streck quer manifestar sua preocupação com os limites da decisão judicial (notadamente a questão relativa ao ativismo judicial) e expressa que a ausência de controle do poder pode levar ao autoritarismo.

<sup>20</sup> Lemos e Hennig Leal (2013, p. 660), ponderam que o Judiciário é um “mal necessário” na concretização dos direitos fundamentais, devendo, por outro lado, ser repensado os limites da jurisdição, no sentido de sopesar as instâncias, competências e formais legitimamente democráticas para viabilizá-los.

<sup>21</sup> Concordando com Sarlet (2012a, p. 371), não procede a posição que não vê no Judiciário a capacidade institucional para avaliar medidas tomadas pelo legislativo e pelo executivo, especialmente na seara pública, visto que há uma mera presunção relativa de que os poderes legislativo e executivo teriam maior capacidade ou soluções tecnicamente consistentes.

bate inacabado que se torna enriquecido na análise de casos particulares, o que não se pretende aqui adentrar em vista os limites que este trabalho se propôs.<sup>22</sup>

## 6 CONCLUSÃO

Ao concluir este trabalho, é relevante expor as principais ideias nele apresentadas.

Ficou evidenciado que, em que pese a utilização, pela doutrina e pelo próprio legislador brasileiro, de expressões outras, se mostra mais adequado não confundir direitos fundamentais com outros termos, o que tem a vantagem de permitir sejam fixados os exatos contornos sobre o conteúdo e os titulares dos aludidos direitos, se não bastasse uma pragmática adequação histórica sobre a evolução dos direitos fundamentais.

Foi possível perceber que, em que pesem a divergências quanto à evolução histórica, é possível destacar que os direitos fundamentais avançaram de uma fase em que foram lançadas as primeiras ideias sobre a sua importância até atingir um passo relevante de reconhecimento nas primeiras constituições escritas (fase da constitucionalização, iniciada em 1776).

A classificação dos direitos fundamentais, em dimensões, é compatível com a evolução histórica de tais direitos e com os postulados da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), sendo atual o debate sobre até que ponto é científico e adequado superar as clássicas três dimensões, como pretende Bonavides (2011).

Os direitos sociais, previstos na Constituição Federal de 1988, são direitos fundamentais, quer sob a ótica da fundamentalidade formal (previsão na Constituição), quer sob a ótica da fundamentalidade material (quanto ao conteúdo).

A norma do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal se aplica aos direitos fundamentais sociais, devendo, por outro lado, ser encarada como um mandado de otimização, de sorte que, se por um lado, é de se admitir, ainda que minimamente, a eficácia jurídica dos aludidos direitos, por outro, a concretização dos direitos fundamentais sociais (plena eficácia), dependerá, em alguns casos, de outros fatores, como a intervenção legislativa, a disponibilidade de recursos, a análise da antinomia com outros direitos também constitucionais.

A eficácia dos direitos fundamentais sociais é um problema atual que envolve a análise de múltiplas e complexas questões.

Dentre estas, foi possível evidenciar que existem direitos fundamentais sociais com função prospectiva (para o futuro), limitados pela reserva do possível (exigência de previsão legal e das disponibilidades econômicas), contextualizados pelo mínimo existencial, orientados pelo modelo do Estado Social adotado e dependentes da convergência de ações dos poderes constituídos, dos cidadãos e da sociedade civil.

O que se conclui é que a eficácia dos direitos fundamentais sociais engloba vários aspectos que exigem uma atitude responsável e pró-ativa de todos os atores envolvidos.

Por esta razão, se entende que os direitos fundamentais sociais não devem ser tratados como regra, no sentido de resolvê-los na equação tudo-ou-nada, mas de analisar, no caso concreto, as mais diversas variantes que implicam na concretização do bem jurídico pretendido e os

<sup>22</sup> Neste ponto, são instigantes os casos concretos trazidos por Leal (2009) e Sarlet (2012a).

impactos que estas podem causar em termos de sociedade, por isso se defende a necessidade de uma análise sob uma perspectiva não meramente individual.

Isso não significa, por outro lado, a admissão de uma involução em matérias de direitos fundamentais, especialmente os sociais, mas uma constatação de que, em corresponsabilidade, é preciso buscar mecanismos para que se avance nesta matéria, dando a máxima efetividade aos direitos fundamentais sociais constitucionalmente reconhecidos.

O debate é atual e está longe de ter uma solução definitiva, sendo, por isso, enriquecido pelos casos concretos que a realidade oportuniza, o que não foi objeto desta investigação, porém, constitui um instigante assunto a ser tratado, quem sabe, em uma próxima oportunidade.

#### ABSTRACT

*This paper deals with the problem of legal effectiveness of fundamental social rights in the Federal Constitution of 1988, especially as pertains to some aspects that impact (impact) decisively in achieving these rights. For that were addressed terminology on fundamental rights issues, as well as the landmark of fundamental rights, especially some historical events that contributed to the evolution of such rights. In this line, were treated in the classification of rights fundamentais in dimensions, when it settled the debate on the desirability of creating new dimensions. Research has shown that social rights are fundamental rights, either in the formal viewpoint, either in the optical material. Finally, we demonstrated the reach of art. 5, § 1, of the Constitution, and the various aspects that impact (affect) the legal effectiveness of fundamental social rights, in actuality, which requires the minimum existential debate. To develop this work, the deductive method was used.*

*Keywords: Legal effect. Fundamental social rights. Constitution of 1988.*

#### REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEAL, Rogério Gesta; HENNING LEAL, Mônia Clarissa. O Judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas: um mal necessário em nome da promoção de um bem necessário? In: ALEXY, Robert et. al. (Org.). *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais no âmbito da Constituição Federal. In: BAEZ; Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da, SMORTO Guido (Org.). *Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A influência do sistema presidencialista no ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro - quem deve efetivar os direitos fundamentais em uma democracia. In: ALEXY, Robert et. al. (Org.). *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

# A PROBLEMÁTICA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Neli Lino Saibo\*  
Rogério Luiz Nery da Silva\*\*

## RESUMO

Pertencentes a categoria dos direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais estão fora da esfera de disponibilidade do Estado. Devem ser implementados e efetivados por meio de políticas públicas. Mas a exigência de prestações positivas sujeitas, sobretudo à vontade política dos governantes, dificulta e obstaculiza a garantia a estes direitos. Deste contexto emergem as intervenções do poder judiciário na formulação, conformação ou aplicação de políticas públicas, em um universo permeado de discussões e controvérsias que circundam a problemática da separação dos poderes, com a pulverização de conflitos e a imprevisibilidade das consequências de uma decisão judicial sobre os demais direitos alheios aos limites da lide.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Efetividade. Políticas Públicas. Tutela Jurisdicional.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por tema a problemática das políticas públicas, objetivando a análise do universo que envolve a intervenção judicial na esfera de competência dos demais poderes, partindo da premissa de que direitos fundamentais sociais não estão sendo devidamente garantidos como preconiza a Constituição Federal, em razão de omissões por parte dos poderes Executivo e Legislativo na formulação e execução de políticas públicas.

Direitos fundamentais sociais estão entre os temas de maior destaque no texto constitucional. Pertencem ao título dos Direitos e Garantias Fundamentais e encontram-se fora da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos.

Duas são as dimensões em que se encontram esta categoria de direitos: defensiva e prestacional. Enquanto na dimensão defensiva se destinam a proteger os cidadãos contra ingerências do Poder Público e de particulares, na prestacional, para sua efetivação, dependem de prestações materiais a serem despendidas pelo ente estatal.

A ação do Estado exigida para a efetivação dos direitos fundamentais sociais traduz-se nas chamadas políticas públicas. O tema política pública possui estreita relação com o interesse público, pois, ainda que indiretamente, influencia os membros de uma sociedade como um todo.

O papel da formulação destas políticas é basicamente o enfrentamento de problemas relativos a questões econômicas, ambientais, sociais, políticas, entre outras, que a sociedade por si só, não é capaz de solucionar. Desta forma, política pública se constitui em um meio politicamente legitimado com o escopo de canalizar recursos e esforços para o enfrentamento de problemas coletivos.

---

\* Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor das disciplinas de Teoria Geral do Direito e Ética Geral de Direito junto a Celer Faculdades de Xaxim, Santa Catarina; Advogado; secretaria@saiboadvogados.com.br

\*\* Doutor em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito e Economia pela Universidade de Iguacú; Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto sensu de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; dr.rogerionery@gmail.com

Ocorre que, havendo uma vasta gama de direitos sociais a serem garantidos pelo ente estatal, que dependem de formulação legal e execução administrativa de políticas públicas, a deficiência na ação dos Poderes Executivo e Legislativo, seja por necessidade de elencar prioridades, ou por insuficiência de recursos materiais e humanos, tem levado o Poder Judiciário a intervir na esfera de competência daqueles poderes, interferindo em questões atinentes a políticas públicas, o que dá origem ao problema desta pesquisa.

Neste contexto, o tema desenvolve-se por meio de 3 tópicos, de modo que o primeiro tratará a respeito dos direitos sociais e sua fundamentalidade, com vistas a estruturar o segundo tópico, que tratará acerca das políticas públicas, elemento necessário para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, encerrando-se com o terceiro tópico que abordará o objetivo da pesquisa que é a análise da intervenção judicial nas políticas públicas, suas possibilidades e limites.

O presente trabalho, portanto, baseia-se no procedimento metodológico de análise documental, notadamente investigação bibliográfica, realizada por meio de pesquisa com fins de investigação explicativa, utilizando-se do método categórico-dedutivo, com uma abordagem hermenêutica do referencial teórico.

## 2 DIREITOS SOCIAIS

Os Direitos Sociais estão previstos em um extenso e considerável rol, a partir do art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) e pertencem ao Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Os Direitos Fundamentais ocupam papel de destaque no texto constitucional e são o fundamento normativo do desenvolvimento social e político de cidadãos e pessoas livres, tendendo a se expandir ao longo do tempo conforme as específicas exigências de cada momento (CORDEIRO, 2012, p. 28).

O pressuposto dos direitos sociais é atingir a igualdade substancial, partindo-se de situações onde impera a desigualdade, buscando a justiça distributiva e a proporcionalidade (CARVALHO, 2013, p. 186).

Em um complexo de princípios e leis sociais imperativas, os direitos sociais demandam do Estado a função supletiva de proteção das deficiências do indivíduo (CARVALHO, 2013, p. 187).

Sarlet (2012, p. 77) define direitos fundamentais ressaltando sua importância e fundamentalidade:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade em sentido formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada abertura material do Catálogo).

Direitos fundamentais e democracia possuem uma relação simbiótica, pois aqueles são parâmetro de aferição do nível de democracia em uma determinada sociedade, na mesma medida

em que uma sociedade democrática é condição para a eficácia dos direitos fundamentais (CORDEIRO, 2012, p. 28).

Bandeira de Mello (2011, p. 57) afirma que “[...]os direitos sociais fazem parte do acervo histórico, jurídico, ético e cultural dos povos civilizados. Integram o patrimônio cultural do povo brasileiro. Por isso se incluem no conceito de patrimônio público.”

Para Alexy (2012, p. 446), “[...] direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.”

O constituinte brasileiro optou por um extenso rol de direitos fundamentais em dupla dimensão: defensiva e prestacional.

A função de defesa dos direitos fundamentais sociais consiste em disposições que estabelecem proteção ao indivíduo em face de possíveis abusos ou ingerências por parte do Estado ou de particulares, formando em um plano jurídico-objetivo um conjunto de normas que vedam interferências estatais no âmbito da autonomia individual, possibilitando, no plano jurídico-subjetivo, o exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos e, ainda, a prerrogativa de reclamar omissões, de modo a impedir que o poder público atue de maneira abusiva-lesiva. Direitos de defesa possuem natureza negativa, de modo que exigem abstenções do Estado no sentido de proteção ao âmbito da autonomia pessoal do indivíduo (DUARTE, 2011, p. 75-76; SARLET, 2012, p. 283).

Já em relação à dimensão prestacional, a efetivação dos direitos sociais depende de prestações materiais pelo ente estatal. Esta função relaciona-se com três pontos controversos que envolvem o universo destes direitos:

- (1) A questão dos direitos sociais originários, isto é, se os indivíduos podem ou não extrair prestações sociais diretamente dos preceitos constitucionais, como, por exemplo, originar do dispositivo constitucional que proclama o direito à habitação uma prestação consistente no “direito de exigir’ uma casa”; (2) a questão dos direitos sociais derivados, a qual está associada ao direito de reclamar do legislador a concretização dos preceitos relativos a direitos fundamentais sociais (podendo a inércia legislativa configurar caso de inconstitucionalidade por omissão), bem como no direito de requerer e conseguir o igual gozo das prestações já realizadas pelo legislador; (3) a questão da verificação de que a dimensão objetiva das normas relativas a direitos sociais implica uma certa vinculação dos “poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjectivos ou pretensões subjectivas dos indivíduos)” a políticas públicas voltadas para a construção de instituições, prestação de serviços e fornecimento de prestações (do que são exemplo a construção de escolas e hospitais, a prestação de serviços de segurança social e a garantia de um rendimento mínimo, assim como o fornecimento de seguro desemprego ou bolsas de estudo). Afirmar uma resposta satisfatória às duas primeiras questões é, no mínimo, discutível. No que concerne ao último problema, entretanto, é manifesto que as normas relativas a direitos econômicos, sociais e culturais constante do texto constitucional “individualizam e impõem *políticas públicas* socialmente activas.” (DUARTE, 2011, p. 76-77).

Os direitos sociais prestacionais possuem certa relevância econômica, já que exigem do Estado prestações diretamente vinculadas à destinação, distribuição e redistribuição, bem como a criação de bens materiais (SARLET, 2012, p. 280-281).

Direitos fundamentais a prestações, na medida em que possuem por objeto uma conduta positiva consistente em uma prestação de natureza fática ou normativa, encontram problemas no que tange a sua aplicação direta e imediata. As controvérsias em torno de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade residem precipuamente no objeto desses direitos e na forma como costumam ser positivados, ou seja, como “[...]normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude.” (SARLET, 2012, p. 280-281).

Sarlet (2012, p. 281) considera as prestações como um direito fundamental - nos termos do art. 5º, § 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) - os quais possuem aplicação imediata, por menor que seja sua densidade jurídica perante a Constituição, de modo que “[...] sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis.”

Classicamente os atos jurídicos dividem-se em três planos - existência, validade e eficácia. A *eficácia* é o elemento que reflete a capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos e pode ser dividida em eficácia jurídica e eficácia social. A eficácia jurídica diz respeito à capacidade de a norma, além de produzir efeitos jurídicos, ser aplicada ao mundo dos fatos, enquanto a eficácia social diz respeito ao alcance dos objetivos da norma, ou seja, de sua efetividade na realidade social. Deste modo, uma norma pode possuir eficácia jurídica, sem que necessariamente possua eficácia social (CORDEIRO, 2012, p. 51-52).

A eficácia social de uma norma depende de ações positivas do Estado que fomentem a realização dos direitos. Qualquer ação estatal tendente a enfraquecer ou a não concretizar obrigações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais, de modo a reduzir, impossibilitar ou obstaculizar os meios de acesso dos indivíduos ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais protegidos, certamente estará provocando uma restrição indevida (SAMPAIO, 2013, p. 202).

Para a efetivação dos direitos sociais é necessário que o Estado aja no sentido de promover a elaboração e o cumprimento de políticas públicas correspondentes a cada direito social estabelecido, seja ele relacionado à saúde, educação, moradia, lazer, entre outros, traçando estratégias de atuação (GONÇALVES, 2007, p. 5).

É neste contexto de busca de meios de se concretizar direitos humanos, em particular direitos sociais, que surge a necessidade de se compreender políticas públicas como categoria jurídica.

### 3 POLÍTICAS PÚBLICAS

O tema políticas públicas torna-se objeto de interesse do direito em virtude de originar-se da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública, bem como por tratar das relações entre a política e a ação do Poder Público (BUCCI, 2008, p. 1).

O suporte legal deste instituto expressa-se por meio de disposições constitucionais, disposições legais infraconstitucionais, normas infralegais e, ainda, instrumentos jurídicos de natureza diversa, como contratos de concessão de serviço público (BUCCI, 2008, p. 11).

É possível conceituar políticas públicas como programas de ação governamental que visam à realização de objetivos pré-determinados. Estes programas de ação governamental devem consistir em medidas articuladas que impulsionem a máquina pública a realizar um objetivo que incida na concretização de um direito. O componente de ação estratégica das políticas públicas

é a incorporação de elementos sobre a ação necessária e possível em um determinado momento e conjunto institucional, de modo a projetá-los para o futuro mais próximo (BUCCI, 2008, p. 19).

Destinadas a solucionar ou amenizar problemas coletivos como, por exemplo, os relativos a questões sociais, econômicas, ambientais, as políticas públicas dependem de um grande número de atividades legislativas e administrativas, com atores políticos, administrativos e sociais atuando em diferentes arranjos institucionais, direcionados ao fim a que pretende, ou seja, concretização de direitos (PROCOPIUK, 2013, p. 138).

A ação dos atores políticos para a concretização de políticas públicas consiste no levantamento de possibilidades de solução, identificação e quantificação de custos e definição do objetivo da ação para atacar total ou parcialmente o problema em um período determinado (PROCOPIUK, 2013, p. 138).

Definidas e instituídas as normas e regras que pautarão as ações dos atores políticos para a geração do resultado-solução pretendido, configurada está a identidade de determinada política pública (PROCOPIUK, 2013, p. 141).

Para Procopiuk (2013, 142), o processo de políticas públicas pode ser sintetizado em seis fases: *i*) iniciação: onde se pensa o problema e as opções e se definem os objetivos; *ii*) estimação: onde se estima os impactos e as consequências prováveis, bem como se estabelece critérios de desempenho esperado e indicadores; *iii*) seleção, onde se estabelecem compromissos e negociações e se atribui responsabilidades para a execução; *iv*) implementação: onde se transforma as decisões em termos operacionais; *v*) avaliação: onde se compara o desempenho real com o desempenho esperado e, *vi*) conclusão: onde são determinados os custos, as consequências e os benefícios decorrentes da ação realizada.

Assim, o ciclo das políticas públicas consiste em uma sequência de atividades que se inicia com a identificação do problema e definição da estratégia para solucioná-lo, seguido da execução da agenda definida e concluindo-se com a avaliação destinada a corrigir possíveis deficiências e decidir a manutenção ou alteração do rumo seguido, bem como a possível conclusão da política em caso de se ter atingido as metas propostas (PROCOPIUK, 2013, p. 158).

No que concerne à tipologia das políticas públicas, estas são classificadas quanto à sua finalidade em constitutivas, distributivas e regulatórias: *I*) Políticas constitutivas: fundamentam-se na aprovação de legislação específica responsável pela definição de sua finalidade, bem como dos órgãos e estruturas destinados à sua implementação e manutenção, de modo a criar condições para que os problemas sejam tratados sistematicamente; *II*) Políticas distributivas: como o próprio nome diz, buscam a distribuição de recursos a beneficiários previamente estabelecidos por legislação, seja por meio de concessão de benefícios diretos ou mediante subsídios em produtos e serviços; *III*) Políticas redistributivas: objetivam a uma distribuição mais equilibrada de renda e ocorrem por meio de apropriação de recursos econômicos de classes com maiores rendimentos e consequente redistribuição destes valores para as classes de menores rendimentos em uma sociedade; *IV*) Políticas regulatórias: estão diretamente relacionadas com o controle estatal, de forma a impor padrões de comportamento a indivíduos ou grupos, bem como a regular a utilização de recursos ou a execução de atividades, de modo a “[...] manter o equilíbrio em relações competitivas entre os integrantes de dado setor da sociedade.” (PROCOPIUK, 2013, p. 144).

Apesar de toda a organização existente para a implementação de políticas públicas, não raras vezes a ação, os atores, a estratégia, falham, ou, ainda, a política sequer acaba sendo re-

almente realizada pela falta de legislação pertinente ou de ação do próprio Estado no sentido de sua formulação e efetivação. Assim, o escopo da sua existência acaba não sendo atingido e o problema, conseqüentemente, permanece sem solução. Desta forma, surge a necessidade de buscar meios alternativos de se concretizar direitos humanos, notadamente direitos sociais, passando a ser necessário compreender políticas públicas como categoria jurídica (BUCCI, 2008, p. 03).

É neste contexto que surge o controle judicial das políticas públicas, em um universo permeado de discussões.

#### 4 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle judicial das políticas públicas é um tema atual que tem gerado muitos debates, sobretudo no que diz respeito a perspectiva da possibilidade e dos limites deste controle (BUCCI, 2008, p. 22).

De forma sistemática, pode-se afirmar que é função do Legislativo a *formulação* e do Executivo a *execução* das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a interpretação da legislação e aplicação do Direito, assegurando o respeito ao ordenamento jurídico (CORDEIRO, 2012, p. 158).

Ocorre que a disposição do art. 5º, XXXV do texto Constitucional (BRASIL, 1988), que afirma que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garante a possibilidade de se submeter uma política pública ao controle jurisdicional. Esta submissão possui como elemento de conexão a proteção a um direito, pois a finalidade primordial das políticas públicas é expressar e garantir direitos (BUCCI, 2008, p. 31).

Nas discussões judiciais acerca da aplicação das políticas públicas denota-se a proporção do poder de coerção da norma jurídica em relação ao direito, mormente direitos sociais. A atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas dá-se por meio das ações civis públicas e do controle de constitucionalidade. O meio por excelência de acionar o controle judicial destas políticas envolvendo direitos sistematizados são as ações individuais e coletivas. O Ministério Público, dotado dos instrumentos garantidos pela Lei da Ação Civil Pública - Lei n. 7.347/1985 - (BRASIL, 1985), bem como por meio dos Termos de Ajustamento de Condutas, tem superado omissões, induzindo comportamentos ativos por Parte do Poder Executivo na formulação, implementação e execução de políticas públicas (APPIO, 2004, p. 232; BUCCI, 2008, p. 22, 31-32).

O controle judicial destas políticas ocorre em três momentos distintos: formulação, execução e avaliação, ou seja, de modo preventivo, concomitante ou sucessivo à sua implementação (APPIO, 2004, p. 216).

O controle exercido no âmbito da avaliação não possui maiores controvérsias e dá-se por meio da verificação da legitimidade e legalidade dos atos administrativos, bem como a partir dos meios de repressão penal (APPIO, 2004, p. 217).

A celeuma instaura-se quando surgem as questões relativas ao controle judicial no campo da formulação e execução de políticas públicas, na medida em que, de certa forma, enseja “[...] a substituição de um ato de vontade dos governos eleitos por um ato de vontade de juizes não-eleitos.” (APPIO, 2004, p. 217).

Neste contexto, a intervenção judicial para confirmação de políticas públicas pode ser, de certo modo, considerada imprópria, em decorrência do princípio da separação dos poderes, haja vista que a formulação de políticas públicas é competência do poder Executivo e expressa

um programa de ação governamental, nos moldes estabelecidos pelo Poder Legislativo. Na medida em que dispõe sobre meios de atuação do Poder Público, traz consigo traços de discricionariedade administrativa, e é partindo deste pressuposto que se questiona como poderia o judiciário intervir sem que se configure intervenção indevida em outra esfera de poder (BUCCI, 2008, p. 22-23).

A separação e a divisão dos Poderes é a fórmula para efetivar a submissão do poder ao império da lei e do Direito, bem como para possibilitar seu controle e limitação. Deste modo, a fiscalização e o controle são parte da teoria da divisão dos poderes, mesmo sendo notório que a separação não é absoluta. Cada poder possui uma função básica estabelecida, mas com a prerrogativa de algumas interferências mútuas, o que demonstra a possibilidade de controles recíprocos, consagrando a teoria dos freios e contrapesos (CORDEIRO, 2012, p. 146).

Appio (2004, p. 244), estudioso do controle judicial das políticas públicas, demonstra preocupação no que tange a substituição da vontade dos membros do Poder Executivo e Legislativo - agentes estatais eleitos, pela vontade de juízes - não-eleitos. Referido autor aponta que o judiciário não apresenta aparato técnico para a identificação de prioridades sociais para implementação de políticas públicas, dependendo, para tanto, de informações prestadas pelo próprio executivo. A atividade-fim do judiciário é a revisão dos atos oriundos dos demais poderes, não a sua substituição.

Ademais, a substituição das funções do executivo e legislativo pelo judiciário, ensejaria atos imunes à revisão, na medida em que aqueles poderes não possuem o papel de fiscalizar, avaliar e revisar os atos deste. Mas a maior preocupação relativa a esta interferência na esfera de competência dos demais poderes pelo judiciário, consiste em abrir-se a possibilidade de intervenções de controle político também na esfera judicial “[...] através de leis aprovadas pelo Congresso que disponham sobre casos julgados ou ainda pela intervenção política do Executivo na escolha dos membros do Supremo Tribunal.” (APPIO, 2004, p. 235-237).

O ajuizamento de ações para garantir efetividade de políticas públicas no que tange a assegurar direitos, notadamente direitos fundamentais, tem se revelado de certo modo, eficaz. Contudo, outra grande controvérsia consiste no fato de “[...] que o juiz não está vinculado à lógica da disponibilidade dos meios”, ou seja, em suas decisões, não se leva em consideração as possíveis consequências “[...] sobre o universo de direitos alheio aos limites da lide.” (BUCCI, 2008, p. 32-33).

Os limites acerca da interferência judicial no tocante ao conteúdo das decisões dos governos sobre a utilização dos recursos que compõe o erário público do Brasil ainda não estão claros. Juízes não governam, portanto, não se pode afirmar que poderiam ser responsabilizados solidariamente com o Poder Executivo no equilíbrio do orçamento público, pois sua função é exercer apenas o controle da atividade dos demais poderes vinculados às políticas públicas, quanto ao seu conteúdo ou momento para sua implementação, mas de forma alguma possui representatividade para escolher quais políticas deverão ser implementadas (APPIO, 2004, p. 211).

Há de se considerar, ainda, que as despesas decorrentes de uma política social a ser implementada, deverão estar previstas na lei orçamentária anual, devidamente votada pelo Poder Legislativo, baseada em proposta do Poder Executivo. Deste apontamento, conclui-se que o juiz, além de invadir competência do Poder Legislativo, não teria condições de indicar as fontes dos recursos a serem utilizados ao “[...] prolatar uma decisão em ação civil pública na tutela dos interesses difusos, no tocante a um direito subjetivo público genérico em favor de toda a população.” (APPIO, 2004, p. 241).

Não cabe aqui discutir os pormenores da reserva do possível e se ela é argumento suficiente para justificar a não garantia de direitos sociais, mas claramente os recursos estatais devem ser manejados de modo a manter o equilíbrio orçamentário de todos os setores da administração, pois mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos possuem grandes efeitos financeiros, na medida em que muitos são os que deles necessitam. Mas o impacto financeiro, isoladamente considerado, provocado por sua garantia “[...] não justifica conclusão contrária a sua existência.” (ALEXY, 2012, p. 512).

Ademais, além das questões atinentes a chamada reserva do possível, pois garantir direitos sociais possui custo, a intervenção judicial nas políticas públicas provoca o que Bucci (2008, p. 36) chama de pulverização de conflitos e concorrência de direitos, na medida em que dificulta a seleção de prioridades quando ações são propostas e decisões são tomadas sem qualquer critério ou sopesamento de necessidades.

Cordeiro (2012, p. 163) resume a problemática da intervenção judicial nas políticas públicas argumentando que juízes não possuem credencial democrática, nem visão global das necessidades desatendidas, tampouco dos recursos disponíveis ou dos investimentos que devem ser despendidos para custear as políticas, de tal forma que a soma da totalidade das ações individuais pode, ao invés de beneficiar os cidadão e garantir direitos, colocar em risco a continuidade das políticas públicas, na medida em que possa impedir a alocação racional de recursos públicos escassos.

De outro norte, há de se considerar que, se não existem recursos suficientes para a garantia dos direitos da totalidade da população, deve-se, ao menos, buscar garantir os mais afetados, em uma escala de direitos prioritários.

Bucci (2008, p. 44) conclui que a interferência em competências alheias, em razão de omissões ou inefetividade, não é a solução, pois política pública deve buscar a coordenação na atuação dos Poderes Públicos, “[...] seja entre os níveis federativos, seja no interior do Governo, entre as várias pastas, e seja, ainda, considerando a interação entre os organismos da sociedade civil e o Estado.”

Impende ressaltar que a mera previsão constitucional de um direito social, em tese, não necessariamente significa atribuição de direitos subjetivos a todas e quaisquer prestações relativas a ele à totalidade da população (CORDEIRO, 2012, p. 162).

Contudo, em se tratando de direitos sociais, o mínimo existencial encontra-se excluído da esfera de disponibilidade política. Em relação àqueles que não dispõem, por si só, de meios para alcançá-lo, é possível se falar em direito subjetivo à prestações do Estado apesar dos conceitos relativos à intervenção na competência de outros órgãos. Isso em razão da densificação do princípio da dignidade humana, de modo que as questões atinentes à separação dos poderes tornam-se um assunto a ser solucionado no “campo do peso ou da validade” (CORDEIRO, 2012, 167-168).

Ademais, os conceitos de dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial devem considerar o meio físico, cultural e socioeconômico, a fim de se determinar decisivamente qual a correspondente obrigação do Estado. Para tanto, indispensável o juízo de ponderação, onde a proibição da proteção deficiente assume papel de destaque (CORDEIRO, 2012, p. 169-170).

Acerca da ponderação, ou princípio da proporcionalidade, Coelho (2007, p. 109) explica:

[...] utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direito - muito embora possa aplicar-se também para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios -, o princípio da proporcionalidade ou da

razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo, e valores afins; procede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Por fim, destaca-se que embora o mínimo existencial, em tese, encontre-se excluído da esfera de disponibilidade política, ele também está sujeito aos limites da reserva do possível, por mais vital que seja a prestação, de modo que apenas a ponderação, que sopesa as necessidades do cidadão e as possibilidades do Estado é capaz de solucionar o entrave estabelecido, efetivando o mínimo, sem exceder a autoridade concedida ao judiciário, mas protegendo os direitos fundamentais sociais (CORDEIRO, 2012, p. 170-171, 179).

## 5 CONCLUSÃO

Conforme verificado no primeiro tópico deste estudo, os direitos fundamentais são elementos basilares de um Estado Democrático de Direito. Deste modo, enquanto fundamentais, devem ser protegidos sob pena de se fragilizar a base do Direito Constitucional.

Ocorre que esta garantia, exercida por meio de políticas públicas, de acordo com o exposto no segundo tópico, deve-se dar por meio de processos legítimos e pelos entes competentes, sob pena de se fragilizar a confiança no atual sistema. A proposição de transferência ao Poder Judiciário das funções destinadas aos demais Poderes da República, configura não apenas usurpação de funções, mas também acúmulo destas, tendendo a sobrecarregar ainda mais o judiciário.

A formulação e execução de políticas públicas pelo Poder Judiciário, conforme verificado no terceiro tópico, implica em decisões que pulverizam direitos, na medida em se referem a questões levadas a seu conhecimento sem qualquer critério prévio de seleção de prioridades, e sem que se faça juízo de valor em relação a implicações que a decisão poderá provocar em outros direitos, ou direitos de outros cidadãos alheios aos limites da lide.

Ademais, atos judiciais determinantes de formulação ou execução de políticas públicas são atos imunes a revisão, pois, a princípio, não compete aos Poderes Executivo e Legislativo fiscalizar ações do Poder Judiciário.

Mas intervenções desta natureza por parte de um Poder no âmbito da competência de outro, acaba por gerar insegurança, na medida em que abre precedentes para que realmente ocorram intervenções desmedidas por parte dos demais poderes no âmbito da competência do judiciário também, já que este se põe a intervir em áreas alheias a sua alçada.

Destaca-se ainda o equilíbrio financeiro-orçamentário, cuja responsabilidade pertence aos Poderes Executivo e Legislativo, que acaba por ser prejudicado na medida em que decisões judiciais não consideram seus limites nem as fontes a serem utilizadas.

Apesar de toda a problemática envolvendo o controle judicial das políticas públicas, notório é que a simples abstenção do judiciário em envolver-se nestas questões, não soluciona, de modo algum, as falhas na garantia a direitos fundamentais sociais. Por óbvio, não é o cessar de intervenções judiciais que mobilizará e possibilitará aos poderes executivo e legislativo a assumirem suas devidas funções na formulação e execução de políticas públicas.

Contudo, também não será a assunção de funções de um poder por outro quando existirem falhas no cumprimento de seus papéis, que organizará e garantirá mais efetivamente direitos no país. Cada ente deve assumir suas funções conforme constitucionalmente definido, pois intervenções podem gerar resultados imprevisíveis e desastrosos.

Mas em se tratando de direitos sociais, dada sua relevância jurídica, o mínimo existencial por eles garantido deve ser protegido por estar excluído da esfera de disponibilidade política.

Ocorre que esta exclusão não significa que ele não esteja sujeito aos limites da reserva do possível, de modo que apenas a ponderação, o bom senso, a prudência, poderão encontrar a justa medida, efetivando o mínimo, sem exceder a autoridade concedida ao judiciário e protegendo os direitos fundamentais sociais.

#### RESUMEN

*Pertenecientes a la categoría de los derechos y garantías fundamentales, los derechos sociales están fuera de la esfera de disponibilidad del Estado. Deben ser implementados y efectuados a través de políticas públicas. Sin embargo, la exigencia de prestaciones positivas sujetas, especialmente a la voluntad política de los gobernantes, dificulta y coloca obstáculos a la garantía de estos derechos. De este contexto emergen las intervenciones del poder judicial en la formulación, conformación o aplicación de políticas públicas, en un universo permeado de discusiones y controversias que circundan la problemática de la separación de poderes, con la pulverización de los conflictos y la imprevisibilidad de las consecuencias de una decisión judicial sobre los otros derechos extraños a los límites de la controversia.*

Palabras Llave: *Derechos Sociales. Eficácia. Políticas Públicas. Protección Judicial.*

#### REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

APPIO, Eduardo Fernando. *O controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 2004. 473 p. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 jul. 1985.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais sociais - Dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial - O papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. Políticas públicas e direitos sociais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2007, p. 6895-6914.

PROCOPIUK, Mario. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013.

SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.



# ALGUNS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E JURÍDICOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS - O EMBATE ENTRE O DIREITO E A REALIDADE

Rogério Gesta Leal\*  
Antonio Cesar Trindade\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

Em primeira linha, destaca mencionar que a abordagem levada a termo no presente texto não tem a intenção de concluir ou mesmo defender a ideia de que a efetivação dos direitos sociais está a se subordinar de forma absoluta à existência ou não de recursos financeiros, de pessoal ou material por parte do Estado, o que significaria dizer que estar-se-ia a concordar que tais direitos, em que pese alçados a categoria de direitos fundamentais, seriam limitados e dependentes da boa vontade estatal quanto à sua concretização ou não.

Firme na convicção, e sob uma perspectiva objetiva, de que os direitos fundamentais sociais apresentam-se como balizas de nosso regime de Estado (Estado Social) e, desta forma, não poderiam ficar ao alvedrio de quem quer que seja no que diz respeito às possibilidades de sua implementação ou não, tais direitos, “[...] tanto quanto qualquer outro [...]”, devem ser pereneamente granjeados e assegurados na melhor forma possível, considerando as condições fáticas e jurídicas existentes (SILVA, 2009, p. 205). Neste âmbito, o que se pretende asseverar é que a empreitada de concretização dos direitos sociais não pode estar dissociada da realidade.

Destarte, o que se busca demonstrar com esta argumentação é que, para aqueles que estão inclusos no contexto da concretização dos direitos sociais, seja o legislativo, o executivo ou o judiciário, em seu labor, devem considerar certas premissas iniciais e que abarcam a questão do sistema tributário, a gestão orçamentária e de recursos públicos e mesmo o necessário sopesamento de quais direitos (e qual o nível destes) devem ser implementados, se considerados os res- tritos haveres públicos disponíveis. Com isto, tem-se que materialização dos direitos sociais deve ser acompanhada de uma análise responsável acerca de elementos pragmáticos que permitam à sociedade controlar o processo de concretização desses direitos e, assim, constatar (ou não) a sua adequada conformação com o estatuído em nossa Constituição, a partir de uma leitura sistêmica e não estanque do seu texto.

Por sua vez, convém esclarecer que os autores citados na presente exposição, ainda que não formem um quadro composto por uma visão unânime acerca da questão envolvendo a efetivação dos direitos sociais, se prestam a escorar as ideias aqui defendidas, porém, sem que haja a pretensão de ser adotado um marco teórico único, mas antes, a partir de abordagens díspares, pretende-se construir uma argumentação sobre a necessidade de se compreender que a demarcação dos direitos sociais está ligada às condições e conjunturas econômicas do Estado (LEAL, 2009, p. 97).

\* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da UNOESC. Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli - Roma Trè, Universidad de La Coruña - Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura - ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura - ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira.

\*\* Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Professor de Direito Tributário da UNOESC. Mestrando em Direitos Fundamentais - UNOESC

No entanto, referida situação econômica não há de ser considerada “[...] como fato consolidado no tempo e imutável”, mas sim, há de ser “[...] exercido um controle preventivo e curativo” da construção do orçamento e de sua execução, “[...] tanto pelas vias políticas adequadas” como pelo poder judiciário (LEAL, 2009, p. 97).

A partir destas considerações, passa-se a tratar alguns dos empecilhos econômicos ou jurídicos que se apresentam quando da tarefa e no esforço de se concretizar os direitos sociais.

## 2 O CUSTO DOS DIREITOS

O Estado constitucional moderno se arrima no preceito do reconhecimento e na salvaguarda da dignidade da pessoa humana, bem como na valorização dos direitos fundamentais do homem. Com relação a estes direitos, sua formulação passou, a partir de sua previsão nos primeiros textos constitucionais e por conta das variadas situações históricas experimentadas pela sociedade, por diversas alterações no que se refere ao seu conteúdo, titularidade e efetivação, daí se falar em suas múltiplas dimensões (SARLET, 2012, p. 36-45).

Entre as dimensões dos direitos fundamentais, ou gerações, para alguns doutrinadores, destaca-se, considerando o objetivo deste texto, a denominada segunda dimensão, a qual alcança os “[...] direitos sociais, culturais e econômicos.” (BONAVIDES, 2012, p. 582). Tais direitos apresentam-se enquanto princípio do Estado Social, ou mesmo, como “[...] expressões ou manifestações” deste regime de Estado (LEDUR, 2009, p. 106).

Posto assim a questão é de se dizer que o Estado Social se presta a engendrar as circunstâncias e os pressupostos reais e fáticos imprescindíveis ao exercício dos direitos fundamentais. Por tal motivo, revela-se imperioso reconhecer que atualmente existe uma “[...] dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado” e que é necessário “[...] fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.” (BONAVIDES, 2012, p. 391).

Nesta trilha, é forçoso convir que a Constituição Brasileira de 1988 inovou em seu texto ao estabelecer os direitos sociais (nos artigos 6º a 11) em capítulo próprio no seu catálogo dos direitos fundamentais, - em constituições pretéritas tais direitos estavam dispostos no capítulo da ordem econômica e social - conferindo-lhes, enquanto direitos fundamentais, “[...] parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica.” (SARLET, 2012, p. 66).

Contudo, há de se ter presente que a previsão expressa na Constituição de uma gama de direitos sociais não se mostrou suficiente o bastante para lhes conferir efetividade. Ademais, o fato de se ter direitos sociais constitucionalmente previstos não autoriza atribuir um “[...] certo caráter messiânico ao texto constitucional como se a estatuição constitucional de uma pretensão positiva pudesse, *per se*, transformar a realidade social naquela desejada e a isto estivessem ‘os outros’ a se opor de má vontade.” (AMARAL, 2001, p. 115).

Por outras palavras, o que se quer apregoar é que o problema principal em relação aos direitos não seria o de “justificá-los” ou encontrar seus fundamentos, mas, antes, “protegê-los”, sendo que a previsão normativa de um direito será irrelevante se não for escoltada “[...] pelo estudo das condições dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado” (BOBBIO, 2004, p. 23-24), ainda mais quando nos referimos aos direitos sociais, os quais demandam, via de regra, encargos econômicos por parte do Estado.

Daí ser imprescindível ter-se a consciência de que as normas constitucionais que outorgam direitos a prestações podem ter sua efetividade lesada, por exemplo, por conta de crises econômicas que impossibilitam faticamente o agir do Estado (TORRES, 2009, p. 105).

Dentro do quadro aqui traçado, convém trazer à baila a conclusão de que todos os direitos, “[...] porque não são dádiva divina nem frutos da natureza”, têm custos para a sociedade, isto é, “[...] custos financeiros públicos”, sendo que tal ilação não se cinge aos denominados direitos sociais, abarcando também os clássicos direitos de liberdade, emergindo a questão de que não há de se cogitar a proteção concreta e efetiva de direitos no contexto de um Estado desvalido e sem recursos (NABAIS, 2014, p. 11-12).

Com efeito, há uma “[...] outra face ou a face oculta dos direitos fundamentais”, a qual se descortina na forma de “[...] deveres fundamentais ou custos *lato sensu* dos direitos.” Estes deveres ou custos dos direitos implicam na responsabilidade que os atores sociais devem assumir enquanto parte de uma coletividade organizada, trazendo como consectário o fato de que cada indivíduo tem sua parcela de encargos ou atribuições perante a sociedade (NABAIS, 2014, p. 22).

Ao assentir-se que todos os direitos podem ensejar um ônus econômico ao Estado (os quais são cobertos pelos ingressos perscrutados por este último junto à sociedade) e que não existem recursos públicos em quantidade suficiente a ensejar a concretização de todos os direitos prestacionais, o que comina na necessidade de se sacrificar alguns direitos em favor de outros, implica dizer que tais escolhas (qual/quanto direito atender) devem ser levadas a termo com responsabilidade (GALDINO, 2002, p. 200).

Presentes estas considerações, e a partir da percepção de que o gozo ou a manutenção de direitos podem provocar dispêndios públicos, tal raciocínio nos leva a argumentar que os direitos sociais prestacionais somente poderão ser demandados na proporção em que o Estado “[...] recolha recursos junto aos cidadãos responsáveis para custeá-los, mostrando ser incorreta a tese *atomista* de que os direitos inculcam a irresponsabilidade para com os deveres sociais. Ao revés, os direitos, corretamente compreendidos, inculcam a responsabilidade no respectivo exercício.” (GALDINO, 2002, p. 200).

Sendo assim, não se pode olvidar que, na seara dos direitos sociais envolvendo prestações positivas, existem custos financeiros que lhes são imanescentes, e esta circunstância assume especial importância no campo da eficácia e efetivação desses direitos, significando, com isto, que a concretização das “[...] prestações reclamadas não será possível sem que o Estado, como regra, expendam algum recurso”. Diante deste contexto, deparamo-nos com a problemática de saber se o Estado tem condições ou possibilidades de atender estes deveres, análise esta que comumente envolve um embate acerca da designada “reserva do possível” (SARLET, 2012, p. 286-287). Ainda que o emprego acentuado e reiterado do argumento da reserva do possível pelo Poder Público tenha gerado uma “reação de descrédito”, não se pode descuidar de sua real existência, “[...] sob pena de se divorciar o discurso jurídico da prática de tal forma que o jurista pode até prosseguir confiante, quilômetros de distância, até olhar para trás e para os lados e perceber que está sozinho.” (BARCELLOS, 2011, p. 287).

Pretende-se demonstrar as especificidades da reserva do possível e como ela se apresenta, a primeira vista, sob uma ótica equivocada, como um obstáculo à efetivação dos direitos sociais e, por fim, como instrumento de concretização destes, sobretudo pela compreensão da necessidade de serem planejadas as ações do poder público a partir da eleição democrática de es-

colhas de onde e como aplicar os recursos públicos, priorizando-se a dignidade da pessoa humana, liberdade material e igualdade de oportunidades.

A vista do exposto, revela-se imprescindível conhecer os contornos históricos, doutrinários e jurisprudenciais da multicitada cláusula da reserva do possível, especialmente para constatar quais as situações fáticas e jurídicas que se lhes reconhece como pertinentes, identificando os instrumentos que possibilitam à sociedade adequar-se a esta contingência.

### 3 A RESERVA DO POSSÍVEL: ORIGEM E DIMENSÕES

A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi criada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) em uma contenda judicial (BVerfGE 33: 303-333) na qual a polêmica medial consistia em determinar se ao Poder Judiciário assistia a competência (possibilidade) de criar vagas no ensino superior, destinados a estudantes habilitados no vestibular, porém, não classificados dentro do número de vagas existentes (TORRES, 2009, p. 103).

No caso, a Corte alemã analisou a demanda proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 I GG da *Grundgesetz* (a “Lei Fundamental” que representa a Constituição alemã), segundo a qual é direito de todos os alemães livremente escolherem os locais de ensino para sua formação (SCHWABE, 2005, p. 659). No julgado, restou decidido que:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também outros interesses da coletividade, considerando [...] as exigências da harmonização econômica geral (SCHWABE, 2005, p. 663).

Da mesma forma, Schwabe (2005, p. 663) explica que:

[...] um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga no ensino superior por ele desejada, tornando, deste modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado Social.

O autor (2005, p. 664) assevera ainda que:

[...] Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento da justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade [...].

A partir da leitura da decisão adrede transcrita, infere-se que, sob a denominação de reserva do possível, não estão apenas albergadas as discussões que envolvam argumentações relativas às limitações financeiras do Estado, mas, além disso, a cláusula em comento, na forma expandida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, é muito mais ampla, devendo ser examinada também com base na razoabilidade da pretensão.

Consigna-se, por pretensão razoável, admitir-se que mesmo que o Estado tenha em seus cofres recursos, e possa deles desfrutar, não se caberia cogitar de “[...] uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”, a exemplo de constranger o Estado a prestar assistência social àqueles que concretamente não precisariam da ação do Estado, visto que eles próprios possuem recursos suficientes para a sua manutenção (FIGUEIREDO; SARLET, 2010, p. 29).

No mesmo diapasão caminhou o Supremo Tribunal Federal do Brasil no âmbito da decisão exarada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n° 45 (BRASIL, 2004) - (não obstante esta tenha sido julgada prejudicada pela perda do objeto), na qual aquela corte manifestou-se pela necessidade de se conjugar a razoabilidade da pretensão com a existência de recursos públicos para atendê-la.

De acordo com o decidido na citada ADPF, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais se distingue pela “gradualidade de seu processo de concretização” e se subordina, sobretudo, a existência das disponibilidades orçamentárias do Estado, sendo que, se atestada de forma objetiva a incapacidade econômico-financeira do Poder Público, nada se poderá deste último de forma razoável requerer, haja vista a existência de limitação material a impedir a efetivação de comando constitucional (BRASIL, 2004).

Contudo, ainda de acordo com o STF, a cláusula da reserva do possível não pode ser arrogada pelo Estado com o desiderato de se eximir da satisfação de suas obrigações constitucionais, especialmente quando dessa omissão “puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”, excepcionada, porém, a “ocorrência de justo motivo objetivamente aferível” (BRASIL, 2004).

Verifica-se que, para o STF, a reserva do possível é vista como uma situação que alberga a argumentação sobre a “insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária” do Estado, entretanto, com a cautela de não se poder utilizar tal pretexto “com o 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” (BRASIL, 2004).

Da interpretação exarada pelo STF, apura-se que as condições apregoadas pela cláusula da reserva do possível ao processo de implementação dos direitos sociais prestacionais configuram-se em um “binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas” (BRASIL, 2004).

Desta forma, a locução reserva do possível procura detectar o “[...] fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase infinitas a serem por eles supridas” (BARCELLOS, 2011, p. 277).

A reserva do possível expressa que, antecedendo aos dissídios jurídicos que versam sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado (e, por conta disto, da sociedade, visto que é esta que o sustenta), é determinante ter presente que há uma fronteira a dimensionar as possibilidades materiais desses direitos e que de “[...] pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão

normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear as despesas exigidas por determinado direito subjetivo.” (BARCELLOS, 2011, p. 277).

De todo o exposto, despontam dois aspectos fundamentais que devem ser considerados quanto o assunto é direitos sociais. O primeiro é determinar quem vai arcar com os gastos inerentes a estes, e o segundo, resolver quem deve decidir sobre quais são as prioridades na aplicação dos recursos. Sobre o primeiro aspecto, não restam dúvidas de que quem arca com os dispêndios realizados com direitos sociais é a própria sociedade, por meio, sobretudo, dos tributos a serem cobrados diretamente ou indiretamente da coletividade (SCAFF, 2010, p. 152).

Com relação ao segundo aspecto, determinar a primazia na realização de gastos públicos, de acordo com o modelo que vige no Brasil, compete ao Poder Legislativo, por meio do sistema orçamentário, visto que é no âmbito deste processo que serão eleitas as prioridades a serem atendidas, com gênese e de acordo com os objetivos previstos no texto constitucional (SCAFF, 2010, p. 152).

Dito isto e a partir da lição de Sarlet, a denominada reserva do possível apresenta em uma tríplice dimensão que envolve: a) a disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (e que guarda estreita relação com a distribuição das competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas); e c) sob a ótica do eventual titular do direito a prestações sociais, a reserva do possível abarca o problema da proporcionalidade da prestação no tocante à sua exigibilidade (SARLET, 2012, p. 288).

Com relação à última dimensão, antes citada, esta se refere à necessidade de serem observados os critérios da adequação, necessidade e razoabilidade (proporcionalidade em sentido estrito), os quais servem como parâmetro de controle dos atos do poder público no que se relaciona com o dever de proteção e efetivação dos direitos sociais (FIGUEIREDO; SARLET, 2010, p. 33).

Neste texto, dispensa-se ênfase à dimensão fática e à dimensão jurídica da reserva do possível. A primeira será abordada de forma a salientar as limitações econômicas que o Estado enfrenta em sua ação de obter receitas públicas para financiar os direitos sociais e, diante disto, a necessidade de relacionar o Direito e a Economia. A segunda se associa com os obstáculos na efetivação dos direitos sociais e que decorrem do necessário processo legislativo para a criação de fontes de recursos para seu custeio e, da mesma forma, pela exigência de autorização, também legislativa, para definir onde e como gastar o dinheiro público.

### 3.1 DIMENSÃO FÁTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Em termos inaugurais, e conforme já mencionado, convém esclarecer que não se está a defender que a concretização dos direitos sociais esteja vinculada de forma absoluta ao resultado da arrecadação tributária do Estado, e que eventuais percalços nas contas públicas poderiam justificar, por si só, a negativa da prestação dos direitos sociais.

Ao revés disso, o que se está a arrazoar é que a reserva do possível, na dimensão ora analisada, impõe uma adequação entre a tributação (fonte dos recursos) e a realização destes direitos (aplicação dos recursos), o que torna cada vez mais imperativo verificar onde e como são aplicados os haveres que a sociedade carrega ao Poder Público, bem como determinar quais são os direitos sociais que deverão gozar de preeminência, considerando, enquanto premissa, que os recursos financeiros do Estado são restritos (CALIENDO, 2010, p. 186).

Ainda sobre o tema, convém trazer a baila crítica construída pelo Professor Ricardo Lobo Torres, para quem a doutrina e a jurisprudência pátria não interpretaram de forma escorreita o conceito da reserva do possível.

Na dicção do citado autor, referida reserva passou a ser considerada apenas sob a ótica de uma reserva fática, isto é, a possibilidade de disponibilização de direitos prestacionais ficaria relacionada à existência de recursos financeiros no caixa do tesouro, ainda que estes recursos tivessem sido destinados a outras despesas na peça orçamentária (TORRES, 2009, p. 110).

Com arrimo nesta percepção, e considerando que o dinheiro público, em tese, é imorredouro, visto que o poder público sempre poderá buscá-lo junto à sociedade, conclui-se que existe uma “permanente possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via de via de seqüestro da renda pública. Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática.” (TORRES, 2009, p. 110).

A partir do entendimento acima (refutado por Ricardo Lobo Torres) o fato de o Estado possuir recursos financeiros significaria dizer que a dimensão fática da reserva do possível não existiria, enquanto restrição a impossibilitar a prestação dos direitos sociais. Contudo, há de se compreender que a dimensão ora tratada, e como a seguir se procurará demonstrar, não se resolve a uma simples equação de ter ou não ter dinheiro nos cofres públicos, mas antes, em se verificar qual foi a opção efetuada pela sociedade quanto à forma e destino dos recursos públicos disponíveis.

Feitas estas considerações, e passando ao largo das divergências acerca da questão se a obrigação do Estado em prestar direitos sociais está ou não sujeita a contingenciamentos, e desde já assumindo como axioma de que esta é uma realidade, ao se debater a questão sobre a existência ou não recursos (em especial materiais) aptos a instrumentalizar o poder público na tarefa de oferecer direitos sociais, depara-se com a conclusão de que a temática de efetivação desses direitos não pode ser enfrentada sem levar em consideração as contribuições da ciência econômica, especialmente, quando atentarmos ao sistema econômico pelo qual optou o constituinte de 1988, qual seja, o capitalismo (TIMM, 2010, p. 55).

Deste modo, é fundamental ter consciência de que em uma “[...] economia capitalista e monetizada tudo passa a ter um preço para disponibilização e para utilização das pessoas.” (TIMM, 2010, p. 56).

No sistema capitalista, “[...] as decisões dos atores sociais são tomadas fundamentalmente em um ambiente de mercado, cujo critério fundamental, além dos aspectos comportamentais e psicológicos, tem como referencial o preço”, sendo que, no que se refere aos direitos sociais, prevalece este mesmo raciocínio. Portanto, a concretização dos direitos sociais, prestacionais ou não, tem um custo ao qual a sociedade se sujeita, sobretudo por meio da carga tributária (TIMM, 2010, p. 56).

Por conseguinte, quando se afirma que o Estado deverá desembolsar dinheiro, (com ações de saúde, educação, moradia, alimentação etc) se está afirmando, em última análise, que a sociedade deverá suportar com tais despesas. “Não há milagres e o dinheiro não cai do céu”. Fica visível, então, que se não existir recursos (materiais, humanos e financeiros) as normas jurídicas que atribuem direitos, por si só, não serão suficientes para transbordarem dos textos legislativos e alcançarem faticamente a realidade, isto é, serão normas não realizáveis no caso concreto. Com esta argumentação, o que se pretende evidenciar é que, ao cuidar da interpretação do direito é “[...] preciso ter em mente, além dos elementos puramente jurídicos, dados da realidade, sendo

um deles a existência de condições materiais e financeiras de realização dos comandos normativos.” (BARCELLOS, 2011, p. 275).

Diante desta constatação, e considerando que a dimensão fática da reserva do possível envolve, principalmente, a questão de como o Estado obtém recursos para sua manutenção, e que nosso modelo constitucional traçou balizas a limitar a atividade financeira dos entes políticos, restringindo, assim, o campo de ação destes últimos em sua atividade de requerer haveres junto à sociedade, é importante conhecer a sistemática constitucional que disciplina os ingressos públicos (financiamento do Estado), os quais, de acordo com a classificação usual, podem se constituir em receitas públicas originárias e receitas públicas derivadas.

As receitas originárias têm gênese na exploração do patrimônio público, e se constituem: a) do preço público (remuneração pela prestação de um serviço público não essencial); b) pela compensação financeira em razão da utilização dos recursos naturais dos Estados e Municípios pela União; e c) dos ingressos comerciais e industriais, os quais decorrem da exploração de monopólios e do intervencionismo econômico estatal por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista (LOBO, 2009, p. 186-192). Tal ingresso não tem se mostrado de grande monta (em comparação com os demais), sobretudo por conta da diminuição da atividade estatal no setor privado, notadamente, a partir das privatizações das empresas estatais (em especial as que a União participava) nos anos 90.

Por sua vez, as receitas derivadas são representadas, principalmente, pelos tributos, os quais se apresentam como um “dever fundamental” consistente em uma prestação pecuniária que, limitada pelas liberdades fundamentais e sob as diretivas de princípios constitucionalmente determinados, tem por desiderato maior a obtenção de receitas destinadas a suprir as necessidades públicas, sendo exigido de quem tenha realizado o fato (hipótese) descrito em lei e de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição (LOBO, 2009, p. 370).

Nesta seara, e para melhor compreender nosso modelo de custeio do Estado, impende destacar que outros ordenamentos constitucionais alienígenas não dispensaram à matéria tributária as minúcias previstas em nossa Constituição. Em países como Portugal, Espanha, Itália, Suíça, Inglaterra, França, Alemanha, Estados Unidos e Argentina, ao Estado é facultado, ao seu alvedrio, escolher a forma de guarnecer os cofres públicos, podendo optar entre as receitas tributárias ou mesmo pela prestação de atividades nas quais o Estado se desnuda das prerrogativas inerentes ao poder público e passa a ser remunerado por meio de preços embolsados de acordo com as atividades que presta (OLIVEIRA, 2011, p. 174-175).

Fácil perceber, então, que nos países antes citados haveria uma “[...] liberdade política de escolha da forma e dos meios de que se vai valer para abastecimento do erário”, faculdade esta que não ocorre no Brasil, seja por conta da existência de uma plêiade normativa a restringir o exercício da competência tributária, visto que os delineamentos da atividade tributária “estão rigorosamente previstos na Constituição”, ou mesmo pelo fato de o artigo 173 da Constituição reservar a intervenção direta do Estado no campo econômico (venda de mercadorias ou prestação de serviços), em regra, somente quando esta atuação se mostrar “[...] necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” (OLIVEIRA, 2011, p. 175-176).

Dito isto, e é bom ressaltar, o direito tributário nacional deve ser avaliado sob o ponto de vista constitucional e não “[...] apenas do fato de a Constituição brasileira consagrar grande

espaço às normas tributárias.” Em nosso modelo de financiamento do Estado, a “[...] cidadania é uma questão fundamental da tributação” e, desta forma, “[...] não há, na tributação, uma mera relação de poder ou uma relação contratual entre o Estado e o cidadão”, mas, sobretudo, uma relação jurídica “[...] sobre como se dá o pacto fundamental na constituição de uma esfera cívica (*cives*) de liberdade e igualdade entre público e privado.” (CALIENDO, 2010, p. 183).

A partir desse entendimento, necessário se faz ultrapassar a idéia de uma ordem tributária que se presta a tão somente escudar o contribuinte, e avançarmos em direção a concepção de um ordenamento tributário que serve para viabilizar as políticas sociais, ainda mais quando, hodiernamente, o Estado evoluiu da liberdade formal, caracterizada pela oposição evidente entre Estado e indivíduo, para um novel paradigma de Estado de direito, que incorpora os conceitos de democracia e de direitos sociais, fato inclusive que se apura da leitura do preâmbulo de nossa Constituição (GRECO, 2000, p. 91).

Considerando-se que a Constituição de 1988 erigiu o respeito à pessoa humana como seu ponto medular, e manifestou já em seu início a existência, em nossa ordem jurídica, de direitos fundamentais e sociais, a tributação deve arrimar-se em um novo modelo de outorga de competência tributária no qual assume relevância a justificação da tributação em função do seu propósito (GRECO, 2000, p. 92).

Neste diapasão, e como consignou a ADPF n. 45, o objetivo que deve nortear e justificar a ação estatal em obter recursos junto à sociedade é o de realizar os “[...] objetivos fundamentais da Constituição.” (BRASIL, 2004).

Com estas alegações, o que doravante se pretende demonstrar é que há uma umbilical relação entre tributação e efetivação dos direitos sociais, e, em especial, como no âmbito destes direitos, este liame entre receita e dispêndio (prestações positivas) se mostra evidente no texto constitucional. Posto isto, não há de se falar em efetivação de direitos sociais sem ter como asserção inicial de que tais direitos dependem do nível de arrecadação tributária que a sociedade proporciona ao Estado.

Neste juízo de cognição, a “[...] visão paternalista do Estado, como ente capaz de prover por si só direitos sociais a prestações é insustentável”, visto que desprezar, ou cerrar os olhos, ao “[...] fato de que o Estado constitui simples instrumento da sociedade e que não atua senão nos limites da sua capacidade contributiva”, se constitui em uma “[...] postura ingênua e irresponsável”, tanto sob a ótica política como fiscal. Não se pode perder de vista que a contingência de o Estado assegurar e fomentar direitos tem por arrimo inicial o fato de a sociedade lhe fornecer os meios para tanto (PAULSEN, 2012, p. 31-33).

A conexão entre direitos sociais e tributação fica evidente ao passo que vários direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição têm fonte de financiamento expressamente nela prevista, ainda que não exclusivas, a saber: o direito à saúde, à previdência e assistência social, seguro-desemprego, ensino profissionalizante e educação básica, os quais são financiados pelas contribuições previstas nos artigos 195, 240, 239 e 212, § 5º, respectivamente, sem descuidar da aplicação mínima da receita dos impostos em ações de saúde (art. 198, § 2º) e educação (art. 212).

A fim de melhor evidenciarmos como o modelo tributário pátrio está conectado com o nível/qualidade da prestação de direitos sociais por parte do Estado, no presente texto tratar-se-á esta temática no âmbito dos direitos relativos à seguridade social, a qual envolve o direito à saúde, previdência e assistência social.

Esta escolha se justifica, primeiro, pelo alcance destas prestações, as quais abrangem um conjunto amplo constitucionalmente previsto de benefícios. Segundo, pelo fato de o texto constitucional prever, em seu artigo 195, uma fonte de financiamento direta destes direitos, ou seja, pode-se afirmar que há recursos públicos constitucionalmente afetados à seguridade social. E terceiro, pela circunstância de ser o direito à saúde a prestação social objeto de maior incidência enquanto demanda junto ao Poder Judiciário, no sentido de obrigar o Estado a disponibilizar um direito social não atendido ou prestado de forma inadequada.

De outra banda, e considerando a menção de que existe uma exação tributária afetada ao atendimento das ações de seguridade social, convém abordar qual seria a consequência de não se destinar tais recursos na forma constitucionalmente prevista. Neste lanço, cabe ressaltar que existem vozes a defender que no caso de os recursos destinados ao custeio da seguridade social não serem concretamente endereçados a estas atividades, então tais exações se tornariam ilegítimas. Tal entendimento se arrima na premissa de que o destino da arrecadação integraria a norma constitucional de competência tributária destas contribuições, e que esta seria maculada se houvesse a aplicação destes recursos em despesas outras que não as de seguridade social (DERZI, 2008, p. 648).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009), quando da análise da constitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União - DRU de que trata o art. 76 do ADCT - destacou que a destinação das receitas destinadas à seguridade social não constitui situação abarcada por cláusula pétrea, daí que tais receitas podem ter outra destinação a ser determinada por emenda constitucional. Entretanto, resta latente a discussão quando esta alteração se perfectibilizar no âmbito da lei orçamentária.

Posta esta celeuma, e certo que a mesma provoca um estudo aprofundado, o que se quer deixar evidente é que, a par da lei tributária a estipular fontes de recursos para financiar os direitos sociais, podemos ter também a lei orçamentária, ou mesmo preceito constitucional a destinar tais recursos a outros dispêndios, situação esta que será tratada com mais vagar ao examinarmos a denominada dimensão jurídica da reserva do possível.

Retornando, então, a análise sobre o custeio da seguridade social, a Constituição de 1988, em seu artigo 149, prevê a espécie tributária denominada de contribuição social, subdivisão do gênero contribuição especial (e que contempla ainda a contribuição de intervenção no domínio econômico e a contribuição no interesse das categorias profissionais e econômicas), a qual, com relação à seguridade social, tem especial regramento no artigo 195 da CF (BRASIL, 1988).

Muito embora esteja constitucionalmente prevista a existência de uma espécie tributária destinada a fazer frente aos gastos com as ações na seara da seguridade social, imperioso se faz ressaltar, e é este o nexos com a denominada dimensão fática da reserva do possível que se quer destacar, que a obtenção de tais recursos é limitada, e também poderá ser frustrada, por conta de circunstâncias econômicas, constitucionais, políticas e comportamentais.

### **3.1.1 Circunstâncias econômicas: manifestações econômicas que financiam a seguridade social**

No que se refere às questões de ordem econômica, em apertada síntese, há de se destacar que, complementando a previsão genérica acerca de um tributo afetado constitucionalmente a área

social, a Constituição vai além e especifica no artigo 195, em primeiro, quem contribuirá para financiar estas atividades (sujeito passivo) e, em segundo, o quê poderá ser tributado (bases tributáveis) (BRASIL, 1988).

Quanto aos potenciais sujeitos passivos, ou seja, quem financiará a seguridade social, o citado dispositivo aduz que essa será patrocinada (diretamente) pelos empregadores, empresas e entidades a ela equiparadas na forma da lei, trabalhadores e demais segurados da previdência social, receita de concursos de prognósticos, bem como pelo importador de bens ou serviços do exterior ou a quem a lei a ele equiparar. Com relação a qual manifestação econômica que poderá ser utilizada como fato gerador (hipótese de incidência) ou como base de cálculo do tributo em comento, infere-se que poderá ser adotada, por exemplo: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento, c) o lucro, d) o valor aduaneiro das importações (BRASIL, 1988).

A partir do permissivo constitucional antes mencionado, pode-se citar, a título exemplificativo, que foi criada a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS - (Lei Complementar 70/91), a Contribuição Social sobre o Lucro das Pessoas Jurídicas - CSLL - (Lei nº 7.689/88), a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP -, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços (Lei nº 10.865/2004), e as Contribuições para o Custeio da Previdência Social previstas na Lei nº 8.212/91.

A leitura atenta dos preceitos constitucionais que versam sobre quem pode ser chamado a custear a seguridade social e o que poderá servir como fonte material destes recursos, remete à conclusão de que a arrecadação tributária está à mercê da conjuntura econômica, vez que tais fontes de custeio são influenciáveis e sujeitas a oscilações. Tal entendimento reluz se aceitarmos que, em tempos de crise econômica, receita e faturamento das empresas diminuem, o lucro das pessoas jurídicas sofre abalos, a folha de pagamento é diminuída, pessoas ficam desempregadas, importações caem pela perda do poder aquisitivo da moeda e, como consequência, a arrecadação tributária também decresce, por decorrência lógica da diminuição das bases de cálculo constitucionalmente autorizadas a serem utilizadas para financiar a seguridade social.

Eis o paradoxo a ser enfrentado. Se considerarmos que em um Estado Social e Democrático de Direito o Estado tem o papel de proteger os desvalidos, e que é em tempo de crise que mais se necessita desta intervenção estatal, é justamente neste momento que as fontes constitucionalmente previstas para custear o Estado decrescem, e mesmo que os direitos sociais sejam reduzidos ao mínimo, como são muitos que deles necessitam, ainda há efeitos financeiros (ALEXY, 2011, p. 512).

Visto assim, o que se quer anunciar é que o nível de prestação fática dos direitos sociais relativos à seguridade social (aqui tomado como exemplo de um direito social) está intimamente relacionado como o momento econômico vivido pela sociedade. Ou seja, a efetiva realização das prestações sociais reclamadas, ou mesmo o nível (amplitude e profundidade) que tais direitos alcançarão, depende também da conjuntura econômica (SARLET, 2012, p. 286).

### **3.1.2 Circunstâncias constitucionais: as limitações constitucionais ao poder de tributar**

Com relação aos obstáculos que emperram a obtenção dos recursos destinados ao custeio da seguridade social, há que serem consideradas as denominadas limitações constitucionais ao

poder de tributar, as quais implicam que, na busca coercitiva de recursos junto aos particulares na forma de tributos, o Estado deve pautar suas ações pelas normas estabelecidas no direito e, em especial, aquelas inseridas no texto constitucional.

Deste modo, as limitações constitucionais ao poder de tributar demarcam, delimitam e assentam as divisas de atuação do Estado nesta seara. São instrumentos definidores da competência tributária dos entes políticos no sentido de determinar o “[...] que pode ser tributado e como pode sê-lo.” (AMARO, 2009, p. 107).

Tais limitações estão previstas de forma não exaustiva no Título VI da Constituição, constituindo-se em: a) princípios jurídicos a serem obedecidos quando da elaboração da norma instituidora do tributo; b) competências tributárias privativas e exclusivas; e c) proibição expressa de tributar certas coisas ou pessoas, as assim chamadas imunidades (COSTA, 2009, p. 51-52). Reconhece-se, nesta trilha, que há trâmites constitucionais a serem obedecidos para obtenção dos recursos previstos para o custeio e financiamento dos direitos da seguridade social. De forma simplória, pode-se exemplificar tal situação mencionando que o aumento de uma contribuição especial para a seguridade social somente terá eficácia depois de decorridos noventa dias da publicação da lei que o determinou, conforme prevê o § 6º do artigo 195 do texto Constitucional. Disto decorre a conclusão natural de que as receitas constitucionalmente afetadas a esta área não podem ser criadas ou majoradas de imediato (BRASIL, 1988).

Dentro das limitações constitucionais ao poder de tributar, há de se evidenciar a competência tributária, assim entendida a aptidão para instituir tributos. Como resultado desta restrição, decorre que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não têm fonte, à exceção do custeio do regime de previdência social próprio, constitucionalmente previstas e destinadas a bancar direitos sociais, visto que tal competência tributária, à luz do disposto no artigo 149 da Constituição, é exclusiva da União (BRASIL, 1988).

Nesta temática, qual seja, a competência constitucionalmente prevista para instituir exceção tributária destinada a financiar direitos sociais *versus* a obrigação de dispor de prestações sociais, releva salientar os impactos decorrentes das sentenças aditivas prolatadas em face de Estados e Municípios, os quais, por vezes, são condenados a, por exemplo, fornecer medicamentos e tratamentos de saúde (e tal sujeição está arremada no artigo 4º da Lei 8.080/90) e cujos valores (necessários para atender a ordem judicial) não foram contemplados em suas peças orçamentárias, porém, sem considerar que tais entes políticos não têm o domínio das receitas que custeiam (ou, ao menos, são constitucionalmente previstas para este desígnio) tal direito social.

Diante desta sumária análise, demonstra-se que a dimensão fática da reserva do possível também encontra eco se verificarmos, a partir de uma análise sistemática do texto constitucional, que as fontes primárias de recursos para a seguridade social estão sob o controle da União, ficando os demais entes políticos subordinados a repasses e, sobretudo, dependentes da atuação da União no controle e persecução destes recursos.

### 3.1.3 Circunstâncias políticas: renúncias ou desonerações tributárias

Pondera-se neste ponto que a dimensão fática da reserva do possível também se relaciona com o fato de se utilizar a tributação como instrumento de ação do Estado na seara dos direitos sociais, não no sentido de arrecadar recursos e depois destiná-los a esses direitos, mas antes, e de

forma paradoxal, o Estado abdica do direito de arrecadar o tributo por meio das chamadas renúncias ou desonerações tributárias.

Tais desonerações se justificam pela existência de outros interesses (ou valores) constitucionalmente protegidos, em especial, os previstos nos dispositivos que regem a ordem econômica e social.

O que se quer dizer é que, com o objetivo de garantir outros princípios albergados no texto constitucional, como a busca do pleno emprego, a proteção da economia nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades regionais, dentre outros, o Estado pode ser levado a declinar da potencial arrecadação tributária, mesmo aquela constitucionalmente destinada a custear direitos sociais.

Enquanto exemplo desta situação, podemos mencionar a redução a zero da alíquota da COFINS (contribuição social criada pela lei complementar nº 70/91 e que se destina ao custeio da seguridade social), sobre os produtos da cesta básica (BRASIL, 2013). Neste caso, ainda que o Estado esteja a menosprezar uma parcela da arrecadação constitucionalmente afetada a previdência, saúde e assistência social, tal desoneração se presta a atuar como instrumento para que produtos alimentícios possam ser consumidos pelas populações mais pobres. Isto, em tese, por conta da redução dos preços praticados ao consumidor.

Em suma, estar-se-á priorizando o direito social à alimentação previsto no artigo 6º da Constituição em detrimento de recursos públicos que poderiam ser carreados para ações de seguridade social.

Deste modo, há de se ter presente a importância que deve ser atribuída às desonerações tributárias no sentido que estas se prestam, dentre outros, a “compensar gastos realizados pelos contribuintes com serviços não atendidos pelo governo”; “compensar ações complementares às funções típicas de estado desenvolvidas por entidades civis”; “promover a equalização das rendas entre regiões, bem como a incentivar determinado setor da economia.” (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2014). Esta renúncia tributária irá arvorar-se em possibilidades às “ações Políticas de Governo” e tem como propósito oferecer um impulso para o desenvolvimento econômico ou social, não concretizados pela via orçamentária, mas sim, por meio do sistema tributário. Tal grupo de desonerações irá formar o que se convencionou denominar de “gastos tributários”, que se constituem em:

Gastos indiretos do governo realizados por intermédio do sistema tributário, visando atender objetivos econômicos e sociais. São explicitados na norma que referencia o tributo, constituindo-se uma exceção ao sistema tributário de referência, reduzindo a arrecadação potencial e, conseqüentemente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte. Têm caráter compensatório, quando o governo não atende adequadamente a população dos serviços de sua responsabilidade, ou têm caráter incentivador, quando o governo tem a intenção de desenvolver determinado setor ou região (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2014).

Acerca do disciplinamento da renúncia ou desoneração tributária, ou seja, não exercício da capacidade tributária ativa pelo Estado, o parágrafo 6º do artigo 165 da Constituição Federal diz que compete ao Poder Executivo apresentar demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza tributária, financeira e creditícia (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido, o inciso II do art. 5º da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, estabelece que o projeto de lei orçamentária anual (LOA) será acompanhado de documento a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição Federal (BRASIL, 2000).

A título de informação, ressalta-se que o gasto tributário da União para o ano de 2014 foi estimado em R\$ 249.761.192,55 (duzentos e quarenta e nove bilhões, setecentos e sessenta e um milhões, cento e noventa e dois mil e cinquenta e cinco reais), representando 4,76% do Produto Interno Bruto e 20,66% das receitas administradas pela Receita Federal do Brasil, ou seja, 20,66 % das receitas tributárias potenciais não se converterão em arrecadação (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2014, p. 27).

Em razão disso, resta concluir que não basta a previsão abstrata da norma a instituir o tributo, e nem a ocorrência do aspecto material que enseja o nascimento da obrigação tributária. Por vezes o Estado, ao renunciar a receita, está por influenciar, ou mesmo regular, a atuação do mercado e, com isto, a possibilitar que direitos sociais sejam assegurados de forma indireta.

### **3.1.4 Circunstâncias comportamentais: O dever de contribuir com a seguridade social**

Registra-se, enquanto entrave à obtenção dos recursos constitucionalmente atrelados às ações de seguridade social, que a previsão de obtenção de tais receitas pode vir a não se confirmar pelo fato de o sujeito passivo não adimplir com esta obrigação, ainda que a Constituição em seu artigo 195 expressamente preveja que “[...] a seguridade social será financiada por toda a sociedade [...]” (BRASIL, 1988).

Isto porque há um componente subjetivo a influenciar a arrecadação tributária: mesmo havendo a norma de incidência (previsão em abstrato na lei) e o fato gerador (materialização da hipótese de incidência), pode ocorrer de o sujeito passivo, por motivos diversos (que vão desde a influência da mídia promovida por setores mais organizados da sociedade até a simples eleição de outras prioridades pessoais), não pagar o tributo.

Tal situação, e por conta de como está estruturado o sistema tributário nacional, também não pode ser olvidada. Senão vejamos: nosso sistema tributário prioriza a cobrança das exações tributárias por meio do denominado lançamento por homologação (os impostos e as contribuições especiais de competência da União seguem esta regra), que vem a ser a modalidade de cumprimento da obrigação tributária na qual cabe ao sujeito passivo antecipar o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa, conforme dispõe o artigo 150 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966). Ou seja, o Estado pressupõe que o sujeito passivo cumpra sua obrigação tributária voluntariamente. Para melhor acompanhar a conduta do sujeito passivo na sua tarefa de adimplemento espontâneo dessa obrigação, criaram-se as denominadas obrigações acessórias (as mais conhecidas são as declarações), através das quais o contribuinte, ainda que não recolha o valor do tributo devido, confessa seus débitos.

Ao proceder desta forma, o sujeito passivo está a instrumentalizar o Estado para que este possa, pela via judicial, e a partir de um título executivo extrajudicial previsto no artigo 585 inciso VII do Código de Processo Civil, buscar o adimplemento coercitivo do crédito tributário por meio da execução fiscal e de acordo com o rito da Lei nº 6.830/80.

À míngua de um agir espontâneo do sujeito passivo, seja pelo não pagamento voluntário do tributo que lhe caiba recolher ou mesmo pela não confissão de sua obrigação tributária, resta

ao Estado constituir o crédito tributário na forma do artigo 142 combinado com o artigo 149 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), ou seja, por meio do lançamento de ofício.

Cabe destacar que o montante do crédito tributário lançado de ofício em face do sujeito passivo tem aumentado anualmente, o que demonstra a falta de cumprimento espontâneo da obrigação tributária.

Como exemplo desta situação pode-se citar que no ano-calendário de 2013 os créditos tributários lançados de ofício pela Receita Federal do Brasil importaram em R\$ 190.199.395.938,00 (cento e noventa bilhões trezentos e noventa e cinco milhões novecentos e trinta e oito mil reais) (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2014).

Não é demasiado enfatizar que a instrumentalização do Estado para que este possa, no futuro, cobrar judicialmente as exações tributárias não regularmente adimplidas depende ou do procedimento administrativo constitutivo da obrigação (lançamento de ofício) ou da confissão espontânea do sujeito passivo, os quais, tanto um como o outro, estão sujeitos a prazos decadenciais e prescricionais peremptórios, ou ainda, a rígidos procedimentos administrativos e judiciais e, desta forma, parcela desta potencial arrecadação nunca se concretizará.

Por todo o exposto, torna-se despicienda qualquer discussão acerca da conclusão de que a arrecadação de recursos destinados ao custeio de direitos sociais, e em especial os de seguridade social, está sujeita a situações jurídicas e fáticas que devem ser consideradas e, deste modo, o binômio receita/despesa deve ser considerado como um conjunto inseparável.

Não se pode olvidar que os recursos financeiros públicos envolvem sempre dois tipos de ação: a obtenção e o dispêndio. A obtenção de recursos pelo Poder Público é assunto fundamentalmente delimitado pelo direito constitucional “[...] desde as clássicas limitações ao poder de tributar, até as modernas regras que regem o endividamento público.” (BARCELLOS, 2011, p. 282).

Em sendo assim, se para a obtenção de receitas o Estado deve se sujeitar às normas jurídicas correlatas, então, o mesmo critério há de ser utilizado no campo destinado às despesas públicas (BARCELLOS, 2011, p. 282).

Nesta senda, e ao evidenciar-se as dificuldades que o Estado tem em captar recursos junto à sociedade, a compreensão da denominada dimensão fática da reserva do possível, antes de se mostrar um obstáculo intransponível para a efetivação dos direitos sociais, apresenta-se como uma ferramenta neste desiderato, em especial, quando o reconhecimento de sua existência impõe à sociedade que esta deva realizar escolhas (responsáveis) de onde e como aplicar seus escassos recursos.

Contudo, não há de se desacreditar o argumento da existência de limitações materiais por parte do Estado de forma a utilizá-la como uma “[...] desculpa cômoda que impeça a mudança social programada pelo Direito”, visto que esta justificativa se presta, no mais das vezes, simplesmente para camuflar uma distorção levada a efeito quando da eleição das prioridades dos gastos governamentais, (BARCELLOS, 2011, p. 276). conclusão esta que nos remete a denominada dimensão jurídica da reserva do possível.

### 3.2 DIMENSÃO JURÍDICA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Nesta linha, é a sociedade financia o Estado, proporcionando haveres, em especial, por meio de tributos, para que aquele possa implementar prestações sociais. Ocorre que, relacionando o Direito (fonte normativa das prestações) e a Economia (fonte fática dos recursos que financiam

as prestações), conclui-se que “[...] recursos orçamentários obtidos por meio da tributação são escassos, e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de forma eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso.” (TIMM, 2010, p. 52).

Uma vez que não existem recursos ilimitados, será preciso privilegiar e escolher em quê o dinheiro público disponível será investido, decidindo como e onde gastá-lo, tendo em vista os objetivos específicos que se deseja colimar (BARCELLOS, 2010, p. 106).

Por sua vez, é consabido que o exercício ou gozo dos direitos fundamentais, na maioria das vezes, carece de adequação - também denominada configuração ou concretização - demarcação esta que a Constituição e, principalmente, as normas infraconstitucionais lhe atribuem. Nesta quadra, infere-se a importância do legislador no exercício da função estatal, haja vista que é atribuída a esse o dever de prover a ordem jurídica de instrumentos para que o indivíduo possa exercer seus direitos fundamentais (LEDUR, 2009, p. 46).

Depara-se, aqui, com o conceito das denominadas políticas públicas, que vêm a se constituir nos meios pelos quais os fins constitucionalmente previstos podem ser realizados de forma sistemática e abrangente. Ou seja, a definição do conjunto de gastos do Estado (e que abrange o conceito de políticas públicas) é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer, e dependendo das escolhas articuladas, aqueles objetivos constitucionalmente previstos poderão ou não ser conquistados (LEDUR, 2009, p. 106-107).

Para a correta compreensão das políticas públicas, a qual deve ser compreendida enquanto processo de escolha dos meios para a execução das metas do governo, “é essencial entender o regime das finanças públicas”, visto que as políticas públicas precisam estar inseridas no direito/dever que o Estado recebeu de planejar não apenas as contas públicas, mas também o de traçar o desenvolvimento nacional (BUCCI, 2002, p. 258-259).

Daí que o pacto do Estado Brasileiro com a eficiência no dispêndio dos recursos públicos é hoje uma exigência constitucional, conforme prevê o artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988), ou seja, “[...] o planejamento da ação do Estado, mediante a racionalização no uso dos recursos, é uma necessidade” (TIMM, 2010, p. 54-55).

Com relação ao orçamento público, o texto constitucional prevê regras para sua elaboração e execução, as quais estão expressas nos artigos 165 a 169 (BRASIL, 1988). Da leitura deste conjunto de enunciados constitucionais conclui-se que os gastos públicos devem ser previamente estimados e alocados conforme as receitas públicas disponíveis.

A finalidade principal do orçamento é *tornar-se uma ferramenta de exercício da democracia, pelo qual a sociedade exerce o direito por meio dos seus representantes eleitos, de só ver concretizada as despesas e autorizada as arrecadações tributárias que estiverem assentadas na lei orçamentária*. Quer dizer, o orçamento deve ser entendido como a aprovação popular sobre quais as políticas públicas (gastos), ou ao menos a ordem de precedência, que a coletividade almeja diante daquilo que pode ser feito considerando os recursos disponíveis (BASTOS, 1992, p. 74).

Não sem razão, a CF de 1988 engendrou um refinado sistema orçamentário estabelecendo regras para o pagamento das decisões que implicam em gastos, objetivando organizar a “vida financeira do país” (SCAFF, 2010, p. 137).

Assim, se no campo dos ingressos públicos o texto constitucional prevê as manifestações econômicas ou jurídicas que possam ter como consectário a cobrança de tributos, estabelecendo

inclusive a qual ente político compete esta tarefa, no ambiente dos dispêndios públicos existe uma plêiade de normas que formam o sistema orçamentário e se prestam a disponibilizar um instrumento que propicie e assegure o planejamento dos desembolsos públicos, inclusive aqueles que tenham origem em decisões judiciais (SCAFF, 2010, p. 137).

O sistema orçamentário previsto no texto constitucional está emoldurado de forma a “funcionar como um funil”, onde primeiramente se constrói o Plano Plurianual (artigo 165 I), no qual se definem os gastos e investimentos em uma maior amplitude. Consentâneo com o Plano Plurianual, deverá ser aviado ao Congresso Nacional a Lei das Diretrizes Orçamentárias (artigo 165 II), a qual tem por incumbência “[...] indicar as metas e as prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, dispõe sobre as alterações na legislação tributária e estabelece as políticas das agências de fomento”. Por fim, se idealiza a Lei Orçamentária Anual (artigo 165 III), a qual tem por atribuição principal administrar financeira e administrativa-mente o país, sendo composta pelo orçamento fiscal, de investimento e da seguridade social (SCAFF, 2010, p. 138).

De outra parte, e ainda o sobre a questão orçamentária, incumbe destacar que artigo 167 da CF veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam aos créditos orçamentários ou adicionais, a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (SCAFF, 2010, p. 139).

Disto tudo não resultam dúvidas de que os gastos públicos se subordinam a uma conjunção de normas imperativas de foro constitucional e infraconstitucional que estão a agrilhoar a ação do Estado.

Contudo, não se pode perder de vista que a necessidade da criação do orçamento e de se impor limites aos gastos do poder público surge como decorrência dos limites impostos ao Estado, caracterizando as democracias constitucionais, vez que não se mostra aceitável submeter os indivíduos ao ônus da pagar tributos e não impor limites aos dispêndios perpetrados com tais recursos. Entretanto, ainda que se possa argumentar que existem limites orçamentários a serem respeitados, tal fato não é imutável, sendo antes resultado de decisões políticas e, por isto, podem ser juridicamente ou mesmo judicialmente contestadas, principalmente, no que se refere às suas regras de elaboração (LOPES, 2010, p. 160).

A deliberação de onde e como expender as verbas públicas é “[...] fundamentalmente uma decisão política” a qual se operacionaliza pela elaboração de um plano de ação e de seu delineamento na peça orçamentária, indicando as fontes disponíveis para o seu atendimento e, por fim, se efetuando o gasto. Assim, a decisão política antes mencionada se insere em um “[...] documento solene de previsão de despesas”, e este último exige prévia autorização legislativa, a qual se dá por meio da lei orçamentária (OLIVEIRA, 2011, p. 292).

Importa ressaltar que a lei orçamentária não outorga direitos subjetivos, constituindo-se, de acordo com a doutrina dominante, em uma lei formal, ou seja, norma de efeitos meramente concretos (MENDONÇA, 2010, p. 375). Inobstante esta conclusão, é digno de nota mencionar que no âmbito de ADI nº 4.048 o STF (BRASIL, 2008) quando instado a se pronunciar sobre a possibilidade de controle concentrado da lei orçamentária, decidiu que, em sendo esta

formalmente lei, tal controle pode ser levado a efeito visto que estariam automaticamente preenchidos os requisitos da generalidade, abstração e impessoalidade.

Em que pese o novel posicionamento do STF, é lugar comum comungar com a idéia de que a lei orçamentária consiste apenas em uma previsão de receitas e autorização de gastos, daí a expressão “orçamento autorizativo” (MENDONÇA, 2010, p. 375).

Por orçamento autorizativo entende-se o “[...] poder de não gastar”, visto que o texto constitucional não consente que sejam realizadas despesas sem a correspondente previsão orçamentária. Infere-se daí que, no âmbito de um orçamento autorizativo, a administração não poderá utilizar os recursos públicos a partir de uma deliberação autônoma, sendo sua liberdade de ação restrita a tão somente não realizar as estimativas de gastos (MENDONÇA, 2010, p. 375-376).

Tal condição não implica dizer que a verba pública ora economizada possa ser destinada a outras finalidades, ao contrário, nada se poderá fazer, visto que não é permitido o desenvolvimento de atividades estatais sem que exista uma previsão orçamentária para tanto (MENDONÇA, 2010, p. 376).

Por seu turno, parece ser evidente em nossa sociedade que a questão relativa às despesas públicas fica menosprezada frente a receita, uma vez que assim que a sociedade se aparta do seu dinheiro (carreado aos cofres públicos, sobretudo, na forma de tributos) esquece que o montante arrecadado continua sendo seu e, como tal, “[...] deveria ser aplicado com o seu conhecimento e em seu benefício”. Destarte, apresenta-se paradoxal o fato de os representantes da sociedade estabelecerem regras que gerem arrecadação para o Estado e, com isto, ser planejado um nível de investimentos harmonizáveis com esta arrecadação autorizada, mas seja outorgado ao “[...] Poder executivo a faculdade de ignorar as escolhas orçamentárias para produzir superávit.” (MENDONÇA, 2010, p. 386-388). Esta assertiva nos leva a encarar a necessidade de efetivação da peça orçamentária, enquanto dimensão jurídica da reserva do possível.

Nesta toada, o conceito de efetividade da norma orçamentária guarda relação com o seu cumprimento. Desta forma, ao falar-se de efetividade está-se a referir sobre a “[...] realização do direito, o desempenho concreto da função social” e que retrata 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.” (BARROSO, 2013, p. 234-244).

Presentes estas considerações, ao tratar os direitos fundamentais enquanto “[...] geradores de expectativas jurídicas imperativas”, estar-se-á a assegurar uma evolução no que se refere a “teoria brasileira da eficácia dos direitos fundamentais (sobretudo prestacionais)”, visto que, sob esta ótica, as “[...] expectativas geradas pelos direitos fundamentais são do tipo que sempre criam vínculos jurídicos obrigacionais e, portanto, dever jurídico de responsividade.” (STRAPAZON, 2012, p. 521).

Tal situação decorre do fato de que os sistemas democráticos que “[...] estabelecem expectativas imperativas (ou seja, direitos fundamentais)”, não podem admitir ou mesmo coexistir com atos ou omissões que impeçam a sua real efetivação, e tampouco podem ficar ao livre arbítrio de sujeitos privados ou dos representantes políticos, visto que é próprio do regime democrático que ao cidadão se arroga a prerrogativa de exigir a realização daqueles direitos, ainda que pela via judicial (STRAPAZON, 2012, p. 521-522).

Considerando a posição de primazia de que gozam as normas de direitos fundamentais, consectário da perspectiva objetiva destes direitos, necessário se ter em conta que a decisão so-

bre as prestações a serem implementadas pelo Estado não pode ser deixada para a “[...] maioria parlamentar simples.” (ALEXY, 2011, p. 450).

As alternativas dos dispêndios públicos não se cingem à deliberação política. Se a Constituição determina, entre seus objetivos nucleares, a “[...] garantia e a promoção dos direitos fundamentais”, e que é por meio das políticas públicas que os propósitos constitucionais estabelecidos podem ser concretizados sistematicamente, e sendo condição básica para o desenvolvimento das políticas públicas o dispêndio de recursos públicos, pode-se adotar como premissa que é na conformação dos dispêndios públicos que os objetivos constitucionalmente previstos encontrarão terreno para serem levados a efeito (BARCELLOS, 2010, p. 106-107).

A promoção e preservação da dignidade da pessoa humana foram alçadas pelo texto constitucional à condição de metas prioritárias e objetivos fundamentais, obrigando as autoridades públicas observá-las e concretizá-las, sendo que a despesa pública se apresenta como instrumento apto para se alvejar tais metas (BARCELLOS, 2010, p. 283).

Deste modo, as prioridades em matéria de dispêndios públicos devem ser fixadas a partir dos ditames constitucionais, de forma que a atividade de conformação da despesa pública, a qual finaliza processo da atividade financeira do Estado, deve se subordinar ao preceito constitucional (BARCELLOS, 2011, p. 283).

Porém, o atual sistema orçamentário, sobretudo na sua expressão designada como orçamento autorizativo, permite também que seja desrespeitada a Constituição em seus aspectos fundamentais, sendo que esta situação pode e deve ser reconhecida e afastada pelo Poder Judiciário (MENDONÇA, 2010, p. 375).

#### 4 CONCLUSÃO

A concretização de direitos sociais por meio de políticas públicas, e de acordo com o até aqui defendido, exige um planejamento rigoroso das ações do poder público, o qual deve ser precedido de uma análise financeira amudada sobre a receita pública disponível, e, sobretudo, acerca dos dispêndios públicos a serem executados.

De forma especial, há de se ter claro quais são os grupos socioeconômicos que serão beneficiados pelas ações estatais, a fim de que não sejam incorridos erros em seu financiamento ao se procurar obter recursos, via tributação, de quem tenha a capacidade contributiva reduzida, ou mesmo para que não sejam destinados recursos a grupos sociais que deles não necessitam, o que implicaria em uma “[...] verdadeira ‘captura’ dos benefícios sociais por uma camada da sociedade que deles podem prescindir, e deixando de lado os verdadeiros destinatários daquelas políticas.” (SCAFF, 2010, p. 136).

O discernimento de que a promoção de direitos sociais implica em custos, e a constatação de que não existem meios suficientes para atender a plenitude das demandas, conduz à conclusão de que não é simplesmente a extenuação das verbas orçamentárias que malogram a efetivação de um determinado direito, mas antes e principalmente, “[...] é a opção política de não gastar dinheiro com aquele mesmo ‘direito’.” Deste modo, a alegação da “exaustão da capacidade orçamentária” é adequada exclusivamente para “[...] encobrir as trágicas escolhas que deixaram de fora do universo do possível a tutela de um determinado ‘direito’.” (GALDINO, 2002, p. 214).

Virgílio Afonso da Silva destaca que não se pode descurar que os direitos sociais devem ser realizados da melhor forma possível, considerando as condições fáticas e jurídicas existentes. Aduz ainda que a utilização de “[...] conceitos como o ‘mínimo existencial’ ou a ‘reserva do possível’ só fazem sentido diante desse arcabouço teórico”. Deste modo, e para o autor, o mínimo existencial se perfaz em direitos sociais possíveis de se concretizarem se consideradas as condições fáticas e jurídicas postas, as quais, por sua vez, guardam conexão com ideia daquilo que se designou de reserva do possível (SILVA, 2009, p. 205).

Entretanto, Virgílio esclarece que esta concepção, ao revés de representar uma guinada no sentido de desproteger os direitos sociais pela conduta de se subordinar a realização destes à verificação das condições fáticas e jurídicas de cada situação concreta, antes, o paradigma por ele advogado, promove e conduz a uma “[...] proteção mais eficiente, ou, pelo menos, para uma maior transparência no trato dos direitos sociais [...]”, em especial, pelo fato de que, ao se aceitar a possibilidade de refreamento dos direitos sociais, os quais o Estado deveria realizar conforme e de acordo com as condições fáticas e jurídicas existente, impõe-se ao poder público o dever de que tais restrições sejam fundamentadas, e deste modo, possibilitaria à sociedade um maior controle nesta seara (SILVA, 2009, p. 251-254).

Nesta linha de argumentação, o que se quer demonstrar é que a definição de políticas públicas (como gastar os recursos públicos) no âmbito de direitos sociais deve ser discutida e controlada por toda a sociedade, cabendo a esta a verificação da consonância do legislador aos ditames constitucionais que emolduram sua ação, não escapando deste controle a fiscalização da regular atuação do Poder Executivo quando da execução das políticas públicas.

Por sua vez, ainda que seja incontestável a possibilidade de se submeter uma política pública ao controle judicial, e se justifica esta possibilidade por conta do raciocínio de que o Poder Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que estas se expressam em direitos, a ingerência do Poder Judiciário sobre a efetividade das políticas públicas deve ser analisada à luz das dimensões da reserva do possível, visto que a pulverização de demandas judiciais que reivindicam de forma individual a concessão de direitos sociais pode desaguar na desorganização das políticas públicas por empecer o seu cerne, qual seja, o planejamento (BUCCI, 2006, p. 35-36).

Não se pode obliterar que o impacto da reserva do possível poderá ser minorado mediante o controle judicial das decisões políticas sobre da alocação de recursos, “[...] inclusive no que diz com a transparência das decisões e a viabilização do controle social sobre a aplicação dos recursos alocados no âmbito do processo político.” (FIGUEIREDO, 2010, p. 34).

Ainda neste diapasão, impende destacar que o combate à corrupção e a má verbação das verbas públicas, a estruturação de um sistema tributário racional e o controle dos recursos orçamentários, acompanhada de uma “[...] cruzada contra a sonegação e a economia informal”, são instrumentos que possibilitam se chegar a um patamar ao “[...] menos razoável de efetividade dos direitos fundamentais.” (SARLET, 2012, p. 370).

Neste contexto, revela-se importante o papel a ser destinado aos princípios da moralidade e probidade administrativas, os quais permitem, se observados forem, sobreestimar a eficácia e efetivação dos direitos sociais, visto que estes também estão a depender de uma conduta ilibada da administração pública (SARLET, 2012, p. 370).

É de curial importância enfatizar que quanto mais escassa a disponibilidade de recursos, mais se necessita de um debate responsável acerca de sua destinação, o que conduz à necessidade

de buscar o aprimoramento das ferramentas de gerenciamento democrático do orçamento público, assim como do próprio processo de supervisão das políticas públicas, promovendo a ampliação do acesso à justiça enquanto direito de ter os direitos sociais fundamentais efetivados (FIGUEIREDO, 2010, p. 31).

Em consonância com o até aqui exposto, não se discute a sindicabilidade por meio de ações judiciais de direitos sociais cuja realização os Poderes Públicos se encontram inertes ou relapsos, contudo, ainda que se reconheçam parâmetros de conteúdo os quais agentes públicos não podem escapar, e a dignidade da pessoa humana, a liberdade material e a igualdade formal são exemplos desta situação, há de ter presente que direitos sociais impõe custos e que existem limites e condutas previamente estipuladas no texto constitucional, que regram a ação do Estado em seu agir.

Os direitos sociais existem e o seu respeito e concretização é parte essencial do regime de Estado Social que somos, contudo, a implementação destes direitos não pode ser perseguida de forma disjungida da realidade que a circunda, sendo que esta necessária interação foi prevista e disciplinada pelo texto constitucional, daí mister se faz uma leitura dos direitos sociais sopesada com a dos demais dispositivos constitucionais que regram, em especial, a ordem tributária e a ordem econômica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e Conflitos entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. 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 (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 out. 2013.

BRASIL. Lei n. 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 maio 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2014.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 out. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2014.

BRASIL. Lei n. 12.839, de 09 de julho de 2013. Reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep, da Cofins, da Contribuição para... *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jul. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12839.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12839.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45*. Relator: Min. Celso de Mello. Decisão em 29 abr. 2004. Publicação em 04 maio 2004. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 537610*. Relator: Min. Cesar Peluso. Decisão em 01 dez. 2009. Publicação em 18 dez. 2009. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2492317>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A causa final e a regra-matriz das contribuições. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Curso de direito tributário e finanças públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LEDUR, Jose Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LOBO, Ricardo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- LOPES, Jose Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Brasília. [20-?]. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasalta>>. Acesso em: 20 abr. 2014.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PAULSEN, Leandro. Do dever fundamental de colaboração com a administração tributária. *Revista Tributária das Américas*, v. 5, n. 5, jan./jun. 2012.
- RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Demonstrativo de gastos tributários PLOA 2014 (DGT 2014)*. Brasília. [2013?]. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributario/bens-tributarios/2014/DGT2014.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2014.
- RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Fato gerador: resultado do 2º semestre de 2013*. Brasília. [2014]. Disponível em: <[www.receita.fazenda.gov.br/instituicao/publicacoes/Fato\\_Gerador\\_6ed.pdf](http://www.receita.fazenda.gov.br/instituicao/publicacoes/Fato_Gerador_6ed.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SCAFF, Fernando Cury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. In: MARTINS, Leonardo (Org.). Tradução Beatriz Henning et al. Berlin: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- STRAPAZZON, Carlos Luiz. Âmbito de proteção dos direitos fundamentais de seguridade social: o orçamento da seguridade social. In: XAVIER, Narciso Leandro Baez; SILVA, Rogério Luiz Néry da; SMORTO, Guido (Org.). *Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais? Uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

# DIGNIDADE HUMANA E POLÍTICAS PÚBLICAS EM MEIO AMBIENTE NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Denis Silvano Domingues  
Thaís Janaina Wenczenovicz\*

## RESUMO

A ontologia da Dignidade da Pessoa Humana é construída historicamente e vem sendo aplicada pelos Estados através de políticas públicas em cada momento histórico do desenvolvimento humano. A constituição das políticas públicas geralmente é compreendida a partir de uma visão da totalidade das relações sociais e o papel do Estado como agente deste processo realizando sua ação no interior de suas contradições internas e pressões externas. Para compreender o significado da problemática ambiental contemporânea e as Políticas Públicas, há que ter presente as circunstâncias históricas desse movimento em nível internacional, bem como captar em breves traços as suas origens e evolução e os antecedentes que influenciaram a substância e a direção das ações em consonância as nacionais. O presente artigo tem por objetivo fomentar uma reflexão acerca das políticas públicas em meio ambiente asseguradas constitucionalmente frente aos novos contornos da legislação que regulamenta a temática ambiental. O devido estudo também aborda alguns elementos da evolução legislativa constitucional e seus efeitos, diretos e indiretos, incorporando os anseios da sociedade que os titulariza. Nessa assertiva pretende-se elencar o papel singular das políticas públicas no agir local com pensamento global hábil na (des)construção de um novo paradigma em consonância a dignidade humana.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Meio Ambiente. Políticas Públicas.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca contribuir para uma reflexão em torno dos seguintes eixos: Dignidade Humana, Políticas Públicas e Meio Ambiente. Também se propõe caracterizar a evolução das políticas públicas ambientais e da dignidade humana no Brasil contemporâneo e as suas tendências internas a partir da emergência da questão ambiental. Sabe-se que a evolução da política ambiental pode ser descrita através de importantes marcos de referência, isto é, grandes acontecimentos internacionais ocorridos a partir da segunda metade do século XX, que influenciaram o curso das políticas ambientais no mundo e, conseqüentemente, no Brasil. Houve, nesse período, o desenvolvimento de três óticas em relação à questão ambiental: a ótica corretiva (preponderante nos anos 1970), a ótica preventiva (preponderante nos anos 1980) e finalmente, a ótica integradora (característica dos anos 1990), que fornece a base teórica para a elaboração das ações políticas ambientais atuais.

Observa-se também que a política ambiental brasileira propriamente dita se desenvolveu de forma tardia se comparada às demais políticas setoriais brasileiras, numa ação basicamente de 'resposta' às exigências do movimento internacional ambientalista. Na hipótese defendida pelo presente trabalho, a abordagem setorial corretiva e não integrada da questão ambiental por parte

---

\* t.wenze@terra.com.br

dos elaboradores de políticas públicas brasileira, aliada à visão governamental da época de que a proteção ambiental não deveria sacrificar o desenvolvimento econômico do país, constituíram-se os principais entraves para a inserção do componente da sustentabilidade no modelo de desenvolvimento econômico brasileiro.

Durante séculos, o desenvolvimento econômico decorrente da Revolução Industrial impediu que os problemas ambientais fossem considerados relevantes. O meio ambiente era predominantemente visto como acessório do desenvolvimento, e não como parte intrínseca dele. A poluição no ar, água e terra, bem como os impactos ambientais do desenvolvimento desordenado eram visíveis, mas os benefícios proporcionados pelo progresso os justificavam como um “mal necessário”, algo com que se deveria resignar (GOLDEMBERG; BARBOSA, 2004, p. 31).

O primeiro país que primeiro percebeu a necessidade e urgência da intervenção do poder público sobre as questões ambientais foram os Estados Unidos, ainda na década de 1960. Paradoxalmente, o país considerado o paraíso do não-intervencionismo foi o que primeiro promoveu a intervenção regulamentadora no meio ambiente, através da “Avaliação dos Impactos Ambientais” (AIA), formalizada nos Estados Unidos em 1969.

Já no Brasil, a política ambiental brasileira nasceu e se desenvolveu nos últimos quarenta anos como resultado da ação de movimentos sociais locais e de pressões provenientes essencialmente dos movimentos internacionais. Do pós-guerra até 1972 - ano da Conferência de Estocolmo -, não havia propriamente uma política ambiental, mas sim, políticas que acabaram resultando nela. Os temas predominantes eram o fomento à exploração dos recursos naturais, o desbravamento do território, o saneamento rural, a educação sanitária e os embates entre os interesses econômicos internos e externos. A legislação que dava base a essa política era formada pelos seguintes códigos: de águas (1934), florestal (1965) e de caça e pesca (1967) prosseguidos pelos demais (BREDARIOL, 2001, 16).

O devido artigo divide-se em quatro partes. A primeira intitula-se Sobre Políticas Públicas: reflexões pontuais espaço a qual se discute questões conceituais acerca da temática. A segunda desdobra-se para conceituar e garantir inferências acerca da Dignidade Humana e as Políticas Públicas. A terceira parte denominada Políticas Públicas e Legislação Ambiental: trajetória e historicidade traça elementos evolutivos acerca da efetivação de Políticas Públicas no plano ambiental. A última e quarta parte aponta sobre a (In)Eficácia das Políticas Públicas em Meio Ambiente.

O procedimento metodológico aqui utilizado é o analítico-interpretativo-reconstrutivo de investigação bibliográfica principal (Constituições e Legislação Ambiental) e secundária (bibliográfica - diversos autores) em um entrelaçamento interdisciplinar a fim de observar que diversos autores tem apontado amplamente a necessidade do abandono do dualismo entre a sociedade e a natureza, buscando nova compreensão de uma relação entendida para além de mera influência do meio sobre os homens ou vice-versa. Se considerarmos a sociedade e a natureza em seu devir histórico, percebemos que as significações e os simbolismos construídos acerca da natureza são tão dinâmicos e mutáveis quanto as identidades que as sociedades constroem para si e posterior apresentam-se em forma de marco legal.

## 2 SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS: REFLEXÕES PONTUAIS

Partindo da historicidade do termo, pode-se dizer que Políticas Públicas possuem múltiplos conceitos, sem uma vertente única, nem melhor, mas diversificada. Mead (1995, p. 9) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas. Lynn (1980, p. 13) a define como um conjunto específico de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Já Peters (1986, p. 11) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos.

Diversas outras definições enfatizam o papel da política pública na solução de problemas. Críticos dessas definições, que superestimam aspectos racionais e procedimentais das políticas públicas, argumentam que elas ignoram a essência da política pública, isto é, o embate em torno de ideias e interesses. Pode-se também acrescentar que, por concentrarem o foco no papel dos governos, essas definições deixam de lado o seu aspecto conflituoso e os limites que cercam as decisões dos governos. Deixam também de fora possibilidades de cooperação que podem ocorrer entre os governos e outras instituições e grupos sociais.

Nessa assertiva pode-se, então, indicar o que seja política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações e/ou entender por que e como as ações tomaram certo rumo em lugar de outro (variável dependente). Em outras palavras, o processo de formulação de política pública é aquele através do qual os governos traduzem seus propósitos em programas e ações, que produzirão resultados ou as mudanças desejadas no mundo real.

Enquanto tipologia, as Políticas Públicas estão categorizadas e dispostas em seis segmentos. A maioria dos modelos de análises se inspiram no tradicional modelo sugerido por Lowi (1972, p. 298):

- a) Políticas Distributivas;
- b) Políticas Constitutivas ou de infraestrutura;
- c) Políticas Regulamentares;
- d) Políticas Redistributivas;
- e) Políticas Específicas;
- f) Política do sai, segundo a pensadora contemporânea Germana Assis Pinto.

Em alude a categorização o que deve ser observado é que as Políticas Públicas não se limitam apenas a uma norma, mas a um complexo de normas e decisões dos Poderes Públicos, consubstanciando-se em uma natureza heterogênea, do ponto de vista jurídico.

## 3 DIGNIDADE HUMANA E POLÍTICAS PÚBLICAS

Buscar a essência da Dignidade da Pessoa Humana em consonância as Políticas Públicas é analisar a própria condição humana e investigar “o que é o Homem” e por que o Homem tem uma dignidade. Infere também apontar que a temática merece respeito e consideração dos pares e da

organização estatal de forma mais elaborada que merecem os bens, em paralelo a outros seres no mundo ou a própria organização social do Homem.

É plausível apontar que o conceito de Dignidade da Pessoa Humana não é estático e imutável e sim que depende das condições históricas e sociais e se altera com as mudanças sociais, mormente na relação de poder entre Estado e Homem. Historicamente, nessa dicotomia entre poder estatal e Direitos do Homem, vislumbra-se o nascedouro dos Direitos do Homem, ou a proto-história dos Direitos Humanos.

Em Kant (2008), Dignidade Humana tem valor absoluto, incomparável ao valor das coisas não-humanas. As coisas podem ser substituídas, entretanto o ser humano é insubstituível e um fim em si mesmo, o que constitui sua dignidade. Um ser humano não pode ser substituído por outro ou por qualquer coisa ou conjunto de coisas. O ser humano, cada ser humano, é detentor de um valor absoluto.

Mendes acrescenta: “É o princípio da dignidade da pessoa humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.” (MENDES, 2007, p. 227). Hodiernamente não há sistema político que não perpassa pelo conceito filosófico de Dignidade da Pessoa Humana conforme traços propostos em Fundamentação da Metafísica dos Costumes através de imperativos éticos.

Como apontado, em Kant, extrai-se que o Homem é, além de ser natural um ser racional e é esta natureza racional humana que deve prevalecer em suas relações sociais. As máximas morais kantianas acompanham o conceito de Dignidade da Pessoa Humana, quando propõe que a humanidade, tanto na pessoa do agente quanto na personalidade de terceiros, seja tratada sempre como fim e nunca como meio, destacando que:

[...] os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). (KANT, 2002, p. 58).

Nessa assertiva, os seres humanos, portadores de razão, têm dignidade, enquanto as coisas têm preço. Apenas os seres humanos têm liberdade e vontade. Não há preço para o ser humano. Não há nada de mais valor que um ser humano, que está acima de qualquer preço, pois possui o atributo da dignidade.

A compreensão das Políticas Públicas e a Dignidade Humana perpassa a compreensão de uma sociedade e da própria condição humana em organização social. As políticas públicas, parte do processo governamental, devem respeitar a Dignidade da Pessoa Humana conforme aludido, sob pena de frustrar seu fim.

Não seria útil a previsão constitucional e legal da Dignidade da Pessoa Humana e um rol de Direitos Fundamentais e compromissos internacionais de Direitos Humanos se tais preceitos não fossem aplicados no Estado através de suas políticas públicas, sem olvidar da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. É através da teoria da Administração Pública Contemporânea que se pode compreender o desenvolvimento da *praxis* da Teoria dos Direitos Fundamentais.

Conhecer uma sociedade exige a compreensão das relações entre os Homens de forma horizontal e da relação entre os Homens e o Estado-Poder. Este último campo se dá através das políticas públicas estipuladas em um certo contexto histórico e espacial. E, nesse estudo o olhar e a análise circunda a Dignidade Humana e as Políticas Públicas Ambientais, considerando que não é possível conceber dignidade existencial sem categorizar o homem em seu habitat.

Há uma teoria tradicional racional em que as decisões do Estado devem ser racionais e lastreadas no atingimento dos objetivos a um menor custo e tempo. Um dos princípios constitucionais inscritos no artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) exige eficiência na aplicação dos recursos públicos. Mas o trabalho dos humanistas organizacionais na formulação das políticas públicas, voltados ao Homem, serviu bem para constatar as limitações da perspectiva racional da elaboração de Políticas Públicas.

Para políticas públicas direcionadas ao respeito e à dignidade das pessoas, o teórico da Administração Pública, Denhardt, propõe um Novo Serviço Público. Denhardt levantou em sua teoria falhas na atuação do modelo racional na Administração Pública, pois na administração racional [...] o papel das organizações públicas consiste simplesmente em descobrir os meios mais eficientes para os fins politicamente dados. Mas, como vimos, a dicotomia entre política e administração não reflete a prática.” (DENHARDT, 2012, p. 219).

Especificamente quanto à Teoria da Dignidade da Pessoa Humana, Denhardt expõe que na administração racional “[...] os mecanismos de controle das organizações complexas trivializam a interação pessoal de tal forma que os indivíduos se tornam simples objetos a serem usados no processo de produção.” (DENHARDT, 2012, p. 220).

Tornar seres humanos objetos é o que há de mais afastado do conceito filosófico de Dignidade da Pessoa Humana, especificamente no iluminista Kant acima citado e cotejado pela doutrina jurídica nacional para explicar a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Deve-se buscar a humanização na gestão e aplicação de políticas públicas, sob pena de frustrar o Homem, fim último do Estado.

O professor Denhardt também reforça tal perspectiva quando aduz que “[...] não conseguiremos simplesmente garantir um ambiente moral para nossas ações, incluindo nossas ações organizacionais, dentro de um contexto limitado apenas por racionalidade instrumental.” (DENHARDT, 2012, p. 221).

É importante asseverar que as Políticas públicas sob modelo racional geraram barbáries no século XX e mantém de algum modo no século XXI, onde seres humanos não pertencentes às maiorias são dizimados sob pálio de obediência a um ordenamento jurídico e políticas públicas do estado centralizador.

Adams e Balfour examinam [...] diversos exemplos de perversidade administrativa, começando com o holocausto, passando pelo envolvimento de Werner Von Braun no programa espacial dos Estados Unidos e, finalmente, abordando o desastre do ônibus espacial Challenger. Observe-se que a máscara que oculta a perversidade administrativa nesses casos e em outros mais comuns é a dominação da racionalidade técnica em nosso pensamento sobre as organizações públicas. (DENHARDT, 2012, p. 221).

O Novo Serviço Público é o cerne da Teoria da Administração Pública de Denhardt, tornando a democracia o ponto central da Administração Pública, através de uma administração mais humanística. A gestão pública se dá para cidadãos, não consumidores. A gestão pretende-se cidadã, inclusiva e democrática, devendo focar-se em pessoas, não na produtividade ou ideologismos.

Cumpra-se dizer que há desafios à Administração Pública - enquanto Políticas Públicas - considerando a complexidade da sociedade brasileira, onde há conflitos entre culturas e povos dentro de um território continental. A aplicação de políticas públicas de um governo central em na temática ambiental, mesmo com lastro na Dignidade da Pessoa Humana e nos históricos dos Direitos Humanos, pode malferir e desrespeitar preceitos básicos da cultura sócio-ambiental, bem como apresentar-se como ineficiente ao aproximarmos da diversidade dos recursos ambientais existentes no Brasil.

#### **4 POLÍTICAS PÚBLICAS E LEGISLAÇÃO AMBIENTAL: TRAJETÓRIA E HISTORICIDADE**

O reconhecimento da importância dos recursos ambientais no Brasil remonta ao período do descobrimento, quando em carta datada de 1º de maio de 1500, enviada ao Rei de Portugal, Pero Vaz de Caminha relata as belezas naturais e o patrimônio existentes neste país. Com a vinda da Família Real para o Brasil foi criado o Jardim Botânico do Rio de Janeiro, em 13 de junho de 1808 e demais movimentos e atos administrativos que consolidaram a intencionalidade do colonizador acerca da questão ambiental.

Como já apontado, até a década de 50, não havia no Brasil uma preocupação global com os aspectos ambientais, exceto a exploratória, beirando aos aspectos pontuais que se relacionavam aos cadentes problemas do cotidiano administrativo. As normas existentes limitavam-se aos aspectos relacionados com o saneamento, a conservação e a preservação do patrimônio natural, histórico e artístico, e à solução de problemas provocados por secas e enchentes.

O período compreendido entre 1930 a 1950 caracterizou-se pela industrialização com base na substituição de importações. Nesse período, o país foi dotado de alguns instrumentos legais e de órgãos públicos que refletiam as áreas de interesse da época e que, de alguma forma, estavam relacionados à área do meio ambiente, tais como: o Código de Águas - Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934; o Departamento Nacional de Obras de Saneamento (DNOS); o Departamento Nacional de Obras contra a Seca (DNOCS); a Patrulha Costeira e o Serviço Especial de Saúde Pública (SESP).

As medidas de conservação e preservação do patrimônio natural, histórico e artístico mais significativo, no período acima referido, foram: a criação de parques nacionais e de florestas protegidas nas regiões Nordeste, Sul e Sudeste; o estabelecimento de normas de proteção dos animais; a promulgação dos códigos de floresta, de águas e de minas; a organização do patrimônio histórico e artístico; a disposição sobre a proteção de depósitos fossilíferos, e a criação, em 1948, da Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza (INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS 2014).

Com o advento da década de 60, o Governo brasileiro se compromete com a conservação e a preservação do meio ambiente, efetivadas por meio de sua participação em convenções e reuniões internacionais, como por exemplo, a Conferência Internacional promovida pela UNESCO, em 1968, sobre a Utilização Racional e a Conservação dos Recursos da Biosfera. Nessa ocasião foram

definidas as bases para a criação de um programa internacional dedicado ao Homem e à Biosfera (MAB - Man and Biosphere), que foi efetivamente criado em 1970. O Brasil, como membro das Nações Unidas, também assinou acordos, pactos e termos de responsabilidade entre países, no âmbito da Declaração de Soberania dos Recursos Naturais (FERREIRA, 1998, p. 82).

A década de 70 foi marcada pelo agravamento dos problemas ambientais, e, consequentemente, pela tomada de consciência sobre a candência do tema em todo o mundo. No período de 21 a 27 de agosto de 1971, foi realizado, em Brasília, o I Simpósio sobre Poluição Ambiental, por iniciativa da Comissão Especial sobre Poluição Ambiental da Câmara dos Deputados. Deste Simpósio participaram pesquisadores e técnicos do País e do exterior, com o objetivo de colher subsídios para um estudo global do problema da poluição ambiental no Brasil.

No entanto, somente após a participação da delegação brasileira na Conferência das Nações Unidas para o Ambiente Humano, realizada em 1972, em Estocolmo, Suécia, é que medidas efetivas foram tomadas com relação ao meio ambiente no Brasil. Participaram do evento representantes de aproximadamente 113 nações, 90% dos quais pertenciam ao grupo dos países em desenvolvimento. Nessa época, apenas 16 deles possuíam entidades de proteção ambiental. Os delegados dos países em desenvolvimento, liderados pela delegação brasileira, defendiam seu direito às oportunidades de crescimento econômico a qualquer custo. Ao final, foi proclamada, como forma ideal de planejamento ambiental, aquela que associasse a prudência ecológica às ações pró-desenvolvimento, isto é, o ecodesenvolvimento (CARVALHO, 1987, p. 71).

Esses países conseguiram ainda aprovar a declaração de que o subdesenvolvimento era uma das mais frequentes causas da poluição no mundo contemporâneo, devendo, portanto, o controle da poluição ambiental ser considerado um subprograma de desenvolvimento, e a ação conjunta de todos os governos e organismos supranacionais convergir para a erradicação da miséria no mundo.

Nessa Conferência foram aprovados 25 princípios fundamentais que orientaram as ações internacionais na área ambiental, tais como: a valorização do homem dentro do ambiente como ser que o transforma, mas que depende dele para sobreviver, e que o homem é o ser mais importante do mundo, pois promove o progresso social, cria riquezas e desenvolve a ciência e a tecnologia.

Ainda na década de 70, foi criada a Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA, pelo Decreto n. 73.030, de 30 de outubro de 1973, que se propôs a discutir junto à opinião pública a questão ambiental, fazendo com que as pessoas se preocupassem mais com o meio ambiente e evitassem atitudes predatórias. No entanto, a SEMA não contava com nenhum poder policial para atuar na defesa do meio ambiente (CARVALHO, 1987, p. 206).

Várias medidas legais foram tomadas posteriormente com o objetivo de preservar e conservar os recursos ambientais e de controlar as diversas formas de poluição. A SEMA dedicou-se a defender dois grandes objetivos: estar atenta à poluição, principalmente a de caráter industrial, mais visível, e proteger a natureza.

Em paralelo, em 1968, tem início na Europa um movimento que se preocupava com os problemas ambientais nos seus países e no mundo, denominado Clube de Roma. Seus participantes - especialistas de várias áreas do conhecimento humano - reuniram-se em Roma para discutir a crise daquele momento e as crises futuras da humanidade.

Em 1972, o Clube de Roma publicou o seu relatório *The Limits of Growth* (Os limites do Crescimento), que alertava para o fato de que a humanidade teria, obrigatoriamente, um limite

de crescimento com o modelo econômico então praticado, baseado no consumo exacerbado e altamente concentrado em poucas nações. Poucos meses depois se realizou em Estocolmo, Suécia, a Conferência da ONU sobre o Ambiente Humano, de onde saiu um documento intitulado “Declaração sobre o Ambiente Humano”. A Declaração reconheceu a importância da Educação Ambiental como o elemento crítico para o combate à crise ambiental no mundo, enfatizando a premência de o homem reordenar suas prioridades (CARVALHO, 1987, p. 206-209).

Em 1977, a UNESCO-PNUMA promoveu a Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental, que influenciou a adoção dessa disciplina nas universidades brasileiras e posterior impulsionou a adoção de conteúdos nos níveis primário e secundário - atual Ensino Fundamental e Médio.

O Governo Federal, por intermédio da SEMA, instituiu em 1981 a Política Nacional do Meio Ambiente, pela qual foi criado o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e instituído o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental. Por esse Cadastro foram definidos os instrumentos para a implementação da Política Nacional, dentre os quais o Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SINIMA). Foi criado, também, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) que tem poderes regulamentadores e estabelece padrões de meio ambiente (BREDARIOL, 2001, p. 18-19).

A SEMA propôs o que seria de fato a primeira lei ambiental, no País, destinada à proteção da natureza: a Lei n. 6.902, de 1981 - ano-chave em relação ao meio ambiente brasileiro. Essa medida permitiu a criação de diversas unidades de conservação pelo governo federal, dentre elas: parques nacionais, reservas biológicas, reservas ecológicas, estações ecológicas, áreas de proteção ambiental e áreas de relevante interesse ecológico. Nos estados e municípios a preocupação centrou-se na proteção de mananciais e cinturões verdes em torno de zonas industriais. Medidas relevantes considerando que em 1985, apenas 1,49% da área total do País estava declarada e/ou ocupada por unidades de conservação (BREDARIOL, 2001, p. 18-21).

No cenário internacional, por sua vez, a partir da Convenção de Viena (1985), uma nova ótica sobre a questão ambiental, agora preventiva, caracterizaria a década de 1980. Seus principais objetivos eram o de proteger a saúde humana e o meio ambiente contra os efeitos adversos possivelmente resultantes das atividades que modificavam a camada de ozônio, tais como o aquecimento global, o derretimento das calotas polares e a proliferação de doenças como o câncer de pele. De acordo com este novo enfoque, o mecanismo de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) - instrumento típico de prevenção - tornou-se uma condição a ser cumprida para obtenção de concessões para implantação de projetos possivelmente nocivos ao meio ambiente.

Como já destacado, a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, foi um passo decisivo para a formulação da política pública ambiental no Brasil. De forma singular, uma constituição dedicou um capítulo inteiro ao meio ambiente, dividindo entre o governo e a sociedade a responsabilidade pela sua preservação e conservação. A partir daí, foi criado o programa Nossa Natureza, que estabeleceu diretrizes para a execução de uma política ampla de proteção ambiental.

Já o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, foi criado pela Lei n. 7.735, de 22 de fevereiro de 1989. O IBAMA foi formado pela fusão de quatro entidades brasileiras que trabalhavam na área ambiental: Secretaria do Meio Ambiente - SEMA; Superintendência da Borracha - SUDHEVEA; Superintendência da Pesca - SUDEPE, e o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal - IBDF (BREDARIOL, 2001, p. 22).

Em 1990, foi criada a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República - SEMAM, ligada à Presidência da República, que tinha no IBAMA seu órgão gerenciador da questão ambiental, responsável por formular, coordenar, executar e fazer executar a Política Nacional do Meio Ambiente e da preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais renováveis.

Cabe também destacar que em 1992, mais precisamente de 3 a 14 de junho de 1992, realizou-se no Rio de Janeiro a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecida como Rio-92, da qual participaram 170 nações. A Rio-92 teve como principais objetivos:

- a) identificar estratégias regionais e globais para ações referentes às principais questões ambientais;
- b) examinar a situação ambiental do mundo e as mudanças ocorridas depois da Conferência de Estocolmo;
- c) examinar estratégias de promoção de desenvolvimento sustentado e de eliminação da pobreza nos países em desenvolvimento (BREDARIOL, 2001, p. 20-31).

Como resultado da pressão e organização da sociedade civil, a sociedade que vinha se organizando nas últimas décadas pressionava as autoridades brasileiras e exigia políticas públicas eficientes com vistas a proteção ao meio ambiente. Essas, preocupadas com a repercussão internacional das teses discutidas na Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente, determinaram, em 16 outubro de 1992, a criação do Ministério do Meio Ambiente - MMA, órgão de hierarquia superior, com o objetivo de estruturar a política do meio ambiente no Brasil.

Em 1998, foi aprovada a Lei de Crimes Ambientais no Brasil, considerada uma das mais avançadas do mundo. Condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente passaram a ser punidas civil, administrativa e criminalmente. A Lei não trata apenas de punições severas: ela incorpora métodos e possibilidades de não aplicação das penas, desde que o infrator recupere o dano ou, de outra forma, pague sua dívida à sociedade. Objetivou-se com esta Lei que órgãos ambientais e Ministério Público pudessem contar com um instrumento a mais que lhes garantisse agilidade e eficácia na punição dos infratores do meio ambiente.

Na primeira década do século XXI um evento de significativa divulgação agregou os debates acerca da temática ambiental e implantação de políticas públicas nas três esferas. Trata-se da Conferência Rio + 10. Realizada em Johannesburg, África do Sul, a Conferência Ambiental Rio +10 tinha por meta dar continuidade à discussão iniciada pela ECO-92. A discussão incidiu sobre ações mais voltadas à erradicação da pobreza, à globalização e às questões energéticas, tais como o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) e o Protocolo de Kyoto, bem como às mudanças climáticas, entre outros.

A Rio + 10 reconheceu a importância e a urgência da adoção de energias renováveis em todo o Planeta e considerou legítimo que os blocos regionais de países estabelecessem metas e prazos para cumpri-las. No entanto, não conseguiu fixá-las para todos os países, o que foi uma derrota, atenuada apenas pela decisão de que o progresso na implementação de energias renováveis seja revisto periodicamente pelas agências e instituições especializadas das Nações Unidas, o que abrirá assim caminhos para futuras negociações (RIGOTTO, 2002, p. 32).

## 5 (IN)EFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM MEIO AMBIENTE

O “Planeta Vida” clama por socorro, e não é de hoje. A questão ambiental é urgente e emergente. Como já descrito, a sobrevivência dele depende de todos, mas o papel principal cabe ao Estado, a quem incumbe a preservação ao dano, sendo esse o seu dever constitucional.

A temática ambiental alcançou tamanha singularidade que a proteção ao meio ambiente, na sua mais ampla concepção do termo, é medida urgente e emergente que não se podia mais fugir. Por outro lado, não significa dizer que as normas postas são plenamente eficazes, considerando que o legislador usou e abusou da inserção de “elementos normativos do tipo”, exagerando no emprego de verdadeiras “normas penais em branco”, pendentes de complementações, além da utilização reiterada de conceitos imprecisos e fluídos, dentre, “ato de abuso”, “níveis tais”, “destruição significativa”, “imprópria para ocupação humana”, “relevante interesse ambiental”.

Em sua Obra, Direito Ambiental, Antunes (2000) observa que:

O desenvolvimento econômico no Brasil sempre se fez de forma degradadora e poluidora, pois calcado na exportação de produtos primários, que eram extraídos sem qualquer preocupação com a sustentabilidade dos recursos, e, mesmo após o início da industrialização, não se teve qualquer cuidado com a preservação dos recursos ambientais. Atualmente, percebe-se a existência de vínculos bastante concretos entre a preservação ambiental e a atividade industrial. Esta mudança de concepção, contudo, não é linear e, sem dúvida, podemos encontrar diversas contradições e dificuldades na implementação de políticas industriais que levem em conta o fator ambiental e que, mais do que isto, estejam preocupadas em assegurar a sustentabilidade da utilização de recursos ambientais.

[...]

A concepção do desenvolvimento sustentado tem em vista a tentativa de conciliar a preservação dos recursos ambientais e o desenvolvimento econômico. Pretende-se que, sem o esgotamento desnecessário dos recursos ambientais, haja a possibilidade de garantir uma condição de vida mais digna e humana para milhões e milhões de pessoas, cujas atuais condições de vida são absolutamente inaceitáveis.

A Constituição Federal de 88, no seu Art. 225, § 3º, assim disciplina:

Art. 225. [...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Exatamente aqui reside a dificuldade de mensurar e quantificar, de forma imparcial e justa, a definição daqueles conceitos imprecisos contidos nas normas reguladoras. Qual o liame correto para determinar o que é “ato de abuso”, o que pode ser considerado como “níveis tais”, o que efetivamente é “destruição significativa”, no que consiste “imprópria para ocupação humana”, o que significa “relevante interesse ambiental”, dentre tantos outros termos que, conforme a época e o local onde está sob análise e interpretação, pode se moldar ao arbítrio segundo a ótica e interesse de quem os detém a titularidade, a propriedade e o interesse.

Neste cenário, em meio aos ditames legais vigentes, de acordo com os deveres de proteção, o Estado, naquilo que se designou de relação multipolar (CALLIESS, 2006) que se estabelece em função da proibição de excesso e da proibição de insuficiência, está vinculado,

simultaneamente, a respeitar os direitos fundamentais e atuar na proteção de tais direitos e outros bens constitucionais em relação aos quais incidem imperativos de tutela, incontáveis Políticas Públicas em Meio Ambiente foram e estão sendo implantadas, o que não significa dizer que plenamente eficazes.

Nesta quadra, um dos pilares da Administração Pública está na “supremacia do interesse público e coletivo em detrimento do privado e individual”, e aqui reside uma questão que não é unânime. Ao passo que o individual, se somado, passa a ser coletivo, mister mensurar sobre o direito e garantia fundamental, quando individual, mas inserido dentro do coletivo, se assim também não resta caracterizado.

Neste mesmo norte, todo o direito coletivo, se fracionado a tal ponto, alcança o individual, o que força a reconhecer que, em os direitos e garantias fundamentais individuais estando inseridos, como fração, nos direitos e garantias fundamentais coletivas, “a supremacia do interesse público e coletivo em detrimento do privado e individual”, como fundamento imutável, é posto em “xeque”.

Temos no nosso ordenamento pátrio, e nas legislações infraconstitucionais, um arcabouço jurídico que abarca uma superfície geográfica com uma gama de diversidades e peculiaridades que as normas reguladoras, por mais bem elaboradas e fundamentadas que sejam não conseguem atingir, na sua plenitude, a essência do espírito das Leis, o que também se aplica as Políticas Públicas vigentes na temática que envolve o Meio Ambiente.

Não raro, considerando as especificidades locais, podemos encontrar situações postas em que o conflito entre direitos e garantias, quer individuais ou coletivas, restam latentes, o que se configura mais peculiar, quando o bem tutelado é o Meio Ambiente e quando o Poder Público passa a ser sujeito com interesses diretos.

Quando o tema é o Meio Ambiente, conceitos de “utilização dos recursos naturais” e de “preservação do meio ambiente” passam, ou deveriam, centrar todo o agir dos agentes. Ocorre que tais conceitos alteram-se sobremaneira, geralmente incorporando maiores graus de austeridade a cada reforma administrativa, e tal fenômeno não é estranho à doutrina jurídica, pois os chamados direitos fundamentais, categoria normativa tutelada na Constituição Federal/88, é típico e natural que seus limites se alterem, acompanhando, de modo mais ou menos próximo, aos anseios da sociedade que os legitima.

Como bem ensina Grau (1988), não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. Uma norma jurídica isolada, destacada, despreendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum.

Nossa Carta Magna, no seu Art. 1º, Parágrafo Único, traduz o Princípio participativo que cumpre a todos, com gerência municipal decorrente da competência partilhada e da elevação do poder político dos municípios: “Art. 1º. [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

Assim, também é de responsabilidade de cada Município estabelecer e definir, nas suas Políticas Públicas, dentre outras, aquelas voltadas a proteção e salvaguarda do Meio Ambiente, como será a promoção e participação popular.

Todas as Políticas Públicas, via de regra, enfrentam as mesmas problemáticas - fragmentação e diversidade da sociedade civil; intenção dos governos em dividir ou não o poder decisório;

diferentes capacidades de mobilização e poder de pressão das organizações sociais e; muitas demandas e recursos públicos limitados.

Aqui, cumpre destacar que a participação não substitui o Estado, mas tem o papel de fiscalizá-lo e fazer com que se cumpra os compromissos constitucionais. Essa participação tem que ser livre de constrangimentos impostos por administrações estatais, para garantir a implementação de políticas públicas planejadas de baixo para cima.

As Políticas Públicas envolvem vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também de suma importância.

É cediço que as Políticas Públicas em Meio Ambiente vigentes, em qualquer das esferas estatais, estão muito aquém das necessárias aptas a minimizar todo o contingente para as quais foram criadas, quer pela falta de comprometimento dos gestores públicos, quer pela ineficiência estrutural hábeis a efetiva participação, mesmo sendo dignas de louvor, se mostram ineficazes para os fins as quais foram criadas.

## 6 CONCLUSÃO

A juridicização da dignidade da pessoa humana foi precedida de um extenso decurso filosófico e teológico que remonta à Antiguidade Clássica. Nessa perspectiva, depreende-se que a atual concepção de dignidade da pessoa humana no Mundo Ocidental constitui um conceito dinâmico e sempre passível de concretização, decorrente de uma longa evolução histórica, da qual se origina um complexo de posições jurídicas fundamentais - cujo cerne encontra-se na autonomia da vontade -, que demonstram a função de referencial vinculante desempenhada pela dignidade nas decisões sociais.

Neste sentido, a noção de dignidade humana atual indica conceitos plurais e diversificados, especialmente se concentrarmos olhares da tríade: Dignidade Humana, Políticas Públicas e Meio Ambiente.

Inúmeras preocupações rondam a sociedade contemporânea acerca da temática ambiental, além dos debates jurídicos: o acirramento do efeito estufa; a escassez da água e de outros inúmeros recursos naturais, que se esvaem no desperdício de um consumo frenético; as consequências ainda imprevisíveis da produção e do consumo de alimentos geneticamente modificados; a utilização de armas químicas; a transformação da Amazônia em um deserto, dentre outras.

Além dessas ameaças à continuidade biológica da espécie humana, há outra não menos terrível: a possibilidade da total homogeneização das sociedades em um mundo neoliberal e globalizado. Tal tendência - delineada desde os anos 1940, quando o modelo desenvolvimentista passou a sistematizar um padrão a ser alcançado pelos países “subdesenvolvidos” - implicaria no gradual e inexorável desaparecimento da diversidade das culturas humanas. É dessa ameaça, sem dúvida, que Lévi-Strauss falava, em 1950, quando criticava a noção evolutiva de um processo cumulativo em direção à ocidentalização mundial, afirmando, em *Raça e História*, que “[...] a civilização implica a coexistência de culturas que oferecem entre si a máxima diversidade e consiste mesmo nessa coexistência.” (MARTINEZ, 2011, p. 102).

Ao se relacionar a temática ambiental e a Dignidade Humana muito se tem a ganhar na dialogicidade dos diversos campos do conhecimento. O Brasil, assim como toda a América Latina,

possui uma significativa biodiversidade. Mas não menos impressionante é a diversidade de populações e a multiplicidade de formas de relação com a natureza ao longo de sua história e a construção e efetivação das Políticas Públicas. É certamente um erro considerar a separação temática deixando de englobar o homem em sua integralidade sócio-jurídica. O estudo das sociedades latino-americanas no decorrer sócio-histórico pode contribuir para um pensamento ambiental e marcos legais no qual o homem não seja compreendido como um elemento externo à natureza, mas como aquele que continuamente, ao reinventar a sociedade, reinventa a natureza.

No texto constitucional, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como normas definidoras dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, têm aplicação imediata. A importância de um bem jurídico pode ser medida a partir do tratamento constitucional de declaração e controle que uma nação lhe confere. No Brasil, a proteção ao meio ambiente surge com especial destaque na Constituição da República de 1988, que lhe dedica um Capítulo próprio, a par de outras normas protetivas esparramadas no corpo da Carta.

Nessa direção, ressalta-se também que a política ambiental brasileira propriamente dita se desenvolveu de forma tardia em relação às demais políticas setoriais do país e em função das pressões externas/internacionais dos países desenvolvidos. A Lei de Crimes Ambientais, por exemplo, não chega a completar uma década de existência.

A partir de uma interpretação sistemática de diversos dispositivos constitucionais, chegou-se à conclusão de que o direito ao meio ambiente inclui-se no rol dos Direitos Fundamentais, o que lhe confere uma proteção mais ampla, concreta e efetiva tendo inferência direta na constituição da Dignidade Humana.

Assim, a consagração do meio ambiente como um direito fundamental da pessoa humana introduz no Estado e no seu corpo social um paradigma axiológico que deve ser respeitado e seguido por todos, pois esse é o caminho escolhido politicamente pelos fundadores da ordem jurídica para assegurar a sobrevivência, nos seus mais diversos matizes, do principal elemento constitutivo do Estado: o homem.

#### **HUMAN DIGNITY AND PUBLIC POLICY IN THE ENVIRONMENT IN CONTEMPORARY BRAZIL**

##### **ABSTRACT**

*The ontology of Human Dignity is historically constructed and is being implemented by Member States through public policies in each historical moment of human development. The formation of public policy is generally understood from a vision of the totality of social relations and the role of the state as an agent of the process performing its action within its internal contradictions and external pressures. To understand the significance of contemporary environmental issues and public policy, it should be noted the historical circumstances of this movement at the international level as well as capture in brief traces its origins and evolution, and the history that influenced the substance and direction of actions in national line. This article aims to foster a discussion about public policy in environment constitutionally guaranteed forward to the new contours of the legislation regulating environmental issues. The proper study also addresses some elements of indirect constitutional legislative developments and their effects, direct and incorporating the desires of society that the securitization. This statement is intended to list the unique role of public policies in place to act with skillful thinking in global (de) construction of a new paradigm in keeping human dignity.*

*Keywords: Human Dignity. Environment. Public Policy.*

## REFERÊNCIAS

- AGUILAR, Nelson. Olhar distante - Mostra do Redescobrimento. In: AGUILAR, Nelson (Org.). *Mostra do redescobrimento: o olhar distante - The distant view*. São Paulo: Fundação Bienal de São Paulo: Associação Brasil 500 Anos Artes Visuais, 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-Neoliberalismo. As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988.
- BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 fev. 1998.
- BREDARIOL, Celso Simões. *Conflito ambiental e negociação para uma política local de meio ambiente*. 2001. 276 p. Tese (Doutorado em Planejamento)-Universidade Federal do Rio de Janeiro: COPPE Rio de Janeiro: UFRJ; COPPE, 2001.
- CARVALHO, Paulo Gonzaga Mibielli de. “Meio Ambiente e Políticas Públicas: A FEEMA diante da Poluição Industrial”. In: Pádua, José Augusto (Org.) *Ecologia e Política no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1987.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- DEAN, Warren. *A ferro e a fogo, a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- DENHARDT, Robert. *Teorias da Administração Pública*. Tradução Francisco G. Heidemann. São Paulo: Cengage Learning, 2012.
- DEUBEL, André-Noël Roth. *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora, 2006.
- DUARTE, Regina Horta. História e a natureza reinventada. *Revista Diversa*, Minas Gerais: EdiUFG, n. 14, 2011.
- FERREIRA, Leila da Costa. *A Questão Ambiental: Sustentabilidade e Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 1998.
- GOLDEMBERG, José; BARBOSA, Luiz Mauro. A legislação ambiental no Brasil e em São Paulo. *Revista Eco 21*, ano 14, v. 96, nov. 2004.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

- LOWI, Theodore J. Four Systems of Policy, Politics and Choice. *Public Administration Review*, v. 32, n. 4, July/Aug. 1972.
- LYNN, Laurence E. *Designing public policy: a casebook on the role of policy analysis*. Santa Monica: Goodyear, 1980.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARTINEZ, Paulo Henrique. *História Ambiental no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2011.
- MEAD, Lawrence. M. Public policy: vision, potential, limits. *Policy Currents*, p. 1-4, fev. 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PEREIRA, Paulo Roberto. *Os três únicos testemunhos do descobrimento do Brasil*. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 1999.
- RIGOTTO, Raquel. “Mecanismos Regulatórios da Relação Indústria e Meio Ambiente”. *Revista eletrônica da Associação Brasileira para o Desenvolvimento de Lideranças*, nov. 2002. Disponível em: <[www.abdl.org.br](http://www.abdl.org.br)>. Acesso em: 30 out. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMALERA, Mercè Barcelò i (Org.). *Direitos Fundamentais em Estados Compostos*. Chapecó: Ed. Unoesc, 2013.



# SEGURANÇA VIRTUAL NO ESPAÇO PÚBLICO

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina\*  
Vinícius Almada Mozetič\*\*

## RESUMO

A pesquisa se constitui por meio de uma abordagem qualitativa e quantitativa, descrevendo a complexidade da segurança virtual no espaço público. Assim, também se caracteriza como explicativa e metodológica, ou seja, mista, contendo inclusive um estudo de caso *in concreto*. Conforme os procedimentos técnicos utilizados, observam-se os resultados da presente pesquisa também com características bibliográfica e estatística, uma vez que busca sustentação teórica e quantitativa. Esta metodologia orientou o processo da pesquisa: a produção de um conhecimento, que discute, por um lado, a importância da utilização de câmeras em locais públicos como garantia de segurança dos cidadãos; e, de outra forma, considera posicionamentos críticos a respeito da temática. Palavras-chave: Segurança pública. Espaço público. Videomonitoramento. Polícia Militar.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho traz como tema o videomonitoramento de logradouros públicos por tratar-se de um instrumento utilizado pelo Estado como ferramenta de promoção de Segurança Pública, auxiliando na prevenção, repressão e elucidação de atitudes contrárias à ordem pública.

O tema foi escolhido pela verificação do crescimento da modalidade de policiamento por videomonitoramento de logradouros públicos como auxiliar dos órgãos responsáveis pela Segurança Pública no plano mundial. Outro aspecto relevante é o efeito que ela pode gerar no cidadão, já que as câmeras que servem para proporcionar segurança, também, terminam por intimidar a população que está sendo observada. O efeito da tecnologia de monitoramento entrega ao Estado um imenso poder de controle, podendo submeter consciente e/ou inconscientemente o cidadão vigiado a uma situação assemelhada a do apenado.

Perquirir as divergências de ideias no tocante à aplicação do videomonitoramento de logradouros públicos e o impacto das câmeras de vigilância na sociedade, é o principal objetivo deste trabalho. A utilidade da câmera de vídeo monitoramento como uma ferramenta auxiliar aos órgãos de segurança pública.

Destarte a pesquisa com o tema escolhido, tende a gerar interesse social no sentido de explicar se o sistema utilizado pelos órgãos responsáveis pela segurança pública é eficiente ou não, haja vista estar o cidadão abrindo mão de possíveis liberdades em favor da segurança, tema este que será expresso no desenvolvimento do respectivo manuscrito.

---

\* Graduada em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; autora do blog Direito em Estudo: <<http://alinemendesmedeiros.blogspot.com/>>; linny.mendes@hotmail.com

\*\* Mestre em Direito – Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado. [vinicius.mozetic@unoesc.edu.br](mailto:vinicius.mozetic@unoesc.edu.br)

## 2 HISTÓRICO, CONCEITOS E VIDEOMONITORAMENTO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS

Segundo Morgan (2005, p. 44-45), a raça humana se desenvolveu passando, a passos lentos, pelo período de selvageria que precedeu a barbárie, quando “[...] a humanidade estava organizada, em geral, *em gentes, fratrias e tribos*”, e que depois de um avanço, que ocorreu aos poucos, atingiu a civilização. Em conformidade, afirma Morgan (2005, p. 49) que todo o caminho percorrido pela humanidade em seu avanço adveio de “[...] lentas acumulações de conhecimento experimental”, posto que a civilização iniciou “[...] com o uso do alfabeto fonético e a produção de registros literários.” (MORGAN, 2005, p, 60).

Conforme Kossmann (2013, p. 4), há cerca de 10 mil anos, na Mesopotâmia, nasceu a civilização e com ela o Estado. Para os contratualistas, como Rousseau (1762, p. 24), a humanidade buscou, para organizar sua convivência e fundar o Estado, unir-se. Um grupo de pessoas convivendo em unidade seria mais forte na proteção dos indivíduos e dos pertences daqueles que a integram, mas para isso alguns limites deveriam ser estabelecidos.

A visão contratualista sugere que o Estado teria surgido por meio de um contrato firmado entre indivíduos conscientes e deliberados, que abrem mão em parte ou no todo de seu arbítrio para que outrem o exerça, isto é, “[...] a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade.” (ROUSSEAU, 1762, p. 25). Assim, o Estado determinaria condutas a serem observadas pelos indivíduos sob a sua tutela.

Para Weber (1946, p. 98), o Estado nada mais é que “[...] uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território” e acrescenta: “[...] o direito de usar a força física é atribuído a outras instituições ou pessoas na medida em que o Estado o permite. O Estado é considerado como a única fonte do ‘direito’ de usar a violência.”

Para cumprir sua missão de condicionar o exercício de direitos dos cidadãos em benefício do bem estar coletivo a administração do Estado utiliza o poder de polícia, cujo qual constitui o “[...] princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados.” (DI PIETRO, 2004, p. 109).

Logo, a administração pública é a responsável por dar e tirar direitos dos cidadãos de forma a conceder à sociedade, entre outros, a segurança, a ordem e a tranquilidade pública. Para a doutrinadora Di Pietro (2004, p. 110, grifo do autor): “[...] quer se trate de obrigação negativa, quer se trate de obrigação positiva, a pessoa que a cumpre está sofrendo uma *limitação em sua liberdade, em benefício do interesse público*.” Já Meirelles (1989, p. 110), define o poder de polícia como “[...] o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para conter os abusos do direito individual.”

Por serem limitadoras de direitos de forma preventiva e repressiva, são entidades detentoras do poder de polícia – as polícias – de forma a trabalhar na garantia da Segurança Pública.

A segurança, direito e garantia fundamental, é apresentada no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, desta forma: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” Além disso a segurança é também direito social constando novamente no artigo 6º, da Magna Carta de 1988: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a seguran-

ça, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

Sobre a disposição constitucional a respeito da segurança nos ensina Magalhães (2002, p. 294) que existe diferença entre a expressão segurança trazida no artigo 5º, inserida no rol de direitos fundamentais, e a exposta no artigo 6º, dentro dos direitos sociais da Constituição Federal. Vejamos:

Podemos classificar como direito social fundamental a segurança pública, à qual faz referência o art. 6º da Constituição Brasileira. [...] tanto o art. 6º como o art. 5º se referem à palavra “segurança”. Neste último, no Capítulo dos Direitos Individuais, segurança significa a proteção que a Constituição oferece ao indivíduo contra atentados à sua segurança física, moral e mental por parte do Estado. É um direito que a pessoa tem face do Estado ou contra o Estado. Por outro lado, no art. 6º da Constituição significa a segurança que o Estado tem o dever de oferecer a cada pessoa inserida no contexto social, contra atentados à sua segurança física, mental, e moral e também, ao seu patrimônio, de forma secundária. Portanto, aí temos o Estado agindo a favor da sociedade, o que caracteriza um direito social.

Dessa forma, entende-se que no artigo 5º a palavra “segurança” está ligada à ideia de garantia individual, enquanto no artigo 6º traz a ideia de segurança aplicada à coletividade, aproximando-se assim da definição de segurança pública Baracho (apud MAGALHÃES, 2002, p. 295), traz a sua definição para a expressão segurança pública: “Envolvendo-se com o conceito de Segurança Pública em sentido estrito compreendo-o como a garantia e a defesa dos direitos individuais, de que o cidadão pode usar, dispor, fruir e gozar dentro da ordem e da paz.”

Ao tratar especificamente de segurança pública a Constituição Federal de 1988 reserva um capítulo, dentro do qual está inserido o artigo 144. Este artigo coloca a segurança pública nas mãos de todos, destinando-a como um direito do cidadão, colocando-o na posição de responsável por sua manutenção. Além disso, está presente no mesmo artigo a constituição das polícias no Estado Brasileiro, e sobre elas é colocado o fardo do dever da garantia da segurança pública, dentro do limite de atuação que o constituinte originário lhe emprega.

Dessa forma, são as Polícias Militar, Civil e Federal as representantes do Estado no que tange ao dever de proporcionar a referida “Segurança Pública” a todos os brasileiros. Dentro do seu limite de atuação uma complementa a outra, formando assim um ciclo de polícia, para tanto, elas utilizam-se de diversas técnicas, táticas e instrumentos, que constantemente se modernizam, para cumprir seu dever perante a sociedade.

Uma das ferramentas de segurança que pode ser utilizada por todas as polícias constituídas no Brasil, como complemento em suas atuações, são as câmeras instaladas em locais públicos, com a função de monitoramento de ações contrárias à ordem pública.

### **3 POLÍCIAS NO BRASIL: POLÍCIA MILITAR, POLÍCIA CIVIL E POLÍCIA FEDERAL**

Segurança Pública é direito e responsabilidade de todos, entretanto, dever do Estado, constituindo função precípua da administração pública moderna e exercida por meio da polícia. Para Capez (2008, p. 71), essa instituição se constitui da seguinte forma:

a) quanto ao lugar de atividade: terrestre, marítima e aérea; b) quanto à exteriorização, ostensiva e secreta; c) quanto à organização: leiga e de carreira; d) quanto ao objeto: - administrativa (ou de segurança) caráter preventivo; objetiva impedir a prática de atos lesivos a bens individuais e coletivos; atua com grande discricionariedade, independente de autorização judicial; - judiciária: função auxiliar a justiça (daí a designação); atua quando os atos que a polícia administrativa pretendia impedir não foram evitados.

Di Pietro (2004, p. 112, grifo do autor), descreve: “[...] a principal diferença que se costuma apontar entre as duas está no caráter **preventivo** da polícia administrativa e no **repressivo** da polícia judiciária.” Logo; a Polícia Militar seria a Polícia Administrativa e a Polícia Civil e Federal seriam as Polícias Judiciárias. Contudo, como Di Pietro afirmou, a referida definição “costuma” ocorrer na forma descrita acima, pois conforme seu entendimento e de diversos outros doutrinadores essa diferença não é absoluta.

Para Justen Filho (2013, p. 595), “[...] o âmago da diferenciação reside em que a polícia judiciária desempenha atuação conexa e acessória em relação à função jurisdicional.” Essa atuação “[...] busca prevenir e reprimir a ocorrência de eventos indesejáveis relacionados à competência jurisdicional.” O autor afirma ainda que a atividade de polícia administrativa não apresenta relação “[...] direta e imediata com o Poder Judiciário”; ela visa, sim, evitar que comportamentos de alguns indivíduos prejudiquem a coletividade.

Bandeira de Mello (2011, p. 842), infere que a diferença entre polícia administrativa e polícia judiciária “[...] é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais, enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica.” Na tentativa de coibir comportamentos que vão de encontro à harmonia social a polícia administrativa pode agir tanto preventiva quanto repressivamente, isso ocorre também na definição da ação da polícia judiciária. Buscando esclarecer isso, sobre o critério de diferenciação entre polícia administrativa e judiciária, explana Di Pietro (2004, p. 112):

A polícia administrativa tanto pode agir preventivamente (como, por exemplo, proibindo o porte de arma ou a direção de veículos automotores), como pode agir repressivamente (a exemplo do que ocorre quando apreende a arma usada indevidamente ou a licença do motorista infrator). No entanto, pode-se dizer que, nas duas hipóteses, ela está tentando impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade; nesse sentido, é certo dizer que a polícia administrativa é preventiva. Mas, ainda assim, falta precisão ao critério, porque também se pode dizer que a polícia judiciária, embora seja repressiva em relação ao indivíduo infrator da lei penal, é também preventiva em relação ao interesse geral, porque, punindo-o, tenta evitar que o indivíduo volte a incidir na mesma infração.

Utilizando as entidades de Segurança Pública, e aproximando-se mais da proposta deste trabalho, dispõe Gasparini (2010, p. 182-183):

O exercício da polícia administrativa está disseminado pelos órgãos e agentes da Administração Pública, ao passo que o da polícia judiciária é privativo de certo e determinado órgão (Secretaria de Segurança). O objeto da polícia administrativa é a propriedade e a liberdade, enquanto o da polícia judiciária é a pessoa, na medida em que lhe cabe apurar as infrações penais, exceto as militares (art.144, §4º,

da CF/1988). Por último, a polícia administrativa rege-se por normas administrativas; a judiciária, por normas processuais penais.

Isto posto, pode então a Polícia Militar, Civil e Federal atuar como polícia administrativa em certos momentos, e em outros, como polícia judiciária. Às Polícias Militares, segundo a Constituição Federal (art. 144, § 5º), cabe “[...] a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.” (BRASIL, 1988).

O R-200, Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 segundo o Parecer n. GM 25, da Advocacia Geral da União, estabelece ainda a competência das Polícias Militares, que será o policiamento ostensivo, as ações preventivas e repressivas.

Como, segundo as definições trazidas, pode a polícia administrativa e judiciária atuar preventivamente em alguns casos e repressivamente em outros, como forma de ilustração Di Pietro (2004, p. 112), apresenta um exemplo de ação repressiva da Polícia Administrativa, que pode ocorrer quando o agente policial “[...] apreende a arma usada indevidamente ou a licença do motorista infrator”.

O R-200 traz alguns conceitos importantes para o entendimento da função da Polícia Militar na República Federativa do Brasil:

19 - Manutenção da Ordem Pública: é o exercício dinâmico do Poder de Polícia, no campo da segurança pública, manifestado por atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública; 21 - Ordem Pública: conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo Poder de Polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum; 25 - Perturbação da Ordem: abrange todos os tipos de ação, inclusive as decorrentes de calamidade pública que, por sua natureza, origem, amplitude e potencial possam vir a comprometer na esfera estadual, o exercício dos poderes constituídos, o cumprimento das leis e a manutenção da ordem pública, ameaçando a população e propriedades públicas e privadas. 27 - Policiamento Ostensivo: ação policial, exclusiva das Polícias Militares, em cujo emprego o homem ou a fração de tropa engajados sejam identificados de relance, quer pela farda, quer pelo equipamento, ou viatura, objetivando a manutenção da ordem pública. (BRASIL, 2013).

A Constituição Federal faz referência à Polícia Ostensiva. Segundo Da Rosa et al. (2013, p. 8), essa denominação evoluiu da expressão policiamento ostensivo, “[...] ganhando dignidade constitucional com a Constituição de 1988, cuja destinação legal é a Preservação da Ordem Pública. Estabelece a exclusividade constitucional e a expansão da competência dos policiais militares além do ‘policiamento ostensivo’.”

De forma simplificada a função essencial da Polícia Militar é a prevenção do ilícito penal para manutenção da ordem pública e em caso de quebra o seu imediato restabelecimento.

Às Polícias Civis (art. 144, § 4º, CF) “[...] incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares” (BRASIL, 1988), que serão apuradas pelo órgão estadual ou federal competente, e à Polícia Federal cabe o

exercício de polícia judiciária da União, de coibir ações contra ordem pública ou contra patrimônio e atividades de interesse federal, ela trabalha especificamente na repressão de atividades de tráfico ilícito de substâncias que possam causar dependência, de contrabando, de descaminho, além de ser responsável pelo policiamento de fronteiras, marítimo e aeroportuário, conforme o art. 144, §1º, I, II, III e IV da Constituição Federal.

Segundo Moreira Neto (1991, p. 143), “[...] a polícia judiciária é a que apura as infrações pessoais e auxilia o Poder Judiciário, realizando a repressão mediata, atuando a nível individual.” A diferença entre a Polícia Civil e a Polícia Federal encontra-se na competência de cada uma. Enquanto a primeira exerce a função de polícia judiciária dos Estados e do Distrito Federal, a segunda é a polícia judiciária da União. A outra diferença entre as duas organizações reside nos crimes os quais cada uma tem a competência de apurar.

Monteiro (2010, p. 18), afirma que “[...] a polícia civil é competente para apurar quase todos os crimes descritos no nosso ordenamento jurídico criminal, excetuando apenas os crimes militares e aqueles praticados contra a União, que por sua vez seriam atribuições dos militares ou policiais militares e da polícia federal [...]”

Além das atribuições da polícia federal descritas na Constituição da República, o artigo 1º, da Lei n. 10.446, de 2002, ampliou sua atuação:

Art. 1º-Na forma do inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Cíveis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais: I – seqüestro, cárcere privado e extorsão mediante seqüestro (arts. 148 e 159 do Código Penal), se o agente foi impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima; II – formação de cartel (incisos I, a, II, III e VII do art. 4º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990); e III – relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte; e IV – furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios da atuação de quadrilha ou bando em mais de um Estado da Federação. Parágrafo único. Atendidos os pressupostos do **caput**, o Departamento de Polícia Federal procederá à apuração de outros casos, desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça. (BRASIL, 2002).

A polícia civil tem, portanto, por finalidade, conforme Tourinho Filho (2000, p. 195): “investigar as infrações penais e apurar a respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos para ingressar em juízo”. A punição do agente causador do ilícito é elemento fundamental para a prevenção de que outros atos semelhantes ocorram, a falta de sanção ao criminoso gera uma sensação de impunidade que pode vir a encorajar potenciais ofensores a agir.

No mesmo sentido, Di Pietro (2004, p. 112) considera “[...] dizer que a polícia judiciária, embora seja repressiva em relação ao indivíduo infrator da lei penal, é também preventiva em relação ao interesse geral, porque, punindo-o, tenta evitar que o indivíduo volte a incidir na mesma infração.” Para auxiliar na colheita de dados para a elaboração do devido processo legal

e conseqüente auxílio ao Poder Judiciário, a polícia judiciária tem sua ação regulada pelo Código de Processo Penal. Todos os passos que devem ser dados pela autoridade policial encontram-se descritos na legislação, caso se deprenda com um caso de prática de infração penal:

Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter. (BRASIL, 2013a).

Em resumo, a polícia judiciária é a responsável pela reunião de elementos relacionados à infração penal praticada, utilizando-se de ferramentas de investigação policial, de forma a montar um inquérito que auxiliará o Ministério Público no oferecimento da denúncia e após auxiliar o Poder Judiciário na repressão do cidadão infrator.

Tanto para prevenção, como para repressão, as polícias no Brasil e no mundo estão cada vez mais fazendo uso das tecnologias disponíveis, a fim de bem cumprirem seus papéis de provedores de segurança pública.

É comum atualmente se deparar com as câmeras de vídeo monitoramento, tanto em ambientes particulares como públicos. Esses instrumentos têm objetivo preventivo, visando evitar atitudes desregradas por meio do sentimento de vigilância, e repressivo ao passo que podem servir como provas na instrução de um inquérito policial ou até mesmo dentro de um processo relacionado a direitos civis.

#### **4 VIDEOMONITORAMENTO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS DO MUNDO PARA CHAPECÓ/SC**

A história da aplicação do monitoramento em locais públicos é um ideal antigo e percorreu um longo caminho pelo mundo, desde suas primeiras aplicações até o seu início de utilização no Brasil, em Santa Catarina e no município de Chapecó. Durante esse caminho houve modernizações com relação aos equipamentos de filmagens, de armazenamento e inovações em seu emprego, que está cada vez mais popular.

Com o nascimento da televisão e o início de gravações e reproduções de mídia, muitas ideias de possibilidades de utilização da ferramenta surgiram, entre elas a sua aplicação como auxiliar da polícia no combate ao crime. Seu primeiro registro de ideia de aplicação e de implantação surgiu na Inglaterra, no início dos anos cinquenta e sessenta respectivamente.

Segundo Norris, Mccahill e Wood (2004, p. 110, tradução nossa), a ideia da utilização do vídeo monitoramento de logradouros públicos como ferramenta para segurança pública nasceu em

1947, na Inglaterra, quando um Superintendente da Polícia sugeriu a utilização das imagens transmitidas ao vivo pela emissora BBC, que cobriam o casamento real, como assistente na aplicação do policiamento no local. A ideia foi recusada por causa do seu alto custo.<sup>1</sup>

Segundo a *CCTV University* (2013, tradução nossa), somente por volta dos anos 60 a Inglaterra iniciou a instalação de câmeras de vídeo monitoramento em locais públicos. O objetivo era monitorar multidões aglomeradas durante eventos como aparições de figuras públicas.<sup>2</sup>

Data de 1956 a primeira aparição das câmeras de vídeo em locais públicos quando a cidade de Durham, no nordeste da Inglaterra, começou a utilizá-las para auxiliar na operação de semáforos. Nos anos 60, quando as câmeras e os gravadores de vídeo se tornaram disponíveis no mercado, o Estado começou a investir na ideia e em 1969 a Inglaterra já contava com sessenta e sete câmeras instaladas para auxílio da Polícia. A partir daí a nova modalidade de policiamento foi se desenvolvendo com grande rapidez (NORRIS; MCCA HILL; WOOD, 2004, p. 110, tradução nossa).<sup>3</sup>

Martín (2011, p. 03-04, tradução nossa) afirma que os britânicos, em sua rotina, já não notam a presença das câmeras de vídeo monitoramento, que podem ser encontradas em diversos lugares na Inglaterra, segundo a autora “os cidadãos se dedicam a seus assuntos quase sem notar as câmeras de vigilância que apontam acima das ruas de todas as grandes cidades”.<sup>4</sup>

Nos anos 90 a ideia Inglesa se espalhou pela Europa. Logo depois da Inglaterra, as câmeras foram instaladas em países como República da Irlanda, Itália, França e Holanda. Em 1997, em 13 cidades americanas a Polícia já utilizava câmeras de vídeo monitoramento de logradouros públicos, ou seja, esse instrumento já havia conquistado o mundo (NORRIS; MCCA HILL; WOOD, 2004, p. 113-114, tradução nossa).<sup>5</sup>

No Brasil, a partir de um levantamento feito por Kanashiro (2006, p. 48), os primeiros indícios das câmeras de monitoramento deram-se “entre meados da década de 1980 e meados de 1990”. Nesse período as câmeras foram utilizadas principalmente para segurança de locais como instituições financeiras, e de grande circulação de pessoas como *shopping centers*, além de espa-

<sup>1</sup> “[...] in 1947, an enterprising Metropolitan Police superintendent proposed that the police should be allowed ‘to evaluate’ the live TV footage of the BBC’s coverage of the royal wedding so as to assist in the deployment of patrol officers; the request was refused on the grounds of expense [...].” (NORRIS; MCCA HILL; WOOD, 2004, p. 110).

<sup>2</sup> *By the 1960s, officials in the UK began installing CCTV systems in public places to monitor crowds during rallies and appearances of public figures* (CCTV UNIVERSITY, 2013).

<sup>3</sup> “[...] police forces (beginning with Durham in 1956) began to use CCTV to assist in the one-man operation of traffic lights [...]. By 1969, ‘14 different forces were using CCTV, a total of just 67 cameras nationally’ [...] with the video recorder becoming commercially available during the 1960s [...]” (NORRIS; MCCA HILL; WOOD, 2004, p. 110).

<sup>4</sup> “[...] los ciudadanos se dedican a sus asuntos casi sin notar las cámaras de vigilancia que apuntan desde lo alto a las calles de todas las ciudades importantes” (MARTÍN, 2011, p. 3-4).

<sup>5</sup> “In France, after the laws were relaxed governing public space surveillance in 1995, there has been a rapid deployment of CCTV in public space: “[...] between 1997 and 1999 more than 200 French cities received the approval for the installation of CCTV in high risk locations and 259 for the protection of public buildings such as town halls, public libraries, schools and museums.” (HEMPEL; TÖPFER, 2002, p. 10). Similarly in the Netherlands the first cameras were used in public space in 1997, and “[...] only six years later in January 2003 more than 80 of the country’s 550 municipalities were using CCTV in public places.” (FLIGHT et al., 2003, p. 93). In the Republic of Ireland, the first CCTV system was installed in Dublin in the mid 1990s, and expanded in 1997 [...] in the USA, the first national survey of CCTV carried out in 1997, “found that only 13 city police departments in the country used CCTV video surveillance systems [...]” (NORRIS; MCCA HILL; WOOD, 2004, p. 113-114).

ços particulares. No final dos anos 90 e início do ano 2000 o sistema de vídeo monitoramento de logradouros públicos começou discretamente a se espalhar pelo Brasil.

Em maio de 1998 o Estado de São Paulo criou a Lei 9.967 autorizando a celebração de um convênio entre a prefeitura do município e o Estado, por intermédio da Secretaria de Segurança Pública, para a instalação das câmeras de videomonitoramento de logradouros públicos tendo como fim a “preservação da ordem pública e investigação criminal”. Cujas quais poderiam ser instaladas “em pontos de grande circulação de pessoas, cruzamento de vias públicas, consideradas de alta periculosidade”. Tal demarcação “[...] foi atribuída à deliberação conjunta do órgão competente da Prefeitura Municipal de São Paulo e da Secretaria de Segurança Pública.” (KANASHIRO, 2006, p. 55).

Por conseguinte, receberam recursos do governo federal brasileiro para implantação do sistema de videomonitoramento de logradouros públicos em 2008, dois Estados (Distrito Federal e Goiás) e cinquenta e cinco municípios distribuídos por todo o país; em 2009 foram treze municípios localizados nos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo; em 2010, o Acre e trinta e cinco cidades pertencentes a diferentes Estados no Brasil foram beneficiados; em 2011 foram dezessete municípios inseridos nos Estados da Bahia, Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso, Paraná e São Paulo; e no ano de 2012 foi a vez de vinte e quatro municípios receberem o investimento necessário para a implantação da tecnologia de segurança pública em locais públicos (BRASIL, 2013b).

Esses anos correspondem ao tempo da concessão do financiamento sendo que a data de implementação somente ocorre após a análise da prestação de contas de convênios. Além dos citados não constam na lista as implantações de iniciativas estaduais ou municipais, bem como as de responsabilidade do governo federal que ocorreram antes de 2008 e depois de 2012. Contudo, com os dados trazidos parece ser correto afirmar que mais de 145 municípios no Brasil possuem sistema de videomonitoramento de locais públicos.

No Estado de Santa Catarina as câmeras surgiram pouco tempo depois de São Paulo, em 2001, quando as primeiras câmeras de videomonitoramento de logradouros públicos foram instaladas simultaneamente nas cidades de Joinville e Florianópolis. Para Ferreira (2008, p. 1), com a implantação dessa tecnologia os resultados esperados “[...] entre outros, são: diminuir as ocorrências de crimes e contravenções, elucidar o crime e providenciar evidências materiais que auxiliem os procedimentos judiciais, reduzir o medo do crime e aumentar a segurança da comunidade.”

O projeto de instalação de câmeras de vídeo vigilância foi elaborado pela Polícia Militar de Santa Catarina em 2000. Nele consta que o emprego de circuito fechado de televisão para monitoramento de logradouros públicos nada mais é que a implantação de câmeras filmadoras em locais de circulação pública. Vejamos:

[...] consiste na instalação de câmeras de vídeo nos principais logradouros públicos das cidades catarinenses, para efetuar o monitoramento das áreas com grande fluxo de pessoas e veículos. As imagens capturadas diuturnamente são enviadas on-line para gravação no Centro de Monitoramento, que possui um sistema para operação remota das câmeras e recuperação dinâmica das imagens obtidas. (POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA, 2000, p. 1).

Segundo o projeto de construção de um centro responsável pelo monitoramento dos equipamentos o agente tem possibilidade de operar, por meio de um *joystick*, todas as câmeras instaladas. A câmera pode girar até trezentos e sessenta graus, possibilitando que o operador também utilize o *zoom*. Quando não operadas pelo agente as câmeras funcionam de forma automática. As imagens “[...] capturadas diuturnamente são gravadas e através de um moderno sistema de pesquisa e recuperação, busca a imagem desejada a partir de parâmetros do tipo data/hora, informados ao sistema.” (POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA, 2000, p. 1). Os resultados positivos experimentados nessas cidades fizeram com que o investimento nessa tecnologia aumentasse e outros municípios catarinenses passassem a utilizar a ferramenta.

No início de 2013 o governo do Estado de Santa Catarina lançou o “Programa Bem-Te-Vi”. Segundo a Secretaria de Segurança Pública do Estado de Santa Catarina (2013a), o programa “[...] visa melhorar as possibilidades de uso das câmeras já instaladas e ampliar o número de cidades monitoradas.” Esse projeto foi marcado pela possibilidade de acesso imediato das imagens pela Polícia Civil, que poderá utilizá-las como importante ferramenta para a elaboração do inquérito policial. Até maio de 2013 mais de 1.500 câmeras de vigilância já estavam operando em solo catarinense espalhadas em 54 cidades.

Beneficiado pelo Programa Bem-Te-Vi, o município de Chapecó, oeste de Santa Catarina, foi contemplado com 187 câmeras. Hoje a cidade de Chapecó possui 146 câmeras ativas, 41 câmeras danificadas, (sendo 21 atingidas em acidentes de trânsito e 20 por atos de vandalismo), e 01 câmera UVM utilizada no auxílio ao policiamento do estádio. As câmeras estão espalhadas em locais estratégicos da cidade monitorando localidades de grande movimento de pessoas.

Existem instaladas três Centrais de Monitoramento, respectivamente localizadas na *CRE/CCO*, *Base Centro* e *Base Oeste*. Cada central possui a atribuição de monitorar determinada região do município; desta feita, a Base Centro monitora a região Central, Leste, Norte e Sul; e à Base Oeste resta o monitoramento da região Oeste do município. Está em fase de implantação na Base Sul, sendo atribuição da Prefeitura Municipal de Chapecó a reforma e adequação do local, obra essa que está em conclusão do levantamento de custos e escolha de empresa para a realização da empreitada.

O serviço de monitoramento é realizado por PPMM devidamente capacitados em escalas intercaladas de 08 horas. Em cada horário específico há uma missão e um ponto estratégico de monitoramento a ser observado. As imagens captadas são gravadas e ficam armazenadas por 15 dias. Todas as câmeras foram sequenciadas de modo que seu endereço IP possa ser acessado pela Sala de Situação do Comando Geral da PMSC. Cada município do Estado, onde há câmeras instaladas, recebeu uma faixa de endereços IP diferentes para cadastramento das câmeras. Atualmente, há apenas um policial militar que possui senha com privilégios de exportação das imagens do Servidor, no entanto, estas podem ser acessadas de qualquer Central de Monitoramento, bem como, pela Polícia Civil.

O setor administrativo do videomonitoramento é composto por um Oficial Comandante e um Sd PM, os quais possuem atribuição de programar e verificar falhas no sistema de videomonitoramento, buscar a melhor técnica de se utilizar das câmeras, comunicar danos ao patrimônio do videomonitoramento, dentre outras funções.

Em cada Base Operacional foi disponibilizado, em meio impresso, uma lista de câmeras que são de sua atribuição, bem como, sua planilha de ronda virtual. Vale ressaltar que todas as câmeras tiveram o seu *preset* adequado à necessidade do ponto em que estão localizadas. Assim, as câmeras que se encontram nas entradas e saídas do município, foram programadas para que visualizem a

circulação de veículos na via. As câmeras localizadas em pontos de maior incidência de perturbação do sossego foram programadas para que se volte para esses estabelecimentos comerciais.

É determinação do coordenador do videomonitoramento que toda e qualquer anomalia no funcionamento do sistema de videomonitoramento deva ser imediatamente comunicada, bem como, deve-se comunicar qualquer ocorrência que tenha sido apoiada pelo sistema de videomonitoramento, para que se possa no menor tempo possível exportar as imagens para meio físico.

As imagens gravadas no sistema de armazenamento permanecem salvas no servidor e podem ser solicitadas por qualquer cidadão, desde que preencha alguns requisitos. Para o acesso às imagens gravadas pelas câmeras o cidadão deve apresentar solicitação motivada ao Comandante do 2º Batalhão de Polícia Militar de Chapecó que autorizará o fornecimento das imagens em determinados casos, como em ocorrências de crime de dano, em que as imagens são utilizadas em processo do ramo cível na solicitação da reparação do prejuízo sofrido.

Além das câmeras de videomonitoramento fixas nas cidades, o Departamento de Polícia Federal iniciou, em 2011, a operar com o Veículo Aéreo Não Tripulado (VANT). A Polícia Federal brasileira foi a primeira polícia no mundo a utilizar essa tecnologia como auxiliar na luta pela segurança pública. Segundo a Polícia Federal (2011):

O Veículo Aéreo Não Tripulado é uma ferramenta de inteligência utilizada pela Polícia Federal no combate ao crime organizado [...]. Ferramenta de altíssima tecnologia israelense, o VANT integra um sistema de alta tecnologia e voa sem tripulação a bordo, sendo controlada remotamente a partir de Estações de Comando e Controle em terra. Com mais de 16 metros de envergadura, voa por 37 horas ininterruptas e pode ser operado a uma distância de até 250 quilômetros da Estação de Comando e Controle. Durante o voo, o aparelho desenvolve uma velocidade de até 120 nós (220 quilômetros por hora) e pode alcançar distâncias superiores a 1.500 quilômetros dada a sua capacidade de operar através de comunicação por satélites. Equipado com câmeras diurna e noturna, pode fotografar e filmar pessoas ou objetos no solo, de uma altura que pode chegar a 30 mil pés (10 km), sem perder a nitidez. Por ser equipado com radar do tipo SAR, tem capacidade de obter imagens similares a fotos aéreas, com altíssima resolução, além de detectar movimentos no solo, entre outras funções.

Em 2013, junto com esse moderno veículo de vigilância e com as câmeras de vigilância nas cidades, uma resolução do Conselho Nacional de Trânsito (Contran) permite que sejam lavradas multas com base em flagrantes *online* registrados pelas câmeras de vídeo monitoramento de rodovias. Versa a Resolução n. 471:

Art. 1º Regular a utilização de sistemas de videomonitoramento para fiscalização de trânsito em estradas e rodovias, nos termos do § 2º do artigo 280 do Código de Trânsito Brasileiro. Art. 2º A autoridade ou o agente da autoridade de trânsito, exercendo a fiscalização remota por meio de sistemas de videomonitoramento, poderão autuar condutores e veículos, cujas infrações por descumprimento das normas gerais de circulação e conduta tenham sido detectadas “online” por esses sistemas. Parágrafo único. A autoridade ou o agente da autoridade de trânsito, responsável pela lavratura do auto de infração, deverá informar no campo “observação” a forma com que foi constatado o cometimento da infração. Art. 3º A fiscalização de trânsito mediante sistema de videomonitoramento somente poderá ser realizada nas vias que estejam devidamente sinalizadas para esse fim. Art. 4º

Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. (CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO, 2013).

Outro instrumento que utiliza uma câmera como diferencial e atualmente foi divulgada pela mídia é o chamado *Drone*. Esse pequeno robô voador, guiado por GPS e pilotado por controle remoto, registra tudo o que observa nos mínimos detalhes. Num primeiro momento, o *Drone* está conquistando espaço na construção civil. Suas imagens possibilitam estudar de diferentes ângulos a evolução de construções como prédios, pontes, estradas e outras grandes estruturas. Suas características lhe permitem auxiliar o serviço de diversos outros setores como o de energia, mineração, agricultura, em rodovias, e até órgãos de segurança.

Diante do exposto, é possível visualizar que a utilização da tecnologia advinda de câmeras não para de crescer. Dia a dia novos aparelhos são criados podendo ser aliado de diversos setores, em especial, os que possibilitam a vídeo vigilância podem andar junto aos órgãos responsáveis por proporcionar segurança pública. É importante avaliar que, ao passo que o equipamento de vídeo monitoramento possa proporcionar sensação de segurança àquele que está sob o seu alcance, pode intimidar outros por estarem muito expostos aos olhos do Estado, principalmente aqueles que pretendem agir de forma contrária ao que prescreve a legislação.

Observa-se, então, que com a popularização das câmeras e suas diversas possibilidades de aplicação, está sendo construído um cenário mundial no qual, para qualquer indivíduo, manter sua figura longe das lentes será um exercício de complexa efetivação.

## 5 BENEFÍCIOS OBSERVADOS NA APLICAÇÃO DAS CÂMERAS DE VIDEO MONITORAMENTO

O objetivo da implantação dessa nova modalidade de policiamento, qual seja, os sistemas de vídeo monitoramento de logradouros públicos é proporcionar segurança pública: prevenindo, reprimendo, ou elucidando crimes, providenciando assim provas que auxiliarão a decisão judicial.

A implantação da videovigilância possibilita que apenas um Policial possa estar em muitos lugares ao mesmo tempo, bastando apenas um contato pelo rádio para que uma Guarnição Policial das proximidades verifique qualquer suspeita observada sob suas lentes. Em épocas nas quais o efetivo policial nas cidades não é suficiente, a utilização de artifícios tecnológicos dessa monta pode ser considerado, em parte, uma solução.

Segundo Ferreira (2008), estatísticas divulgadas pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de Santa Catarina mostram resultados positivos. Afirma:

[...] desde a implantação do sistema de monitoramento eletrônico tem ocorrido uma redução de assaltos contra pessoas e estabelecimentos comerciais, furtos e arrombamentos de veículos e motocicletas e aumento de prisões por tráfico de entorpecentes com a identificação dos pontos de comércio das drogas ilícitas, nas áreas cobertas pelos sistemas.

Conde (2004, p. 4, tradução nossa), afirma que “[...] estudos têm demonstrado que o aumento da presença policial serve para deter a ação de criminosos quando da decisão de se devem

ou não cometer o crime.”<sup>6</sup> A câmera é uma forma de aumentar a presença policial no local em que está instalada e por isso auxilia no processo de redução de práticas criminosas.

Aspectos positivos são observados ao se considerar que sabendo estar sendo filmado, o potencial ofensor não agirá por rezear a possibilidade de ser flagrado ou ter sua imagem cometendo o ato ilícito em seu desfavor na instauração de um inquérito policial. O mesmo ocorre para o impedimento de ações ilegais e abusivas de profissionais da segurança pública no atendimento de ocorrências.

Como benefício do sistema de filmagem de locais públicos está o aumento da sensação de segurança desfrutada pela população e pelos profissionais de segurança pública. Sob a proteção das lentes, os policiais têm suas ações resguardadas de possíveis processos criminais em desfavor de seus atos, quando agem de forma correta, e no caso de agravamento de ocorrências o operador da câmera poderá imediatamente enviar reforços ao local.

## 6 CONCLUSÃO

Verifica-se que o uso do vídeo monitoramento como auxílio à segurança pública é uma tendência a se espalhar por toda a região em vista de que seus benefícios são inúmeros, posto que a mesma compreende uma forma de aumentar o número do efetivo e automaticamente auxiliar no desempenho dos agentes, fato este que auxilia consideravelmente na redução do crime.

Sua efetividade encontra-se em auxiliar em situações criminosas reconhecendo vítimas, criminosos. Insta frisar, que o monitoramento eletrônico por si só gerou ocorrências que entraram no índice, contribuindo para o seu aumento. Isso ocorre, pois o Policial que atentamente vigia as ruas da cidade não raramente se depara com situações e gera a ocorrência, empenhando uma guarnição para resolver problemas relacionados à atividade policial. Tais situações poderiam não entrar para as estatísticas se não fosse a presença da câmera no local.

Por decorrência, ciente de que está sendo filmado o criminoso encerra por desistir de sua ação delituosa, bem como o agente público termina por desempenhar seu trabalho de maneira mais proveitosa, pois que conta com o auxílio e a cooperação de um meio que, pode-se dizer, “invisível”, pois que pode acompanhar o delituoso em qualquer lugar e de forma próxima, vigiando-o sem ser visto.

### VIRTUAL SAFETY IN PUBLIC SPACE

#### ABSTRACT

*The research is through a qualitative and quantitative approach, describing the complexity of cyber security in the public space. Thus, it also features as explanatory and methodological, ie mixed, even containing a case study in concretu. As the technical procedures used, observe the results of this research also with bibliographical and statistical characteristics, as it seeks theoretical and quantitative support. This methodology guided the research process: the production of knowledge, arguing on the one hand, the importance of the use of cameras in public places as a guarantee of security for citizens; and, otherwise, considers critical positions regarding the issue.*

*Keywords: Public safety. Public space. Video surveillance. Military Police.*

<sup>6</sup> *Studies have shown that an increased police presence serves to deter criminals as they decide whether or not to commit a crime (CONDE, 2004, p. 4).*

## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 maio. 2013.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 28 out. 2013.
- BRASIL. *Memorando n. 2072/GAB/SENASP/MJ*. Brasília, DF, 2013a.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Manual de orientações aos proponentes para elaboração de propostas via SICONV nas ações de prevenção do Fundo Nacional de Segurança Pública edital 003/2011*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B20FD05A1-857E-4BE1-B023-31EDE3233AA4%7D&ServiceInstUID=%7BB78EA6CB-3FB8-4814-AEF6-31787003C745%7D>>. Acesso em: 30 out. 2013b.
- BRASIL. *Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D88777.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D88777.htm)>. Acesso em 28 out. 2013.
- BROWN, Ben. *CCTV in Town Centres: Three Case Studies*. Home Office Police Research Group Crime and Detection Series: Paper n. 68. London, 1995.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CCTV UNIVERSITY. *History of CCTV technology*. Disponível em: <<http://www.cctvsystems.com/history-of-cctv>>. Acesso em: 30 out. 2013.
- CONDE, Caspar. *The LongEyeofthelaw: ClosedCircuitTelevision, Crime Prevention and Civil Liberties. IssueAnalysis*, n. 48, 14 abr. 2004.
- CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO. *Resolução n. 471*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/Resolucao4712013.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2014.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- DA ROSA, Aurélio José Pelozato et al. *Manual de Técnica de Polícia Ostensiva*. Florianópolis: Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. 1. ed. Barueri: Manole, 2007.

- FERREIRA, Tércia Maria. *Monitoramento Eletrônico de Logradouros Públicos: A Tecnologiaa Serviço da Segurança Pública*. 2008. Disponível em: <<http://revista.ssp.go.gov.br/index.php/rebsp/article/viewFile/72/27>>. Acesso em: 21 maio. 2013.
- FROTA, Hidemberg Alves da. A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no Direito brasileiro e Comparado. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, v. 13, n. 1, t. 2, p. 459-495, enero/dic. 2007. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20072/pr/pr2.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2014.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- KANASHIRO, Marta Mourão. *Sorria, você está sendo filmado: as câmeras de monitoramento para segurança em São Paulo*. 2006. 133 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia)—Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2006.
- KOSSMANN, Edson Luis. Com a palavra. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 27, n. 399, set. 2013.
- MARTÍN, Nuria Belloso. *La aplicación de las nuevas tecnologías a los centros penitenciarios: la imprescindible garantía de los derechos fundamentales*. Espanã: Universidad de Burgos, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MONTEIRO, Ricardo Barcellos. *A Polícia Judiciária e os Sistemas de Investigação Preliminar*. 2010. Disponível em: <<http://ged.feevale.br/bibvirtual/monografia/MonografiaRicardoMonteiro.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Segurança Pública na Constituição. *Revista de informação legislativa*, v. 28, n. 109, p. 137-148, jan./mar. 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175847/000453860.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 out. 2013.
- MORGAN, Lewis Henry. A Sociedade Antiga. In: CASTRO, Celso. *Evolucionismo Cultural: textos de Morgan, Tylor e Frazer*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.
- NORRIS, Clive; MCCAHERILL, Mike; WOOD, David. *The Growth of CCTV: a global perspective on the international diffusion of video surveillance in publicly accessible space*. 2004. Disponível em: <<http://www.surveillance-and-society.org/cctv.htm>>. Acesso em: 21 maio 2013.
- NY SURVEILLANCE CAMERA PLAYERS. *A historyofvideosurveillance in England*. Disponível em: <<http://www.notbored.org/england-history.html>>. Acesso em: 30 out. 2013.
- OMMATI, José Emílio Medauar. Direiros entram em conflito? *Estado de Direito*, Porto Alegre, n. 41, p. 13, abr. 2014.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2014.
- ORWELL, George. *1984*. 24. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2000.
- POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Projeto: emprego de circuito fechado de TV para monitoramento de logradouros públicos*. Florianópolis, 2000.

POLÍCIA FEDERAL. *VANT faz voo de apresentação da fase operacional*. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.dpf.gov.br/agencia/noticias/2011/novembro/vant-faz-voo-de-apresentacao-da-fase-operacional>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 1762. Disponível em: <<http://ebooksbrasil.com>>. Acesso em: 30 out. 2013.

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *SSP lança programa BEM-TE-VI, que visa melhorar o sistema de videomonitoramento do Estado*. 2013a. Disponível em: <[http://www.ssp.sc.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=527:lanca-programa-bem-te-vi-que-visa-melhorar-o-sistema-de-videomonitoramento-do-estado&catid=51:noticias-da-secretaria&Itemid=154](http://www.ssp.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=527:lanca-programa-bem-te-vi-que-visa-melhorar-o-sistema-de-videomonitoramento-do-estado&catid=51:noticias-da-secretaria&Itemid=154)>. Acesso em: 30 out. 2013.

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *SSP orienta gestores para ampliação do sistema de videomonitoramento*. 2013b. Disponível em: <[http://www.ssp.sc.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=931:ssp-orienta-gestores-para-ampliacao-do-sistema-de-videomonitoramento&catid=94:novas-noticias-1&Itemid=154](http://www.ssp.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=931:ssp-orienta-gestores-para-ampliacao-do-sistema-de-videomonitoramento&catid=94:novas-noticias-1&Itemid=154)>. Acesso em: 21 mai. 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1946.

WELSH, Brandon C.; FARRINGTON, David P. Public Area CCTV and Crime Prevention: An Updated Systematic Review and Meta-Analysis. *Justice Quarterly*, Londres, v. 26, n. 4, p. 716-745, dez. 2009.

# POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE ASSEGURAR O DIREITO SOCIAL À MORADIA

Luiz Geraldo Gomes dos Santos\*  
Rogério Luiz Nery da Silva\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, orientado dentre outros fundamentos pela Dignidade da Pessoa Humana. Que se tomada pela fórmula conceitual haberliana, “constitui a base do Estado constitucional como tipo, expressando as suas premissas antropológico-culturais” o que implica dizer que ao administrador público caberá o dever irrefutável de implementar medidas necessárias para assegurá-la. Também sob a dimensão ontológica, a dignidade é entendida como qualidade inerente à própria condição de pessoa humana, irrenunciável e inalienável, como elemento qualificador da condição de ser humano como tal e que dele não pode ser destacada, daí a possibilidade de ser requerida como direito subjetivo de cada pessoa.

Entretanto, a dignidade não é vista apenas do ponto de vista cultural ou ontológico, devendo ser considerada também como limite mínimo aceitável e como tarefa, como dever a ser cumprido em relação aos seres humanos, daí falar-se em sua dupla dimensão: negativa e prestacional. Sob tal aspecto, constitui-se como limite a sociedade política organizada e como tarefa aos poderes estatais e à sociedade em geral, englobando uma dimensão defensiva e prestacional da dignidade.

Faz-se necessário, portanto, o enfrentamento do temas das políticas públicas que devem se constituir em instrumento de efetivação do direito fundamental à moradia tal como estipulado pela Constituição de República em eu texto ora em vigor, após o advento das emenda constitucional n°. 26, que alterou o artigo 6º para incluir formal e expressamente no rol dos direitos sociais o direito à moradia.

A noção de moradia, como direito social de segunda dimensão, tem aplicação imediata no contexto do Estado Democrático de Direito por constituir-se numa forma objetiva de tutela pessoal da não só da integridade física, como também da liberdade e da própria dignidade do ser humano, razão pela qual, renomados doutrinadores reforçam que a Constituição em sede de direitos fundamentais prevê sua aplicação imediata, desde as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais às suas conjugações com as demais normas como parte do sistema jurídico constitucional. Ou seja, os direitos sociais, como integrantes do rol de direitos fundamentais são igualmente alcançados pela aplicação imediata, salvo em casos muito específicos quando veiculadas exclusivamente por normas de conteúdo estritamente programático, podem depender de regulamentação.

É nesse contexto e visando assegurar o direito à moradia que se faz necessária a adoção de políticas públicas, diferenciadas das políticas sociais gerais, sendo que o objetivo do presente trabalho será o de constatar se as políticas públicas adotadas no Brasil em relação ao direito à

\* Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Professor Universitário na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; l\_geraldogomes@hotmail.com

\*\* Doutor em Direito Público e Evolução Social; Professor Conferencista Pós-Graduação lato sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina

moradia se fazem eficientes o suficiente para suprir as demandas originadas das pressões populacionais e mesmo as legítimas expectativas da cada ser humanos em relação a contar com uma moradia digna.

## 2 MATERIAL E MÉTODOS

Enquanto método de pesquisa adotar-se-á o bibliográfico, com a finalidade de obter o referencial teórico que propicie a análise e solução dos problemas propostos.

Segundo Strieder (2009, p. 48) “[...] a pesquisa bibliográfica é elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e, atualmente, com material disponibilizado na Internet.” Esta forma de pesquisa coloca para o pesquisador a vantagem de consultar uma porção de fenômenos que diretamente não teria acesso, desempenhando uma facilidade, uma vez que já foram articulados e discutidos, fazendo com que sejam confiáveis e de fácil acesso.

Ainda, o estudo terá uma abordagem qualitativa, preocupando-se com a descrição e a explicação do fenômeno, bem como constituindo-se de entendimentos gerais sobre o assunto, voltados para o campo específico, o qual será a observância ou não de parte do Estado das garantias sociais do cidadão, sendo, portanto, uma pesquisa de caráter exploratório, desenvolvendo os determinados assuntos com base em bibliografias, diferindo dos estudos quantitativos, baseados em instrumento, atitudes que seguem padrões, possuindo índices e dados exatos que garantam o objetivo da pesquisa.

Quanto aos seus objetivos, o trabalho estará fundamentado na pesquisa exploratória, a qual tem por finalidade principal o esclarecimento, o desenvolvimento, a modificação de conceitos e ideias, bem como é baseada no aprimoramento das mesmas, além de buscar uma maior familiaridade delas, aprofundando-se nos mais variados aspectos do tema a ser tratado, colocando-o na perspectiva da realidade por meio das análises profundas e metodológicas que se fazem sobre os assuntos, dando um enfoque de entendimento ao leitor do contexto.

Neste aspecto, Gil (2008, p. 27) destaca que as “[...] pesquisas exploratórias são desenvolvidas com o objetivo de proporcionar visão geral, de tipo aproximativo, acerca de determinado fato.” Esse tipo de pesquisa é realizado especialmente quando o tema escolhido é pouco explorado e torna-se difícil sobre ele formular hipóteses precisas e operacionalizáveis.

Importantíssima é a análise quanto ao método indutivo, que é um dos alicerces da pesquisa, o qual está baseado em características gerais, que através de estudos, propiciam o entendimento de questões particulares, propiciando formular as questões e estudos intrínsecos da matéria abordada.

Assim, o objetivo da pesquisa é descobrir respostas para os problemas elencados, utilizando-se dos métodos citados.

## 3 RESULTADO E DISCUSSÃO

Políticas públicas podem ser vistas a partir da visão de Brooks (1989) como “[...] uma ampla estrutura de ideias e valores dentro dos quais decisões são tomadas e a ação, ou inação, levada a efeito por governos em relação a alguma questão ou problema.” Ao se tratar de políticas públicas, o primeiro problema que nos deparamos é a definição das mesmas. Nesse sentido,

Bucci (2002) sustenta que as políticas públicas se constituem em temática que tem a sua origem na Ciência Política e na Ciência da Administração Pública, encontrando relações, no âmbito do direito, com a Teoria do Estado, do direito constitucional, do direito administrativo ou do direito financeiro.

Por sua vez, Procopiuk (2012) dá um enfoque com maior cientificidade às políticas públicas, estabelecendo vinculações com um amplo número de atividades legislativas e administrativas, as quais, tem que estar voltada a resolução de problemas coletivos, o que a vincula a necessidade de alocar recursos e esforços para tentar solucionar os problemas que surgem na sociedade, o que se dará mediante uma obrigatória detecção e avaliação do problema, o estabelecimento de uma agenda de resolução e alocação de recursos para sua solução e o estabelecimento de quais os níveis de governo serão os responsáveis pela implementação das políticas públicas estabelecidas.

Observe-se, portanto, que a Política Pública não está limitada ao campo da administração pública, possuindo interligações com outros ramos do conhecimento, quer seja do ponto de vista sociológico, jurídico, antropológico, geográfico, administrativo, estatístico, planejamento, etc., necessitando de análises diversas, como forma de efetivar medidas que venham a solucionar problemas concretos existente na sociedade.

Destarte, as políticas sociais, em que pese também serem dotadas de multidisciplinaridade, tem um foco diferente das políticas públicas, visto que, enquanto estas se concentram no processo e em responder questões como “por quê” e “como”, aquelas tomam o processo apenas como ‘pano de fundo’ e se concentram nas consequências da política, ou seja, o que a política faz ou fez.

A visão de Souza (2013) destaca que a pesquisa em política pública não concentra tão somente em seu conteúdo material, tanto que o objeto da política pública é ponto de atuação de qualquer esfera de governo, em qualquer área, o que serve para ilustrar a visão panorâmica desse processo. Na visão do autor, em sentido oposto, as pesquisas e análises de políticas sociais devem se ver associadas ao objeto da política pública, centrado nos problemas que a política se propõe apresentar soluções, portanto, em sede de resultado prático.”

Deste modo, poder-se-ia afirmar que enquanto as políticas públicas se preocupam com a forma para a resolução dos problemas, as políticas sociais se preocupam com os resultados práticos decorrentes de referidas políticas, a exemplo das questões envolvendo minorias, segurança pública, saúde, etc., impondo-se assinalar que referidas políticas públicas estão vinculadas a busca da dignidade da pessoa humana, o que tem que ser posto sob a perspectiva do próprio direito fundamental a uma moradia digna.

Com efeito, a Constituição previu o direito a moradia enquanto direito fundamental, mais especificamente em seu artigo 6º, o que se deu por força da EC 26, a qual formalizou o reconhecimento jurídico do direito a moradia como direito social e faz presumir um direito subjetivo de cada cidadão em buscar a satisfação das condições mínimas para habitar com sua família em padrões dignos, o que impôs a que o Estado Brasileiro, adotasse políticas públicas visando assegurar habitação digna para milhões de desassistidos que não tem onde morar, bem como, aos que tendo moradia, não oferece as mesmas condições para uma vida digna.

Observe-se que o tema em questão tem claro matiz neoconstitucionalista, que atribui ao referido direito uma posição hierárquica de reconhecida prioridade em relação a outros direitos da maior relevância, o que tornam inócuas as discussões em torno de uma pretensa superioridade e autoaplicabilidade de referido direito, pois o mesmo encontra-se alicerçado pelo princípio da dig-

nidade da pessoa humana - vinculador de todo o ordenamento jurídico - estabelecendo um dever jurídico por parte do Estado, em atender tal necessidade humana, se constituindo em obrigação de cunho prestacional solidário.

Na visão de Sarlet (2009, p. 104) a dignidade humana é princípio reitor da Constituição, em razão de constituir-se “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano”, característica forte o suficiente para garantir-lhe a exigibilidade do respeito e da consideração por parte do Estado e da comunidade. Tal construção desenvolve um complexo de direitos e deveres fundamentais associados à ideia de pessoa que se prestam a tutelar contra todo e qualquer ato degradante e desumano. Garante também a exigibilidade de “[...] condições existenciais mínimas para uma vida saudável” e viabilizam a “participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

Note-se, portanto, que referido compromisso social constitucional implica em um direito à igualdade mínima, balizado pela dignidade humana, o que impõe a que o Estado brasileiro - como Estado Democrático de Direito - venha a promover a igualdade material mínima entre seus cidadãos, visando a redução das desigualdades regionais e sociais.

Nesse sentido, a situação da moradia no Brasil registra enormes carências, quer seja quanto ao número de moradias existentes, quer seja no que refere a inexistência de condições mínimas de habitabilidade, o que envolve questões como segurança, conforto, saneamento básico, privacidade, etc., todos voltados a preencher o direito à vida digna. Nessa linha, segundo dados do IBGE, no ano de 2013, 29,7% (vinte e nove vírgula sete por cento) das moradias no Brasil não tinham acesso a saneamento adequado e iluminação elétrica, sendo que, de referido percentual não consta a parcela da população que não tem moradia, o que implica em um sensível aumento do índice acima referido, evidenciando-se assim, uma triste realidade nacional.

Ainda, conforme alertam Saule Júnior e Rodriguez (2008), “[...] existem, ainda, cinco milhões de moradias com infraestrutura inadequada que possuem água, mas ela não é tratada; com solução de esgoto, mas inapropriada.” Constam também 2,4 milhões de domicílios inadequados por adensamento excessivo ou pelo uso de materiais precários na sua construção.

Não obstante, é necessário determinar o que efetivamente é o direito a moradia digna, sendo que nesse sentido, vale o entendimento de Nolasco (2008, p. 88), segundo o qual o direito de moradia se desenvolve a partir da noção de detenção da “[...] posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção contra a intempérie e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão.” Segundo essa visão, é direito de oponibilidade *erga omnes*, isso porque garante condições mínimas de exercício da paz interior, pois é na morada, local de acolhida a sua intimidade mais crua onde se permite cuidar da prole, repousar, alimentar, conviver com seu companheiro(a) e perpetuar a espécie, o que plenamente justifica a inviolabilidade a esse direito constitucional.

Com efeito, referida conceituação engloba ainda o local onde exista saneamento básico, privacidade, intimidade, segredo, conforto térmico, segurança, enfim o local onde ele se sinta seguro, possa cultivar e fortalecer laços e se sentir valorizado enquanto ser humano.

Validamente, não há como negar que o direito social fundamental à moradia, constitui elemento essencial para a existência digna, como forma de conferir estatura moral ao ser huma-

no, pois se constitui no local onde o indivíduo busca proteção para si e para sua prole e assegura sua intimidade e privacidade.

Desta feita, buscando atender tal exigência da Lei Maior, o Estado vem adotando políticas públicas que tenham por finalidade diminuir o déficit habitacional, bem como, para assegurar moradias dignas para todos, as quais podem ser representadas pela Lei 11.977/2009, posteriormente alterada pela Lei 12.424/2011, que criou o programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, a qual estabelece as regras para fins de criar mecanismos e meios de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais), compreendendo os seguintes subprogramas: I - o Programa Nacional de Habitação Urbana - PNHU; e II - o Programa Nacional de Habitação Rural - PNHR, os quais incentivam a aquisição, construção ou reforma de moradias populares, sendo que, entretanto, referidas providências não tem sido suficientes para combater o elevado déficit de moradias, bem como, o de moradias que não atendem um princípio de Dignidade da Pessoa Humana, quer seja por não possuírem a infraestrutura adequada para o bem viver, quer seja por estarem construídas em locais de risco.

Observe-se que, segundo dados oficiais constantes do Portal Brasil, referido programa é hoje o responsável pela construção de um terço das moradias do Brasil, o que implica em efetiva política pública como forma de atender o direito fundamental a moradia, tal como previsto no artigo 6º da Constituição Federal.

#### 4 CONCLUSÃO

O trabalho busca estabelecer a conceituação do que seria a dignidade da pessoa humana e a sua vinculação com os direitos fundamentais sociais, em especial com o direito a moradia digna e a sua vinculação com as políticas públicas e políticas sociais.

Sob tal aspecto se constatou a multidisciplinaridade de referidas políticas, bem como, os seus elementos diferenciadores, em especial, o fato de que as políticas públicas se preocupam com questões como “por quê” e “como”, no sentido de buscar a resolução dos problemas sociais efetivamente existentes, enquanto que as políticas sociais tem um enfoque voltado aos resultados obtidos através da adoção das políticas públicas.

A abordagem das políticas públicas se deu no sentido de buscar atender um direito fundamental a moradia, considerada esta como elemento essencial para a existência de dignidade, a fim de conferir estatura moral ao ser humano, sendo o local onde o indivíduo busca proteção para si e para sua prole, assegura sua intimidade e privacidade, se constituindo em um espaço que lhe garante dignidade.

Com a finalidade de atender o dever prestacional previsto na Lei Maior, o Estado vem estabelecendo políticas públicas que tem por finalidade diminuir o déficit habitacional, ou ainda, para assegurar moradias dignas para todos, a exemplo do programa Minha Casa Minha Vida, do Programa Nacional de Habitação Rural e do Pró-Moradia, incentivando a aquisição, construção ou reforma de moradias populares, demonstrando assim, o reconhecimento expresso da indispensabilidade do direito a moradia digna, havendo, no entanto, a necessidade de que o tema seja aprofundado, como forma de contribuir com o desenvolvimento de referidas políticas e a efetivação do direito fundamental a moradia.

## REFERÊNCIAS

- IBGE. *Uma análise das condições de vida da população brasileira 2013*. 2013. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores\\_Sociais/Sintese\\_de\\_Indicadores\\_Sociais\\_2013/pdf/familias\\_domicilios\\_pdf.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2013/pdf/familias_domicilios_pdf.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2014.
- DÜRIG, G. Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade - Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- HABERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: *Dimensões da Dignidade Advogado*. Porto Alegre, 2013.
- NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à Moradia*. São Paulo: Pillares, 2008.
- PORTAL BRASIL. *Programa constrói um terço das moradias do País em 2013*. 2013. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2013/11/programa-constroi-um-terco-das-moradias-do-pais-em-2013>>. Acesso em: 01 ago. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade - Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SAULE JÚNIOR, Nelson. O direito à moradia como responsabilidade do Estado Brasileiro. Caderno de Pesquisa do CEBRAP - Centro Brasileiro de Análises e Planejamento, n. 7, p. 65-80, maio 1997. In: Nolasco, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à Moradia*. São Paulo: Pillares, 2008.
- SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e seu Aspecto Teórico e Prático com os Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- STRIEDER, Roque. *Diretrizes para elaboração de projetos de pesquisa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2009.

# A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA: CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES

Rogério Gesta Leal\*  
Maria Gabriela Basso Rizzotto\*\*

## RESUMO

O presente artigo aborda os direitos sociais fundamentais, com enfoque ao Direito à Moradia, inserido no texto constitucional em seu artigo 6º, assim, como também, será feita a análise dos programas de habitação existentes no Brasil, que buscam garantir aos cidadãos o devido acesso à moradia, objeto de estudo deste artigo. Primeiramente será abordado o conceito específico que se aplica ao direito à moradia, apontando seu papel central como elemento constituinte da dignidade da pessoa humana e do exercício à cidadania. Para tanto, faz-se necessário explanar seu conceito sociológico, salientando a importância de uma moradia digna e expondo os seus padrões adequados e o seu reconhecimento internacional como um direito humano. Posteriormente, será verificada a problemática do direito à moradia no Brasil atual; a política habitacional brasileira e os programas públicos de habitação existentes, enfatizando a importância de se assegurar aos indivíduos, principalmente àqueles que vivem em situação de pobreza, ou, que não têm condições financeiras suficientes para assegurar para si próprio o direito à moradia digna, isto é, a efetivação do Direito à Moradia que lhe é concernente. O presente artigo foi realizado pelo método bibliográfico.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Direito à Moradia. Dignidade da Pessoa Humana. Políticas públicas. Direitos Humanos.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem a intenção de demonstrar a importância da efetivação do direito à moradia, sendo uma das necessidades mais básicas do ser humano, além de ser um direito fundamental desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e também constitucional com a Emenda nº26/00 que insere a moradia no *caput* do art. 6º.

O objetivo da presente pesquisa é demonstrar o quão importante são os direitos sociais fundamentais, com perspectiva principal no direito à moradia como forma de preservação da dignidade da pessoa humana; fazer uma análise da efetivação do direito social à moradia, desde o seu advento até os dias atuais, analisando o seu conceito sociológico, a sua positivação em forma de lei no Brasil e também no cenário internacional e a forma de sua aplicação.

Para realizar a pesquisa foi feita a pesquisa bibliográfica sobre a doutrina. Além disso, analisou-se o texto do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas que trata em dois de seus comentários gerais a respeito dos componentes desse direito e as normas voltadas a esse direito. O método utilizado na presente pesquisa é o bibliográfico.

Inicialmente este estudo define o conceito do direito à moradia no sentido amplo. Após, será visto o conceito sociológico que se aplica a esse direito, apontando os sete elementos fundamentais e indispensáveis para uma moradia digna, além de expor o seu reconhecimento nacional e internacional no rol dos Direitos Sociais.

\* gestaleal@gmail.com

\*\* mariagabrielabasso@gmail.com

Na sequência, será verificada a problemática do direito à moradia atualmente e apresentar-se-á os programas habitacionais brasileiros que garantem a população a garantia desse direito tão importante para a dignidade da pessoa humana.

## 2 O DIREITO À MORADIA

O conceito literal de moradia, segundo o dicionário Michaelis (2008, p. 599), é o lugar onde se mora; habitação. No entanto, esta definição não traz todo o significado que a moradia realmente tem que será tema do estudo aqui pretendido. Buscaremos analisar a moradia em todos os seus aspectos, desde o físico até suas implicações com o ser humano.

Primeiramente, podemos afirmar que a ideia de moradia não integra apenas a “casa própria”, mas sim o direito de todos terem o seu lar, segurança para viver-se em paz e dignamente. A moradia é muito mais do que um espaço de habitação, mas sim a construção de um espaço psicológico e humano.

Segundo Silva (2006, p. 382), o direito à moradia “[...] significa, em primeiro lugar, não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma; e por outro lado, significa o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação.”

Alves (1993) afirma que morar para o ser humano é muito mais do que algo instintivo (um abrigo ou proteção) como para os animais; é a expressão da nossa identidade e a construção do nosso modo de viver.

Esse modo de vida só pode surgir se existir condições mínimas paralelamente a ele. Pois certamente não haverá dignidade em um ser humano sem o acesso a moradia:

A moradia, como uma necessidade de toda pessoa humana, é um parâmetro para identificar quando as pessoas vivem com dignidade e têm um padrão de vida adequado. O direito de toda pessoa humana a um padrão de vida adequado somente será plenamente satisfeito com a satisfação do direito a uma moradia adequada. (SAULO JÚNIOR, 2006, p. 217).

Ainda Rui Geraldo Camargo Viana traz que a moradia identifica a premissa da necessidade humana; a condição indispensável tanto para a sobrevivência quanto para a dignidade da pessoa, sendo o “asilo inviolável do cidadão”; a base de sua individualidade, como já consagrada pela frase de Edward Coke no século XVI que “a casa de um homem é o seu castelo” (my home my castle).

A partir desta ideia, podemos afirmar que os homens, no âmbito de seus lares, desenvolvem as suas particularidades, reproduzem a sua identidade. Criando-se assim o direito a intimidade que, como no nosso país, é consagrado como direito fundamental. Também é trazer à tona a noção de inviolabilidade do domicílio, que consiste na proteção legal da pessoa de qualquer tipo de invasão ou violência, exceto os permitidos em lei.

Para a garantia de uma moradia adequada, deve-se observar, em linhas gerais, tanto no meio urbano quanto no meio rural, o direito à moradia inclui sete elementos que discorreremos a seguir.

## 2.1 OS SETE COMPONENTES DO DIREITO À MORADIA

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, em seu comentário geral de n.4, discorre sobre os elementos desse direito. Os elementos são separados didaticamente, porém estão inter-relacionados.

- a) *Segurança jurídica da posse*: todas as pessoas têm direito a morar de forma estável e segura, sem o medo de sofrer remoção, ameaças indevidas ou inesperadas. Essa posse pode se dar por aluguel (público ou privado), por moradia em cooperativa, arrendamento, ocupação pelo próprio proprietário. Os Estados partes devem adotar medidas que garantam a segurança da posse para a população e às propriedades que careçam de tal proteção, em consultas a pessoas e grupos afetados;
- b) *Disponibilidade dos serviços, benefícios e infraestrutura*: a moradia digna deve dispor de recursos essenciais que atendam à saúde, conforto e nutrição. São eles: casas conectadas às redes de água, saneamento básico, gás e energia elétrica; proximidades as escolas, creches, postos de saúde, meios de armazenamento de alimentos, áreas de esporte e lazer e deve haver a disponibilidade os serviços de transporte público, limpeza, coleta de lixo, serviços de emergência, entre outros.
- c) *Gastos suportáveis*: o custo para a aquisição da moradia deve ser acessível, de modo que não afete o orçamento familiar, muito menos as garantias de outros direitos fundamentais, como o de alimentação, saúde e lazer. Além disso, os custos pecuniários no que diz respeito à moradia não podem prejudicar os direitos individuais. Os gastos com a manutenção da casa, como as despesas com a luz, água e gás devem estar a tal nível que não afete outras necessidades básicas. Os Estados partes devem garantir que estes gastos indispensáveis devem ser proporcionais à renda familiar, também financiamentos que correspondam ao nível de necessidade da moradia.
- d) *Habitabilidade*: a moradia deve ser habitável, ou seja, apresentar boas condições para que esse direito seja alcançado. Deve apresentar proteção contra o frio, calor, chuva, vento, umidade, contra ameaças de incêndio, desmoração, vetores de doenças, a integridade física e qualquer outro fator que ponha em risco a vida e a saúde da família que possui a morada. O tamanho da moradia e quantidade de cômodos deve ser proporcional ao número de habitantes da casa. Os espaços para armazenar alimentos, de higienização da morada também devem ser definidos e adequados.
- e) *Acessibilidade*: não pode ocorrer a discriminação dos grupos vulneráveis, mas sim a priorização. Os grupos desfavorecidos (idosos, crianças, deficientes físicos, portadores de deficiências terminais, os HIV positivos, pessoas com problemas médicos persistentes, doentes mentais, vítimas de desastres naturais, grupos que vivem em área de risco, entre outros) devem ter acesso aos recursos adequados para conseguir uma moradia. As leis e políticas públicas habitacionais devem priorizar estes grupos, levando em conta suas necessidades especiais.
- f) *Localização*: para que seja adequada, a moradia deve estar em local que ofereça o desenvolvimento econômico, social, cultural, o acesso ao emprego, transporte, saúde, escolas, creches e outros serviços públicos essenciais, tanto em grandes cidades como nas áreas rurais.

- g) *Adequação cultural*: nas construções das habitações, necessita-se que a identidade e a diversidade cultural estejam ali asseguradas, a partir dos materiais e das formas utilizadas para construí-la. Reformas e modernizações devem respeitar também as dimensões culturais da habitação.

## 2.2 O DIREITO À MORADIA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS E NO DIREITO BRASILEIRO

O direito à moradia foi considerado como direito fundamental no ano de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que em seu art. XXV discorre:

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de controle.

Outras normas previstas que trazem maior compreensão e proteção do direito à moradia são: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de discriminação Contra a Mulher (1965) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

No Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, (1966), ratificado pelo Brasil por meio do decreto n. 591, de seis de julho de 1992, expõe em seu art.11 o principal fundamento do reconhecimento do direito à moradia:

1. Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (OSÓRIO, 2002).

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas trata em seu comentário geral n.4 dos componentes do direito à moradia (abordado anteriormente); no comentário geral n.7 contém normas voltadas a esse direito, reforçando o Princípio do Retrocesso Social.

Ainda no cenário internacional, o direito à moradia foi consagrado também através da Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976) e pela Agenda 21 sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992).

E, através do §2º e 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, concluímos que os tratados além de obrigarem diretamente os Estados, também geram direitos subjetivos aos cidadãos enquanto não ocorre a intermediação da força da lei para tornar enfim obrigatória à ordem interna do tratado internacional:

- §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja Parte. (BRASIL, 1988, p. 11).

No plano nacional, como supramencionado, o direito à moradia foi inserido e consagrado no rol dos direitos de segunda dimensão com a Emenda Constitucional de nº26 do ano de 2000: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia [...]”, porém antes dela a Carta Magna já previa esse direito em seu artigo 23, IX: “[...] promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.”

Existem várias legislações que devem ser aplicadas para a proteção do direito à moradia: Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), Medida Provisória n. 2.220/2001 que dispõe sobre a concessão de uso especial para fins de moradia; a Lei Federal n. 8.245, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e formas de proteção dos grupos sociais vulneráveis que vivem em habitações coletivas, a lei de parcelamento do solo urbano (Lei n. 6.766, de 1979 com as alterações trazidas pela Lei n. 9.785, de 1999); a Lei de Terras da União (Lei n. 9.636/98) que trata da gestão e regularização dos imóveis de propriedade da terra rural (Lei n. 4.504, de 1964), a lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) e o novo Código Civil (Lei n.10.406/2002) que trata sobre o direito de família, de herança, posse e propriedade.

Contudo, segundo Gazola (2008, p. 49): “Embora a dignidade da pessoa humana seja o princípio fundante do Estado Democrático de Direito, seu desrespeito é facilmente identificável nas cidades brasileiras.”

### 3 A PROBLEMÁTICA DO DIREITO À MORADIA NO BRASIL

Apesar de todo o aparato legislativo nacional e internacional supramencionados, além da garantia constitucional de que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, a realidade está longe daquilo proposto.

Segundo relatório realizado pelo Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, cerca de 33 milhões de pessoas no Brasil não possuem moradia. Desse número, cerca de 44 milhões de pessoas que não possuem moradia adequada ou nenhuma vivem nos grandes centros urbanos do país.

A seguir, serão listados alguns motivos do qual fazem esses dados tão elevados a viver de maneira incondizente do que lhe é de direito mínimo e fundamental.

#### a) No caso do trabalhador:

Dallari (1981, p. 16) destaca que “[...] o trabalhador passa a residir cada vez mais longe de seu local de trabalho, o que lhe acarreta sacrifícios adicionais em termos de horas de descanso e despesas como transporte, agravando o pauperismo existente e todas as mazelas que lhe são inerentes.”

Por conta da distância e o medo de perder sua fonte de renda, famílias se submetem a morarem em áreas de risco ou de proteção ambiental, muitas vezes sem saneamento básico e os outros componentes da moradia digna, desrespeitando as normas urbanísticas para morar próximo ao seu local de trabalho. Conseqüentemente, são vítimas de deslizamentos, inundações e da insegurança de morar sem as condições mínimas de salubridade.

b) *Falta de planejamento das cidades:*

A falta da idealização torna-se extremamente negativo, pois faz que as pessoas construam e habitem e casas inadequadas e em locais irregulares, sem conhecimento de nenhum ordenamento racional; para que posteriormente o Estado tome conhecimento e providencie uma cópia de infraestrutura urbana. O que deveria ser o oposto: primeiro o Estado faz o planejamento do local, depois constrói a infraestrutura necessária para somente assim promover a habitação. Com essa realidade, torna os gastos muito mais elevados, porquanto que os custos de regularização das terras são muito superiores aos custos de implantação de lotes urbanizados.

c) *Mentalidade Tecnocrática dos Projetos Habitacionais:*

A própria lei limita o padrão habitacional de um lote mínimo de 800m<sup>2</sup>, além da metragem das unidades habitacionais, do material de construção e das fachadas e acabamento, trazendo custos elevados para tal construção, além da determinação da residência uni familiar, inviabilizando a subdivisão de lotes. Estas características excluem as classes desfavorecidas, sabendo-se que apenas pessoas de renda superior terão condições para cumprir tais requisitos.

d) *Tarifas elevadas de energia elétrica para a população de Baixa renda:*

As tarifas de energia elétrica muitas vezes acabam por retirar boa parcela da renda separada para a manutenção e cuidados da moradia, tornando assim inviável a habitação no local. Para que essa realidade mude, faz-se necessário instituir um programa nacional de tarifa social, baseado nas desigualdades e nas rendas das famílias, assim cobrando proporcionalmente a condição delas.

e) *Deficiências na prestação de assistências jurídicas:*

O Brasil possui grande deficiência na prestação de auxílio às pessoas de baixa renda, sobretudo por não haver órgãos especializados e juízes capacitados para tratar de forma adequada às situações de conflitos relacionados ao direito à moradia. Para a solução, algumas medidas devem ser tomadas: reconhecimento dos grupos vulneráveis como titulares do direito à moradia; democratização do acesso à terra e à propriedade; o respeito às populações tradicionais e seus modos de vida, entre outros.

Para Gazola (2008, p. 60):

Se a realidade atual não etapa de conformidade com o projeto constitucional, tem-se claro o dever do administrador público e dos demais poderes: o dever de transformar esta realidade de forma que nosso país se converte no país projetado em 1988. Como o direito à moradia historicamente tem sido relegado ao esquecimento, há muito a ser feito!

A exigência constitucional de proteção do direito à moradia também é verificada pelas obrigações, que são atribuídas aos entes da nossa Federação, a exemplo da promoção de programas de construção de moradias, temo do tópico seguinte.

## 4 PROGRAMAS HABITACIONAIS

O Governo Federal dispõe de vários programas de habitação destinados à população urbana e rural de baixa renda para a garantia do direito à moradia e à terra, tais como: Morar Melhor; Pró-Moradia; Minha Casa, Minha Vida; Arrendamento Residencial; Habitar Brasil; Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social (PSH), do qual discorreremos sobre alguns a seguir, segundo dados e informações da Caixa Econômica Federal (2014).

### a) Operações coletivas:

É um programa que utiliza os recursos de FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) que concede financiamento ao beneficiário final da Construção de Unidade Habitacional, tanto da aquisição do terreno quanto a construção nele, para a aquisição de material para construção/reforma/conclusão da unidade.

### b) Programa de infraestrutura e serviços de reforma agrária:

É voltado especialmente para a infraestrutura e serviços de reforma agrária. Quer-se com esse programa proporcionar condições para o desenvolvimento socioeconômico e a efetiva fixação das comunidades alvo de Projetos de Assentamento, criados em áreas destinadas à reforma agrária, mediante a implantação de infraestrutura e serviços.

### c) Programa Nacional de Crédito Fundiário (PNCF):

É um programa realizado pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio da Secretaria de Reordenamento Agrário. O PNCF tem por objetivo oferecer condições aos trabalhadores rurais a terra, a construção da sua moradia, preparar o solo, comprar implementos, e o que mais for necessário para o seu desenvolvimento, através do financiamento, esse que pode ser tanto individual quanto coletivo. Ainda prevê o incentivo a mulheres, jovens e negros rurais, contemplando também projetos especiais para o convívio com o semiárido e o meio ambiente.

### d) Crédito Solidário:

É a concessão de financiamentos destinados às famílias, organizadas em cooperativas ou associações populares habitacionais, que ganhem de zero a três salários mínimos prioritariamente em áreas metropolitanas. As modalidades são: Aquisição de terreno e construção; construção em terreno próprio; construção em terreno de terceiros; conclusão, ampliação ou reforma de Unidade Habitacional; e aquisição de Unidade Construída; Aquisição de imóveis para reabilitação urbana com fins habitacionais.

### e) Programa Minha Casa, Minha Vida - Recursos FAR (Fundo de Arrendamento Residencial):

Consiste em aquisição de terreno e construção ou requalificação de imóveis contratados que depois de concluídos são alienados às famílias que possuem renda familiar mensal de até R\$ 1.600,00. Contempla também a aquisição de terreno e produção de empreendimentos habitacionais vinculados a intervenções inseridas no PAC, para reassentamento, remanejamento ou substituição de unidades habitacionais, atendendo as famílias provenientes da área de intervenção, admitindo-se renda familiar mensal de até R\$ 3.275,00.

Outra forma prevista de atuação do Programa consiste na produção de equipamentos públicos de educação e saúde e de outros complementares à habitação, vinculados aos empreendimentos contratados.

f) Pró-Moradia:

Contribui para o acesso à moradia adequada a pessoas em situação de risco social e com rendimento familiar mensal de até R\$ 1.395. Isso acontece por meio de financiamento a estados, municípios, Distrito Federal e empresas públicas não dependentes com recursos vindos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e da contrapartida do solicitante. As modalidades são: Urbanização e regularização de assentamentos precários; Produção e aquisição de conjuntos habitacionais; Desenvolvimento institucional.

g) *Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social (PSH):*

A prioridade é dada à mulher chefe de família e às famílias de mais baixa renda, alcançando a população urbana e rural; visa direcionar recursos para a faixa de até cinco salários mínimos, onde está concentrado 92% do déficit habitacional.

h) Urbanização, regularização e integração de assentamentos precários:

Promove a urbanização, a prevenção de situações de risco e a regularização fundiária de assentamentos humanos precários, articulando ações para atender as necessidades básicas da população e melhorar sua condição de habitabilidade e inclusão social.

Apesar desse leque de oportunidades de conceder a população brasileira seu direito fundamental à moradia, por conta dos programas terem como agente operador a Caixa Econômica Federal, as regras para o financiamento impunham obstáculos - a exemplo dos juros - que impediam que pessoas com renda entre zero a dois salários mínimos consigam ser beneficiados.

Para isso, surge o Projeto de lei n.270/92 que regulamenta o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS). O SNHIS prevê que as verbas destinadas a programas habitacionais para a população carente sejam remanejadas dos recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) para o novo sistema. Também serão aplicados no SNHIS recursos orçamentários, empréstimos externos e internos, tanto do governo federal como dos estados e municípios.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo maior deste estudo foi atestar a importância do direito social à moradia que, apesar dele estar evidentemente protegido por tratados internacionais que o Brasil é signatário e também em Carta Maior, a realidade retrata exatamente o inverso, onde grande parte da população brasileira não possui moradia e outras vivem em condições desumanas.

Muitos trabalhadores para não perder seus empregos por conta da distância, se submetem a habitar em locais de risco, gerando um transtorno e gastos excessivos que poderia ser evitado pelo Estado, através do planejamento das cidades e a concessão de meios para que a população possa viver dignamente.

E a Constituição Federal de 1988, consolidada no Estado Democrático de Direito, que é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, objetiva o acesso de todos os programas e serviços fornecidos com a finalidade primeira que é o bem estar geral.

Assim, deve-se usar das ferramentas disponíveis para que o Direito à moradia adequada e digna venha se concretizar: programas habitacionais, os Municípios com o Plano Diretor, legislação que inclua a produção de habitações com preços acessíveis para a maior parcela da população possível.

A moradia deve também exercer seu papel social, favorecendo a comunidade na qual se insere, preservando a cultura e os costumes, deixando de ser um direito absoluto e individual e passando a ser um direito coletivo.

Destarte, fazer assim valer toda a legislação que positiva os direitos de segunda dimensão como imediatos, inerentes a pessoa e a sua dignidade.

### **THE SOCIAL RIGHT TO HOUSING EFFECTUATION: CONDITIONS AND POSSIBILITIES**

#### **ABSTRACT**

*This article addresses the fundamental social rights, with focus on the right to housing, inserted in the Constitution in Article 6, as well as an analysis of the existing housing programs existing in Brazil, which seek to guarantee to the citizens the due access to housing, which is the study aim of this article. First we will address the specific concept that applies to the right to housing, indicating its central role as a constituent element of human dignity and the exercise of citizenship. Therefore, it is necessary to explain the sociological concept, stressing the importance of decent housing and exposing their appropriate standards and its international recognition as a human right. Later, the issue of housing rights in the current Brazil will be checked; Brazilian housing policy and public programs for existing housing, emphasizing the importance of ensuring that individuals, especially those living in poverty, or who do not have enough financial position to secure for himself the right to decent housing, this is the realization of the right to housing that it is concerned This article was conducted by literature method.*

*Keywords: Social Fundamental Rights; Right to Housing; Dignity of the Human Person; Public policy; Human Rights.*

#### **REFERÊNCIAS**

ALVES, Maria Magdalena. Homens de rua: aqueles que não morrem. *Tempo e presença*, Rio de Janeiro, ano 15, n. 267, p. 14-16, jan/fev. 1993.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *Programas de habitação*. Disponível em: <[http://www1.caixa.gov.br/gov/gov\\_social/estadual/programas\\_habitacao/](http://www1.caixa.gov.br/gov/gov_social/estadual/programas_habitacao/)>. Acesso em: 12 set. 2014.

CAZALIS, Carlos. *O que é moradia? : Um direito humano fundamental desde 1948*, 2014. Disponível em: < [http://direitoamoradia.org/?page\\_id=46&lang=pt](http://direitoamoradia.org/?page_id=46&lang=pt) >. Acesso em 26 de fevereiro de 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriações para fins urbanísticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3. ed. São Paulo: SBDP, 2006.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <[http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-universal-dos-direitos-do-homem,2;jsessionid=grzZ7GMI2x+Uk0CjQm2q8w\\_\\_](http://www.infopedia.pt/$declaracao-universal-dos-direitos-do-homem,2;jsessionid=grzZ7GMI2x+Uk0CjQm2q8w__)>. Acesso em: 08 set. 2014

GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. *Direitos sociais: direito à moradia. Âmbito Jurídico*, 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12892](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12892)>. Acesso em 25 de fevereiro de 2014.

MICHAELIS: dicionário da língua português. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2008.

OSÓRIO, Leticia Marques. *Housing Rights in Brazil - Mission Report*, Cohre, Brasil, 2002.

PACTO Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto\\_internacional.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2014

SAMPAIO, Marcos Rogério. *Desigualdades: pessoas sem casas, casas sem pessoas*. Campo Grande, 2014. Disponível em: <<http://www.campograndenews.com.br/artigos/desigualdade-pessoas-sem-casa-casas-sem-pessoas>>. Acesso em: 09 set. 2014.

SILVA, José Anfonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SAULO JÚNIOR, Nelson. *Instrumentos de monitoramento do Direito Humano à moradia adequada*. In: FERNANDES, Edésio; Alfonsin, Betânia. (Cord). *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

## **Capítulo III**

*O Direito Fundamental ao Trabalho Digno*



# A DISCRIMINAÇÃO DO GÊNERO FEMININO EM RELAÇÃO AO GÊNERO MASCULINO NO MERCADO DE TRABALHO

Yuri Schneider\*  
Leandra Zatta Cassaniga\*\*

## RESUMO

Este estudo visa apontar algumas considerações acerca da construção jurídica das relações de gênero que é, a um só tempo, sujeito e objeto de um processo histórico amplo de transformações da sociedade brasileira. É a partir da Revolução Industrial e das novas exigências nas formas de produção que surge a exploração e a discriminação do gênero feminino, com base na cultura brasileira que reflete a característica das relações patriarcais de poder colocando assim a mulher em posição de subordinação. Neste sentido, surge uma legislação com o objetivo de assegurar ao gênero feminino o acesso ao mercado de trabalho em condições de igualdade com o gênero masculino preservando assim a sua dignidade humana.

Palavras-chave: Gênero Feminino. Mercado de trabalho. Discriminação.

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a sociedade brasileira passou por profundas mudanças, o direito de família passou por uma verdadeira revolução. Criou-se o discurso jurídico de gênero, este presente no ordenamento jurídico com a função de desempenhar um importante papel no processo de interpretação e aplicação do direito.

Contudo, a Revolução Industrial foi uma referência para o trabalho da mulher, com o surgimento do sistema fabril, sua organização eficiente em grande escala e sua divisão de trabalho, representou um aumento na produção. As mercadorias saíam das fábricas num ritmo intenso e esse aumento da produção foi uma resposta ao aumento da procura, desta forma os capitalistas buscavam o máximo de força de trabalho pelo mínimo necessário para pagá-las como mulheres e crianças, isso porque, mulheres e crianças podiam cuidar das máquinas e receber menos que os homens. Desta forma e para não perder o emprego sujeitavam-se as mulheres a longas jornadas diárias de trabalho e a baixos salários.

Passou a existir opressão, indignidade e começam as pessoas a se revoltar. Surgem os movimentos insurgentes e o Estado inoperante precisa intervir e apresentar formas de proteção. É através de uma legislação protecionista em favor da mulher trabalhadora, que o legislador buscou não somente uma igualdade formal, mas, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

Neste passo, o presente trabalho em primeira seção pretende analisar a evolução histórica do discurso jurídico de gênero, às formas de discriminações sofridas pelas mulheres no seu

---

\* Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

\*\* Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Especialista em Direito Processual Civil e do Trabalho pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Xanxerê; leandrazatta@hotmail.com

ambiente laboral, fato este estabelecido entre homens e mulheres, para posteriormente ganhar conotação de desigualdade entre os sexos. Na sequência serão abordados aspectos relativos à igualdade, esta sempre presente nas Constituições Brasileiras, havendo a necessidade de as regras jurídicas deixarem de lado fatos culturais e atender aos clamores da sociedade.

Na terceira seção, para maior compreensão do assunto, será abordado a busca pela mulher por mecanismos de efetividade dos direitos fundamentais que podem ser utilizados ou desenvolvidos para assegurar ao gênero feminino o acesso ao mercado de trabalho em condições de igualdade com o gênero masculino, preservando assim a sua dignidade. Desta forma o método de abordagem utilizado no seu desenvolvimento será o dedutivo. O estudo é de natureza bibliográfica, incluem-se nesta modalidade de pesquisa artigos, livros, legislação e documentos eletrônicos.

## 2 A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DAS RELAÇÕES DE GÊNERO

O Direito é uma ciência social e o gênero é uma conquista da sociologia, sua contribuição é útil para a compreensão dos processos sociais. Assim, em suas várias definições pode-se dizer que o direito esta enraizado na sociedade, que dela retira seus valores, seus ideais, suas práticas e desta forma normatiza, proíbe, estimula e pune com o aval da sociedade. Neste estudo se pretende demonstrar a construção jurídica das relações de gênero, onde é pelo Direito de Família que o gênero se infiltra no Direito Positivo, a família representa uma instância privilegiada para a construção das identidades sociais masculinas e femininas, constitui um arranjo institucional particular que contribui para estabilizar o processo de representação social entre os sexos.

No início era óbvio, as identidades se dividiam única e exclusivamente entre masculino e feminino e não estavam sujeitas a dúvidas. Neste processo de construção do gênero os juristas participaram e embora tivessem uma relativa consciência do seu papel de investigação de uma nova *ordem de gênero*, procuraram escrever seu trabalho na mais pura linhagem das tradições jurídicas lusitanas das Ordenações, ou seja, se basearam em uma cultura senhorial, católica, absolutista e autoritária (MONTEIRO, 2003, p. 3, grifo do autor).

Nos estudos do gênero primeiro se faz necessário entender os conceitos elementares de construção social, de gênero e do discurso. Na visão de Monteiro (2003, p. 9), é do Idealismo alemão que a teoria da construção recebeu a noção de que as ideias são representações. Do pensamento de Nietzsche veio à concepção crítica de que os conceitos que supostamente exprimem verdades não passam de visões particulares que denunciam estratégias de dominação de indivíduos ou grupos sociais. Assim, permite abranger a “operação social” e a “operação jurídica” como partes determinantes do processo de ação social. Em outras palavras, trata-se de buscar os mecanismos pelos quais o grupo social se reconhece com seu problema real. Neste sentido, pode-se dizer que os grupos e instituições sociais trabalham para construir representações da realidade em conformidade com seus interesses percebidos e com sua capacidade de reprodução social. Em suma, o processo de construção social embora levado a efeito para indivíduos determinados, dá-se pelo trabalho de instâncias sociais.

As relações sociais que se estabelecem entre pessoas a partir de seus status de pertencimento sexual são definidas como relações sociais de gênero. Este conceito tenta captar ligações da vida pessoal, dos arranjos sociais e das estruturas sociais. As relações de gênero definem-se, em primeiro lugar, por oposição ao conceito de relações entre os sexos. Foram os estudos feminis-

tas que na década de sessenta impuseram uma distinção entre sexo e gênero e foram os estudos sociológicos que o incorporaram amplamente. Em suma, o gênero embora ligado ao sexo, não lhe é idêntico, mas construído socialmente, é uma prática social que envolve comportamentos coletivamente determinados e reproduzidos no interior de instituições sociais como a Família, a Escola, ou a Igreja (MACHADO, 2007, p. 103).

Aqui as estruturas de dominação que são ordenadas por interações sociais, são condições das práticas reais de poder e estabelecem uma relação direta com as hierarquias de gênero. Na realidade existem espaços sociais onde o poder masculino se exprime de maneira evidente como na área militar, cargos de chefia em empresas e na Administração Pública, assim, como existem espaços socialmente definidos como femininos como o atendimento ao público e o magistério fundamental (ANDREUCCI, 2012, p. 114). Esta ideologia de um sexo dominante estabelece uma relação constitutiva entre masculinidade, autoridade e violência que é suficiente para mostrar à mulher a sua submissão.

Esta construção social de submissão do gênero feminino assiste desde a sociedade feudal, o camponês era chamado de servo que significa ‘escravo’. Mas eles não eram escravos, no sentido que atribuímos à palavra quando a empregamos. Seu senhor decidia tudo sobre si. Um servo não poderia casar-se fora dos domínios, exceto com permissão especial. “Os herdeiros mulheres tinham que obter o consentimento do senhor para casar, se uma viúva desejava casar-se outra vez, deveria ser paga uma multa a seu senhor.” (HUBERMAN, 1986, p. 12). Por outro lado, se uma viúva não queria casar-se outra vez, tinha que pagar para não ser obrigada a fazê-lo, segundo a vontade de um senhor.

Depois com as revoluções políticas, em particular a Revolução Francesa, buscou-se reformar a família tradicional, embora esta ideia não alcançou o objetivo esperado e tenha acabado por reforçar os direitos do marido como chefe de família. Nesta época os casamentos eram frutos de arranjos entre grupos familiares ou econômicos, o que excluía toda consideração de ordem afetiva na escolha do cônjuge (MONTEIRO, 2003, p. 87). As relações conjugais eram dominadas pela mais estrita noção de hierarquia entre marido e mulher, àquele destinadas as funções de representante e chefe de família, gestor do patrimônio e senhor da mulher e dos filhos, enquanto à esposa reservavam-se as tarefas domésticas e a função sexual e reprodutiva.

Os filhos vistos a época, como adultos pequenos eram desde tenra idade postos como ajudantes nas oficinas, na colheita ou no comércio. O trabalho infantil não era novidade, os capitalistas preocupavam-se mais com o bem-estar da máquina do que dos homens. Pagavam os menores salários possíveis. Evidentemente que para Huberman (1986, p. 164) “[...] buscavam o máximo de força de trabalho pelo mínimo necessário para pagá-las como mulheres e crianças, isso porque podiam cuidar das máquinas e receber menos que os homens, enquanto o homem ficava em casa, frequentemente sem ocupação.” O trabalho infantil com certeza foi um dos os horrores do industrialismo e o que era para ser a libertação da mulher se tornou uma exploração extrema.

Depois com o progresso da escolarização, embora as meninas continuarem sendo formadas em casa ou em conventos, deram aos pais a responsabilidade na criação dos filhos e, conseqüentemente, o seu envolvimento emocional, a família começa então a perceber a ideia de efetividade. Desta maneira, “[...] num longo processo de privatização, a família vai se transformando em um espaço de intimidade, as pessoas já podem decidir sobre o casamento, se quer casar e com quem sem que esta decisão passe pela competência do grupo familiar” (MONTEIRO, 2003,

p. 89). A relação entre os filhos muda, surge o sentimento. Os filhos deixam de ser tratados como pequenos adultos e como mão-de-obra e tornam-se os portadores do futuro. O filho primogênito não era mais privilegiado e, os novos tempos vão preferir instituir a igualdade de tratamento entre os filhos.

Estas transformações estão ligadas, por um lado, ao desenvolvimento capitalista que impunha o desmantelamento das antigas estruturas sociais de inspiração feudal e ascensão de indivíduos livres, oferecendo sua força de trabalho no mercado. Desta forma, era fundamental que os laços de solidariedade que amarravam os indivíduos fossem desagregados e substituídos por outros mais flexíveis. Por outro lado, a expansão da família é relacionada com o desenvolvimento do aparelho de Estado. Para o Direito de Família a era das revoluções teve como consequências maiores, a secularização do casamento e a instauração do divórcio, rompendo desta forma com a ideia cristã da indissolubilidade do casamento (MONTEIRO, 2003, p. 91-102).

O patriarcalismo na sociedade brasileira para uns é constitutivo da nossa própria estrutura social, desta forma, informando todas as demais instituições, enquanto outros acreditam que a sociedade brasileira é pluralista para se postular a dominância de um modelo. O termo patriarcado refere-se a uma forma de poder político que todos os homens exercem em virtude de serem homens. Na sociológica brasileira Freyre, (1993, p. 99) apresenta a ideia de patriarcado:

[...] parece-nos inegável a importância da família patriarcal ou como unidade colonizadora no Brasil [...] o elemento decisivo na formação e na caracterização da sociedade que aqui começou a forma-se desde o século XVI foi, de certo, o da minoria portuguesa, em particular, ou europeia, em geral, que as circunstâncias tornaram aristocrática e até feudal suas relações com os demais elementos da população. Estes, sempre que lhes foi possível a ascensão, os estilos de vida que procuraram imitar foram os daquela minoria influente: inclusive sua constituição de família.

Aqui Freyre (1993) destaca o regime patriarcal na sociedade brasileira e lembra em primeiro lugar que é preciso diferenciar as identidades masculina e feminina, ele é sexo forte, ela é fraco. Em segundo lugar, entende que ao homem cabem as funções públicas enquanto as mulheres circunscrevem-se à esfera doméstica. O duplo padrão da moralidade da ao homem todas as liberdades de gozo físico do amor o que é limitando a mulher.

No seu discurso Miranda (1947, p. 60) encontra a linha evolutiva da família, que parte do quase nada de casamento até a união entre o homem e a mulher nas condições mais favoráveis possíveis. A segunda assertiva de base postula que existe complementariedade na evolução do Estado e da Família. Esta ideia parece constitutiva da função social da família e das mulheres no seu interior, a família é um organismo social que forma cidadãos em seu sentido amplo, cívico, de pessoas preparadas para desempenhar seus papéis na sociedade. Nesta trajetória, vai o Estado se desprendendo naturalmente do grupo familiar, apresentando-se como uma espécie de família ampliada, conservando de suas origens as mesmas funções. Para os doutrinadores as transformações da época vão imprensando a família entre dois poderosos movimentos, a individualização das relações familiares e a crescente invasão do domínio privado pelo Estado.

Na descrição do discurso jurídico, as relações conjugais assumem o caráter de efeitos jurídicos do casamento quanto à pessoa do cônjuge, isto é, os direitos e deveres comuns a ambos,

os direitos especiais do marido e os da mulher. Aqui despontam com clareza as desigualdades de gênero. Enquanto o discurso normativo dominante insistia na forma igualitária da família e na atribuição de direitos especiais da mulher casada, fácil é ver que a distribuição de direitos favorece ao marido.

## 2.1 A LEI NO CONTEXTO BRASILEIRO

É por conta de problemas sociais que o Direito surge com o objetivo de regular as relações entre os homens. O Direito de Família assenta-se numa distinção fundadora entre os direitos dos maridos e os deveres da mulher. A própria razão jurídica impõe uma desigualdade de condições entre estes atores sociais. Desta forma, o Código Civil representou para o Estado, a primeira política pública para a esfera privada. Os princípios e normas de justificação impostas pelo Código Civil forneceram um primeiro quadro de ação dos objetivos do Estado. “A promulgação de um Código Civil para o Brasil foi, superando a confusa e contraditória legislação anterior e dando ao país um parâmetro definido para as relações sociais, o que permite liberar as forças do desenvolvimento capitalista.” (MONTEIRO, 2003, p. 341).

Contudo, o Código Civil, logo deixa de representar um avanço, o século XX foi o século das Revoluções, pode-se dizer que as Revoluções Tecnológicas transformaram as novas conquistas em sonhos de um mundo melhor, começa o desmonte do estado do bem-estar social. Para Santos (2011) “O humanismo como motor do desenvolvimento do progresso é substituído pelo modelo do consumo voraz”, estas transformações econômicas e sociais tiveram como resultados a diminuição do número de casamentos formais e o aumento das uniões livres, o aumento de separações, a diminuição na durabilidade das uniões livres, a diminuição da taxa de fecundidade e a conseqüente diminuição das famílias. Estas mudanças explicam a maior participação da mulher na força de trabalho e no seu nível de escolaridade.

A radical transformação do discurso jurídico sobre a família e sobre o gênero teve início com a promulgação da Constituição de 1988, “foi no Direito de Família e em relação ao relacionamento familiar que a Carta de 1988 introduziu maiores inovações e fixa diretrizes que embasadas nas ideias de igualdade entre os cônjuges e paridade entre os filhos, modificam a estruturação ordinária” ora vigente e impõem a reformulação do direito aplicável ao relacionamento na família (MONTEIRO, 2003, p. 349).

A plena igualdade entre marido e mulher no sistema da Constituição de 1988 constitui, para o estudo das relações de gênero no interior do discurso jurídico, o ponto fulcral. Ocorre que o gênero e a família são igualmente atingidos nos dias de hoje pelo contexto de globalização e de pós-modernidade. As relações tornam-se mais precárias, instáveis, pontuais Crescem as famílias monoparentais e, cada vez mais, avultam os problemas ligados às “famílias recompostas” (SANTOS, 2011). Recompõem-se as identidades sexuais, as noções de masculino e feminino, de maternidade e de paternidade, reestruturando-se assim rapidamente as relações parentais. A tecnologia, com as técnicas de reprodução assistida e de manipulação genética, suscita também novos desafios do discurso do gênero .

Ainda hoje existe o “[...] desafio das identidades sexuais transgressoras, que consiste no conjunto de reivindicações de natureza conjugal e familiar que tem formulado os movimentos homossexuais e transexuais.” (DIAS, 2010, p. 58-60). O discurso jurídico de família e gênero passa

por grandes mutações e ainda é crescente o movimento no sentido de recuperar o tempo perdido e tornar o Direito de Família a vanguarda ética dos direitos da pessoa humana. À evolução da família bem como das legislações que regem este instituto, apontando seus avanços especialmente com a promulgação da Constituição Federal, que reconhece novas modalidades de família, trazendo mudanças em relações ao poder familiar, garantindo a igualdade dos cônjuges e companheiros nas decisões familiares.

Diante do apresentado pelo presente estudo, necessário se fez a compreensão do princípio da igualdade que, conforme restará demonstrado no decorrer do trabalho, norteia a pesquisa proposta. Para tanto, resta premente (de início) a análise da igualdade entre homens e mulheres, o que será realizado no próximo tópico.

### 3 A IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

Ao se iniciarem os estudos específicos sobre a igualdade entre homens e mulheres é importante destacar que a igualdade é contemplada em todas as normas constitucionais e vedam discriminação de sexo. Mesmo assim o Legislador decidiu destacar, no art. 5º, I, “[...] que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” Ao estabelecer a norma e fazer tal declaração foi no sentido de resumir décadas de lutas das mulheres contra a discriminação. Além disso, não se trata de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação, homem de um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, constituirá uma infringência constitucional (SILVA, 2003, p. 216).

A igualdade não é exclusivamente na comparação marido e mulher. Não se trata apenas da igualdade no lar, na família ou no trabalho. Compreende por exemplo, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, estes são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Vale dizer que aqui só valem as discriminações feitas pela própria Constituição, como, por exemplo, a aposentadoria da mulher com menos tempo de contribuição e de idade (MORAIS, 2002, p. 71).

#### 3.1 CONTEXTUALIZANDO

Dentro do contexto jurídico, a doutrina e a jurisprudência já assentaram o princípio de que a igualdade consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, o que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos limites de suas desigualdades, visando garantir sempre o equilíbrio entre todos (CHIMENTI, 2009, p. 64). A doutrina classifica os direitos humanos em direitos de primeira, segunda e terceira geração ou dimensão, já havendo autores que encontram uma quarta geração. Estes visam regular as relações entre desiguais, de forma a proteger e promover os hipossuficientes (MIRANDA, 2002, p. 24).

Os direitos tidos de segunda geração têm na igualdade o seu fundamento, e tiveram maior efetivação a partir do início do século XX, passando a figurar nas Constituições, de modo mais marcante, desde a Segunda Guerra Mundial. Impõem ao Estado o fornecimento de prestações destinadas ao cumprimento da igualdade e redução dos problemas sociais. A aplicabilidade direta e imediata dos direitos sociais é recente (CHIMENTI, 2009, p. 64).

Em Mello (2010, p. 10), encontra-se a afirmação de que “[...] a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.” Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. Em suma, dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela não de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é proibido deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

O princípio da igualdade proporciona tratamento desuniforme às pessoas. Isso se observa na própria lei. As normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Para alguns são deferidos determinados direitos e obrigações que não convêm a outros, por permanecerem em categoria diversa, regulada por diferentes planos de obrigações e direitos.

A igualdade pode funcionar, como regra “prevendo a proibição de tratamento discriminatório”. Como princípio, “constituindo um estado igualitário como fim a ser promovido”. Como postulado, “estruturando a aplicação do Direito em função de elementos e da relação entre eles”. A efetivação do princípio da igualdade “depende do critério-medida objeto de diferenciação”. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado (ÁVILA, 2010, p. 152).

Morais (2007, p. 31), destaca que a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Desta forma o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, pode-se dizer que o princípio da igualdade é imprescindível face às mutações que permeiam a ciência jurídica assim como aos novos anseios da sociedade brasileira frente às mudanças sociais.

### 3.2 MEDIDAS DE PROTEÇÃO DA MULHER

Diante do exposto, considerando os problemas de nosso tempo que são numerosos e havendo a necessidade de as regras jurídicas deixarem de lado fatores culturais para atender os clamores sociais, e, que algumas vezes a lei emerge em instantes retardatários pela busca de regular a vida social e tratar igualmente todos os cidadãos. A Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) através da Resolução nº 34/180 criou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas

de Discriminação contra a mulher com base no fato de que, apesar de diversos instrumentos e considerando o princípio da igualdade entre homens e mulheres, a mulher continua sendo objeto de discriminação.

Através desta Convenção a ONU relembra que “[...] a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem” que “[...] constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade.”

Declarou ainda que preocupados com o fato de que, “[...] em situações de pobreza, a mulher tem um acesso mínimo à alimentação, à saúde, à educação, à capacitação e às oportunidades de emprego, assim como à satisfação de outras necessidades” e que “[...] convencidos de que o estabelecimento da nova ordem econômica internacional baseada na equidade e na justiça contribuirá significativamente para a promoção da igualdade entre o homem e a mulher”, ou seja, para a igualdade de gênero.

O art. 1º desta Convenção que foi ratificada pelo Brasil deixa claro que a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

No Brasil a atual Constituição Federal eliminou toda prática discriminatória contra a mulher, e cita claramente o no art. 5º, “[...] que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” Todavia, a igualdade formal proclamada pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ainda não alcança a igualdade material, verificada no seio da sociedade, sendo a mulher, ainda, considerada a parte vulnerável em relação ao gênero masculino.

Deve-se, contudo, buscar não somente esta aparente igualdade formal, mas, principalmente a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

Desta forma, e ainda com um real propósito de não discriminação, a Constituição em seu art. 7º inciso XXX declara ainda a “[...] proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.” Também foram criadas a Lei nº 9.029/95 que em seu art. 1º proíbe “[...] a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.” E a Lei nº 9.799/99 que insere na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho.

Ainda a CLT em seu art. 389 inc. III obriga a empresa a “[...] instalar vestiários com armários individuais privativos das mulheres [...]” e no § 1º obriga os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade ter local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação.

É inquestionável que a discriminação esta presente em nossa sociedade e que este fato social é merecedor de proteção jurídica, veremos a seguir formas de discriminações sofridas nas relações de trabalho.

### 3.3 A DISCRIMINAÇÃO SOFRIDAS PELO GÊNERO FEMININO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Embora com esta busca pelo legislador de proteção e não discriminação do gênero feminino na opinião de Ferreira (2013), um dos principais problemas enfrentados diariamente pela mulher é a dupla jornada de trabalho. Outros fatores de discriminação no trabalho da mulher são segundo Lima Filho (2002), “os salários e a justificativa de preterição das mulheres nas promoções”, ou seja, mesmo sendo proibida a diferenciação de salários entre homens e mulheres no exercício de mesmas funções e sendo este direito garantido pela Constituição Federal, as mulheres recebem valores inferiores. Assim, e em relação às promoções existe a ideia de ideologia patriarcal, ou seja, dificuldade de aceitar o comando feminino.

O assédio sexual também é um fator de discriminação, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), no mundo cerca de 52% das mulheres já sofreram assédio sexual em seu ambiente de trabalho. No Brasil o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) define assédio sexual “[...] como a abordagem, não desejada pelo outro, com intenção sexual ou insistência inoportuna de alguém em posição privilegiada que usa dessa vantagem para obter favores sexuais de subordinados.” (SOUZA, 2013).

Com base nesta realidade e à medida que a história avançou, “[...] as relações estabelecidas entre homens e mulheres continuaram a se apresentar de forma bipolar, e sempre submetendo o gênero feminino a uma condição de inferioridade.” Voltado os olhos para “[...] a realidade brasileira, a partir de uma perspectiva histórica, percebe-se que a sociedade sempre foi pautada na relação de dominação masculina sobre a feminina, mesmo que a elas fossem conferidos alguns direitos.” Assim a cultura brasileira reflete “[...] a característica das relações patriarcais de poder, marcadas pela hierarquia, obediência e desigualdades, que colocam a mulher em posição de subordinação.” (CASTANHO, 2007, p. 26).

Considerar que a mulher hoje tem seus direitos respeitados de forma plena nas relações de trabalho é não querer ver a realidade, a mulher continua sendo discriminada e isso é mais do que um desrespeito à condição humana é um desrespeito ao texto constitucional que veda distinções.

A atual Constituição Federal, buscando a construção de um Estado Social, forjado por uma democracia constitucional que fomenta o Estado de Direito, almejando a famigerada justiça social e propiciou um tratamento diferenciado às mulheres na sua relação de trabalho, sendo papel dos poderes constituídos a concretização desse desiderato (princípio que fundamenta a regra). Neste sentido o desrespeito a mulher frente ao seu trabalho representa uma afronta a Lei Maior (contrariando garantias constitucionais) acarretando assim a violação ao princípio da isonomia

Face o exposto, observa-se que o legislador buscou a igualdade entre homens e mulheres, que através das normas constitucionais busca vedar qualquer forma de discriminação.

Neste sentido Andreucci (2012, p. 114), comenta que “[...] existem espaços predeterminados na sociedade para a ocupação de homens e mulheres formando-se guetos femininos”, estes guetos iniciam quando a mulher escolhe um curso de formação profissional, geralmente os escolhidos são Magistério, Enfermagem, Serviços Sociais. Embora nós dias atuais este quadro parece estar

mudando e as mulheres estão migrando para cursos como Direito e Negócios que até na década de 1990 eram considerados masculinos.

O trabalho doméstico parece ser exclusivamente feminino. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística fez uma pesquisa onde apurou no final do século XX que as mulheres compõem a maior parte da população brasileira, ou seja, em 1999 havia 3,1 milhões a mais de mulheres. Importante destacar que em relação ao trabalho nesta mesma data, apenas 41,4 % faziam parte da População Economicamente Ativa. “A presença feminina só é majoritária (superior a 50% do total) no setor de serviços domésticos.” (BRASIL, 2005, p. 71).

Parece-me que aqui dentro deste sistema econômico social a mulher sofre discriminação, ou seja, tem dupla jornada de trabalho (trabalho doméstico e cuidado com os filhos), por este motivo não consegue muitas vezes se instruir o suficiente para competir e assim é automaticamente excluída do mercado de trabalho. Indispensável esclarecer que, culturalmente está enraizado em nossa sociedade que a mulher é responsável de maneira mais ativa dos afazeres domésticos e do cuidado com os filhos e assim tem uma sobrecarga laboral.

Entretanto, o discurso jurídico de gênero esta ainda sendo construído juntamente com a busca pelo gênero feminino de ter acesso ao mercado de trabalho em condições de igualdade com o gênero masculino preservando a sua dignidade humana. Mas isso é assunto que irá ser desenvolvido juntamente com quais os mecanismos de efetividade dos direitos fundamentais que podem ser acionados para garantir este acesso.

#### 4 CONCLUSÃO

Com este trabalho buscou-se fazer uma análise da evolução e contextualização histórica do gênero. Nesta abordagem pode-se dizer que o gênero é uma construção social, foi a partir da Revolução Industrial e em virtude da necessidade econômica que surgem os primeiros movimentos importantes pela busca da igualdade entre homens e mulheres. Teve reconhecimento no Código Civil mas foi com a atual Constituição que realmente o efetivou.

Como consequência do trabalho assalariado inicia-se a exploração e a discriminação principalmente do gênero feminino por parte dos detentores do capital, o Estado não intervia nas relações de trabalho permitindo que a exploração passa-se despercebida. Com o passar dos tempos e através de lutas sociais o Estado precisou intervir e criar medidas para que homens e mulheres fossem tratados como iguais. Assim, as péssimas condições de trabalho deram origem a uma legislação protecionista, para que a mulher desta forma pudesse ingressar no mercado de trabalho e participar do desenvolvimento econômico e social do País em condição de igualdade.

De todo o exposto, resta evidenciado que hoje com a evolução no cenário econômico e social, a mulher tem oportunidades de estudar, trabalhar fora e ser respeitada como cidadã, mas, ainda encontra um grande desafio que é a dupla jornada de trabalho (casa, filhos, emprego), este fato parece ser de difícil solução por estar enraizado em nossa sociedade como um fenômeno social.

Sob este aspecto, salienta-se que a mulher vem buscando vencer estes obstáculos sociais e superar discriminações e preconceitos para ser reconhecida como igual. E que são necessárias encontrar mecanismos de efetividade dos direitos fundamentais que podem ser acionados para garantir o acesso do gênero feminino ao mercado de trabalho em condições de igualdade com o gênero masculino preservando a sua dignidade humana.

Ao final, cabe esclarecer que o presente ensaio não teve a pretensão de esgotar a matéria. Até porque ela se mostra densa e muito mais abrangente do que o aqui exposto, em breves linhas, a ideia foi justamente trazer algumas questões relevantes ao debate, afim de que possa ser realizado o devido amadurecimento e aprofundamento em torno da temática aqui abordada.

#### ABSTRACT

*This study intends to point out some considerations about the judiciary construction of relations of gender is, a little time, subject and object of a historic process broad of transformations of Brazilian society. It is from Industrial Revolution and new requirements in way to product that appear the exploration and discrimination of female gender, with base in Brazilian culture who reflects a feature of patriarch's relation of a power putted women is a subordinated place. In this sense, appears legislation with purpose of ensure to female gender access to labor market with conditions of equality to gender so preserving your human dignity.*

*Keywords: Gender Female. Labor Market. Discrimination.*

#### REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. *Igualdade de gênero e ações afirmativas: desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras: pós-Constituição Federal de 1988*. São Paulo: LTR, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Convenção*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecav-/instrumentos/discrimulher.htm> - Convenção>. Acesso em: 05 jul. 2014.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. *Artigo: Questões de gênero no processo de exclusão social. A violência doméstica contra a mulher e o acesso à justiça*. Porto Alegre: Magister, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha*. Comentários à Lei n. 11.340/2006. 1. ed. São Paulo: Russell, 2010.

FERREIRA, Alfredo Manuel de Azeredo. *Discriminação da mulher no mercado de trabalho*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24024/discriminacao-da-mulher-no-merca-do-de-trabalho>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1933.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. *Construção jurídica das relações de gênero*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

SANTOS, Milton Almeida dos. *O mundo global visto do lado de cá*. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?v=-uub5dw\\_mnM](http://www.youtube.com/watch?v=-uub5dw_mnM)>. Acesso em: 25 ago. 2014.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Marcelle. *Vida no trabalho*. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redação/2013/03/08/52-das-mulheres-ja-sofreram-assedio-no-trabalho-fal>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

# A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO ATRAVÉS DOS TEMPOS E O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Jaqueline Bitencourtt Pedrozo\*

## RESUMO

A valorização/evolução do trabalho na esfera histórica, legislativa e o direito fundamental a dignidade da pessoa humana, são os temas centrais do presente estudo, pois, para entender a feição protetora do Direito Laboral, que provém do direito e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, é oportuno delinear uma retrospectiva, desde a origem do trabalho, momento em que o labor esteve desprovido de garantias, até a contemporaneidade, momento no qual o direito em tela, passa por uma crise conduzida pelo fator primordial da globalização. Tudo isso com o escopo de verificar a base principiológica da dignidade da pessoa humana, da qual o Direito do Trabalho se erigiu e se desenvolveu ao longo do tempo.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Evolução. Globalização. Direitos Fundamentais. Dignidade da pessoa humana.

## 1 INTRODUÇÃO

O aporte teórico e evolutivo do labor na historicidade, contextualizado em um primeiro momento no presente estudo, é fundamental para que se entenda o efeito protetor do Direito Laboral, conquistado a cada momento histórico.

Este aporte realizado, mesmo que de forma breve, deixa nítido que o Direito do Trabalho teve uma evolução crescente, claro, que em alguns períodos históricos houve a estabilidade, ou seja, o “congelamento” destes direitos. Houve momentos em que inclusive teve uma retroação de garantias já conquistadas, como no período de ditadura, enfrentado pelo Brasil a partir de 1964, porém, a maioria dos períodos evolutivos, fora sendo adquiridas cada vez mais garantias aos trabalhadores laborais, um sentido social, humano e finalmente jurídico a conceituação e valorização do trabalho.

Dando prosseguimento ao estudo, perceber-se-á diante da evolução histórica e da contemporaneidade uma inquietude frente ao campo de atuação do direito do trabalho. Inquietudes essas, ocasionadas por relações laborais que estão sendo atingidas por efeitos maléficos da globalização, que conseqüentemente interferem no compromisso pactuado entre o Direito do Trabalho e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, princípio este que sofre demasiado desgaste.

Diante do exposto, fez-se necessário à abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana, sem olvidar de antes estabelecer, ainda que rapidamente, a noção de princípio, pois, é impossível falar de Direito do Trabalho sem reconhecer os primados princípios protetores, evidenciando maior destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual será analisado frente à efetivação dos direitos trabalhistas.

Finalmente, o artigo particulariza e aprimora a discussão sobre o descumprimento das garantias trabalhistas já constituídas, *dumping social*, reflexas pela globalização e diante de tais

---

\* Mestranda em Direitos Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; jack\_bitencourtt@hotmail.com

constatações foram tecidos alguns dos meios aptos sugeridos por doutrinadores (sendo primordial “fazer cumprir” o princípio da dignidade da pessoa humana), que orientam o Estado a cumprir um de seus papéis, diminuir os efeitos globalizantes ante o ordenamento jurídico trabalhista, o que auxiliará a propagação da paz social.

## 2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

### 2.1 O TRABALHO ATÉ A IDADE MODERNA

Vive-se na sociedade do trabalho. Indivíduos nascem, desenvolvem-se e prosperam por meio do trabalho. O trabalho é elemento essencial à vida social e conforme preceitua Friedmann e Naville (1973, p. 19), é o “[...] denominador comum e uma condição de toda vida humana em sociedade.” Discute-se sobre o dever do trabalho, o direito a este e a sua dignidade. Tem-se que o labor humano é um valor aferido ao homem na ordem ético-jurídica e que é através dele que o mesmo progride.

Promover o trabalho de forma digna é um desafio enfrentado pela sociedade em geral. O exercício da profissão deve ser interpretado como um artifício o qual materializa a identidade social do ser humano, possibilitando-lhes autoconhecimento e socialização.

O trabalho sempre esteve presente na vida humana, não há como delinear sobre a evolução do ser humano dissociada do ato de laborar. Saliante Vianna (1999, p. 29) que o homem sempre trabalhou. Primeiramente com o intuito de obter alimentos, pois, diante do contexto histórico e em face ao primitivismo não havia demais prioridades em sua vida. Posteriormente, o indivíduo, sentiu a necessidade de se defender dos animais selvagens e do próprio ser humano que em busca de alimentos e territórios, ameaçava as demais comunidades da mesma espécie. Por isso, surgiu à primazia de fabricar armas e instrumentos para defesa e obtenção de alimentos, cuja matéria prima consistia em ossos de animais em decomposição e pedras lascadas.

Diante do surgimento dos instrumentos de defesa, e da busca por alimentos e territórios, travaram-se combates entre tribos e grupos, que em um primeiro momento da história, atribuíam a pena de morte aos perdedores, posteriormente, articulou-se que melhor do que exterminar os prisioneiros era escravizá-los, ou seja, faze-los produzir em prol da comunidade vencedora.

A escravidão foi, conforme estabelece Vianna (1999, p. 29-30) predominante e de grandes extensões no Egito e na Grécia. Ante as inúmeras batalhas guerrilhadas, aos mais poderosos e vencedores se sujeitavam os prisioneiros, os quais eram comercializados, alugados, trocados ou submetidos a labores manuais de extrema exaustão sobre a justificativa de que o serviço árduo era considerado injusto e humilhante para ser exercido por um nobre.

Continuando o estudo, analisando os relatos históricos em demasiadas obras, há de salientar que a escravidão era considerada justa e imprescindível. Vianna (1999, p. 30) cita, que Aristóteles asseverou que as riquezas, a ociosidade e cultura de um indivíduo estavam intimamente ligadas à figura da escravidão. Ademais, Aristóteles brilhantemente previu que a escravidão teria seu termino quando a lançadeira do tear passasse a se movimentar sem a necessidade da força física humana.

Ante o descrédito e desvalorização atribuída ao trabalho manual, oportuno observar que a própria aceção de trabalho é daí decorrente. Sentimentos negativos tais como, dor, sofrimento e penalização, fazem parte da formação da concepção que integra a palavra “trabalho”, pro-

priamente dita. Sobre essa formação Chauí apud Lafargue (2000, p. 12), na introdução da obra, *O Direito à Preguiça* explica que a palavra que origina a palavra “trabalho”, propriamente dita é “*tripalium*, instrumento de tortura para empalar escravos rebeldes e deriva de *palus*, estaca, poste onde se empalam os condenados. E labor (em latim) significa esforço penoso, dobrar-se sob o peso de uma carga, dor, sofrimento, pena e fadiga.”

Dando continuidade ao contexto histórico, cumpre salientar que no período medieval a escravidão era comandada pelos senhores feudais, que escravizavam os povos “bárbaros” e “infiéis”. A escravidão persiste na Idade Moderna, e ganha maior força frente ao descobrimento da América. Espanhóis escravizam a mão de obra indígena; Portugueses, além de escravizar os nativos, buscam sobre o continente africano, a mão de obra escrava de negros, cuja força física seria necessária a moldagem do Novo Continente, conforme assinalado na obra de Vianna (1999, p. 30).

A partir da Revolução Francesa (1789), conflito este, formado diante da grave situação social e do nível de insatisfação popular frente à monarquia comandada pelo rei Luis XVI, nasce a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, junto a qual se estabelece a liberdade de trabalho e em decorrência o repúdio a escravidão.

No Brasil, os portugueses, desde o descobrimento, conforme supracitado escravizaram indígenas e negros trazidos do continente africano, regime escravocrata que se estabeleceu aproximadamente, mesmo que clandestino, até o final do XIX.

Os escravos atuantes nesse período da história brasileira foram os responsáveis pelo desenvolvimento do país. O suor, sacrifício e árduo trabalho braçal propiciaram aos colonizadores, riqueza, conforto e luxo. Em contrapartida a esse entendimento propugnou Prado Júnior (1963, p. 270) “A contribuição do escravo preto ou índio para a formação brasileira é, além daquela energia motriz, quase nula.”

Continuando o resgate histórico, insta salientar que em meados do século XI, outra forma de labor passou a integrar a história, esta foi nomeada como Servidão, taxada como forma disfarçada da escravidão, haja visto que ao servo não era atribuída a condição de escravo, mas também não era inerente a sua liberdade.

Os servos subordinavam-se aos senhores feudais, estes, eram os legítimos proprietários de suas terras/feudos, tendo em vista que as terras particulares dos senhores feudais constituíam a base econômica da época, por isso, não sofriam intervenção qualquer do Estado.

As represálias sofridas pelos servos eram de elevadas proporções. O seu direito de ir e vir era coibido, aos que necessitavam se deslocar entre uma aldeia e outra, só poderia através de licença concedida pelos próprios senhores feudais. Realça Vianna (1999, p. 31-32) que aos servos era somente concedido o direito de herança de animais, pertences pessoais, e em determinados feudos, o uso de pastos, mediante ao pagamento de impostos exorbitantes. Uma das poucas prerrogativas atribuídas ao servo era a de reclamar junto aos juízes, quando os senhores feudais tomavam posse de seu arado e animais. Cumpre salientar ainda, que aos senhores feudais era facultado alugar seus servos, assim com enviá-los a guerra.

A servidão na Idade Média começou a perder a vitalidade diante das grandes inquietações, essas, decorrentes de inúmeras pestilências, epidemias à população, por alguns considerada castigo de Deus, expiação dos pecados ou possessão do demônio e para outros uma epidemia de Peste Negra (peste bulbônica), transmitida de ratos para os homens através da picada de pulgas. Dentre as inquietações, ainda há as guerrilhas, denominadas na época de Cruzadas. Na Europa a alforria

foi estabelecida diante da Revolução Francesa, porém permaneceu na Rússia essa forma indigna de trabalho até meados do século XX.

Dando seguimento retrospectivo, cumpre explicar que mediante a mutação do sistema econômico, as derrocadas da servidão, dos feudos e da economia doméstica, surgem grupos profissionais nas cidades, as corporações de ofício que mediante a união de seus membros, conquistam direitos e benefícios, porém, ao que se refere a suas liberdades, estas, ainda eram cerceadas.

O trabalho agora exercido pelas corporações se realizava organizadamente, sendo disciplinada pela figura de um “mestre”, a quem deviam satisfação até no momento em que mudavam de domicílio. Em contraprestação os trabalhadores integrantes das corporações recebiam além da remuneração a proteção em caso de doença e um monopólio de profissões. Aos que se destacavam no desempenho do labor, era oportunizada a possibilidade de se tornarem “mestre”, conforme preceitua Vianna (1999, p. 33).

Vida Soria, Monereo Pérez e Molina Navarrete (2004, p. 64) explicam que o labor em regime corporativo se manifestava em alguns aspectos, semelhante as prestações de serviços do regime capitalista. Semelhanças essas, relativas à disciplina, subordinação, prazos de vigência de contratos de trabalho e de serem os integrantes das corporações (mestres, companheiros e aprendizes) trabalhadores consideravelmente livres.<sup>1</sup>

As corporações de ofício estabeleciam seus próprios regramentos e inicialmente contavam com o apoio da realeza, posto que a arrecadação de tributos sobre os serviços era desejosa. Em contrapartida, a vitaliciedade do regime corporativo, ameaçava o poder detido pelos proprietários de terra, logo, reis e imperadores foram obrigados a restringir direitos destas instituições de serviço, pois, da mesma forma que as corporações de ofício, os proprietários de terra recolhiam impostos em quantias significativas.

Expressa Vianna (1999, p. 34), que em 17 de junho de 1791, diante da Lei Chapelier, editada no contexto da Revolução Francesa, houve a derrocada das corporações, sobre o fundamento que eram estas instituições de trabalho atentatórias aos direitos do homem e do cidadão.

Então, sobre o âmbito da Revolução Industrial, movimento conduzido na Inglaterra em meados do século XVIII, era incorporado o ideário liberal de que toda e qualquer forma de trabalho degradante, que fosse contrário aos direitos do homem e do cidadão, fosse abolido.

Tal manifestação veio á tona, diante da mutação no processo de produção de bens e serviços que teve a sua mecanização haja visto a invenção e intervenção da máquina na manufatura, despotencializando a mão de obra dos operários a valores reduzidos e condições de trabalho degradantes. A propósito Camino (2003, p. 108) argui que a mecanização industrial em 1812, aprimorado por *James Watt*, em 1848, proporcionou um acelerado crescimento industrial, exercendo mutações na economia, relações sociais e relações formadas entre o capital e o trabalho.

Sobre a precariedade vivida neste contexto histórico satiriza Huberman (1986, p. 176):

Se um marciano tivesse caído naquela ocupada ilha da Inglaterra teria considerado loucos todos os habitantes da terra. Pois teria visto de um lado a grande massa do povo trabalhando duramente, voltando à noite para miseráveis e doentios buracos

---

<sup>1</sup> Em sua obra, os autores citam que a liberdade dos aprendizes era seriamente cerceada e que em derradeiros casos, por pactuarem períodos amplos de vigência aos contratos de trabalho, geralmente de seis anos, o regime de “quebra” ou desate contratual era muito ríspido.

onde moravam, que não serviam nem para os porcos; de outro lado, algumas pessoa que nunca sujaram as mãos com o trabalho, mas não obstante faziam as leis que governavam as massas, e viviam com reis, cada qual num palácio individual.

Analisando o trecho metafórico supramencionado, ao contexto social vivido pela Inglaterra no período em tela, pré-revolução, há de se aduzir tremenda precariedade. Sobre este contexto, os trabalhadores, insatisfeitos com as condições de vida e exploração a que eram submetidos, organizaram protestos e greves, fecharam indústrias, destruíram máquinas e formaram sindicatos com o intuito de reivindicar os seus direitos, não só de liberdade, mas de igualdade.

Conforme ensina Goldschmidt (2009, p. 81) “[...] os trabalhadores foram explorados a exaustão” então, essa pobreza generalizada, péssimas condições de serviços, elevadas cargas horárias de labor, exploração de mulheres e crianças, precariedade de higiene, entre outros fatores, alimentaram o sentimento de indignação, motivando trabalhadores a se rebelarem pela busca de salários dignos, igualdade e condições adequadas de trabalho.

A partir de então o Estado se viu obrigado a manifestar-se, intervir diretamente nas relações particulares, promovendo políticas sociais, disseminando a igualdade, o que para Alexy (2011, p. 409) é “[...] o dever de tratamento desigual.”

Neste diapasão, vem a calhar às palavras de Goldschmidt (2009, p. 82): “[...] ainda que timidamente, o Estado passou a editar leis de proteção ao trabalhador, primeiro reduzindo a jornada de trabalho e, após, estabelecendo salários mínimos.” Deste modo, devido a esse “tímido” regramento, surgiu o Direito do Trabalho e com ele o sistema capitalista, que constituía uma nova forma de labor, pautada no novo sistema econômico e social, a relação de emprego. Delgado (2012, p. 106) aduz que a partir da relação de emprego, constituída no século XVIII na Europa, a princípio a Inglaterra se depa-rou com uma modalidade de labor humano conexo “[...] às necessidades organizacionais e produtivas do capital, sem as peculiaridades restritivas de cunho econômico, social, tecnológico e cultural das modalidades anteriormente dominantes na experiência histórica (escravidão e servidão).”

Acompanhando a história, posteriormente, ao fim da Primeira Guerra Mundial, foi firmado o Tratado de Versalhes (1919), o qual contemplou princípios fundamentais, os quais passaram a integrar as relações de trabalho e as Constituições dos Estados Democráticos de Direito, formando Estados Sociais, compostos de direitos sociais, aptos a garantir aos indivíduos melhorias substanciais de condição de vida.

## 2.2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

No plano nacional o desenvolvimento do Direito do Trabalho seguiu o desenvolvimento que se sobressaltava internacionalmente.

Para compreender o desenvolvimento do Direito do Trabalho na história brasileira, é precípua a divisão de períodos estabelecida por Magano (1980, p. 21), a qual apregoa que o liberalismo monárquico, primeiro período, inicia com a Independência do Brasil (sete de setembro de 1822), até a Abolição da Escravatura (13 de maio de 1888). Em contrapartida, o segundo período, o liberalismo republicano, se compreende entre a Proclamação da República (15 de novembro de 1889), e a Revolução de 1930; e, por último, mas não menos importante, o período intervencionista, estabelecido desde 1930 até a contemporaneidade.

Adotando a divisão supracitada, cumpre enaltecer que as duas primeiras fases eram caracterizadas pelo liberalismo, desde o século XIX até o início do séc. XX. Logo, as primeiras Constituições Federativas (1824 e 1891) eram fundamentadas dentro dos parâmetros liberais adjacentes na Europa e nos Estados Unidos, afinal, a Constituição de 1824 apenas extinguiu as corporações de ofício e a datada de 1891, seguiu uma linhagem de caráter individualista, enaltecendo o “modelo” *laissez-faire* de aplicabilidade e desenvolvimento nos Estados Unidos.

Considera Manus (1999, p. 27) que a mão de obra neste período do liberalismo no Brasil, foi quase que predominantemente escrava, e os escravos eram “coisificados”, já que não eram reconhecidos como sujeitos de direitos.

Perante um Estado não intervencionista à questão social foi suscitada somente diante da Revolução de outubro de 1930, movimento formado por operários no país, por força da atividade industrial, arquitetado por trabalhadores imigrantes de origem europeia, que enalteceram os mesmos ideais associativos vigentes na Europa.

Sobre tal período de agitação nacional, sobre o contexto histórico, Magano (1998, p. 8) afirma que eclodiu a revolução haja visto a convergência dos fatores instituidores do “clima de instabilidade” da década de 20 (Revoluções de 1922 e 1924), propagadora de novas ideologias, dentre elas o socialismo, o corporativismo; a Coluna Prestes, a inquietude operaria, a grande depressão econômica, ocasionada pela quebra da bolsa de valores americana, a qual disseminou seus efeitos no mundo inteiro, inclusive no Brasil, onde tal crise foi intitulada como a “crise do café” isso em decorrência da desvalorização elevada do produto de maior exportação do país, o café. Neste diapasão, é necessário destacar os fatores políticos vividos na época decorrente da sucessão de Washington Luís, envolvendo Júlio Prestes, Antônio Carlos de Andrade e Silva, Getúlio Vargas e João Pessoa.

Tanto as inquietações, quanto a indignação social, levaram Getúlio Vargas à presidência da República Federativa do Brasil, desconfigurando o domínio exercido até então por governos liberais. Ao assumir a presidência, Getúlio Vargas, além de criar o Ministério do Trabalho, contribuiu para que fossem editadas inúmeras leis dotadas de garantias trabalhistas, portadoras de direitos individuais e coletivos.

Dando seguimento a história (período de 1932), Magano (1998, p. 10) preceitua que frente ao autoritarismo do governo comandado por Getúlio Vargas, desencadeou-se uma Revolução, que apesar de abafada permitiu que fosse editada a nova Constituição Federal datada de 16 de julho de 1934. Porém, a Carta Magna emitida em 1934 teve vigência por curto período de prazo, pois, em 10 de novembro de 1937, foi promulgado o novo regramento constitucional pátrio, dotado de características corporativistas. Em consonância com a norma constitucional, fora editado o Decreto-lei 1.402 de 05 de julho de 1939, com a incumbência de legislar sobre as organizações sindicais, presentes até hoje; E mediante a edição do Decreto-Lei n. 1.237, de 02 de maio de 1939, fundou-se a Justiça do Trabalho no Brasil.

Os ideais corporativistas são difundidos em um regramento “eficiente” a partir de 1º de maio de 1943, quando através do Decreto-lei de n. 5.452, entrou em vigência a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Ante esse marco, ainda que sobre o regime corporativo, foram editadas demasiadas garantias aos trabalhadores, melhores condições de vida e remuneração. Prova disso é a lei instituída em 5 de janeiro de 1949, de n. 605, a qual garantiu o repouso semanal remunerado, o pagamento de salário nos feriados civis e religiosos, aos trabalhadores. Neste mesma

esteira, foi editada a lei de n.º4.090 de 13 de julho de 1962, que assegurou a gratificação natalina (décimo terceiro), conforme designa Manus (1999, p. 28).

A evolução do Direito do Trabalho é crescente até 1964, momento em que sofre um blecaute, já que o país é tomado por um golpe militar, sendo conseqüentemente editada uma nova Constituição Federal, datada de 24 de janeiro de 1967.

Manus (1999, p. 28), explica que tal período histórico é marcado pelas dificuldades financeiras, pelas prisões injustificadas de trabalhadores e líderes sindicais, inclusive, pela morte de dirigentes sindicais, todos pactuados aos movimentos que aclamavam por mudanças. A mudança só começou ser efetiva no final dos anos setenta, quando intensificou-se o movimento grevista, criando-se entidades sindicais em nível nacional (exemplo: Conclat e a CUT), energizando a participação sindical no país, em prol da defesa dos direitos e garantia fundamentais dos trabalhadores brasileiros.

Então, a Constituição Federal, vigente em 1967, foi alterada pela Emenda Constitucional outorgada em 17 de outubro de 1969. Como bem expõe Vianna (1999, p. 85) duas disposições expostas no regramento vão de encontro aos princípios já reconhecidos internacionalmente, quais sejam: o que reduziu a menoridade para laborar, que passou a ser a partir dos 12 anos de idade, e o que proibiu a greve nos serviços públicos e nas atividades por lei reconhecidas essenciais.

Finalmente, o país consegue ultrapassar esse período nefasto da história nacional, quando em 05 de outubro de 1988, foi promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte a nova Constituição Federativa do Brasil, vigente até a presente data, composta por um rol significativo de direitos e garantias fundamentais.

Dentre as significativas conquistas, fora reconhecida a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, já no primeiro artigo da Magna Carta, sendo aderido tais preceitos, como fundamento da República Federativa do Brasil.<sup>2</sup> Sintonizado a essas garantias, ao trabalho, foi intensificado o título de direito fundamental (arts. 6º e 7º da CF), base da ordem econômica, assim como alicerce da ordem social (arts. 170 e 193 da CF).

Portanto, o legislador reconheceu mediante o real desejo do povo que o trabalho é indissociável do indivíduo que o presta e por isso editou no ordenamento federativo o destaque ao valor social do trabalho, aliado a dignidade da pessoa humana. Esse regulamento federativo, constituído de um conjunto de normas jurídicas, garantiu ao trabalhador uma posição, frente ao empregador, em que pode exercer seus direitos e interesses num mesmo plano, sem complexo, ou restrições, almejando sempre a finalidade do Direito do Trabalho, político-social, em outras palavras de paz social.

### 2.3 O DIREITO DO TRABALHO NA SUA CONTEMPORANEIDADE FRENTE À GLOBALIZAÇÃO

Embora o texto constitucional promulgado em 1988 tenha garantido uma série de preceitos fundamentais ao Direito do Trabalho, atualmente o que o país vem enfrentando um descumprimento reiterado das normas trabalhistas, descumprimento este, gerado por fenômenos da globalização.

Alves (2010, p. 333) disciplina que a crescente mutação no sistema social, econômico, político, cultural, tecnológico, de comunicação entre países, nos meios de transporte, nos sis-

<sup>2</sup> O art. 1º, inciso III, da Constituição Federal estabelece: “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; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”

temas de informática, se originam da globalização, e atrelado a essas transformações, está o capitalismo. Consequentemente, demasiadas mutações resultam na “abertura do mercados internacionais”, privatização da produção, desregulamentação de mercados, eliminação de barreiras aos fluxos financeiro e flexibilidade do mercado de trabalho.

Analisando o aporte feito pelo autor percebe-se que a globalização é um fenômeno inevitável e não acompanha-lo é retrocesso, pois, o desenvolvimento do país está atrelado aos tramites da globalização (internacionalização).

Esse fenômeno, apesar de causar benefícios, desgasta as normas internas, deixando-as vulneráveis, desprovida de força suficientemente necessária a garantir os direitos trabalhistas. Diante deste viés, trava-se um conflito de interesses entre o capital internacionalmente considerado e os direitos trabalhistas, que só teriam a pacificação, diante de uma nova análise de determinados institutos, efetuada por operadores de direito.

Continuando o estudo, cumpre destacar que os efeitos da globalização entraram em choque com o Direito do Trabalho, situação melindrosa que ainda não foi contida por medidas de justiça e equilíbrio. Analisando tais efeitos, de um lado há uma intensa pressão para a desproteção, com o intuito de permitir a livre articulação da empresa no mercado econômico. Na outra esteira, há a necessidade precípua de proteger o trabalhador, que desde a Revolução Industrial, teve garantidos seus direitos fundamentais. Nas palavras de Silva (2011, p. 29), “Não se há de obter o desenvolvimento econômico do pós-moderno, escravizando o trabalhador.”

A situação é crítica, ante os efeitos da globalização e do sistema capitalista desenfreado, os empresários cada vez mais, agem de forma marginal, afrontando direitos assegurados aos trabalhadores, a fim de produzir bens em grande escala com custos ínfimos.

Pimenta (2009, p. 16) alega que a problemática enfrentada pelo Direito do Trabalho na contemporaneidade é intitulada de “[...] síndrome do descumprimento das obrigações trabalhistas.” E ao descumprimento reiterado dos regramentos trabalhistas de forma recorrente/frequente por empresas, nomeou-se de *dumping social*.

O *dumping social* acarreta prejuízos em diversas esferas, sejam elas ao erário público, ao trabalhador, à sociedade e aos demais empregadores, que diante da prática do *dumping social*, ficam em posição de desvantagem, frente as empresas que descumprem tais preceitos fundamentais. Desvantagem essa, caracterizada no momento de concorrência sobre preços de produtos e serviços.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem relevante preocupação no que se refere ao *dumping social*, e Sussekind (1999, p. 212) explana sobre esse anseio da OIT.

Esse verdadeiro *dumping social* preocupa a OIT, que propôs sem êxito à novel Organização Mundial do Comércio a introdução de clausulas sociais nos tratados e contratos de comércio, visando condicionar a execução desses instrumentos de manutenção de sistemas mínimos de proteção social por parte dos países exportadores: liberdade sindical e direito de sindicalização e negociação coletiva (Convenção n.ºs 87 e 98 da OIT), abolição do trabalho forçado (Convenção n.º102), não discriminação do emprego e ocupação (Convenções n.ºs 100 e 11) e proibição do trabalho do menor (Convenção n.º138).

Perante essa breve ponderação, nota-se que a globalização em confronto com o Direito do Trabalho, demonstra uma legislação desprovida de força, frágil perante o *dumping social*. Diante

da manifestação da OIT, a solução é buscar amparo em regramentos internacionais e criar meios internos a fim de coibir essa prática.

### 3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DIANTE DA CONTEMPORANEIDADE DO DIREITO DO TRABALHO

Conforme anteriormente mencionado a dignidade da pessoa humana foi valorada significativamente na Carta Magna, pois, os legisladores atribuíram a esta, à titulação de fundamento da República Federativa do Brasil.

Além de ser a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da Constituição Federal, é também definida como princípio e direito fundamental. E, para a sua melhor compreensão, mister se faz definir princípio.

É complexo contextualizar o termo princípio, pois na doutrina jurídica encontram-se variados conceitos e inúmeras classificações que lhes são atribuídas, não existindo consenso sobre sua função. Os princípios em qualquer ciência são o início, o ponto de partida, é onde se assenta a essência de uma ordem. Na visão de Alexy (2011, p. 90-91) os princípios “[...] ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, os quais podem ser concretizados em variados níveis, estando esses níveis interligados a categorias fáticas e jurídicas de cada caso concreto.

É incontestável a importância exercida pelos princípios e a sua capacidade de influenciar o ordenamento jurídico sobre um todo. Assevera Rizzatto Nunes (2003, p. 164), que interpretação alguma será eficiente se houver o desamparo dos princípios, visto que esses são como “estrela máxima do universo ético-jurídico”; cujo conteúdo intervirá sempre, na substância e no alcance de todas as normas. Acrescenta Rizzatto Nunes (2003, p. 172) que os princípios são intitulados como supranormas, ou seja, uma vez identificados, atuam como regras de hierarquia superior ante toda a ordem jurídica constituída.

Diniz (2001, p. 456) discorre sobre a função dos princípios, preceituando que esses, suprem as lacunas vigentes dentro do ordenamento jurídico, permitindo a adoção de princípios gerais do direito, que em reiteradas vezes são o caminho concreto a trilhar, diante da formação de uma norma jurídica, estando positivados permanentemente no regramento nacional.

Importar citar a lição de Mello (1991, p. 300), o qual expressa que, transgredir um princípio é mais gravoso que desobedecer a uma norma, pois, a ofensa resultado da desobediência incidirá sobre o sistema de comandos em um todo, constituindo o seu descumprimento a forma de ilegalidade mais gravosa ou até inconstitucional, “[...] porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”

Ainda no que se dispõe sobre funcionalidade dos princípios jurídicos fundamentais (recepção de forma expressa ou implícita nela Constituição Federal), Canotilho (2003, p. 1165) leciona:

[...] os princípios têm uma função negativa particularmente relevante nos “casos limites” (“Estado de Direito e de Não Direito”, “Estado Democrático e ditadura”). A função negativa dos princípios é ainda importante noutros casos onde não está em causa a negação do Estado de Direito e da legalidade democrática, mas emerge com perigo “excesso de poder”.

De todo o exposto, entende-se que os princípios são cânones, aos operadores do direito, são orientações práticas ante aplicabilidade de normas jurídicas a casos concretos.

Ocorre, que os princípios não são autoexplicativos, havendo desacordos reiterado entre a doutrina e o judiciário, o que conseqüentemente gera discrepâncias entre uma decisão e outra. A fim de dirimir tal problemática Alexy (2011, p. 164-169), aponta como solução a utilização dos institutos da ponderação/sopesamento ou proporcionalidade sob análise de cada caso concreto.

Cumprir afirmar que não se fala em interpretação do ordenamento jurídico nacional se o ponto de referencia não forem os princípios, estes, demonstram o caminho a ser seguido para o bom emprego da lei nacional e produzem coesão lógica que validam o sistema normativo do país.

Diante da breve análise efetuada sobre princípio, cumpre explicar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental manifesto na doutrina e no ordenamento jurídico nacional, de evidente valorização, consubstanciado como valor efetivo e essencial no sistema jurídico pátrio.

A dignidade da pessoa humana, ao longo do tempo passou por vários processos de aprimoramento, pois conforme dispõe Soares (2010, p. 131) na antiguidade Clássica, a dignidade da pessoa humana estava intimamente ligada à casta que integrava cada indivíduo e ao reconhecimento que este detinha perante a sociedade. Em contrapartida, sob o pensamento estoico a dignidade além de ser uma qualidade, era intrínseca ao indivíduo e ser detentor desta, o diferenciava das demais criaturas.

Contemporaneamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme reflexão oferecida por Moraes (2002, p. 128-129) pode ser preceituado como “[...] valor espiritual e moral inerente à pessoa”, que se revela por meio da autodeterminação individual, sempre obedecendo a pretensão dos demais indivíduos, constituindo um núcleo duro assegurado pelo Estado que somente sofrerá restrições nos casos em que houver colisões de direitos, ressalvando, contudo, o mínimo existencial, inerente ao ser humano.

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana é incontestável no atual quadro evolutivo das sociedades. Acometida por tal fundamentalidade, a Magna Carta de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, conforme dito anteriormente, tornou a dignidade da pessoa humana valor soberano da ordem jurídica. Assim, um novo modelo com novas propostas surge, impondo legitimidade e ordem ao regramento pátrio.

Barroso (2006, p. 13) explica que a Carta Federativa de 1988, elevou o princípio da dignidade da pessoa humana a um escalão superior, agregando a ordem de princípios fundamentais, positivas no Título I da Carta Federativa, ao lado de essenciais direitos, de elevada importância, tais como a cidadania, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, e o princípio republicano (art. 1.º); o princípio da separação de poderes (art. 2º); os desígnios fundamentais da Magna Carta (Exemplo: fundar uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, diminuir as desigualdades sociais e regionais, etc. - art.3º); e os princípios que guiam as relações internacionais, como a primazia dos direitos humanos (art. 4º).

Sobre a valoração deste princípio menciona Piovesan e Vieira (2009, p. 397) que se trata de “[...] um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.”

Em linha idêntica, Bonavides (2001, p. 233) ensina que “[...] nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana.”

Enfim, o referido princípio da dignidade da pessoa humana, ramifica inúmeros outros princípios e normas constitucionais, e tem como escopo tornar eficiente à multiplicidade de direitos fundamentais existentes, expressos ou tácitos em todo ordenamento jurídico brasileiro.

Goldschmidt (2009, p. 150) explica que a afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, teoriza os direitos trabalhistas, o que consequentemente tonará efetiva a justiça social em nosso país, minimizando os efeitos da miserabilidade, da desigualdade social, fatores que excluem determinados brasileiros de obter condições de uma vida digna.

Sobre a dignidade atribuída ao trabalho, mais especificamente ao trabalhador no desenvolvimento de seu labor, disciplina Delgado (2006, p. 241-242):

Considerando o prisma da dignidade do trabalho é que o homem trabalhador releva a riqueza de sua identidade social, exercendo sua liberdade e a consciência de si, além de realizar, em plenitude, seu dinamismo social, seja pelo desenvolvimento de suas potencialidades, de sua capacidade de mobilização ou de seu efetivo papel na lógica das relações sociais.

Sobre análise de todo exposto, cabe à indagação: Os efeitos maléficos causados pela Globalização aos Direitos do Trabalho poderiam ser atalhados ou minimizados caso houvesse o cumprimento eficiente do princípio da dignidade da pessoa humana?

A resposta é afirmativa, pois, se o Estado coadunado a sociedade civil e aos particulares, conhecerem a essencialidade do princípio em tela e o fazer cumprir, tal princípio fundamental, constitui sim, meio apto a sanar os efeitos maléficos da globalização.

Ações afirmativas da dignidade da pessoa humana, conforme prepondera Goldschmidt (2009, p. 150) são também meio aptos a integrar o rol de defesas contra esses efeitos nocivos enfrentados pelo Direito do Trabalho na atualidade, pois, essas ações têm por escopo à justiça social positivada na Constituição, “[...] colocando o homem, e não o capital, no centro do sistema.”

Os meios aptos de conter as diversas insurgências contra as normas de proteção do trabalho são muitos, e quem é o maior detentor destes meios é o Estado, a quem é atribuída à tarefa de propagar o bem comum. Então, como bem salienta Goldschmidt (2009, p. 170) este é legitimado a função de criar leis e programar políticas públicas a fim de promover, garantir e proteger a dignidade da pessoa humana.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das abordagens do presente estudo, podemos reconhecer que o indivíduo em toda a sua história, sempre trabalhou. Primeiramente desenvolvia o labor em seu favor, posteriormente o trabalho se materializou diante da exploração humana na escravidão.

Por volta do século XI, a forma de trabalho preponderante foi à servidão, forma velada de escravidão, subordinada aos senhores feudais, exercidas em feudos particulares, pertencentes aos senhores feudais.

Diante do desaparecimento da servidão, tendo em vista a fuga dos trabalhadores, formaram-se as corporações de ofício. Forma de labor que era coordenada por um mestre, de pou-

quíssimas garantias, pois, os trabalhadores não detinham direito sobre a sua própria liberdade. Extinguem-se as Corporações no ano de 1791, através da Lei de Chapelier.

No século XVIII, surge a revolução industrial, que com a mecanização cria o trabalho em série, originando movimento que clamaram por mudanças em âmbito trabalhista. Tais movimentos tiveram ampla repercussão na esfera trabalhista, pois reconhecidos inúmeras garantias aos trabalhadores no desempenho de suas funções.

Em âmbito nacional, as garantias foram sendo adquiridas pelos trabalhadores, também, gradativamente, chegando ao patamar mais elevado de garantias, ao ser promulgada a Constituição Federativa, em 5 de outubro de 1988, que erigiu os direitos sociais a um grau expressivo, tornando-os a “[...] espinha dorsal do estado social brasileiro”, na expressão de Ferraz (2006, p. 27).

Por todo o exposto, acompanhando o crescimento gradativo dos direitos fundamentais do trabalho, nas mais diversas épocas, percebe-se que o trabalho, quando realizado obedecendo às garantias mínimas e os princípios fundamentais, inclui o indivíduo socialmente, promovendo pelo menos condições mínimas existenciais.

Adiante, foi estudado o princípio da dignidade da pessoa humana, e ante os ensinamentos exarados por demasiados autores supracitados entendeu-se que este, mais do que uma garantia fundamental é um dos objetivos do ordenamento jurídico, provido de força normativa, devendo ser difundido e protegido pelo Estado.

Seguindo o estudo, foram apresentados sinteticamente, alguns dos problemas enfrentados pelo Direito do Trabalho na contemporaneidade, refletidos pela globalização. Então, baseado na pesquisa entendeu-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos meios aptos e eficazes a estabelecer limites materiais e instrumentais, para então minimizar os malefícios instaurados pelo processo globalizante.

Portanto, percebe-se com o estudo que frente ao desenvolvimento histórico nacional e a contemporaneidade, o Brasil precisa mais do que nunca garantir a expansão do Direito do Trabalho, ou seja, precisa criar mecanismos a fim de coibir o desgaste que esta ocorrendo nas garantias fundamentais já asseguradas, pois, se assim não fizer, todos os direitos conquistados gradativamente, e já positivados no ordenamento, “não vão passar de meras folhas de papel”, conforme aduziu Ferdinand Lassale.

#### RESUMÉN

*La valoración/evolución del trabajo en la esfera legislativa, histórica y el derecho fundamental a la dignidad humana, son los temas centrales de este estudio, por lo tanto, para entender la característica de protección del derecho del trabajo, que es por la ley y el principio fundamental de la dignidad humana, es preciso exponer una retrospectiva, ya que el origen de la obra, que inicialmente era carente de garantías, hasta la actualidad, momento en el cual, en la pantalla de la derecha, pasa por una crisis cuya principal factor globalización. Todo esto con el fin de verificar este base de principios de la dignidad humana, que se erigió y se desarrolló con el tiempo la Ley del Trabajo.*

*Palabras clave: Derecho del Trabajo. Evolución. Globalización. Derechos Fundamentales. Dignidad de la persona humana.*

#### REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

- ALVES, Marcos César Amador. *Direitos humanos e Direito do Trabalho: Trabalho decente sob a perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: Atlas, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Alameda, 2003.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Mauricio Godinho. A Relação de emprego e relações de trabalho - a retomada do expansionismo do direito trabalhista. In: DELGADO, Mauricio Godinho et al. (Coord.). *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- FRIEDMANN, Georges; NAVILLE, Pierre. *Tratado de Sociologia do Trabalho*. São Paulo: Cultrix, 1973. v. 1.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTr, 2009.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.
- LAFARGUE, Paul. *O Direito à Preguiça*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2000.
- MAGANO, Octávio Bueno. *ABC do direito do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1980. V. 1.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Coord.). *Tutela metaindividual trabalhista*. São Paulo: LTr, 2009.
- PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo Colônia*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1963.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Manual de introdução ao Estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Antônio Álvares da. *Globalização, terceirização e nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: LTr, 2011.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUSSEKIND, Arnaldo. Indisponibilidade e Flexibilização de Direitos Trabalhistas. In: SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Org.). *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. v. 1.

VIANNA, Segadas. Antecedentes Históricos. In: SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Org.). *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. v. 1.

VIDA SORIA, José; MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Comares, 2004.

# O TRABALHO DA MULHER, UM CONTEXTO DE DISCRIMINAÇÃO

Rodrigo Goldschmidt\*  
Carlina Luiza Rigoni\*\*

## RESUMO

A discriminação da mulher no mercado de trabalho é o principal enfoque do presente artigo. Nesse contexto, são apresentadas definições acerca da dignidade humana, do princípio constitucional da isonomia. É feita, ainda, uma abordagem sobre o tema com embasamento nas esferas do reconhecimento propostas por Axel Honneth, estabelecendo paralelo entre a conquista de direitos e a luta por reconhecimento. Conceitua a discriminação no contexto laboral. Enfrenta as causas de discriminação do trabalho da mulher, sobremaneira na admissão e desligamento, e os efeitos por ela causados. Ao final, investiga a existência de discriminação na atualidade. Objetivando elencar alguns dos controversos posicionamentos a respeito do tema visando contribuir com a segurança jurídica.

Palavras-chave: Discriminação. Mulher. Direitos Fundamentais. Relação de Emprego.

## 1 INTRODUÇÃO

O objeto de investigação do presente artigo é a discriminação da mulher no contexto laboral, frente à dignidade humana.

Justifica-se o estudo do tema como sendo instrumento inibidor à discriminação do trabalho da mulher em decorrência de fatores culturais, tendo em vista que as diferenças fisiológicas entre homens e mulheres não abalizam a exclusão da mulher do mercado de trabalho.

O objetivo maior é destacar especificidades e as controvérsias que cercam o tema. Os objetivos específicos consistem em: conceituar a discriminação ao trabalho da mulher; apresentar uma digressão histórica da presença da mulher no mercado de trabalho, a sua inserção e as dificuldades por ela enfrentada; apresentar a dignidade humana como garantidora da isonomia nas relações de trabalho; coligar as esferas do reconhecimento de Axel Honneth com a discriminação ao trabalho da mulher; destacar algumas das legislações protecionistas ao trabalho feminino.

O tema abordado é relevante porque, além de atual, busca fornecer elementos para proteger o trabalho feminino, na medida em que, muito embora o Direito assegure igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, não é o que ocorre em diversas situações práticas.

## 2 DIGRESSÃO HISTÓRICA DO TRABALHO DA MULHER

A proibição de discriminação do trabalho da mulher na esfera trabalhista foi estabelecida pela Lei 9.029/95. Discriminar na área do direito do trabalho é negar ao trabalhador a igualdade garantida constitucionalmente para a admissão, contratação ou extinção do contrato de trabalho (MARQUES; ABUD, 2009, p. 12). Dentre os deveres do Estado, está o de garantir o trabalho à mulher em igualdade de condições quando comparado ao trabalho do homem.

---

\* Universidade do Oeste de Santa Catarina; rmgold@desbrava.com.br

\*\* carli\_rigoni@hotmail.com

Realizando-se uma digressão histórica, infere-se que as mulheres sempre, ao longo do tempo, tiveram que lutar para garantir direitos pelos quais os homens já tinham acesso. A mulher lutou, e ainda luta em determinados países, para poder votar, para ter acesso à educação e à informação, bem como ao trabalho. Trata-se de um histórico de conquistas que tiveram como pano de fundo sofrimento feminino dentro do âmbito familiar e no contexto social.

Nas sociedades primitivas, a mulher dividia os serviços com os homens, auxiliando nas atividades agrícolas. Os trabalhos domésticos, contudo era dever exclusivamente feminino (DUBY; PERROT, 1993, p. 506).

No fim do século XVIII, a introdução da maquinaria tornou desnecessária a força física, a mão de obra feminina ganhou espaço, começam a aparecer reivindicações por redução da jornada de trabalho e a exigência de salários iguais para trabalhos iguais (CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER, 1987, p. 11) .

No início do século XXI, com um espaço aparentemente consolidado, a mulher figurou como mão de obra de baixo custo ou distante do mercado de trabalho inserida unicamente como dona de casa. Entretanto ainda sobrevivem as lacunas que separam as mulheres da igualdade de direitos entre os sexos (ROCHA, 1991, p. 1).

Oportunizar uma retrospectiva de como se sucederam as conquistas dos seus direitos é essencial para que se possam traçar perspectivas para que se reflita sobre os caminhos a serem tomados na fase pós-industrial da sociedade brasileira (CALIL, 2000. p. 71).

A mulher enfrentou, em todos os períodos, a discriminação nas mais diversas esferas sociais, entretanto, ainda que se fale em diferenças fisiológicas, não são os fatores congênitos que servem como alicerce para justificar a discriminação da mulher. Aprofundando-se no tema, nota-se que os fatores culturais são os principais causadores da desigualdade e que na atualidade as mulheres ainda têm que consolidar sua inserção profissional diariamente.

A mulher, buscando a igualdade, somou ao trabalho doméstico o trabalho fora de casa, instruiu-se para educar os filhos e poder ocupar cargos profissionais até então ocupados apenas por homens. Novos espaços, que até então lhes eram proibidos, abriram-se. Porém aparentemente os ganhos femininos não as levaram ainda a condições plenas de igualdade com os homens no mercado de trabalho. O crescimento social de cada indivíduo depende, ainda, do seu sexo. O mercado de trabalho, por conseguinte, apresenta espaços assimétricos entre os sexos.

Legalmente não há mais que se falar em desigualdades, a princípio, vez que o sexo feminino é destinatário de diversos avanços jurídicos. Eliminou-se dos textos legais imposições discriminatória garantindo-se a segurança jurídica necessária para que as mulheres não sejam tratadas de forma inferiorizada ou desigual. Porém, ao se falar em fatos, sabe-se que essa ainda é uma realidade a ser alcançada.

### **3 A DISCRIMINAÇÃO A MULHER E AS ESFERAS DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH**

A busca feminina por igualdade no mercado de trabalho se caracteriza como uma luta por reconhecimento. Quando privada do seu direito constitucional de igualdade, individual ou coletivamente as mulheres passam a buscar o seu espaço, o seu reconhecimento.

Axel Honneth apresenta o reconhecimento recíproco entre indivíduos como sendo a reprodução da vida social. O processo de individualização refere-se à ampliação simultânea das relações de reconhecimento mútuo.

O autor apresenta então três esferas que resultam na formação da individualização do reconhecimento recíproco, são as esferas: autoconfiança, jurídico-moral e estima-social.

A discriminação da mulher em um contexto amplo infere-se especialmente a duas esferas do reconhecimento propostas por Honneth. Os indivíduos passam a se reconhecer como pessoa portadora de direitos a partir de uma perspectiva de um “outro generalizado”, permanecendo assim seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões. Nesse sentido tem-se a esfera jurídica, onde a compreensão de si como portador de direitos encontra-se diretamente atrelada ao reconhecimento das obrigações existentes face a outras pessoas.

O reconhecimento no outro como portador de direitos e obrigações, permite ao indivíduo experimentar a sensação de isonomia. Isonomia de direitos e obrigações entre os que se reconhecem.

Outra esfera do reconhecimento atingida quando da discriminação feminina é da estima social onde, para Honneth, os sujeitos humanos precisam além de uma experiência de dedicação afetiva (esfera da autoconfiança) e do reconhecimento jurídico “[...] de uma estima social que lhes permita referir-se positivamente as suas propriedades e capacidades concretas.” (HONNETH, 2003, p. 198).

A modernidade desvinculou a ideia de que a estima social de um indivíduo está ligada ao grupo social a que pertence. O indivíduo pode referir a si do respeito que goza socialmente por suas realizações, causando desta forma um sentimento de autoestima.

A discriminação da mulher no contexto laboral resulta na violação da esfera da estima social, onde a mulher, em decorrência das ideias históricas de inferioridade feminina, acaba tendo diminuída as reais capacidades femininas.

#### **4 DIGNIDADE HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA**

Sarlet (2012, p. 73) conceitua dignidade humana como sendo a qualidade intrínseca e distintiva que se reconhece nos seres humanos, fazendo-o merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando em direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano e venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

A efetivação da proteção da dignidade humana é base dos direitos fundamentais. “Os direitos fundamentais são um produto cultural surgido ao longo de anos, resultado de movimentos organizados da sociedade em prol de conquistas humanitárias de condições mínimas de vida digna de pessoa humana.” (CRISTOVA; GOLDSCHMIDT, 2013, p. 200).

A preservação de uma vida digna, da sua identidade, a garantia à diversidade e a pluralidade da humanidade são elementos essenciais formadores dos direitos fundamentais (SOARES, 2009, p. 29).

Entende-se por isonomia como sendo a inexistência de diferenças de direitos e deveres entre dois seres comparados, não sendo, contudo este um conceito fechado.

A igualdade de tratamento é um pilar em diversos ramos do direito. Na esfera trabalhista a aplicação da igualdade de tratamento é consequência do princípio geral da igualdade entre os cidadãos de um Estado.

A proibição aos atos discriminatórios tem fundamentação principiológica e está consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 3º, inciso IV: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, também no artigo 5º, caput, da CRFB de 1988 - “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, e, ainda no inciso I: “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” e artigo 7, inciso XXX “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.” (BRASIL, 1988).

Tal princípio autoriza o tratamento especial para as situações que também se fizerem especiais; é vedado o tratamento desigual em causas que sejam iguais ou muito semelhantes.

A distorção do entendimento do princípio da igualdade, basilar à proibição das práticas discriminatórias, tem como consequência o aumento das desigualdades.

Dessa forma torna-se inaceitável a utilização de fator discriminante em razão do sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis existentes naturalmente (MORAES, 2002, p. 101).

O benefício da isonomia entre homens e mulheres é de ambos, por exemplo, quando da análise das conquistas em relação à proteção à maternidade, pois é de interesse não só das mães mas também dos pais que o nascituro seja diretamente beneficiado com as proteções legais a sua genitora (CALIL, 2012, p. 73).

O princípio da igualdade, na atualidade, direciona-se à vedação da discriminação. Essa, por sua vez, garante a dignidade da pessoa humana, traduzindo-se no respeito às mulheres em todos os âmbitos sociais, nomeadamente, nas relações de trabalho.

## **5 VEDAÇÃO DAS PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS: A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.**

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem como finalidade principal estabelecer a justiça social, melhorar as condições de trabalho e conseguir a adoção de um regime uniforme de trabalho realmente humano. Munida de tais prerrogativas, a OIT procurou garantir à mulher a igualdade de direitos e tratamento, em relação aos homens, recomendando, exemplificativamente, a igualdade de salários para trabalho de igual valor. Entretanto, a adoção de tais medidas protecionistas visava também preservar o emprego do homem, impedindo que as fábricas os substituíssem, em larga escala, pela mão de obra feminina (ROCHA, 1991, p. 101).

Na Convenção nº 3 de 1919, foram adotadas as primeiras medidas protecionistas ao trabalho feminino, estabeleceu-se a garantia do emprego para que mulher que estivesse licenciada

durante a gestação, com isso coibiu-se a dispensa discriminatória, o empregador ficou impedido de dispensar a mulher em decorrência de seu estado gestacional.

No Brasil, a legislação protecionista do trabalho feminino tem como marco inicial o Decreto n. 21.417, de 17 de maio de 1932. Tal Decreto exerceu notória influência na Consolidação das Leis Trabalhistas, Capítulo III.

Somente em 1951 na Convenção nº 100 a igualdade de remuneração para ambos os sexos para trabalhos de igual valor foi adotada. Em 1968, o Decreto Legislativo n. 62.150 promulgou a Convenção nº 111 da OIT, que dispõe sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão.

O surgimento do direito do trabalho coincide com a origem das legislações que tratam do trabalho feminino. A tutela do trabalho feminino pela ação internacional se deu primeiramente com relação as condições penosas de trabalho, e posteriormente com relação a igualdade de direito e tratamento com os homens (CUNHA, 2004, p. 189).

Na Constituição de 1967, e na Emenda Constitucional de 1969, foi mantida a proibição de diferença salarial entre homens e mulheres, a inovação foi a vedação quanto a adoção de critérios diferentes para admissão.

Na Lei n. 5.473, de 1968, tornou-se nulo qualquer ato de empresa pública ou privada que utilize critérios diferenciados para a admissão de homens e mulheres. O Decreto n. 66.496/70 ratificou a Convenção de n. 117 e elencou as principais formas de manifestações de discriminação.

Fazendo um resgate a legislação brasileira, nota-se que eram vedados as mulheres o trabalho insalubre, noturno, porém a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, e com as Leis n. 7.855/89, 9.799/99 e n. 10.244/2001, essas modalidades discriminatórias foram revogadas.

O artigo 5º, inciso I, da Constituição inova ao não utilizar a palavra “sexo” usando as palavras “homens e mulheres”, sobrepondo-se à distinção meramente biológica, e dando enfoque aos seres humanos como figuras irmanadas (CUNHA, 1989, p. 44).

A Lei n. 9.029/95 trouxe a proibição à adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para o efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção trazendo um rol das práticas que constituem crimes discriminatórios, com pena de detenção, além de prever multa administrativa de dez vezes o maior salário pago pelo empregador e a proibição de obter empréstimos junto às instituições financeiras. Foram especificadas ainda no corpo da Lei proteções pré-contratuais, constituindo crime para efeito admissional ou de permanência da relação jurídica de trabalho a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento comprobatório de estado de gravidez ou procedimento de esterilidade, bem como a adoção de medidas que induzam a esterilização genética ou de controle de natalidade (MARTINS, 2008, p. 583).

Aos empregados que sofreram ato discriminatório, além do direito à reparação pelo dano moral, poderão optar entre ser reintegrado com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais ou perceber, em dobro, a remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais (LEGISLAÇÃO DA MULHER, 2009, p. 173).

A Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999 introduziu o artigo 373 - A Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece sem prejuízo de outras medidas já existentes e destinadas a corrigir distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho. Referente ao artigo 373-A da CLT, destaca-se: a criminalização da exigência de qualquer procedimento relativo à esterilização

ou a estado de gravidez; a vedação de publicação de anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo; a vedação a recusa de emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo ou estado de gravidez; a vedação ao comportamento de considerar o sexo, como variável determinante para fins de remuneração; A vedação ao ato de impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresa privada, em razão de sexo; a vedação ao empregador ou preposto de proceder revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

A gestante goza de direitos especiais, trata-se de uma fase delicada na vida das mulheres e que requer atenção com a saúde delas. Proteger o nascituro e a vida da gestante é interesse particular da mulher, mas também do Estado e da sociedade. A gestação é também um fator econômico que prejudica a igualdade entre homens e mulheres. Como homens não engravidam, não há necessidade de se ausentarem do trabalho. Mulheres, no entanto, enfrentam preconceitos por parte do empresariado por deixarem de trabalhar durante o período de licença maternidade. Desse modo, uma perspectiva puramente capitalista do trabalho conclui que contratar mulheres representa mais custo e menos benefício (PIOVESAN; CARVALHO, 2010, p. 148).

A revista íntima como apresenta o artigo supracitado é uma das vedações impostas na relação de emprego envolvendo mulheres. Tem-se entendido que os empregadores, ao exercerem o seu poder diretivo e fiscalizador, podem proceder à revista de seus funcionários, desde que com a adoção de cuidados e limites, sempre respeitando a intimidade, a honra e a imagem dos empregados, no entanto, jamais a revista íntima (MARTINS, 2008, p. 191).

Diversos são os casos em que mulheres são expostas a situações humilhantes. Destaca-se aqui, a título de exemplo, o caso relatado por Barros (2007, p. 76) no qual ocorreu a prática do constrangimento ilegal por parte de uma empresa que submetia 3.000 empregadas. As operárias eram encaminhadas a cabines sem cortina, em grupos, e recebiam instruções para levantar blusas ou abaixar as calças, a fim de que fossem examinadas as etiquetas das peças íntimas e, quando ocorria de estarem menstruadas, deveriam mostrar a ponta do absorvente higiênico para provar que não havia peças escondidas no local.

Cargos que possam ser ocupados por ambos os sexos, em que não existam uma motivação coerente para que seja ocupado somente por homens ou mulheres, não podem ser objeto de anúncio de emprego de forma seletiva, discriminatória, anunciando a preferência pela contratação de determinado sexo.

O cenário atual no mercado de trabalho é de desrespeito a mulher, com a inobservância de isonomia salarial entre os sexos. O IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, demonstraram que os fatores como grau de instrução não amenizam as diferenças, uma vez que mulheres têm seus salários consideravelmente inferiores ainda que tenham a mesma qualificação. Outro estudo do IBGE mostra que as mulheres são minoria no mercado de trabalho, evidenciando novamente a discriminação ao trabalho feminino, que embora seja qualificado é preterido se comparado ao do homem.

O Decreto n. 4.377, promulgado em 2002, trata sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a mulher, tema esse debatido em convenção internacional, denominada CEDAW. A convenção classifica a discriminação como restrição baseada no sexo e que tenha por objeto prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, com base na igual-

dade dos sexos e dos direitos humanos nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (SALVATI, 2004, p. 9).

A Constituição ora vigente expulsou claramente do sistema as normas discriminatórias então existentes. Porém é a igualdade de sexo aquela que mais obstáculos encontra. Sintoma disso é o fato de que a convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher é o instrumento que mais fortemente recebeu reservas, dentre todas as convenções internacionais de direitos humanos (COUTINHO, 2008, p. 45).

Criou-se então uma fronteira tornando ilegais medidas que venham a agredir ou cercear a dignidade da pessoa que trabalha como empregado no país. As Leis de cunho Igualitário buscam garantir melhores condições de vida às mulheres e suas famílias, já que a discriminação corrompe toda a sociedade e prejudica a educação das futuras gerações. Significando assim garantia as mesmas oportunidades de acesso e os mesmos níveis salariais.

Em outro trabalho afirmamos:

Diante desse quadro, urge que o Estado regulamente a Constituição e implemente políticas públicas de afirmem a dignidade da mulher trabalhadora, criando novos postos de trabalho para ela, protegendo-a no acesso ao mercado de trabalho e na permanência no emprego, igualando-a, material e efetivamente, ao homem trabalhador, porque este é o desejo de nossa sociedade, estampado na Constituição. Assim agindo, o Estado estará reparando uma injustiça histórica e estará resistindo aos efeitos nocivos da flexibilização, que também estende seus tentáculos nesse segmento, discriminando a mulher ante sua condição de vulnerabilidade, para reduzir salários e precarizar direitos. (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 169).

A participação da mulher no mercado de trabalho é um acontecimento que influencia a sociedade como um todo. Uma investigação feita pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico mostrou que países que têm maior igualdade entre gêneros são mais desenvolvidos economicamente.

Anos se passaram enquanto as mulheres reivindicavam por seu espaço na sociedade, no mercado de trabalho. Alguns avanços ocorreram, mas o almejado equilíbrio com igualdade, ainda parece estar distante. É a igualdade entre os integrantes de uma sociedade que a torna livre, justa e democrática. Os instrumentos eficazes a eliminação da discriminação nos contrato de trabalho só serão alcançados, quando ocorrer a efetiva aplicação das normas jurídicas, o respeito mútuo entre as pessoas e a conscientização da importância e da necessidade da igualdade.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto do presente trabalho, foi a investigação acerca da discriminação sofrida pela mulher no mercado de trabalho; a atualidade do tema, bem como sua relevância motivaram a produção deste artigo científico.

Ao longo da história a mulher foi discriminada, questões sociológicas ligadas a submissão feminina, o estigma da ausência de capacidade, “fragilidade física” quando comparada ao homem, sufocaram e diminuíram as mulheres em sua dignidade.

Fruto das conquistas de leis de cunho protecionista e igualitárias, ainda que lentamente, em decorrência da resistência da sociedade para desfazer tais estigmas, gradativamente as mu-

lheres foram legitimando seu espaço, as diferenças no trato foram sendo minimizadas sob o prisma da comparação ao trabalho masculino. A mulher consolidou sua presença no mercado de trabalho.

A possibilidade de discriminação é afastada quando atinge-se a igualdade de condições entre homens e mulheres, inclusive no que concerne aos riscos e as proteções. Uma sociedade mais igualitária é produto dos atos de homens e mulheres conjuntamente. A diferença de identidade entre os sexos deve ser preservada, contudo, isso não justifica a prática de atos discriminatórios em qualquer esfera.

A criação de mecanismos por parte da sociedade e dos poderes públicos objetivando um cenário mais igualitário, é essencial para que não se fale mais em discriminação decorrente da diferença de gênero. Embora os avanços tenham sido grandes, em um cenário ideal não há que se falar em diferenças salariais, ou mesmo preferencia, ainda que camuflada, por determinado sexo para desempenho de um labor. A mulher não precisa comprovar que é capaz, a mudança deve ocorrer no mercado de trabalho que parece amarrado a estigmas antigos e visivelmente superados.

#### ABSTRACT

*Discrimination against women in the labor market is the main focus of this article. In this context, definitions are about human dignity and the constitutional principle of equality. It also made an approach on the issue with grounding in the spheres of recognition proposed by Axel Honneth, establishing parallels between the achievement of rights and the struggle for recognition. Conceptualizes discrimination in the employment context. Faces the causes of discrimination of women's work, greatly on admission and dismissal, and the effects caused by it. At the conclusion, investigates the existence of discrimination nowadays. Aiming to list some of the controversial positions related to the subject in order to contribute to legal certainty. Keywords: Discrimination. Woman. Fundamental Rights. Employment Relationship.*

#### REFERÊNCIAS

AMATRA III. *Temas de direito e processo do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BARROS, Alice Monteiros. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 set. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *6º Prêmio construindo a igualdade de gênero*. Brasília, DF: Presidência da República, 2010.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *História do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. *Legislação trabalhista: limitações e conquistas*. Brasília, DF: CNDM, 1987.

CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da. *Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Roberto Salles. *Os novos direitos da mulher*. São Paulo: Atlas, 1989.

DUBY, Georges; PERROT, Michelle. *História das mulheres no ocidente*. Porto: Edições Afrontamento, 1993.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTr, 2009.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

MARQUES, Fabíola; ABUD, José Cláudia. *Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

ROCHA, Silva Regin. *O Trabalho da Mulher a Luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SALVATI, Ideli. *Direitos da mulher*. Brasília, DF: Senado Federal, 2004.



# PSICODINÂMICA DO TRABALHO E QUALIDADE DE VIDA DO TRABALHADOR: O PROBLEMA DO ESTRESSE OCUPACIONAL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Maiara Vanessa Gusi\*  
Rodrigo Goldschmidt\*\*

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar o fenômeno da precarização do trabalho e sua influência sob a saúde mental do trabalhador, frente ao sofrimento causado pelas formas de organização do trabalho e sua divisão. Para alcançar os fins almejados, o trabalho será dividido em duas partes: primeiramente, atentar-se-á aos direitos intrínsecos aos trabalhadores, bem como o direito à saúde, à qualidade de vida e ao meio ambiente de trabalho saudável. Derradeiramente, realizar-se-á estudo específico sobre a relação entre saúde mental e trabalho pelo viés da psicodinâmica do trabalho, abordando-se acerca do sofrimento laboral. Intenta-se, no entanto, promover o direito fundamental ao trabalho digno e o princípio constitucional da dignidade humana. O trabalho é de grande importância, haja vista que a Dignidade da Pessoa Humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Além disso, é assegurado a todos os cidadãos o direito social ao trabalho, à saúde e à qualidade de vida, intrínsecos à Magna Carta brasileira e em legislações internacionais. O estudo irá se pautar em pesquisa qualitativa, dedutiva e documental.

Palavras-chave: Precarização do trabalho. Saúde mental do trabalhador. Psicodinâmica do trabalho. Estresse ocupacional.

## 1 INTRODUÇÃO

Os modelos atuais de organização e divisão do trabalho e a busca pela máxima padronização de processos produtivos intensificaram as exigências impostas aos trabalhadores. Como consequência disso, o trabalhador encontra-se obrigado a se adaptar constantemente a um cenário cada vez mais exigente e complexo, para que seja possível se manter competitivo.

Em contrapartida a esta realidade, gera-se o crescente esforço físico e psicológico dos trabalhadores que, para dar conta do elevado nível de mudanças e adaptações do novo modelo de organização trabalhista, evitando despedidas, são submetidos a intensas jornadas de trabalho e constantes adequações profissionais e pessoais, havendo ainda um consequente afastamento das relações familiares e sociais.

Nesse contexto, a precarização do meio ambiente do trabalho agrava a saúde física e mental do trabalhador, exigindo a promoção de estudos e debates sobre o tema, levando em consideração a importância da relação entre saúde mental e trabalho. Constitui-se, então, o objetivo precípuo deste trabalho.

---

\* Graduanda do Curso de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Membro do grupo de pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais: Direito fundamental ao trabalho digno; maiara.gusi@gmail.com

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Coordenador da linha de pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região; rmgold@gmail.com

Nessa seara, atentar-se-á primeiramente os direitos intrínsecos aos trabalhadores, como direito à dignidade humana, direito à saúde, à qualidade de vida e ao meio ambiente de trabalho seguro e apto a conceder condições mínimas e justas ao trabalhador. Derradeiramente, abordar-se-á acerca da precarização do trabalho e suas consequências sob a saúde física e mental do trabalhador, pautando-se na teoria da psicodinâmica do trabalho, abordada pelo psiquiatra francês Christophe Dejours.

A importância desse estudo justifica-se pelo crescimento de doenças ocupacionais decorrentes do estresse e suas consequências devastadoras à saúde do indivíduo, fruto do possível descaso das empresas com a qualidade de vida de seus empregados. Prima-se, aqui, pela promoção do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos ao trabalho digno, à saúde, à qualidade de vida e ao meio ambiente de trabalho seguro.

O presente estudo irá se pautar em pesquisa bibliográfica, abarcando livros físicos e virtuais, bem como artigos publicados em periódicos. A metodologia de pesquisa dedutiva também estará presente, passando-se a analisar conceitos amplos referentes à qualidade de vida do trabalhador, condições de trabalho e ao estresse ocupacional, partindo então para conceitos mais específicos atinentes ao tema. Empregar-se-á também a pesquisa documental, citando-se legislação constitucional e infraconstitucional brasileira.

## **2 DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: O DIREITO AO TRABALHO E À SAÚDE NA LEGISLAÇÃO**

Entre os fundamentos da República Federativa do Brasil e os direitos fundamentais previstos no rol do art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, encontra-se abarcado o princípio da dignidade da pessoa humana, servindo de base aos demais direitos humanos e do trabalhador, visando garantir-lhes a proteção de sua dignidade e a manutenção de um ambiente laboral que não o coisifique.

Tem-se ainda, na Carta Magna brasileira, preconizado no art. 6º e em outros artigos desta Carta, a previsão dos direitos fundamentais sociais à saúde e ao trabalho, que visam a manutenção do bem-estar do cidadão e de um ambiente laboral saudável, primando pela importância do trabalho à vida e à integridade do ser humano e seus direitos à saúde, à qualidade de vida e ao meio ambiente de trabalho seguro e justo.

Por outro lado, na legislação internacional, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que abarca padrões mínimos para a proteção do ser humano e do trabalhador, deixando claro, no art. XXIII, que “[...] todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.” Nesse sentido, o art. XXIV complementa que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, dentre outros direitos sociais que lhe são intrínsecos.

Desta forma, entende-se que todo ser humano tem direito ao trabalho, que deve ser promovido em condições justas que o proporcionem saúde, bem-estar e outros direitos básicos, consubstancializando o reconhecimento da dimensão da dignidade humana.

Também, há a existência de outros dispositivos internacionais que consagram a proteção aos direitos dos trabalhadores, podendo-se destacar as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, como a Convenção n. 155 (Segurança e Saúde dos Trabalhadores) e Convenção n. 161

(Serviços de Saúde do Trabalho) e o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que visam o reconhecimento de condições justas e favoráveis de trabalho.

Diante disso, percebe-se a importância do trabalho ao reconhecimento da dignidade humana, caracterizando-se, de acordo com Karl Marx (p. 172), como uma condição de existência do homem, independente de todas as formas de sociedade, sendo uma eterna necessidade natural da vida humana.

No entanto, esses dispositivos não asseguram a proteção desejada ao trabalhador, pois não há meios suficientes para sua efetivação na sociedade, fazendo com que as necessidades do ser humano sejam deixadas de lado. Consoante a isso, percebe-se que a Declaração Universal não se define como um tratado, mas sim, como uma resolução; por isso, não possui força legal, visando meramente o reconhecimento universal das liberdades fundamentais e dos direitos humanos pela sua internacionalização e universalização (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 52).

## 2.1 DIREITO AO TRABALHO DIGNO

A configuração do trabalho digno, apto a garantir condições de dignidade e as aspirações do ser humano no domínio profissional, abrange vários elementos, de acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), como: oportunidades para realizar um trabalho produtivo com uma remuneração equitativa; segurança no local de trabalho e proteção social para as famílias; melhores perspectivas de desenvolvimento pessoal e integração social; liberdade para expressar as suas preocupações; organização e participação nas decisões que afetam a suas vidas; e igualdade de oportunidades e de tratamento para todas as mulheres e homens.

Entretanto, como a previsão destes direitos elencados na OIT não é suficiente para garantir a manutenção dos direitos dos trabalhadores, necessita-se de mecanismos de efetivação desses direitos, visando promover direitos fundamentais, que abarcam condições de trabalho seguras, justas e que garantam sua dignidade.

Antunes (2008) leciona que o mundo do trabalho é vital na história da humanidade, zelando pela conquista da dignidade, humanidade e felicidade social do homem, distinguindo-o das outras formas de vida existentes. Além disso, o trabalho é o ponto de partida para construção do ser social, impossibilitando a reprodução da vida cotidiana sem sua existência.

Para Hirigoyen (2012, p. 198), o trabalho desempenha um papel central na estruturação da identidade, afirmando as competências e realizando os projetos de vida e a concretização dos sonhos do ser humano. Neste sentido, se dá o reconhecimento da identidade profissional, que é essencial.

Além de ser essencial à vida humana, o trabalho também é visto como um meio para garantir a dignidade da pessoa humana, feito por meio de um conjunto de direitos humanos e fundamentais.

Neste viés, Moraes (2011, p. 20) conceitua direitos humanos fundamentais como um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que visa o respeito à sua dignidade, por meio da proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Na doutrina estrangeira, Luño (1998, p. 46) faz uma abordagem ampla de direitos humanos, considerando-os como “[...] *un conjunto de facultades e instituciones que, em cada mo-*

*mento histórico, concretan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”*

Sarlet (2011, p. 29) assume que os direitos fundamentais, de certa forma, são também direitos humanos, pois seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos. Para ele, a principal distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” mantém relação com os documentos de direito internacional, aspirando à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inequívoco caráter supranacional.

Para Baez (2010, p. 22), inicialmente os direitos fundamentais eram conceituados como direitos e garantias individuais que as pessoas possuíam frente ao Estado em que viviam, como vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Posteriormente, passaram a ser concebidos como o rol de direitos humanos positivados pelas constituições dos Estados, materializando o resultado da junção entre os direitos naturais do homem e da própria ideia de constituição.

Os direitos humanos e fundamentais objetivam a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa seara, Sarlet (2011, p. 73) entende a dignidade da pessoa humana como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Em sua doutrina, Hobbes (2003, p. 71) aborda que dignidade é o valor público de um homem, que é vulgarmente tratado pelos homens por meio deste conceito.

Em outro estudo, asseveramos (2009, p. 56-57) que a dignidade da pessoa humana é o atributo que torna o ser humano diferente dos demais, ao mesmo tempo que o iguala aos seus semelhantes. Foi transformada em uma categoria jurídica e reconhecida e regulada, primeiramente, pelos tratados internacionais e declarações de direitos, tendo como exemplos proeminentes de sua inserção no mundo jurídico o Tratado de Versalhes (1919) e a Declaração Universal dos Direitos dos Homens (1948).

Consoante sua importância social, a dignidade da pessoa humana foi reconhecida na ordem jurídica estatal como princípio constitucional estruturante e como fundamento do Estado Democrático de Direito, causando a intervenção estatal que passou a servir de instrumento para a garantia e promoção da dignidade humana (SARLET, 2011, p. 80).

Nessa seara, percebe-se o avanço da Constituição Federal Brasileira de 1988 nos termos de promoção do trabalho e da dignidade humana. Vejamos alguns dispositivos constitucionais:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se e, Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

Também, a Constituição Federal de 1988 abarca no art. 7º os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, visando a melhoria de sua condição social.

Nessa seara, faz-se necessário a manutenção do trabalho que efetive o princípio da dignidade humana, e que promova o direito à saúde e à qualidade de vida do trabalhador. Este tema será abordado derradeiramente.

## 2.2 DIREITO À SAÚDE E À QUALIDADE DE VIDA NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

Há uma constante preocupação que envolve a saúde do trabalhador, que se funda, pois a concretização do direito fundamental à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana não é possível sem que haja a concretização do direito à saúde, pautado como um direito fundamental social sob a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tida como marco da positivação do direito à saúde no Brasil, uma vez que a deterioração da saúde pode levar o ser humano à morte.

Linhares (p. 144) explana que o anseio por qualidade de vida constitui um direito fundamental de terceira geração, vinculando-se a interesses supraindividuais, sendo praticamente impossível sua dissociação, pois levam a um único e relevante objetivo. Nesse sentido, Pilau Sobrinho (2003, p. 128-130) trata do direito à saúde como novos direitos, surgidos com a transformação da sociedade, fazendo com que migrassem da seara dos direitos individuais aos sociais e, posteriormente, aos transindividuais, o que demonstra o grande aumento da complexidade social, características da sociedade industrial.

Consoante sua consagração como direito humano fundamental que visa à manutenção da dignidade da pessoa humana, a saúde é alvo de proteção interna e internacionalmente. Nesse sentido, a Constituição da Organização Mundial da Saúde - OMS tratou de reconhecer o conceito de saúde, que implica algo além da ausência de doenças, asseverando: *“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”*

Ante a legislação brasileira, o direito à saúde encontra-se positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um direito social garantido a todos, sem distinção, visando a melhoria de sua condição social.

Na seara internacional, o direito à saúde destaca-se na primeira parte do art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual prevê que “[...] todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e à sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis [...]”

Entretanto, em consonância com o pensamento de Cavalheiro (2013, p. 50), para que o homem tenha, de fato, saúde, precisa haver um equilíbrio na relação entre saúde, meio ambien-

te, condições de trabalho e vida em sociedade, cabendo ao Estado e à sociedade como um todo assegurar estas condições aos indivíduos.

Nesse sentido, encontra-se preconizado, também perante a Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 225, caput, que “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.”

Já em âmbito internacional, tem-se o princípio n. 8 da Declaração do Rio sobre o meio ambiente e desenvolvimento, resultante da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que preconiza o exposto a seguir: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar padrões não-sustentáveis de produção e consumo e promover políticas demográficas apropriadas.”

Nesse sentido, é válido ressaltar também a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo em 1972, abarcadora do desenvolvimento econômico e social como formas de garantia de um meio ambiente humano e bem-estar dos povos.

Portanto, resta observar que, para que haja a promoção da saúde e da qualidade de vida do trabalhador, deve-se manter um ambiente de trabalho com condições aptas a produzir tais direitos. O objetivo da garantia de um trabalho saudável intenta a garantia e a promoção do direito à vida e à dignidade do trabalhador. No trabalho que expõe o indivíduo a condições de sofrimento, há violação do direito à saúde do trabalhador e de sua qualidade de vida, posto que não há consagração de sua dignidade, causando a precarização do trabalho e o sofrimento laboral, que tem, causador da depressão no ambiente laboral. Esses pontos serão abordados paulatinamente no decorrer deste trabalho.

### **3 PSICODINÂMICA DO TRABALHO: O TRABALHO COMO FORMA DE PRAZER E SOFRIMENTO E SUAS CONSEQUÊNCIAS À SAÚDE DO TRABALHADOR**

Antunes leciona que a sociedade capitalista transformou o trabalho fundante da vida humana em trabalho assalariado, alienado, fetichizado, convertendo o que era uma finalidade central do ser social em um meio de subsistência. Para ele, o advento capitalista alterou e complexificou o trabalho humano, criando uma dupla dimensão em seu processo de realização que, ao mesmo tempo que emancipa e humaniza o homem, o aliena e subordina, o libera e escraviza.

Para Antunes (2008), esta precarização estrutural do trabalho teve início a partir dos inícios dos anos 1970, quando o capital implementou um processo de reestruturação em escala global, visando recuperar seu padrão de acumulação e repor a hegemonia que vinha perdendo, recuperando assim as formas econômicas, políticas e ideológicas da dominação burguesa. Proliferaram, a partir de então, as mais distintas formas alternativas de trabalho precarizado.

Em outro trabalho, abordamos (2009, p. 79-82) os efeitos causados pela Revolução Industrial na sociedade, que contribuiu na formação de centros industriais e o aumento da concentração de operários no perímetro urbano, fazendo com que as fábricas não conseguissem absorver o enorme contingente de pessoas que foram em busca de emprego.

Ressaltamos que, diante desse panorama, os trabalhadores foram explorados à exaustão, passando a viver na pobreza generalizada, atormentados pela fadiga no trabalho, pela falta de

higiene na fábrica, entre outros fatores, causando-lhes um sentimento crescente de insatisfação, que os conduziu a uma contrarrevolução social.

Pilau Sobrinho (2003, p. 121) menciona que a Revolução Industrial desenvolveu um processo de urbanização que relacionou o corpo humano a uma máquina, tornando a sociedade mais complexa e ocasionando diferenças e divisões de trabalho no corpo social.

Nesse sentido, Dejours (2006, p. 51) aborda os efeitos da precarização do trabalho: primeiramente, verifica-se a intensificação do trabalho e o aumento do sofrimento subjetivo; em segundo lugar, tem-se a neutralização da mobilização coletiva contra o sofrimento, contra a dominação e contra a alienação; a terceira consequência da precarização é a estratégia defensiva do silêncio, da cegueira e da surdez, ignorando o sofrimento alheio como forma de resistência; o quarto efeito da ameaça da demissão e precarização é o individualismo.

Em meio a essas mudanças no mundo do trabalho começaram a se desenvolver reivindicações trabalhistas em prol da saúde mental e física dos trabalhadores, que começou a ser afetada. Esse período de lutas pelas condições trabalhistas deu origem a uma reestruturação do processo de trabalho, da organização e das condições de trabalho, além do desenvolvimento das forças produtivas, das ciências, das técnicas, das máquinas de trabalho, das indústrias e do setor terciário (DEJOURS, 1992, p. 22-23).

Com essa reestruturação no mercado de trabalho, houve um grande aumento das tarefas burocráticas, provocando a sensibilidade às cargas intelectuais e psicossensoriais de trabalho e causando preocupações maiores ainda em torno da saúde mental. O mesmo ocorreu com os operários de fraca carga física, operadores das indústrias de processo, acometidos por sofrimentos insuspeitos (DEJOURS, 1992, p. 23).

Ainda nesse período, houve o progresso tecnológico, a automatização, a robotização etc., substituindo ainda mais o serviço braçal, realizado pelo homem, contribuindo com a demissão, causadora de uma nova forma de sofrimento, que surge com o medo da despedida e a submissão à precarização no meio ambiente de trabalho, enfrentando-se a neutralização da mobilização coletiva, o silêncio, o medo, a alienação, a dominação e a banalização do sofrimento, culminando no individualismo (DEJOURS, 2006, p. 42-52).

Nessa seara, deu-se início à relação entre sofrimento e trabalho, enfatizado por Dejours (2006, p. 28):

[...] por trás das vitrinas, há o sofrimento dos que temem não satisfazer, não estar à altura das imposições da organização do trabalho: imposições de horário, de ritmo, de formação, de informação, de aprendizagem, de nível de instrução e de diploma, de experiência, de rapidez, de aquisição de conhecimentos teóricos e práticos (Dessors & Torrente, 1996) e de adaptação à “cultura” ou à ideologia da empresa, às exigências do mercado, às relações com os clientes os particulares ou o público etc. (DEJOURS, 2006, p. 28).

Nesse contexto, Dejours desenvolve seus estudos acerca da Psicopatologia e Psicodinâmica do Trabalho<sup>1</sup>. Para ele (1996, p. 160), a Psicopatologia/Psicodinâmica do Trabalho coloca o

<sup>1</sup> A Psicodinâmica do Trabalho trata-se de uma disciplina que visa descrever e conhecer as relações entre trabalho e saúde mental, tendo como ponto central a relação entre sujeito e organização do trabalho, sendo

sofrimento no centro da relação psíquica entre o homem e o trabalho, fazendo dele um operador da inteligibilidade, auxiliando na produção. Além disso, Dejours (1992, p. 25) afere que o sofrimento mental resulta da organização do trabalho, começando quando a relação entre o homem e a organização do trabalho encontra-se bloqueada, após o esgotamento das faculdades intelectuais e psicoafetivas de aprendizagem e adaptação do homem, esgotando os meios de defesa contra a exigência física. Para Dejours (1992, p. 52, grifo do autor), “*A certeza de que o nível atingido de insatisfação não pode mais diminuir marca o começo do sofrimento.*”

Portanto, o sofrimento tem início quando o rearranjo da organização do trabalho não é mais possível, bloqueando a relação do trabalhador com a organização do trabalho, acumulando energia pulsional no aparelho psíquico, ocasionando um sentimento de desprazer e tensão. Mas, se a energia pulsional não for descarregada, as suas consequências poderão se intensificar, desencadeando perturbações (DEJOURS, 1994, p. 29). Dejours (2006, p. 41) considera que, hoje, o caracteriza uma empresa não é mais sua produção, não é mais o trabalho, mas sim sua organização, sua gestão, seu gerenciamento.

Para Dejours (2006, p. 25), há outro importante fator causador do sofrimento no trabalho, pertinente à sua divisão. De acordo com ele, o trabalho pode ser dividido entre trabalho equilibrante e trabalho fatigante. O trabalho equilibrante é aquele que permite a diminuição da carga psíquica do trabalhador. Já o trabalho fatigante, é aquele que se opõe a essa diminuição, causando o acúmulo da energia psíquica, tornando-se fonte de tensão e desprazer, fazendo aparecer a fadiga, a astenia, e a partir daí a patologia.

Quando o sofrimento no trabalho atinge a saúde mental do trabalhador, torna-se patogênico e leva o trabalhador ao desequilíbrio psíquico. A repressão do funcionamento psíquico pode afetar não só a vida do próprio trabalhador, mas também a de pessoas próximas. O sujeito em estado de repressão psíquica mostra-se pouco inclinado a desempenhar um papel ativo na economia das relações afetivas familiares, representando perigo ao cônjuge e seus amigos, mas, principalmente, aos próprios filhos. “O trabalhador desliga-se deles como se desliga de seus amigos e se isola, preferindo a solidão à vida social comum.” (DEJOURS, 1996, p. 163).

Hirigoyen (2012, p. 37-45) aborda outra realidade vivenciada pelos trabalhadores - o assédio moral -, e identifica como fatores desencadeadores desse problema comportamentos discriminatórios, inveja, ciúme, rivalidade, medo, entre outros fatores.

Nesse contexto, Hirigoyen (2012, p. 159-160) explana os sintomas e consequências do assédio moral:

Os sintomas são, no início, parecidos com os do estresse, o que os médicos classificam de perturbações funcionais: cansaço, nervosismo, distúrbios do sono, enxaquecas, distúrbios digestivos, dores na coluna... [...] Mas, se o assédio moral se prolonga por mais tempo ou recrudescer, um estado depressivo mais forte pode se solidificar. A pessoa assediada apresenta então apatia, tristeza, complexo de culpa e até desinteresse por seus próprios valores.

---

esta o fator determinante do sofrimento mental. Trata-se de uma nomeação dada à teoria da Psicopatologia do Trabalho, em estudos mais avançados feitos pelo psiquiatra Christophe Dejours.

Em outro momento, Hirigoyen (2012, p. 175) denota que “[...] o assédio moral pode provocar uma destruição da identidade e influenciar por muito tempo o temperamento da pessoa”, que, segundo ela, “se constrói progressivamente desde a infância.”

Entretanto, com o desenvolvimento do sofrimento, ele passa a se manifestar de diversas formas em seu organismo, podendo derivar comportamentos violentos, rarefação, medo, desconfiança, morosidade, desânimo, desencorajamento, sentimento de não reconhecimento dos méritos, conflitos abertos, crise entre equipes, destruição da confiança recíproca, desenvolvimento do individualismo, entre outros (DEJOURS, 1994, p. 89-90).

Por outro lado, puderam-se constatar ainda situações dramáticas relacionadas à discussão restrita sobre o sofrimento no trabalho, como tentativas de suicídio ou suicídios consumados, que atestam o impasse psíquico criado pela falta de atenção ao sofrimento do trabalhador (DEJOURS, 2006, p. 44).

Entretanto, Dejours (1996, p. 160) explana que muitos especialistas estavam preocupados em buscar meios para fazer desaparecer o sofrimento do ambiente de trabalho, mas, ele discorda, articulando que tal objetivo é vão, pois quando afastado, o sofrimento ressurge e se cristaliza sob outras formas oferecidas pela realidade.

Em outro momento, Dejours (2006, p. 35) aborda que quando o sofrimento no trabalho não se faz acompanhar de descompensação psicopatológica, causadora da ruptura do equilíbrio psíquico que se manifesta pela eclosão de uma doença mental, é porque contra ele o trabalhador está empregando defesas que lhe permitem controlá-lo. Além de defesas individuais, os mecanismos clássicos descritos pela psicanálise, existem defesas construídas e empregadas pelos trabalhadores coletivamente. Trata-se de estratégias coletivas de defesa, marcadas pelas pressões reais do trabalho.

Dejours (2006, p. 36) aborda que além da necessidade das estratégias defensivas contra os efeitos deletérios do sofrimento, os mecanismos de defesa também funcionam como uma armadilha que insensibiliza o ser humano contra aquilo que o faz sofrer, tornando o sofrimento ético tolerável (entendido como o sofrimento causado por causa do trabalho, que condena moralmente).

Um dos mecanismos de defesa utilizado pelo trabalhador é a *sublimação*. O processo de sublimação é o que mantém a relação entre sofrimento e trabalho, operando na reversão do sofrimento por meio do reconhecimento da identidade, auxiliando na organização da personalidade do trabalhador. Por meio disso, intenta-se que não se deve eliminar totalmente o sofrimento do trabalho, mas tentar gerenciá-lo em prol da saúde e da produtividade, criando a defesa, que seria expressada pela criatividade, aumentando a resistência do trabalhador. Assim, tem-se o sofrimento criativo (DEJOURS, 1996).

Entretanto, além de mecanismos de defesa individuais ou coletivos, o indivíduo deve possuir garantias estatais que lhe permitam a convivência harmônica no ambiente de trabalho, promovendo sua dignidade e evitando doenças ocupacionais.

Pesquisas atentam ainda ao grande número de trabalhadores acometidos pelo estresse ocupacional, decorrente do sofrimento desenvolvido pelo trabalhador no ambiente de trabalho, que fere sua dignidade e não promove seu bem-estar e qualidade de vida no ambiente em que desenvolve suas atividades laborais. Diante disso, estudar-se-á, derradeiramente, acerca do estresse ocupacional e suas consequências à saúde do indivíduo.

### 3.1 O PROBLEMA DO ESTRESSE OCUPACIONAL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO FRENTE AO DIREITO À SAÚDE E À QUALIDADE DE VIDA

Como visto no decorrer deste trabalho, a saúde do trabalhador é um direito constitucionalmente garantido, amparado por diversas normas legais, tratando-se de um direito absolutamente indisponível. Entretanto, a saúde do trabalhador vem sendo marcado por episódios de sofrimento laboral, causador do estresse ocupacional, criando a necessidade de se efetivarem medidas de condições mínimas e justas que garantam condições justas e dignas ao trabalhador.

As condições consideradas como justas referem-se às garantias de um trabalho seguro que preserve a saúde do trabalhador, garantindo seu bem-estar físico e psicológico, não afetando negativamente as suas relações sociais.

Segundo a Dra. Marilda Lipp, diretora fundadora do Centro Psicológico de Controle do Stress, o estresse é uma reação que possui componentes físicos, psicológicos, mentais e hormonais que pode se desenvolver frente a situações que representem um desafio para o indivíduo.

Chiavenato (2010, p. 473) define o estresse como um conjunto de reações física, químicas e mentais de uma pessoa decorrente de estímulos ou estressores que existem no ambiente, surgindo quando a pessoa é confrontada com uma oportunidade, restrição ou demanda relacionada com o que ela deseja. O estresse também é consequência da soma de perturbações orgânicas e psíquicas provocadas por agente agressores, como traumas, emoções fortes, fadiga, exposição a situações conflitivas e problemáticas, etc.

Já o estresse ocupacional é consequência dos estímulos do ambiente profissional que exigem respostas adaptativas por parte do trabalhador e que excedem sua habilidade de enfrentamento e causam reações negativas a nível psicológico, fisiológico e comportamental (GENUÍNO; GOMES; MORAES 2014).

No ambiente laboral, portanto, as condições estressoras são o autoritarismo do chefe, desconfiança, pressão das exigências e cobranças, cumprimento do horário de trabalho, chateza e monotonia de certas tarefas, o baixo astral dos colegas, a falta de perspectiva de progresso profissional e a insatisfação pessoal, sobrecarga de atividade, pressão de tempo e urgência, relações problemáticas com chefes, etc. (CHIAVENATO, 2010, p. 473).

Para Chiavenato (2010, p. 473) existem duas fontes principais de estresse no trabalho: a ambiental e a pessoal. As causas ambientais envolvem uma variedade de fatores externos que conduzem ao estresse no trabalho. Já as causas pessoais envolvem uma variedade de características individuais que predis põem à condição estressante.

Diante disso, Lipp aponta que o estresse ocupacional é fator desencadeante de doenças gastrointestinais, cardiovasculares, respiratórias, músculo-esqueléticas, dermatológicas e imunológicas, além de suas consequências psicológicas pouco conhecidas, tais como ansiedade difusa ou generalizada, insônia, esquizofrenia, episódios maníaco-depressivos e depressão. Nessa seara, Chiavenato (2010, p. 473) aponta os efeitos sociais do estresse ocupacional, relatando que, em certos casos, tem-se o abuso de drogas, alienação e redução de relações interpessoais.

Lipp (2014) leciona que a depressão é considerada como a condição que mais traz sofrimento ao ser humano, sendo capaz de destruir a felicidade e a qualidade de vida de qualquer indivíduo, reduzindo a criatividade e a produtividade do ser humano e tirando sua vontade de viver e interagir com os outros. Nessa seara, descreve acerca da vida social de indivíduos com depressão:

Pessoas com depressão vivem a vida pela metade, como se todas as cores e todas as alegrias ao seu redor estivessem cobertas por um filó escuro. O depressivo sabe que as cores estão ali embaixo desta cobertura de névoa, porém ele não consegue usufruir de sua beleza. Como a habilidade intelectual é inafetada, a pessoa sofre mais ainda por saber que a alegria está ali disponível e que ele dela não consegue usufruir.

Diante desse intenso quadro de estresse ocupacional, que não promove os direitos humanos fundamentais do trabalhador, mas degrada sua saúde e qualidade de vida, vêm sendo realizado pesquisas objetivando levantar dados de sua incidência no ambiente laboral. Disso, infere-se a seguinte pesquisa, que aponta os índices de incidência de depressão laboral, realizada pela Ciência em Pauta no ano de 2011:

O número de pessoas que se afastam do ambiente de trabalho em decorrência de problemas de saúde mental é crescente. Estatísticas do Ministério da Previdência Social revelam uma maior quantidade de pagamentos de auxílio-doença para os trabalhadores. Em 2010, dos 100 transtornos classificados como mentais e de comportamento, só os episódios depressivos e transtorno depressivo recorrente representaram 40,7% dos benefícios concedidos. [...] A maior parte desses trabalhadores tinha o diagnóstico de depressão há cinco anos. O caso mais comum é a depressão recorrente, caracterizado por episódios depressivos constantes, ansiedade, pânico e transtornos de adaptação. A autora notou que os sintomas mais citados pelos pacientes eram “vontade de chorar, angústia, ansiedade, insônia, necessidade de isolamento e presença de pânico ou medo grande de enfrentar situações”. Um dos entrevistados, que sofre de transtorno depressivo recorrente, conta o que sentia.

Têm-se ainda, dados levantados no site do Senado, que abordam estudos levantados pela Organização Mundial da Saúde que classifica a depressão como doença que ocupa o segundo lugar dentre as doenças que causam incapacidade de trabalho, projetando que, até 2020, ela esteja no topo da lista. Nesse sentido, a pesquisa aponta ainda a média de falta no trabalho de um indivíduo com depressão, que é de sete dias, enquanto a média geral é uma a cada 30 dias.

De acordo com Hirigoyen (2012, p. 191), o estresse ocupacional nunca vai desaparecer, mas é possível que os trabalhadores fiquem precavidos para evitar que se torne destrutivo, prevenindo barreiras para evitar que esse mal penda para a perversidade.

Diante do que foi exposto e da constatação do impacto causado pela depressão no organismo do ser humano, verifica-se que não há uma eficaz promoção dos direitos do trabalhador, havendo a urgente necessidade de criação de medidas de segurança e políticas públicas que atentem à promoção da saúde, do bem-estar e da qualidade de vida do trabalhador. Desta forma, pode-se observar que o TRT da 3ª Região (jurisdição do Estado de Minas Gerais), tendo como relator o Desembargador Scio da Silva Peçanha, aborda o tema caracterizando e reconhecendo a depressão como doença ocupacional:

**EMENTA: INDENIZAÇÕES ESTABILITÁRIA E POR DANOS MORAIS. DOENÇA OCUPACIONAL. DEPRESSÃO.** Embora a depressão não esteja relacionada no rol de doenças ocupacionais elaborado pelo Ministério do Trabalho e pela Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), o artigo 20, § 2º, da Lei 8.213/91, deixa claro que referido rol é exemplificativo e, em casos excepcionais, a doença não incluída nessa relação pode ser considerada como acidente do trabalho. Além da conclusão pericial,

as demais provas reforçam a existência do nexo causal entre a doença apresentada pela Reclamante e o seu trabalho na Reclamada. A sobrecarga de trabalho, além de extremamente desgastante, comprometeu o convívio familiar e os afazeres domésticos tendo em vista a exigência de cumprimento de extensa carga horária. Tais ocorrências foram prejudiciais à saúde mental da empregada, atuando como fator desencadeante ou, pelo menos, agravante de seu adoecimento. Dessa forma, denota-se que as condições de trabalho contribuíram diretamente para a perda, mesmo que temporária, da capacidade laborativa da Reclamante, ficando evidenciada a culpa da empresa em não ter adotado medidas eficientes para reduzir a sobrecarga de trabalho impingida à obreira. Ressalto também que os riscos aos quais a Reclamante foi exposta não são inerentes à atividade empresarial, pois o excesso de horas de trabalho exigido está intimamente ligado à falta de pessoal e não à atividade exercida pela Reclamada. (MINAS GERAIS, 2013).

A interpretação deixa claro que a depressão pode ser considerada como doença ocupacional, pois fere a dignidade da pessoa humana ao causar danos à saúde mental do trabalhador e seu adoecimento, impossibilitando-o de realizar o exercício profissional, podendo resultar em responsabilidade civil por parte do empregador.

A Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho levanta formas para a promoção da saúde do trabalhador, que abarcam: a participação dos trabalhadores no processo de melhoria da organização do trabalho; envolvimento ativo e consulta dos trabalhadores na melhoria de seu ambiente de trabalho; possibilidade de horário flexível ou de teletrabalho; abordagem da questão da alimentação saudável no local de trabalho; sensibilização para os efeitos nocivos do tabaco; promoção da saúde mental através da oferta de cursos para gestores sobre formas de lidar com o estresse e a tensão mental no seio das respectivas equipes e aconselhamento psicológico para os trabalhadores; incentivo aos exercícios e atividades físicas e vigilância da saúde por meio de exames médicos, como controle da pressão arterial e dos níveis de colesterol.

O exposto acima demonstra a preocupação mundial no cumprimento da legislação que regula a saúde do trabalhador, visando proporcionar-lhes bem-estar e saúde, diminuindo as consequências negativas que o exercício da atividade laboral desencadeia no trabalhador.

Sendo assim, observa-se que é indispensável o cuidado à dignidade, ao meio ambiente, à saúde e à qualidade de vida do trabalhador no meio em que este desenvolve suas atividades laborais, excluindo-se toda e qualquer forma causadora de sofrimento e doenças mentais, como disposto em vários dispositivos legais e em declarações acerca do tema direitos humanos do trabalhador, compreendendo, principalmente, a exclusão da depressão do ambiente laboral.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto pode-se perceber a evolução da sociedade no que tange à proteção do trabalho, visando combater condutas que impossibilitem a promoção da dignidade do trabalhador, bem como de seu direito à saúde, à qualidade de vida e ao meio ambiente equilibrado, demonstrando seu protecionismo em legislações nacionais e em declarações e convenções internacionais.

No entanto, não há como ignorar que os meios que promovem o sofrimento e a degradação da saúde do trabalhador continuam presentes no ambiente em que este exerce suas atividades laborais, caracterizando sérias doenças mentais e não dignificando o trabalhador, que desenvolve

problemas irreversíveis, como a depressão, que pode levar o indivíduo a desenvolver diversos problemas de saúde.

Para tanto, faz-se necessário a promoção de medidas que não coisifiquem o trabalhador em seu ambiente laboral, erradicando todas as formas causadoras de sofrimento, decorrente da má organização do trabalho, visando coibir o desenvolvimento de doenças mentais nos trabalhadores.

Entretanto, é válido ressaltar que os Tribunais já estão avançando no reconhecimento da depressão como doença ocupacional, desenvolvendo a promoção da responsabilidade do empregador e o direito de indenização dos trabalhadores.

Contudo, conclui-se que o trabalhador é um ser detentor de direitos e dotado de dignidade, como preconiza a Carta Magna brasileira, devendo ser absterido de qualquer ato que intente contra sua dignificação e contra a promoção de seus direitos no meio ambiente laboral, visando a promoção do trabalho digno e decente, com condições mínimas e justas a todo cidadão.

#### ABSTRACT

*The present work has the purpose to analyze the phenomenon of job insecurity and its influence on the mental health of the worker against the suffering caused by forms of work organization and its division. To achieve the desired purposes, the work will be divided into two parts: first, the intrinsic rights of workers will attend yourself, as well as the right to health, quality of life and a healthy work environment. Is ultimately, specific study on the relationship between mental health and work by the psychodynamics of work bias will take place if addressing him about labor pain. An attempt is made, however, to promote the fundamental right to decent work and the constitutional principle of human dignity. The work is of great importance, given that Human Dignity is one of the foundations of the Federative Republic of Brazil. Furthermore, it is guaranteed to all citizens the right to work, social, health and quality of life, intrinsic to Brazilian Magna Charter and international laws. The study will be based on qualitative, deductive and documentary research.*

*Keywords: Precarious work. Mental health worker. Psychodynamics of work. Occupational stress.*

#### REFERÊNCIAS

AGÊNCIA EUROPEIA PARA A SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO. *Promoção da saúde no local de trabalho*. Disponível em: <[https://osha.europa.eu/pt/topics/whp/index\\_html](https://osha.europa.eu/pt/topics/whp/index_html)>. Acesso em: 04 set. 2014.

ANTUNES, Ricardo. *Século XXI: nova era da precarização estrutural do trabalho?* São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/Arquivos/sis/EventoPortal/AnexoPalestraEvento/Mesa%201%20-%20Ricardo%20Antunes%20texto.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do homem, direitos humanos e a morfologia dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides. *Dimensões materiais e eficácia dos direitos fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

BRASIL. Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2014.

CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. *Direito à saúde no Brasil: a estratégia saúde da família como possível mecanismo densificador*. 1. ed. Maringá: Humanitas Vivens, 2013.

CHANLAT, Jean-François. *O indivíduo na organização: dimensões esquecidas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. 5. ed. ampl. São Paulo: Cortez, 1992.

DEJOURS, Christophe. Uma nova visão do sofrimento humano nas organizações. In: DEJOURS, Christophe; ABDOUCHELI, Elisabeth; JAYET, Christian. *Psicodinâmica do trabalho: contribuições da Escola Dejouriana à análise da relação prazer, sofrimento e trabalho*. São Paulo: Atlas, 1994.

FUCHS, Jessica. *Pesquisa analisa afastamento do trabalho por depressão*. Disponível em: <[http://www.cienciaempauta.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=62:pesquisa-analisa-afastamento-do-trabalho-por-depressao&catid=8:saude&Itemid=14](http://www.cienciaempauta.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=62:pesquisa-analisa-afastamento-do-trabalho-por-depressao&catid=8:saude&Itemid=14)>. Acesso em: 5 ago. 2014.

GENUÍNO, Shirley Luanna Vieira P.; GOMES, Marcos da Silva; MORAES, Eliane Medeiros de. *O Estresse Ocupacional e a Síndrome de Burnout no Ambiente de Trabalho: Suas Influências no Comportamento dos Professores da Rede Privada do Ensino Médio de João Pessoa*. Disponível em: <[http://www.usp.br/anagrama/Genuino\\_Estresse.pdf](http://www.usp.br/anagrama/Genuino_Estresse.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

GOLDSCHIMDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTr, 2009.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

IZAC, Jussara Dutra. *Depressão é a segunda causa de incapacidade no trabalho. Programa de exercícios ajuda a combatê-la*. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/senado/portaldoservidor/jornal/jornal90/comportamento\\_carreira.aspx](http://www.senado.gov.br/senado/portaldoservidor/jornal/jornal90/comportamento_carreira.aspx)>. Acesso em: 30 jul. 2014.

LIPP, Marilda Emmanuel Novaes. *Relação entre stress e depressão*. Disponível em: <<http://www.estresse.com.br/publicacoes/relacao-entre-stress-e-depressao/>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal Regional do Trabalho. Ementa 01186-2012-070-03-00-0. Relator: Desenbargador Sercio da Silva Peçanha. Julgamento em 11 set. 2013. Jus Brasil, Minas Gerais, 11 set. 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho digno - a chave do progresso social*. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal\\_visita\\_guiada\\_02\\_pt.htm](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_02_pt.htm)>. Acesso em: 05 ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho e seu anexo (Declaração de Filadélfia)*. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao\\_oit\\_547.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Segurança e Saúde dos Trabalhadores*: convenção n. 155. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/504>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Serviços de Saúde do Trabalho*: convenção n. 161. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/507>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

ONU. *Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972*. Disponível em: <[http://www.apambiente.pt/\\_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972\\_Declaracao\\_Estocolmo.pdf](http://www.apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf)>. Acesso em: 05 ago. de 2014.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

ONU. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto\\_internacional.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2014.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Salud mental: un estado de bienestar*, 2013. Disponível em: <[http://www.who.int/features/factfiles/mental\\_health/es/](http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/)>. Acesso em: 05 ago. 2014.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: UPF, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.



# A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO DO DESENVOLVEDOR DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR: ANÁLISE QUANTO À TITULARIDADE DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DO SOFTWARE ELABORADO NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO OU VÍNCULO ESTATUTÁRIO

Robison Tramontina\*  
Alexandra Vanessa Klein Perico\*\*

## RESUMO

O presente artigo tem como meta principal averiguar a titularidade do *software* que é desenvolvido durante a relação de trabalho ou serviço público, com vistas a identificar se o programador têm respeitado o direito social fundamental ao trabalho digno, com o reconhecimento de sua intelectualidade, que contribui sobremaneira para o desenvolvimento da sociedade da informação. Para atingir tal propósito, é necessário incutir considerações sobre a sociedade da informação e a intangibilidade de bens produzidos no mercado do trabalho. Em seguida, torna-se salutar dispor sobre os direitos fundamentais e a inserção dos direitos sociais como indispensáveis à garantia da dignidade da pessoa humana. Ainda, procede-se a estudo sobre o enquadramento jurídico do *software* e a tutela jurídica que lhe é conferida enquanto direito autoral. Ao fim, conclui-se que o empregado ou funcionário público, que cria o programa de computador, ainda que em decorrência natural da relação de emprego, o faz por trazer consigo intrínsecos conhecimentos, sem os quais a propriedade intelectual não seria desenvolvida. Ainda, se deve ser reconhecido ao trabalhador o direito fundamental ao trabalho digno, logo o desenvolvedor de *software* deve fazer jus a percentual de remuneração sobre a obra produzida, em detrimento do que dispôs a Lei 9.609/98, em seu artigo 4º. Só assim se tutelará acertadamente a compreensão de novos primados do trabalho, que permitem o constante avanço tecnológico nas mais diversas áreas do conhecimento.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos sociais. Direito ao trabalho digno. Programas de computador.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

*“Tal qual a escrita, a informática deve ser analisada como tecnologia intelectual (posto no papel, separado do fluxo efêmero da palavra, o discurso é objetivado). As máquinas de calcular, as telas, os programas não são apenas objetos de experiência - fornecem modelos teóricos para as tentativas de conceber, racionalmente, a realidade. Enquanto interfaces, por seu intermédio é que agimos, por eles é que recebemos de retorno a informação sobre o resultado de nossas ações.”*

PIERRE LÉVY

O constante avanço tecnológico que fora semeado especialmente a partir da criação, disseminação e barateamento dos computadores eletrônicos, os quais se associaram a uma rede

\* Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; robison.tramontina@unoesc.edu.br

\*\* Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho Contemporâneo pela Universidade de Passo Fundo e pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; alexandra.perico@unoesc.edu.br

mundial de conexões, faz com que a sociedade contemporânea testemunhe e seja partícipe de movimentos de transformações radicais na produção de riquezas e valores.

Assim surge a expressão sociedade da informação, ou infoera, que tem sido considerada como o fator de maior expressão ocorrido entre os séculos XX e XXI, substituindo a sociedade industrial do século XIX, para designar que as atividades econômicas hodiernas giram em torno da informação e do conhecimento. O primado do trabalho não mais está exclusivamente ligado a terra produtiva, como em tempos de Revolução Agrícola, ou ainda sobre máquinas movidas a vapor ou eletricidade, como ocorrido a partir da Revolução Industrial.

Dentre os aspectos mais relevantes que decorrem da mencionada transformação social, está a dissociação entre a informação e seu substrato material, que pode ser denominada como a desmaterialização de conceitos. Percebe-se que antes das transformações tecnológicas, era comum associar o fruto do trabalho a bens corpóreos ou tangíveis. Agora, o conhecimento é o principal meio de obtenção de riqueza e deve ser utilizado à disposição da redução de desigualdades sociais, bem como ser valorizado como elemento estratégico de funcionamento do Estado.

Nesta senda, o presente artigo tem como objetivo principal abordar quais são os direitos conferidos ao desenvolvedor do *software*, especificamente no que atine a titularidade da propriedade intelectual, quando a criação do programa de computador se der durante a relação de trabalho, uma vez que a legislação brasileira estabelece situações em que tal propriedade pertencerá exclusivamente ao empregador ou ao empregado, também sendo possível a co-autoria entre ambos.

Assim procedido, se discute o direito ao trabalho digno daquele que desenvolve a parte intelectual que dirige o funcionamento de máquinas e dispositivos eletrônicos, diante das disposições legais vigentes e concernentes aos direitos autorais morais e patrimoniais. Evidencia-se o intento de analisar se a Lei do *software* é capaz de tutelar acertadamente o direito fundamental à dignidade do empregado desenvolvedor, permitindo a contínua difusão da tecnologia o que pode propiciar inovações até então não conhecidas.

Com o fito de atingir esse desiderato, será necessária uma incursão, ainda que breve, a despeito das transformações sociais vividas em consequência da informatização, bem como sua repercussão nas relações de trabalho. Em seguida, a abordagem se direciona a compreensão dos direitos sociais como direitos fundamentais, correlacionando o direito ao trabalho digno no âmbito da Constituição Federal Brasileira de 1988. Ainda é salutar dispor sobre as legislações internacionais de tutela ao *software*, bem como das leis brasileiras em vigor.

## 2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Contata-se neste início de milênio, um processo de globalização determinista no aspecto econômico, com consequências que atingem o campo político, social e jurídico. Contudo, essa mesma globalização está propiciando a criação de uma sociedade civil global.

A comunicação por redes de computadores representa um valor econômico muito significativo, pois se transformou em um meio de transmissão de informações intercontinental, tais como publicações, discussões, trocas de opiniões, dentre outros. A internet:

Aboliu a realidade das distâncias e, ao mesmo tempo, vem acelerando a própria realidade. Esse fenômeno propiciou a mudança geofísica do globo com consequên-

cias políticas, ou seja, na história das sociedades dava-se uma importância política muito grande às fronteiras nacionais, mas hoje, em face da desterritorialização dos Estados, perde-se a referência geopolítica e as coletividades perdem a sua própria identidade nacional. (PEREIRA, 2004, p. 61).

A exacerbação da tecnologia com a lógica das leis de mercado podem devastar a identidade cultural e regional de todos os povos, além de comprometer o desenvolvimento social, político, cultural e econômico. Em outras palavras, vive-se o confronto entre as novas tecnologias, que Lévy (1999, p. 195) assim descreve:

[...] na era do planeta unificado, dos conflitos mundializados, do tempo acelerado, da informação desdobrada, das mídias triunfantes e da tecnologia multiforme e onipresente, quem não sente que é preciso repensar os objetivos e os meios da ação política? A integração plena das escolhas técnicas no processo de decisão democrática seria um elemento-chave da necessária mutação da política. As sociedades ditas democráticas, se merecem em seu nome, têm todo o interesse em reconhecer nos processos sociotécnicos fatos políticos importantes, e em compreender que a instituição contemporânea do social se faz tanto nos organismos científicos e nos departamentos de pesquisa e desenvolvimento das grandes empresas, quanto no Parlamento ou na rua [...]

Assim, é possível concluir que as revoluções tecnológicas, a primeira ocorrida na Inglaterra, no século XVIII e a segunda, nos últimos anos do século XIX, tendo como dentro desse processo os Estados Unidos e a Alemanha, somente tornaram-se evidentes quando reconfiguraram todos os aspectos sociais e políticos da sociedade. Portanto, neste terceiro milênio, consolida-se a nova revolução tecnológica centrada especialmente nas novas tecnologias de informação, mas com impacto em todas as dimensões da sociedade (PEREIRA, 2004)

O ícone dessa sociedade da informação é o computador, que ligado em rede, está alterando as relações das pessoas no tempo e no espaço. Segundo Lévy (1999, p. 186):

[...] as técnicas não determinam nada. Resultam de longas cadeias inter cruzadas de interpretações e requerem, elas mesmas, que sejam interpretadas, conduzidas para novos devires pela subjetividade em atos dos grupos ou dos indivíduos que tomam posse dela. Mas ao definir em parte o ambiente e as restrições materiais das sociedades, ao contribuir para estruturar as atividades cognitivas dos coletivos que as utilizam, elas condicionam o devir do grande hipertexto.

A revolução da informática nos últimos 20 anos propiciou a transição de uma sociedade industrial para uma sociedade pós-industrial, onde as energias do trabalho direcionam-se para uma nova atividade mais cerebral e criativa, como tal, mais digna do ser humano: a produção do *software* (PAESANI, 2007).

Pelo exposto, percebe-se que a nova economia, fruto da era da informação e do conhecimento, revoluciona as estruturas produtivas e o mercado de trabalho. Os empregos e atividades tradicionais podem ser substituídos e até mesmo eliminados. É por isso que o presente trabalho passará a traçar considerações gerais sobre os direitos fundamentais, para compreender como estes influenciam a proteção jurídica do trabalhador, em especial àquele que desenvolve *softwares*, no que atine a titularidade dos direitos morais e patrimoniais, frente a relação de trabalho.

### 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: INCURSÕES EPISTEMOLÓGICAS

Para tornar viável a análise sobre o direito fundamental ao trabalho digno, faz-se necessário iniciar o estudo com uma abordagem da epistemologia dos direitos fundamentais. Assim, se buscará a compreensão da dignidade humana, suas dimensões e por seguinte, a clarificação do conceito de trabalho digno. Evidencia-se que as incursões aqui feitas objetivam, por derradeiro, explicitar sobre a titularidade dos direitos do desenvolvedor do software, quando a criação intelectual se der mediante uma relação de trabalho.

A expressão direitos fundamentais surge pela primeira vez na França, por volta de 1770, no movimento que mais tarde eclodiu na Revolução de 1789. Daí em diante, grande parte da doutrina tem entendido que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas Constituições dos Estados (LEAL, 2009).

Os direitos fundamentais são, de acordo com Sarlet (2003, p. 85):

Posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados) agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal.

Destarte, é possível afirmar que os direitos humanos são aqueles que encontram positivação no contexto dos direitos internacionais, vez que os direitos fundamentais são os direitos reconhecidos dentro de uma esfera constitucional interna. O critério de diferenciação das categorias de direitos aqui apontado, é considerado por Sarlet (2003) como o mais adequado, uma vez que os direitos humanos costumam ser ligados à conotação da essência humana.

Ainda sobre a temática dos direitos fundamentais, Silva (2006, p. 178) explicita que:

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Dessa forma, são direitos fundamentais aqueles que o ordenamento jurídico disser, sendo dependentes dos valores de cada sociedade, da própria cultura e política, exigindo-se que os indivíduos, a sociedade e o Estado lhe prestem o devido respeito.

A guisa dos ensinamentos de Bobbio (2004) e Sarlet (2003), os direitos fundamentais podem ser classificados por gerações ou dimensões. São conceituados como de primeira dimensão, os direitos que limitam o poder do Estado afirmando a liberdade do homem, como por exemplo, os direitos à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência a opressão. Dito em outras palavras, são direitos que visam a abstenção do Estado em face de lesões ao homem, uma vez que se promulga a sua liberdade e se reconhecem remédios constitucionais como o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Por sua vez, são considerados de segunda dimensão, os direitos que surgem no final do século XIX, a partir de movimentos de trabalhadores em face dos detentores do capital, tendo como

propósito exigir uma maior intervenção do Estado para distribuir a renda, garantindo o direito à saúde, ao trabalho e à moradia, por exemplo. Assim Wolkmer e Leite (2003) acrescentam que os direitos de segunda dimensão, conhecidos como direitos sociais, econômicos e culturais, fundam-se na igualdade e visam conceder garantias a todos os indivíduos por parte do poder público.

Penteado Filho (2009) contribui afirmando que os direitos de segunda dimensão decorreram de péssimas condições de trabalho, por intermédio de movimentos sociais que eclodiram com a Comuna de Paris e o Cartista (Inglaterra), buscando estabelecer melhorias nas condições sociais do homem trabalhador. Tais direitos ganharam relevo no pós-guerra, com a Constituição alemã de Weimar, de 1919 e com o Tratado de Versalhes, que representam os direitos traduzidos no valor da igualdade.

Os direitos decorrentes de alterações sociais na comunidade internacional, causadas pela globalização da economia, avanços tecnológicos e científicos, os quais se direcionaram para a preservação da qualidade de vida, são conhecidos como direitos de terceira dimensão. Tutelam, por exemplo, o meio-ambiente, permitindo-se o progresso sem detrimento da paz e autodeterminação dos povos, constituindo-se em direitos metaindividuais, que transcendem o indivíduo ou grupos de indivíduos, representando os direitos de solidariedade (PENTEADO FILHO, 2009).

Por seu turno, são direitos de quarta dimensão, como prevê Bobbio (2004), aqueles decorrentes dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético. Também incluem a proteção contra a globalização desenfreada, o direito à democracia e à informática.

Medeiros (2011) complementa apontando que a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduziu os direitos da quarta dimensão, que correspondem à fase de institucionalização do Estado social. Assim, pode-se citar o direito à democracia e ao pluralismo, compreendendo o futuro da cidadania e da liberdade de todos os povos.

Feitas as considerações atinentes a epistemologia dos direitos fundamentais, o trabalho passará a discorrer sobre a dignidade da pessoa humana com o propósito de compreender, ao final, a despeito da sua aplicabilidade nas relações de trabalho.

### 3.1 O NÚCLEO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A respeito da definição de dignidade humana, encontram-se conceitos que abrangem as esferas religiosa, filosófica e até mesmo científica, uma vez que a expressão é ampla e consequentemente permite associações imensuráveis. Kant (2003) defende que a dignidade humana é uma qualidade congênita e também inalienável que pertence a todos os seres humanos, visando impedir a sua coisificação por intermédio da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem. Extraí-se do filósofo citado, que a razão permite que o homem seja um fim em si mesmo, sendo que a dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico.

Luño (1998) compreende ainda que é a dignidade humana que qualifica o indivíduo, conferindo-lhe um sentido cultural, crescente e variável em cada período histórico distinto, exigindo respeito e proteção pela sociedade e pelo Estado. Já Habermas (2004) considera que a dignidade humana não está ínsita aos indivíduos pois é uma espécie de inviolabilidade que assume significado frente relações interpessoais, devendo o Estado fornecer condições para sua realização.

Neste íterim, Baez (2011, p. 35-36) menciona a existência de duas dimensões da dignidade humana: a básica e a cultural. Denomina-se de dimensão básica da dignidade “[...] a qualidade própria do indivíduo que vai demandar o respeito por sua vida, liberdade e integridade física e moral, materializando-se em um conjunto de direitos elementares que impedem a coisificação do ser humano”, ao encontro dos dizeres de Kant. Por sua vez, a dimensão cultural “[...] representa as formas e as condições como a dignidade humana em sua dimensão básica, é implementada por cada grupo social ao longo da história.”

Pode-se extrair que a dimensão básica, quando violada, gera uma constatação fácil, pois compreende a redução do sujeito de direitos para se tornar coisificado. Abrindo espaço para especificidades culturais, a segunda dimensão citada por Baez (2011) busca compreender as finalidades de cada grupo social, de acordo com as características morais da cultura em que está inserto.

Alcançando um viés conceitual da dignidade humana, Baez (2011, p. 37) menciona que é necessário vislumbrá-la em sua dupla dimensão, no sentido de compreendê-la, como limite e como tarefa do Estado e da própria sociedade:

Tendo-se entendido a dignidade humana, em sua dupla dimensão, e a sua posição ética intercultural como fundamento e objetivo dos direitos humanos, pode-se, então, afirmar que os direitos humanos (gênero) são um conjunto de valores éticos, positivados ou não, que têm por objetivo proteger e realizar a dignidade humana em suas dimensões: básica (protegendo os indivíduos contra qualquer forma de coisificação ou de redução do seu status como sujeitos de direitos) e cultural (protegendo a diversidade moral, representada pelas diferentes formas como cada sociedade implementa o nível básico da dignidade humana).

Isto posto, depreende-se que o direito do trabalho está intimamente ligado a relação de desproporcionalidade entre o trabalhador e seu empregador. De acordo com Goldschmidt (2011) foi a positivação dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 que permitiu um considerável avanço do Estado democrático e social de direito. Assim, a teoria dos direitos fundamentais ganha relevância e se reveste de uma dimensão eficaz, especialmente aplicando-se às relações de trabalho onde se encontram, historicamente, pessoas discriminadas, as quais devem ter sua dignidade assegurada.

### 3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Fazendo menção específica aos direitos fundamentais sociais, Sarlet (2003) pondera que são resultado de evolução experimentada pela Constituição Francesa de 1793 e que passam pela questão social do século XIX, para serem entendidos como recursos de efetivação das liberdades, uma vez que em seu âmago visam a garantia da igualdade e liberdade real, que se alcança com a compensação de desigualdades sociais, já que são direitos prestacionais.

[...] entendemos que a denominação de direitos fundamentais sociais encontra sua razão de ser na circunstância - comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa - de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. (SARLET, 2003, p. 20).

Vários movimentos históricos podem ser apontados como fomentadores dos direitos sociais. No entanto, quando se fala em ideal de igualdade material, cita-se a Constituição do México, de 1917 e da República de Weimar, de 1919. Assim, os Estados passaram a apresentar perfil de ativa participação na comunidade, mediante postura intervencionista de ordenação dos recursos para a melhoria das condições de vida, sendo denominado de Estado do bem-estar social, que fiscaliza a economia e nela intervém para aproximar-se de metas sociais (SILVA, 2010).

Cita-se Rawls como matriz filosófica dos Direitos Fundamentais Sociais. No texto Teoria da Justiça, o filósofo menciona que os principais direitos constitucionais do século XX são aqueles que respeitam as liberdades básicas. A ideia de mínimo social, ou seja, o que é necessário para satisfação das necessidades básicas do ser humano, que hoje equivale aos direitos sociais fundamentais, competiam ao legislativo do Estado de Direito (RAWLS, 2008).

Percebe-se que Rawls, ao conceber a teoria da justiça como equidade, busca uma visão contratualista-idealista de sociedade, vez que concebe a posição original, a partir da qual elegem os princípios de justiça e regras de prioridades que devem regular suas vidas. Afirma que os direitos sociais não possuem a mesma primazia dada aos direitos civis e políticos, uma vez que os primeiros não podem ser garantidos a todos os indivíduos de forma igual, porque dependem de ingressos orçamentários e disponibilidade materiais que devem ser reguladas por competências legislativas próprias. A compreensão de Rawls se modifica em relação ao princípio de justiça, sendo justificada pois a concepção política de justiça é mais razoável em um regime liberal, que protege os direitos básicos e confere a eles uma primazia especial, com medidas que visam garantir que todos os cidadãos tenham meios para fazer uso do mínimo social (LEAL, 2009).

É somente na década de 1990 que Rawls vai harmonizar sua teoria da justiça como equidade com sua teoria política da justiça (a qual já inicia na década de 1980, e toma níveis de profundidade em sua abordagem sobre o liberalismo político), na qual o ideal de razão pública se formula de forma mais consistente, no sentido de que ela subtrai importantes matérias do âmbito deliberativo e decisório dos Poderes instituídos. (LEAL, 2009, p. 26).

Importante mencionar que Rawls (2008) afirma ser dos juízes constitucionais, o dever de garantir o mínimo social, o que não implica na adoção de uma posição moral compreensiva que imponha determinada concepção de mundo aos magistrados.

Leal (2009) pondera que houve uma superação da teoria ideal descrita por Rawls na Teoria da Justiça, quando, em seu texto Liberalismo Político, adota a teoria política da justiça, que visa a estabilidade das sociedades pluralistas e democráticas contemporâneas.

Cumprir destacar, a partir de agora, a efetividade dos direitos fundamentais sociais e o tratamento que recebem no Brasil, em especial com a dicção constitucional que tomam. Sarlet (2003) sustenta que os direitos fundamentais são padrões hermenêuticos e valores superiores da ordem constitucional e jurídica do país, devendo encontrar sua eficácia. De qualquer sorte, debate-se no âmbito filosófico, político e jurídico dos direitos fundamentais no Brasil, o desafio da concretização dos referidos direitos, uma vez que envolvem variáveis econômicas, orçamentárias, de políticas públicas, por exemplo.

Tal contexto liga-se ao que foi mencionado por Rawls (2011), na obra *O Liberalismo Político*, onde apresenta que as diversidades culturais, sociais, religiosas e políticas, geram uma pluralidade de esferas particulares de valores, que demanda a necessidade de equalização dos desacordos razoáveis das comunidades cada vez mais complexas e distintas, demandando não consensos pressupostos e unidimensionais, mas consensos intersubjetivos que geram esferas de valores compartilhados, que vem a fundamentar a ordem jurídico-constitucional, exigindo, de cada membro da sociedade, dedicação e participação na formatação e execução destes consensos

Leal (2009) afirma que a natureza dos direitos fundamentais sociais é absoluta pois alcança o bem da vida, indisponível e necessário ao exercício de uma vida digna. Mas o que ocorre na dimensão eficaz é o universo de demandas e interesses igualmente protegidos. É por isso que Piovesan (2003) afirma que, se os direitos civis e políticos devem ser garantidos de plano pelo Estado e de pronto, em face de sua autoaplicabilidade, os direitos sociais, por sua vez, consoante o tratamento que lhes dão os documentos internacionais, apresentam realização progressiva. Depreende-se que o Estado contemporâneo deve levar em conta que a própria natureza social dos direitos fundamentais exige ações concretizantes de demandas, o que implica em estratégias distributivas de direitos que não limitem outras garantias.

Neste sentido, o discurso constitucional brasileiro incorporou a formulação de Alexy (2013) ao enfatizar que os direitos fundamentais são posições jurídicas relevantes e que seu reconhecimento não pode ser posto a disposição das maiorias parlamentares. Assim, os direitos fundamentais devem ser blindados contra uma supressão por parte dos órgãos estatais. Tanto é, que assim o fez o texto constitucional de 88, ao incluir os direitos fundamentais como cláusulas pétreas (artigo 60, §4º, IV), bem como ao prever que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis (artigo 5º, §1º).

Além disso, Sarlet (2012, p. 494) afirma ser essencial a conscientização dos órgãos do Poder Judiciário, de que “[...] não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, haverá de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social.” Nesse sentido, efetivamente há que se ressaltar que o Poder Judiciário não deve ser transformado em agente privilegiado no reconhecimento e exigibilidade dos direitos sociais, mas sim, deve ser aprofundado o papel do Legislativo e do Executivo com vistas ao aperfeiçoamento eficaz dos direitos fundamentais sociais.

No contexto em tela, Silva (2010, p. 189) menciona que:

Na realidade de países periféricos, o Estado e o governo enfrentam sérios desafios relativos à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Há nítida tendência à avocação dos poderes públicos - originariamente pelo executivo - da responsabilidade de tutelar a vida política, sob viés coletivo e indeterminado, notadamente em relação ao atendimento das demandas elementares dos governados. A ocorrência de incontáveis conflitos no seio da sociedade exigiu a promoção de criteriosa intervenção na economia, o que marcou certo refluxo da atuação estatal, se contrastada sua “ausência” nessa seara, no momento histórico imediatamente anterior, sob a forma de delineamento da condução dos setores de produção e prestação de serviços.

O Estado social de direito fixou garantias constitucionais de ordem jurídico-social, firmando parcerias entre os poderes públicos. A conseqüente ampliação das tarefas da administração implicou nos imperativos de eficiência e eficácia, onde o Estado passou a ser balizado pelo crescimento da riqueza, especialmente após a Segunda Guerra Mundial (SILVA, 2010).

### 3.3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO

Considerando que os direitos fundamentais são um conjunto institucionalizado de direitos e garantias que buscam o respeito à dignidade do ser humano, bem como que a afirmação da dignidade da pessoa humana se trata de medida máxima da sociedade em seu grau de justiça, o presente tópico correlacionará a aplicação deste macro princípio às relações de trabalho.

Goldschmidt e Cristova (2012, p. 604) salientam que “[...] em uma visão mais humanitária da relação trabalhista, o trabalho trata-se de uma referência simbólica fundamental na sociedade contemporânea, pois é por meio dele que as pessoas buscam desenvolver a plenitude de suas potencialidades.” Clarividente que para ser conferido o princípio da dignidade da pessoa humana, faz-se necessária a proteção do trabalho em determinados direitos e valores.

Tal entendimento também é mencionado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT):

A Organização Internacional do Trabalho entende que essa visão protecionista se tornou uma reivindicação mundial e, reafirmando a sua função de uma referência internacional para assuntos ligados ao trabalho, passou a adotar uma firme postura no sentido da proteção efetiva de direitos humanos dos trabalhadores, destacando que o trabalho decente é um instrumento de proteção da dignidade humana [...] (GOLDSCHMIDT; CRISTOVA, 2012, p. 604).

Destarte, são os sistemas políticos, econômicos e sociais os incumbidos a efetivar os padrões mínimos de condições de trabalho previamente definidos e reconhecidos para que haja a valorização verdadeira do trabalho. A Declaração Universal dos Direitos Humanos tratou o conjunto de padrões mínimos e básicos de proteção ao trabalhador, dentre os quais se destaca:

#### Artigo XXIII

1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho, à proteção contra o desemprego.
2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito à igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

#### Artigo XXIV

Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Ainda no campo internacional, há que ser mencionado o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil no ano de 1992, que tratou de detalhar os direitos expressados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, protegendo especialmente a segurança e a dignidade no trabalho.

A tutela ao trabalho digno no Brasil é extraída da leitura combinada dos artigos 1º, III e 6º da Constituição Federal. Assim, o direito ao trabalho digno é um direito fundamental social, que

exige aplicação imediata (artigo 5º, §1º da Carta Magna), justamente por promover a dignidade da pessoa humana do trabalhador, sendo oportuno citar ainda os artigos 170 e 193, da Carta Política que dispõe, respectivamente, que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho e que a ordem social tem como base o primado do trabalho.

Goldschmidt e Cristova (2012, p. 373) leciona que:

[...] considerando que os direitos fundamentais sociais (concernentes ao trabalho) integram o rol de direitos fundamentais, conclui-se que se não for reconhecido à pessoa humana o direito fundamental ao trabalho digno, está sendo negada a ela a sua própria dignidade.

Neste ínterim, Vecchi (2007) ressalva que a promoção da garantia dos direitos fundamentais do trabalhador é competência do Estado e da sociedade civil organizada, bem como das empresas, devendo ser extirpadas quaisquer condutas que visem degenerar a dignidade do trabalhador.

Assim, se a dignidade faz do homem um detentor de direitos fundamentais, dentre os quais está inserto o trabalho digno, Kant (2003) acrescenta que o homem não pode ser usado como um meio para um fim, sendo ele um fim em si mesmo.

Diante das premissas expostas alhures, o presente trabalho passará a analisar a tutela jurídica conferida ao software, para entender como se legisla acerca da titularidade deste bem jurídico, para identificar se os programadores têm obtido o respeito ao trabalho digno.

#### 4 TUTELA JURÍDICA DO SOFTWARE: DIREITO AUTORAL *SUI GENERIS*

A exigência de uma proteção legal para o *software* despertou a atenção dos juristas para essas criações do espírito humano, cuja natureza especial levantou numerosas polêmicas e dividiu as opiniões sobre qual a proteção jurídica mais apropriada a ser conferida ao programa de computador e aos seus titulares (PAESANI, 2007) .

Aqui é oportuno evidenciar que o estudo preocupa-se exclusivamente na abordagem do *software* enquanto direito autoral, vez que sua tutela é *sui generis*, ou seja, também pode configurar fruto de invenção, passível de patente de acordo com a propriedade industrial regulada pela Lei n. 9.279/96.

A par desses esclarecimentos, assenta-se o objetivo do artigo, qual seja, delimitar o estudo do *software* enquanto direito autoral e o direito do desenvolvedor quando a criação se der durante uma relação de trabalho ou vínculo estatutário. Tais implicações serão discutidas a seguir, iniciando-se com a compreensão do que é programa de computador.

##### 4.1 O SOFTWARE

Para Poli (2003, p. 7), programa de computador “[...] é um conjunto específico de instruções eletrônicas que determinam as tarefas que o computador deve executar.” É formado por um conjunto de *chips* de silício que funcionam por operações lógicas realizadas por números, gerando a capacidade de funcionamento de um sistema informático.

Portanto, o *software* é a parte intelectual de um sistema informático e funciona como um conjunto de instruções dado ao computador ou a uma máquina. É o *software* que fornece comandos para realização das mais diversas tarefas, sendo distinto em duas classes: o *stricto sensu*, que

corresponde ao programa de computador em si e o *lato sensu*, que é o conjunto que compreende o programa de computador, sua descrição e o material de apoio (POLI, 2003).

É o *software stricto sensu* que encontra proteção enquanto direito autoral, vez que a classe *lato sensu* será tutelada pela propriedade industrial.

O maior comerciante mundial de programas de computador, os EUA, formulou seu conceito por intermédio da emenda de 12 de dezembro de 1980, conhecida como *Public Law 96-517*, que assim prevê: “Um programa de computador é uma série de enunciados ou instruções a ser usada direta ou indiretamente em um computador com a finalidade de se obter um resultado.” (PAESANI, 2007).

Em termos internacionais o programa de computador foi indiretamente tutelado pela Convenção de Paris, que é um tratado internacional, assinado em 1883, emendado cinco vezes, que prevê, dentre outras questões, o princípio do tratamento nacional, onde cada Estado-membro estenderia a proteção aos cidadãos dos demais países signatários, bem como os residentes desses países. Ainda, a Convenção de Berna, elaborada em 1886, assegura os direitos do autor sobre obras intelectuais, literárias e congêneres, porém não faz menção expressa ao *software* (PAESANI, 2003).

A primeira legislação brasileira que versou sobre o programa de computador, foi a Lei 7.646/87, que já previa sua inserção no regime jurídico de proteção aos direitos autorais. Esta lei foi utilizada como base para a regulamentação atual.

Contudo, o legislador brasileiro, no atual texto, ao conceituar o programa de computador, não o fez com clareza. De acordo com a Lei 9.609/98, artigo 1º, *software, stricto sensu*, é:

Artigo 1º O programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Percebe-se que o mencionado dispositivo na verdade definiu a descrição do programa e não o programa em si, objeto da tutela legislativa.

#### 4.1.2 Natureza jurídica do *software stricto sensu*

O estudo da natureza jurídica do programa de computador visa a sua correta integração em uma determinada categoria jurídica, que lhe confere características ínsitas.

Para Poli (2003, p. 22) é “[...] inegável a assertiva de que o *software* é um bem jurídico imaterial - produto do esforço intelectual do programador, é um pensamento formulado e, por conseguinte, mergulhado em um *quid* exterior que o recebe.” Portanto, o *software* é tutelado pelo Direito Intelectual, entendendo-se por direitos intelectuais os direitos sobre coisas incorpóreas.

Quer-se com isso significar que o *software* - bem imaterial - tem existência própria e se desprende de todo e qualquer meio físico que lhe dê suporte, ensejando que o tratamento jurídico lhe seja específico, bem como distinto aos aplicáveis às coisas corpóreas.

Uma vez que se define o programa de computador como bem jurídico imaterial, é imperativo enquadrá-lo em um dos ramos dos direitos intelectuais, quais sejam, os direitos autorais ou os direitos à propriedade industrial. Sendo assim, quando o *software* é inserido no regime dos direitos

autorais, passa a ter as características de um bem que provém da criação de espírito, devendo ser regulado pelas disposições atinentes a Lei n. 9.610/98.

É salutar dispor novamente, que o presente artigo privilegia o estudo específico dos direitos autorais do programa de computador, em detrimento dos direitos à propriedade industrial, uma vez que o *software* pode ser objeto de concessão de patente de invenção, análise que não constitui a pretensão aqui exposta.

#### 4.1.3 Os direitos autorais e a Lei do *software*

Foi com o desenvolvimento tecnológico das formas de reprodução das criações intelectuais que surgiu o direito de autor.

O direito autoral não era conhecido na Antiguidade, no sentido como atualmente se concebe. Na Grécia Antiga, onde havia alta produção intelectual, o plágio era praticado e reconhecido, mas a única sanção imposta era a condenação pela opinião pública. Na Idade Média, a reprodução de uma obra era muito difícil, pois os manuscritos eram copiados à mão, o que limitava o número de exemplares. Com a invenção da imprensa, pelo alemão Johannes Gutenberg, no século XV, o custo de fabricação do livro diminuiu, tornando-se mais fácil a sua obtenção (GANDELMAN, 2004).

O mais antigo documento de que se tem notícia em que aparece a expressão *copyright*, data de 1701, na Inglaterra, onde a empresa *Company* adquiriu o monopólio para publicação de livros naquele Estado, garantindo aos seus membros, durante sua vida, os direitos de cópia. Os primeiros países a garantirem leis sobre direitos autorais foram a França, Dinamarca e Estados Unidos da América (EUA). Especificamente nos EUA, em 1789, instituiu-se uma norma específica, a *Federal Copyright*, que passou a entender que o autor, e não mais o editor, detém a propriedade da obra literária (LORENZETTI, 2004).

No Brasil, a primeira iniciativa sobre direito autoral foi aclamada com os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, que queriam garantir a exclusividades sobre os escritos produzidos em meio acadêmico. Contudo, a primeira Lei de direitos autorais brasileira coube ao Deputado Medeiros de Albuquerque (Lei 496/1898). Em seguida, o Código Civil de 1916, incorporou a mencionada Lei, até que, em 14/12/1973 foi publicada a Lei 5.988, a qual vigorou por 25 anos até que, em 1988, foi editada a Lei 9.610, atualmente em vigor, que dispõe sobre os direitos autorais (GANDELMAN, 2004).

A Lei dos direitos autorais, em seu artigo 7º, definiu quais são as obras intelectuais que são protegidas por esta modalidade, incluindo as criações de espírito expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível. O mesmo artigo, em seu inciso XII, incluiu os programas de computador como bens tutelados como direitos autorais, no entanto, §1º prevê a aplicação de lei específica para o programa de computador, ou seja, a Lei do *software* (9.609/98), observadas as disposições da Lei autoral que lhe sejam aplicáveis (POLI, 2003).

Portanto pode-se afirmar que os programas de computador estão protegidos pela lei geral de direitos autorais de forma subsidiária, pelo mesmo regime conferido às obras literárias, devendo prevalecer o interesse da lei específica, qual seja, a Lei 9.609/98.

#### 4.1.4 Direitos morais e patrimoniais do autor do *software*

O direito de autor possui duplo aspecto de proteção: um pessoal, vez que a criação é a expressão da personalidade do autor e outro patrimonial, porque a criação possui expressão econômica.

Os direitos morais do autor são irrenunciáveis e inalienáveis por disposição do artigo 27 da Lei 9.610/98. São também imprescritíveis por força do positivado no artigo 24, §1º da mesma legislação. Trata-se, como diz Paesani (2007), do direito de ligar a obra à pessoa que o fez.

A Lei do *software* reconheceu como sendo direitos morais do autor dos programas de computador a reivindicação, a qualquer tempo, da paternidade do programa e a oposição a alterações não autorizadas, conforme o artigo 2º, §1 da Lei especial.

Já os direitos patrimoniais, constituem a proteção econômica da criação, dando ao autor direito exclusivo de fruir e dispor da obra protegida, conforme artigo 28 da Lei dos direitos autorais. No entanto, sua tutela encontra prazo de proteção, qual seja, cinquenta anos, contados a partir de primeiro de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação (artigo 2º, §2º da Lei do *software*). Poli (2003, p. 55) leciona que “[...] a natureza do programa de computador é incompatível com a concessão de um prazo de proteção demasiado amplo. Um programa de computador, por ser um produto eminentemente técnico, se torna obsoleto em curto período de tempo.”

#### 4.1.5 Do registro do *software*

A tutela aos direitos intelectuais dos programas de computador, conferidos pela modalidade de direitos autorais, independem de qualquer registro. Isso quer dizer que a obra e autor passam a ser protegidos juridicamente a partir da exteriorização da criação do programa de computador. Apesar disso, o titular dos direitos intelectuais, pode vir a registrá-lo, o qual será feito junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) (GANDELMAN, 2004).

O pedido do registro não faz prova absoluta da autoria, podendo ser judicialmente impugnado e será concedido desde que o requerente informe alguns dados como: a titularidade do programa, a identificação e descrição funcional, trechos e dados do *software* que permitam identificá-lo e caracterizar a sua originalidade. Tais informações são prestadas em caráter sigiloso, só sendo reveladas por ordem judicial ou a requerimento do seu titular (POLI, 2003).

#### 4.1.6 A titularidade dos direitos intelectuais do *software*

Para a sociedade da informação, o *software* é possuidor de alto valor econômico. Nesta perspectiva, foi o direito autoral que se mostrou como o mais adequado a prestar-lhe proteção, bem como para coibir a reprodução não-autorizada, preservando a possibilidade de que a ideia tenha livre fluxo, permitindo assim que se continue disseminando o conhecimento humano. Daí a importância, no estudo do bem informático que é o *software*, da análise do sujeito ativo, do titular e do criador da obra intelectual.

A discussão sobre a titularidade dos direitos intelectuais sobre o programa de computador atinge o cerne do presente trabalho. Aqui, se busca identificar como a lei definiu as questões de titularidade entre empregador e empregado, bem como quando a criação se der em decorrência de serviço público.

As disposições sobre a titularidade do *software* estão descritas no artigo 4º e parágrafos da Lei 9.609/98, as quais, devida sua relevância, serão transcritas a seguir:

Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

§ 1º Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado.

§ 2º Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público.

§ 3º O tratamento previsto neste artigo será aplicado nos casos em que o programa de computador for desenvolvido por bolsistas, estagiários e assemelhados.

Assim, extrai-se que em regra, a titularidade dos direitos intelectuais sobre o programa de computador é do próprio criador. Neste caso, o *software* deve ser gerado sem qualquer relação com o vínculo de trabalhista ou estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos, não só do empregador, como também da empresa ou entidade com a qual este mantém relações profissionais. (artigo 4º, §2º, da Lei 9.609/98)

Contudo ressalta-se que, quando o programa for elaborado sob vínculo trabalhista ou estatutário, os direitos a ele relativos pertencerão exclusivamente ao empregador, que a legislação compreendeu como sendo o contratante de serviços ou o órgão público. Lembra Poli (2003, p. 58) que se inserem na exceção “[...] não só os casos em que o vínculo se destinar expressamente à pesquisa e desenvolvimento específicos do programa, como também aqueles em que a elaboração decorra da própria natureza dos encargos concernentes ao vínculo.”

A polêmica se instaura quando o mencionado artigo 4º, §2º da Lei do *software*, exige que, para conferir titularidade exclusiva sobre a obra, o empregado deverá produzi-lo sem a utilização de “informações tecnológicas” do empregador contratante de serviços ou estatutário. Percebe-se que os programadores trabalham com a informação, que é invisível, imaterial, que fica localizada no intelecto humano e pode vir a ser utilizada para fins distintos daqueles originariamente propostos.

A guisa da problematização, colaciona-se jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INDENIZAÇÃO PELA UTILIZAÇÃO DE “SOFTWARE”. Não demonstrada nenhuma das hipóteses de cabimento do recurso de revista previstas no art. 896 da CLT. Fundamentos da decisão denegatória não desconstituídos. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

No caso em tela, pode-se mencionar que a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em decisão proferida pelo Ministro Fernando Eizo Ono, rejeitou recurso interposto por um engenheiro empregado, que cobrava 120 mil dólares pela invenção de um programa de computador denominado “Colossus”, utilizado pelo Grupo Automotivo Borgwarner, com sede em Campinas - SP. As instâncias ordinárias entenderam que o programa era mera ferramenta de trabalho e que as alegações do engenheiro não mereciam acato (BRASIL, 2009).

Em sentido contrário, também o Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento prolatado pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho, reconheceu que a Caixa Econômica Federal deve pagar a seu empregado, que desenvolveu programa de computador, sem ter sido contrato para esta finalidade, o montante de 30% obtido sobre o *software*. “Não houve, na hipótese dos autos, simples desvio de função, mas a criação e invenção de programas de informática que trouxe benefícios para a ré, sem que ela, em contrapartida, tivesse remunerado o reclamante por tais criações.” (BRASIL, 2012).

Assim, como é possível afirmar que um determinado *software* tenha sido desenvolvido por um autor que não contenha em si, a tecnologia trazida por força do estudo e de desenvolvimentos anteriores? Viola-se o direito ao trabalho digno do desenvolvedor de programas de computador ao sobrepesar que a titularidade do bem pertencerá ao seu contratante, sem que o primeiro faça jus a remuneração além da contratada?

Compreendendo o sentido dos direitos fundamentais e a forma com que tutelam a dignidade do trabalhador, depreende-se que o direito ao trabalho digno do programador só será respeitado se este, ao desenvolver um *software*, ainda que em decorrência de vínculo de emprego ou estatutário, faça jus a percepção de parte da remuneração obtida a título de direitos patrimoniais, estimulando assim a criação de novas tecnologias e o amplo reconhecimento da intelectualidade dentro da sociedade da informação, uma vez que as informações tecnológicas que contribuem para o estado da criação, são incitadas a pessoa.

Também surge a alternativa de se determinar, sem sede do contrato de trabalho, cláusulas específicas sobre eventual participação sobre a propriedade do *software*, especificando com clareza quem é, e quem será o proprietário do programa de computador e das informações técnicas que o acompanham.

Por todo exposto, considera-se que a legislação em vigor sobre o *software* deixou claro que tutela preferencialmente o direito patrimonial do empregador ou do poder público, em detrimento do empregado ou servidor, conferindo barreiras sobre a fruição econômica do direito autoral aqui estudado, afastando o reconhecimento alcançado por intermédio dos movimentos sociais para o aperfeiçoamento dos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais.

Acredita-se que as informações tecnológicas que permitem a criação de obras intelectuais, a guisa dos programas de computador, são construídas gradualmente pelo autor, não sendo digno que se retirem os direitos do criador sobre a sua criatura.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, se verifica que a sociedade da informação tem operado profundas transformações na humanidade, especialmente aquelas relacionadas às formas de produção e valores do trabalho. Assim, o primado do trabalho passa a ser visto como essencial a produção e

desenvolvimento de tecnologias que se coadunem com os avanços já experimentados, para permitir constante aprimoramento da era da informação.

Os direitos fundamentais, dentro da sua trajetória histórica não linear, passaram a proteger o direito ao trabalho como direito de segunda dimensão. Assim, os ordenamentos positivaram em suas cartas previsões que tutelam a dignidade do trabalhador enquanto um direito social.

Neste ínterim, o presente artigo preocupou-se em analisar a questão da titularidade autoral do *software stricto sensu*, vez que a atual legislação prevê que, toda vez que a obra for desenvolvida com a utilização de recursos ou informações tecnológicas, pertencerá ao empregador ou contratante público, de acordo com a previsão constante do artigo 4º da Lei 9.609/98.

A grande questão reside no fato de que as informações tecnológicas são intrínsecas do trabalhador ou servidor público, não podendo se presumir que o desenvolvimento do programa de computador se deu baseado apenas nos bens fornecidos pelo contratante.

Pugnando pelo direito fundamental ao trabalho digno, entende-se que, ainda que não haja previsão expressa no contrato de trabalho ou estatuto, há que se conferir ao desenvolvedor, percentual obtido sobre a utilização patrimonial da obra. Sem o que, estar-se-ia privilegiando o capital em detrimento do trabalho, além de ser um desfavor para que se continuem desenvolvendo intelectualmente os *softwares*, tão indispensáveis aos saberes tecnológicos hodiernamente conhecidos.

#### ABSTRACT

*This paper has as main goal to ascertain the ownership of the software that is developed during the employment relationship or public service, in order to identify if the programmer have respected the fundamental social right to decent work, with recognition of their intelligentsia, which contributes greatly to the development of the information society. To achieve this purpose, it is necessary to instill consideration of the information society and the intangibility of goods produced in the labor market. Then it becomes salutary provide for fundamental rights and the inclusion of social rights as essential to ensuring the dignity of the human person. Still, we proceed to study the legal framework for software and the legal protection afforded to it while copyright. At the end, it is concluded that the employee or official, that creates the computer program, even in a natural outgrowth of the employment relationship, does so bring intrinsic knowledge, without which the intellectual property would not be developed. Still, it must be recognized the worker's fundamental right to decent work, so the software developer should be entitled to compensation on the percentage of work produced, rather than set out to Law 9609/98, article 4. Only thus rightly tutelará understanding of new primed work, allowing the constant technological advancement in different areas of knowledge.*

*Keywords: Fundamental rights. Social rights. Right to decent work. Computer programs.*

#### REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais - novos rumos de uma possível coexistência. In: CASSEL, Douglas (Org.). *A realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais - Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual do programa de computador, sua comercialização no País e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 fev. 1998a.

BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 fev. 1998b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento e Recurso de Revista 125/2004-032-15-40.9. Relator: Ministro Fernando Eizo Ono. *JusBrasil*, Brasília, DF, 25 mar. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 7200-68.2004.5.13.0022. Relator: Ministro Ives Granda Martins Filho. *JusBrasil*, Brasília, DF, 22 fev. 2012.

GANDELMAN, Henrique. *O que você precisa saber sobre direitos autorais*. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2004.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. A eficácia do direito fundamental à igualdade pela inclusão das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. *A realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais - Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; CRISTOVA, Karine Gleice. Trabalho escravo como forma de violação dos Direitos Humanos do trabalhador. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery. *Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e da virtude*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento da era da informática*. Tradução Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999.

LORENZETTI, Ricardo. *Comércio Eletrônico*. Tradução Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

MEDEIROS, Noé de. *Os direitos humanos e os efeitos da globalização*. Barueri: Minha Editora, 2011.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. A sociedade da informação e o mundo do trabalho. In: ROVER, Aires Jose. *Direito e Informática*. Barueri: Manole, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Rogério Luiz Nery. O Estado contemporâneo e a força subjetiva dos direitos sociais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides. *Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. Passo Fundo: Universidade Passo Fundo, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NA OCORRÊNCIA DE ACIDENTE DO TRABALHO SOB A ÉGIDE PROTETIVA DO DIREITO DO TRABALHO

Caren Silva Machado\*  
Isadora Kuana Lazaretti\*\*  
André Amaral Medeiros\*\*\*

## RESUMO

O presente artigo aborda a responsabilidade civil do empregador na ocorrência de acidentes de trabalho, no sentido de verificar a aplicabilidade da teoria subjetiva - com base na culpa - prevista no art. 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal de 1988 ou a teoria objetiva - com base no risco -, prevista no art. 927 do Código Civil de 2002. Para tanto, a pesquisa busca inicialmente configurar abordar brevemente as considerações históricas da responsabilidade civil, bem como conceituar o referido instituto, e abordar sua classificação principal em responsabilidade civil contratual e extracontratual e responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Posteriormente analisou-se o conceito de acidente de trabalho, cuja abordagem serve de aporte teórico do tema principal. Por fim, passou-se a temática central, que diz respeito à configuração da responsabilidade civil do empregador ser fundada no sistema objetivo ou subjetivo. Nesse viés, é sabido que em que pese a Constituição Federal adotar a teoria subjetiva, enquanto que o Código Civil adota a teoria objetiva para fins de responsabilização do empregador quando o fato gerador da obrigação de indenizar for o acidente de trabalho, há de se observar a hierarquia das leis e interpretá-las com base nos princípios do Direito do Trabalho. Verificou-se na presente pesquisa que os direitos trabalhistas previstos constitucionalmente podem ser ampliados, por se tratar de um rol exemplificativo, ou seja, que admitem a criação de outros que visem a melhoria da condição social do trabalhador. Logo, concluiu-se que a responsabilidade civil do empregador na ocorrência de acidentes de trabalho é objetiva, uma vez que toda atividade laboral oferece um risco para o empregado. Porém, para as atividades laborais e a verificação de qual será a responsabilidade civil do empregador, é extremamente necessário a análise do caso concreto.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Acidente de trabalho. Responsabilidade civil objetiva. Responsabilidade civil subjetiva. Teoria da culpa. Teoria do risco.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o escopo de provocar uma reflexão sobre a configuração da responsabilidade civil do empregador na ocorrência de acidentes de trabalho. Busca abordar a relevância e a complexidade do tema, com base na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, haja vista que o instituto da responsabilidade civil é centro de grandes divergências, especialmente na seara trabalhista. Nesse viés, o problema a ser investigado tem respaldo na seguinte indagação, e reside aí o ponto crucial a ser debatido no presente estudo: Na ocorrência de acidentes

---

\* caren.machado@unoesc.edu.br

\*\* isadoralazaretti@unochapeco.edu.br

\*\*\* aamedeiros2@yahoo.com.br

de trabalho com seus empregados, deve o empregador ser responsabilizado civilmente, subjetiva ou objetivamente?

O estudo é de grande relevo, tanto do ponto de vista de um trabalho digno e de uma sociedade justa e solidária, como do ponto financeiro, uma vez que, os acidentes de trabalho se repetem diariamente somando números assustadores, de modo que as consequências resultantes de um acidente de trabalho afetam não somente os sujeitos da relação de emprego, mas também a família do empregado e também a toda a sociedade, considerando que os recursos que custeiam os benefícios previdenciários são arrecadados por todos.

O objetivo da presente pesquisa é verificar se a responsabilidade civil do empregador é objetiva ou subjetiva na ocorrência de acidentes de trabalho, com base na análise da ideia de culpa ou na teoria do risco, respectivamente previstas na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002.

Inicialmente esta pesquisa traz breves considerações históricas acerca responsabilidade civil. Após, será conceituado o instituto da responsabilidade civil, bem como sua classificação, conceituando a responsabilidade civil contratual e extracontratual e responsabilidade objetiva e subjetiva. Na sequência, será apresentado o conceito sobre acidente de trabalho, e finalmente, aborda-se a discussão precípua da pesquisa, com base no entendimento doutrinário e legal acerca da responsabilidade civil do empregador na ocorrência de acidentes de trabalho.

Quanto aos procedimentos metodológicos, o método utilizado é o dedutivo, sendo a presente pesquisa qualitativa, pois busca de forma objetiva a apresentação, descrição e compreensão do tema, partindo de pressupostos teóricos, com análise de bibliografias nas áreas do direito civil e direito do trabalho. Tem caráter explicativo, pois se pretende demonstrar, com base no entendimento doutrinário e nas disposições constitucionais e civis, qual será a responsabilidade civil do empregador na ocorrência de acidentes de trabalho. Como estratégia de pesquisa foi adotada a técnica de pesquisa bibliográfica, eis que está fundada em referências teóricas já elaboradas.

Por fim, tendo em vista que o estudo e a divulgação do tema aludido, por si só cumpre o papel social relevante para combater e prevenir os acidentes de trabalho.

## **2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Para possibilitar a configuração do instituto da responsabilidade civil é necessário tecer seus lineamentos históricos. Segundo Gonçalves (2012, p. 21), nos tempos mais remotos, primórdios da humanidade, pelo fato de ainda não viger o Direito e inexistirem normas que regulassem as relações entre os povos, a principal forma de justiça realizada era a autotutela, ou seja, a justiça feita com as “próprias mãos”, a também chamada de vingança privada.

Com isso, os conflitos existentes entre os homens, que de qualquer forma violassem um direito capaz de resultar em dano, o ofendido utilizava diretamente da força pessoal para reaver o mal que lhe foi causado por intermédio de outrem. Isso porque, é natural do ser humano reagir quando há uma ofensa a sua pessoa, família ou a seus bens, o que permaneceu ocorrendo até o surgimento dos primeiros ordenamentos jurídicos reguladores das relações humanas (VENOSA, 2009, p. 9-10).

Logo, num momento mais desenvolvido, sucedeu a existência de uma autoridade soberana capaz de impor normas reguladoras, vedando à vítima da violação do direito e/ou dano a prática da vingança privada. Oriunda do direito romano, a Lei das XII Tábuas, marco histórico no que tange à responsabilidade civil, pois determinava quais hipóteses poderia ser utilizada a justiça com as próprias mãos e ainda instituiu a possibilidade de firmar uma composição entre o ofensor e a vítima, sob a imposição de valores (GONÇALVES, 2012, p. 23).

O ente soberano veda totalmente a prática da vingança privada nos casos de ofensas, impondo valores que o ofensor é obrigado a custear para obter o perdão da vítima, como forma de compensar o dano sofrido e amenizar as consequências da violação de direito causada, ficando a vítima obrigada a aceitar as imposições da autoridade soberana (DIAS, 1995, p. 17). Como enfatiza Lima (1999, p. 21) “[...] este período sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor.”

Segundo Cretella Junior (1980, p. 304), embora a Lei das XII Tábuas é concebida como desumana, foi considerada um grande progresso para a história do Direito, uma vez que com a vingança privada, os familiares do ofensor respondiam juntamente com este, de modo que, a partir da referida Lei, a responsabilidade atinge somente o autor do fato danoso.

Outro fato importante no histórico da responsabilidade civil diz respeito ao surgimento da *Lex Aquilia de Damnum* (286 a.C), instituída também pelos romanos, que estabeleceu o elemento culpa para a existência da reparação do dano causado. Porém, como se sabe, a responsabilidade civil não se estruturou com a ideia de culpa, mas sim, no conceito de dano, uma vez que esse ocorre pela existência de algum prejuízo (LISBOA, 2012, p. 221).

Assim como o direito romano, o direito francês deixou seu legado na história da responsabilidade civil, quando os franceses instituíram (por influência dos romanos) princípios gerais acerca da responsabilidade civil, deixando para trás a composição obrigatória e pagamento de tarifas. Passou-se a considerar o direito à reparação do dano sempre que houvesse culpa, diferenciando a esfera civil da criminal. Além disso, o direito francês estabeleceu princípios que versavam sobre a culpa contratual - daquelas pessoas que descumprem as obrigações cujas quais se comprometeram - e a culpa originada da imprudência e da negligência (GONÇALVES, 2012, p. 54).

No Brasil, o Código Civil de 1916 estipulava no art. 159 tão somente a obrigação de reparar o dano causado em decorrência de atos ilícitos. Seguindo as diretrizes da legislação francesa, adotou a teoria subjetiva, ou seja, aquela que exige prova da culpa do ofensor e causador do dano (GONÇALVES, 2012, p. 23).

Em razão dos avanços tecnológicos no que diz respeito aos meios de produção, comunicação e transporte, somado ao aumento populacional, reflexos estes advindos da Revolução Industrial, tornou-se necessário repensar a questão da responsabilidade civil, uma vez que a dificuldade encontrada pela vítima era o momento de provar a culpa do ofensor (LISBOA, 2012, p. 221-222).

Assim, permaneceu a teoria da responsabilidade subjetiva, mas surgiu a teoria do risco, que é vista sob o aspecto objetivo: independe de culpa, onde, a vítima lesada sempre terá direito a reparação do dano causado pelo ofensor, havendo ou não culpa. Essa teoria geralmente é aplicada nos casos em que o exercício de determinada atividade é considerada perigosa, apresentando algum tipo de risco por quem a exerce (GONÇALVES, 2012, p. 25).

Com efeito, o Código Civil de 2002, manteve a responsabilidade subjetiva, mas inovou prevendo a teoria do risco, com base na atividade desenvolvida pelo agente, objetivando amparar

ainda mais os interesses dos indivíduos, tornando a legislação mais protetiva no campo da responsabilidade civil (GONÇALVES, 2012, p. 25).

Depois de realizada essas breves considerações históricas acerca do surgimento da responsabilidade civil, passa-se a conceituar o referido instituto.

### 3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Buscando conceituar o instituto da responsabilidade civil, é necessário conhecer a etimologia da palavra. O termo “responsabilidade” tem sua origem latina no verbo *respondere*, e, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 46), significa a obrigação que um indivíduo tem de assumir as consequências de seus atos ilícitos (sejam praticados mediante ações ou omissões).

Stoco (2004, p. 118) afirma que “[...] a noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos.”

Diniz (2009, p. 34), de forma clara e objetiva, conceitua a responsabilidade civil como “[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato ou coisa de animais sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.”

A violação de um dever imposto juridicamente configura o ato ilícito e que geralmente resulta em prejuízo para outrem. Isso faz com que gere um novo dever jurídico de reparar o dano causado, ou seja, fazer com que o indivíduo arque com as consequências (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 2).

A responsabilidade civil pode consistir ainda na efetiva reparação abstrata do dano em relação a um sujeito passivo de uma relação jurídica que se forma pela violação de um direito. A *reparação* e o *sujeito passivo* constituem o princípio que subordina a reparação a sua incidência na pessoa do causador do dano (PEREIRA, 2000, p. 11).

A responsabilidade civil também é a atribuição de um dever imposto a um indivíduo, no sentido de assumir as consequências de suas ações ou de um evento propriamente dito (VENOSA, 2009, p. 4).

No entendimento de Gonçalves (2012, p. 4), a responsabilidade civil agrega o direito obrigacional, uma vez que a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que causa, para o seu autor, de reparar o dano, cuja obrigação é pessoal e que se resolve em perdas e danos.

Já Noronha (2003, p. 429) menciona que “[...] a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais [...]”

Em síntese, qualquer que seja o conceito adotado para a responsabilidade civil, é cediço que sempre haverá reparação pelo ofensor quando um dano for causado em decorrência de um ato ilícito, na melhor forma de direito, a fim de buscar a efetiva justiça.

### 4 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Conceituado o fenômeno da responsabilidade civil, tem-se que, como um instituto jurídico, desdobra-se da convivência humana em sociedade. Ao passo que os conflitos entre os homens

se tornam mais frequentes, se fez necessário admitir outros fundamentos para o instituto, o que aprofundou ainda mais o estudo, estabelecendo uma classificação sistêmica (LISBOA, 2012, p. 240).

A responsabilidade civil pode se originar tanto de uma obrigação preexistente ou por decorrência de um novo fato gerador (seja ele imposto por lei ou por imposição de um preceito geral do Direito), que resultem em danos à vítima (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 15).

Quando a responsabilidade civil decorre de uma obrigação preexistente, podemos classificá-la como *contratual*, ou seja, aquela que se origina da violação de uma obrigação disposta em um negócio jurídico celebrado (LISBOA, 2012, p. 240).

A responsabilidade contratual funda-se na existência de dolo ou culpa, uma vez que, tanto pode ter havido a não execução culposa de uma obrigação pelo devedor, como pode haver o descumprimento intencional - vontade consciente de não cumprir a obrigação que foi avençada. Ainda, exige que as partes tenham acordado anteriormente por meio de um contrato celebrado, de modo a estabelecerem vínculos e comprometerem-se a prestações recíprocas e o dever advindo do negócio jurídico (DINIZ, 2009, p. 246).

Em contrapartida, a responsabilidade *extracontratual* ou também conhecida como responsabilidade aquiliana, decorre da violação de uma prescrição legal, em razão de um ato ilícito do ofensor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2012, p. 61).

O ofensor infringe um dever legal sem que haja algum vínculo existente entre o ele e a vítima. Justamente por isso é que na responsabilidade extracontratual, o ônus de provar a culpa é da vítima, enquanto que na responsabilidade contratual a culpa é presumida, ou seja, compete à vítima provar apenas o descumprimento de uma obrigação já pactuada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 59).

A responsabilidade civil contratual e extracontratual apresentam características em comum: ato ilícito, nexos causal e dano; além de apresentarem características que as diferenciam entre si. A responsabilidade extracontratual se dá pela violação de um dever geral previsto na lei ou na ordem jurídica. Já a responsabilidade civil contratual consiste na inexecução de uma obrigação pré-estabelecida entre ofensor e vítima (DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 96).

No ordenamento jurídico brasileiro, adota-se o princípio da consunção, que admite que um dos regimes se sobreponha ao outro de forma a proteger a vítima de maneira mais eficiente. Em regra, a responsabilidade civil contratual vai predominar sobre a extracontratual, pois essa incidência privilegia a vítima quanto ao ônus da prova (SEVERO, 1996, p. 52).

## 5 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

A responsabilidade civil pode ser ainda classificada em subjetiva ou objetiva, cujo elemento principal para sua diferenciação é a culpa. Responsabilidade subjetiva é aquela fundada na ideia de culpa, dependendo do comportamento do sujeito. Já a responsabilidade objetiva é aquela que independe de culpa e tem fundamento na teoria do risco (RODRIGUES, 2002, p.11).

Assim como no Código Civil Brasileiro de 1916, o Código Civil de 2002 manteve a culpa como fundamento essencial da responsabilidade civil subjetiva, de modo que, adotou-a como regra geral no ordenamento jurídico. Logo, a responsabilidade civil objetiva adota a culpa *latu sensu* como o principal pressuposto (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 16).

Para Oliveira (2008, p. 90), a responsabilidade civil será subjetiva sempre que o dever de indenizar resultar do comportamento do indivíduo que causa danos a terceiros, seja por dolo ou culpa, enquanto que na responsabilidade objetiva, é necessário apenas que a vítima tenha efetivamente sofrido dano, cabendo-lhe demonstrar o nexo de causalidade, sendo dispensável a prova de conduta culposa ou não do ofensor.

Pereira (2000, p. 10) sustenta que a regra geral que deve reger a responsabilidade civil é a fundada na ideia de culpa. Porém, sendo insuficiente a verificação desta, o ofensor deverá incorrer na obrigação de reparar independente de ter agido com culpa.

Lima (1998, p. 52) considera a culpa como um “[...] erro de conduta, um desvio da normalidade no agir ou no abster-se.” Na concepção de Cavalieri Filho (2006, p. 39), no caso da responsabilidade civil subjetiva, há a necessidade de provar a culpa do agente causador do dano, cuja tarefa muitas vezes se mostra árdua, fazendo com que muitas vezes a reparação seja frustrada.

Justamente em razão da dificuldade da vítima em produzir provas capazes de certificar a culpa do agente causador do dano, a responsabilidade civil objetiva o agente causador responderá pelas consequências do ato ilícito praticado danos causados independente de ter agido com culpa ou não, sendo indispensável sua prova, de modo que a responsabilidade surge “exclusivamente do fato” (STOCO, 2004, p. 150).

Fundada no princípio da equidade, a teoria do risco cuja responsabilidade objetiva tem fulcro, afirma que aquele que obtém vantagem econômica pelo exercício de uma determinada atividade e/ou qualquer situação que seja lucrativa, deve responder pelos danos e pelas desvantagens resultantes (DINIZ, 2009, p. 43).

Para Oliveira (2008, p. 93), a respeito da teoria do risco, basta restar provado o dano e o nexo de causalidade para que seja deferida a indenização, uma vez que, “[...] os riscos da atividade, em sentido amplo, devem ser suportados por quem dela se beneficia.”

Por fim, caracterizada a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, passa-se a analisar a responsabilidade civil do empregador em específico, a partir da conceituação do acidente de trabalho.

## **6 CONCEITUANDO ACIDENTE DO TRABALHO NUMA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A preocupação com a saúde do trabalhador surgiu após a Revolução Industrial, em razão da freqüente ocorrência de acidentes de trabalho no setor industriário. Até então o trabalhador esteve subjugado a todos os tipos de riscos no ambiente laboral. Contudo, no início do século XX surgiram as primeiras legislações sobre a saúde do trabalhador, voltadas para a reparação dos danos causados ao obreiro (ARAÚJO; RUBIN, 2013, p. 14).

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro possui um arcabouço de instrumentos normativos com a finalidade de tutelar a higiene, segurança e medicina do trabalho, visando evitar a ocorrência de acidentes de trabalho. Entretanto, a efetividade das referidas regras fica prejudicada tanto pela imprudência dos empregadores, quanto pela ineficácia das multas aplicadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MELO, 2005).

A crescente industrialização e o desenvolvimento das novas tecnologias aumentaram consideravelmente os riscos que ameaçam a segurança e qualidade de vida do ser humano. Isso

desemboca no que se chama atualmente de sociedade de risco, que designa um estágio da modernidade (BESSA, 2013)

Hodiernamente entende-se que a causa dos acidentes laborais, na grande maioria das vezes, é decorrente da falta de cuidados mínimos no que diz respeito à adoção de medidas preventivas quanto aos riscos ambientais. Pode-se extrair o conceito jurídico de acidente de trabalho da Lei 8.213/91, art. 19,<sup>1</sup> o qual refere como acidente do trabalho aquele que ocorre pelo exercício das atividades laborais, a serviço do empregador (BRASIL, 1991).

Trata-se do conceito de acidente de trabalho típico ou tipo. É característico pela existência de evento único, súbito, imprevisto e bem configurado no espaço e no tempo. Neste tipo de acidente as consequências são imediatas na maioria das vezes, diferente do que ocorre nas doenças ocupacionais que têm um resultado mediato (DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 332).

O art. 202 da mesma norma assevera que também constitui acidente do trabalho doença profissional, qual seja, a produzida ou desencadeada pelo exercício laboral, bem como doença do trabalho, aquela adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente (BRASIL, 1991).

O art. 21 da Lei 8.213 de 91, por sua vez, elenca outros acidentes que se equiparam ao acidente do trabalho: acidente que tenha ligação ao exercício laboral, embora não seja a única causa; o acidente sofrido no local e horário de trabalho em razão de: a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou colega de trabalho; b) ofensa física intencional por motivos profissionais; c) ato de imprudência, negligência ou imperícia por terceiro ou colega; d) ato de pessoa privada do uso da razão; e) desabamento, inundação, incêndio (BRASIL, 1991).

Também se equipara ao acidente do trabalho a doença proveniente de contaminação acidental do trabalhador no exercício de suas funções e o acidente sofrido pelo trabalhador fora do local de trabalho na execução de ordem, realização de serviço. Da mesma forma, considera-se acidente do trabalho por equiparação o acidente ocorrido fora do local de trabalho na prestação de serviço à empresa, em viagem a serviço, bem como o acidente ocorrido no trajeto entre a residência e o local de trabalho e vice versa.

Deste modo, conceituado brevemente o acidente de trabalho, fato gerador que enseja o dever do empregador em indenizar o empregado acidentado, passa-se a análise da responsabilidade civil do empregador.

<sup>1</sup> Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

<sup>2</sup> Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas: I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

## 7 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NA OCORRÊNCIA DE ACIDENTES DE TRABALHO

A responsabilidade civil do empregador nos casos de acidente de trabalho desencadeia grandes debates no âmbito jurídico, eis que existem duas correntes de discussão acerca do tema: a primeira trata da teoria subjetiva, fundada na ideia da culpa, e a segunda, tem por base a teoria objetiva, ou também conhecida como teoria do risco.

A proteção do trabalhador é amparada pela Constituição Federal, ao estabelecer no art. 7º, inciso XXII que é direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, bem como no inciso XXVIII do mesmo artigo, que garante o direito ao seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador além de indenização em caso de dolo ou culpa por parte do empregador (BRASIL, 1988).

Porém, em que pese a proteção dada pela Lei Maior, a ocorrência de acidentes de trabalho é frequente no Brasil, e atinge o trabalhador diretamente, afetando sua saúde ou sua vida, haja vista que, por diversas vezes o acidente de trabalho resulta em incapacidade laboral, limitação de habilidades, mutilações, complicações irreversíveis ao organismo, ou pior, a morte do empregado. É de se ressaltar ainda que muitas atividades trabalhistas, por si só, colocam em risco a vida, a saúde e a integridade física do empregado (ALMEIDA, 2003, p. 4).

Deste modo, na ocorrência de acidentes de trabalho que resultem em danos ao obreiro, com base no texto constitucional e no princípio da proteção, surge o direito do trabalhador quanto à reparação dos danos, e, por conseguinte, o dever do empregador de indenizá-lo. Logo, a indagação que se faz diz respeito a sua responsabilidade, que será subjetiva ou objetiva?

Analisando a redação do art. 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal, constata-se que o legislador optou por aplicar a teoria subjetiva, baseada na comprovação da culpa, ao dispor que é direito do trabalhador a indenização em caso de acidentes de trabalho, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Em contrapartida, o Código Civil Brasileiro prevê, no parágrafo único do art. 927, a possibilidade do empregador ser responsabilizado objetivamente, ao dispor que “[...] haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, 2002).

Também fundamenta a teoria da responsabilidade objetiva o art. 225, § 3º da Constituição Federal que prevê que aquele que causar dano ao meio ambiente deverá ser sancionado penal, administrativamente, e também, na esfera cível ao reparar o dano causado (BRASIL, 1988).

No que tange à responsabilidade do empregador, Gonçalves (2012, p. 420) leciona que a tendência atual é no sentido de considerar que o empregador tem responsabilidade objetiva, em que pese a literalidade do inciso XXVIII discorrer no sentido da responsabilidade subjetiva do empregador.

A interpretação deve ser sistemática levando-se em consideração o caput do art. 7º da Constituição Federal, o qual estabelece a observância de outros dispositivos que visem a melhoria

da condição social do trabalhador. Nesse sentido o art. 927<sup>3</sup> do Código Civil adotou a responsabilidade objetiva com base na teoria do risco, ou seja, as atividades empresariais são por natureza atividades que geram risco à saúde do obreiro.

Porém, a questão central que merece atenção reside no fato de que o próprio texto constitucional adota a regra da responsabilidade civil subjetiva para o empregador na ocorrência de acidentes de trabalho, enquanto que a legislação infraconstitucional adota a responsabilidade objetiva quando a atividade desenvolvida oferecer risco.

É importante ressaltar o entendimento de Dallegrave Neto (2014, p. 110) que considera o acidente do trabalho como uma das atividades que incide a teoria da responsabilidade objetiva, colocando as atividades desempenhadas em função do contrato de trabalho como objeto da teoria do risco, uma vez que, a empresa assume os riscos do seu negócio.

Nesse sentido, Cavalieri Filho (2008, p. 142) considera que por ser a norma constitucional que institui a responsabilidade civil do empregador como “subjetiva” hierarquicamente superior a qualquer outra, deve prevalecer sobre as demais, não havendo cabimento para que uma norma infraconstitucional se sobreponha sobre uma normal constitucional.

O Direito do Trabalho surgiu com o propósito de proteger o trabalhador, e para isso criou uma desigualdade jurídica inclinada ao obreiro, eis que é considerada a parte hipossuficiente da relação empregatícia. Esse é o que chamamos de princípio da proteção, princípio máster deste ramo do Direito, do qual deriva o princípio da norma mais favorável (CAIRO, 2009, p.112).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 289), a redação do art. 7º, XXVIII coíbe a aplicação do parágrafo único do art. 927. Isso porque, entendem que “se o constituinte quisesse reconhecer a responsabilidade objetiva, seria explícito, a exemplo do tratamento dispensado à responsabilidade civil do Estado, no art.37, § 6º.”

Na concepção de Oliveira (2008, p. 102), não há o que se falar em sobreposição de norma infraconstitucional sobre norma constitucional, pois o Código Civil Brasileiro foi elaborado em consonância com a Lei Maior. O que deve ser feito é uma interpretação harmônica do parágrafo único do art. 927 do Código Civil com o *caput* do art. 7º da Constituição Federal. Assim, não haveria sequer a ideia de inconstitucionalidade do dispositivo civil quando a própria Carta Magna amplia os direitos dos trabalhadores, quando dispõe que “[...] são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”

Nessa seara, a Constituição Federal, em que pese ser a Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro, deve ser interpretada como um conjunto de direitos mínimos e não de direitos máximos, uma vez que nela mesma se encontram comandos que determinam que direitos mais favoráveis aos trabalhadores possam ser fixados por leis ou acordos e convenções coletivas de trabalho (NASCIMENTO, 1991, p. 40).

Os direitos previstos no art. 7º da Constituição Federal são meramente exemplificativos, eis que a própria Lei Maior admite outros direitos que visem a melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais. Logo, dizer que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil está

<sup>3</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

contrário à ordem constitucional não prospera, uma vez que, inobstante prever a responsabilidade objetiva, não é incompatível com a Carta Magna (SÜSSEKIND, 2004, p. 95-96).

Com base no princípio da proteção e da norma mais favorável, a teoria mais adequada a ser adotada, na ocorrência de acidentes de trabalho é a responsabilidade objetiva, uma vez que responsabilizando objetivamente o empregador também é uma forma legítima e válida de melhoria da condição social dos trabalhadores (GARCIA, 2009, p. 37).

Na concepção de Pereira (2000, p. 269) acerca da reparação acidentária, entende que “[...] pouco a pouco, a responsabilidade civil marcha a passos largos para a doutrina objetiva, que encontra maior supedâneo na ‘doutrina do risco.’”

Esse recente entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região associa-se à hipótese levantada nesta pesquisa, que visa demonstrar que o acidente do trabalho na construção civil goza de responsabilidade objetiva, uma vez que, é fato recorrente neste ramo de atividade laboral:

ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CAUSADOR DO DANO. RISCO CRIADO PELA NATUREZA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. Em hipóteses específicas em que há risco inerente à atividade empresarial, deve ser reconhecida a responsabilidade objetiva do causador do dano. A regra contida no art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal, que atribui ao empregador o dever de indenizar dano decorrente de acidente de trabalho na hipótese de dolo ou culpa, não exclui a possibilidade da reparação civil, independentemente de culpa, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, conforme a previsão do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. (SANTA CATARINA, 2009).

A jurisprudência acima indica que a leitura do art. 927 do Código Civil refere-se ao entendimento da responsabilidade civil objetiva do empregador quando houver risco na atividade empresarial. No caso concreto em debate, trata-se de acidente do trabalho ocorrido em atividade de apoio à produção florestal. Deste modo, não se pode deixar de considerar que essa atividade sopesa certos riscos, além daqueles ordinariamente esperados no mercado de trabalho, como por exemplo, desabamentos das cargas sobre os empregados, como é o caso acima analisado. Portanto, incide no caso concreto a responsabilidade civil objetiva neste tipo de exploração da atividade econômica.

Na mesma linha de entendimento, o Tribunal Superior do Trabalho se manifestou em caso semelhante, aplicando a teoria da responsabilidade civil objetiva nos casos de acidente de trabalho, com da teoria do risco:

ACIDENTE DO TRABALHO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. ATIVIDADE DE RISCO. MOTORISTA DE CAMINHÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. 1. O novo Código Civil Brasileiro manteve, como regra, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, calcada na culpa. Inovando, porém, em relação ao Código Civil de 1916, ampliou as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, acrescentando aquela fundada no risco da atividade empresarial, consoante previsão inserta no parágrafo único do artigo 927. Tal acréscimo apenas veio a coroar o entendimento de que os danos sofridos pelo trabalhador, decorrentes de acidente do trabalho, conduzem à responsabilidade objetiva do empregador quando a atividade laboral é considerada de risco. 2. A atividade de condutor de veículo rodoviário (motorista

de caminhão - transporte de cargas) expõe o trabalhador rodoviário à ocorrência de sinistros durante as viagens, como no caso dos autos, em que o reclamante sofreu acidente de trânsito. Em tais circunstâncias, deve o empregador responder de forma objetiva na ocorrência de acidente de trabalho no trânsito, por se tratar de evento danoso ao direito da personalidade do trabalhador. Incidência do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. (BRASIL, 2014).

A jurisprudência acima indica que a atividade laboral consistente no transporte rodoviário de cargas constitui atividade de risco, eis que expõe o trabalhador a ocorrência de acidentes de trânsito e assaltos, o que acarreta na aplicabilidade da teoria do risco, que adota a responsabilidade civil objetiva do empregador.

É cediço que a Constituição Federal deve prevalecer, via de regra superior a toda e qualquer norma do ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, na seara trabalhista, por força do princípio da proteção, deve prevalecer a norma mais favorável quando houve conflito de normas, ou seja, a hierarquia não é observada, mas sim, qual a norma mais favorável ao trabalhador (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2008, p. 884).

A teoria subjetiva adotada pela Constituição Federal está ultrapassada, pois as inovações trazidas pelo Código Civil tendem a considerar a responsabilidade objetiva dos empregadores na ocorrência de acidentes de trabalho, com base na teoria do risco (GONÇALVES, 2009, p. 289-290).

Logo, existindo norma de Direito mais favorável que aquela existente no ordenamento jurídico trabalhista e na própria Constituição Federal, ela deverá ser aplicada ao litígio trabalhista no caso concreto (CAIRO, 2009, p. 113).

De qualquer sorte, a corrente majoritária mantém como regra geral, a teor do parágrafo único do art. 927, a responsabilidade objetiva do empregador por danos acidentários durante o labor, cuja atividade desenvolvida pela empresa ofereça riscos a saúde, integridade física e a vida do trabalhador (DELGADO, 2004, p. 619).

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da discussão doutrinária a cerca do tema do presente estudo, é fundamental ter-se a sólida concepção de que o acidente do trabalho viola o trabalho digno e a possibilidade da construção de uma sociedade justa e solidária.

O número de acidentes do trabalho no Brasil macula a imagem do país perante o mundo, e principalmente viola os princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. As consequências resultantes do acidente do trabalho afetam não somente os sujeitos envolvidos na relação de emprego, mas também toda a sociedade, uma vez que o país gasta bilhões de reais tratando das consequências resultantes, recursos que poderiam ser investidos em outras áreas tão necessárias como a saúde e a educação.

Assim, em que pese doutrinadores entenderem que a Constituição Federal deve prevalecer sobre o Código Civil, tendo em vista o princípio da proteção e da norma mais favorável, adotados pelo Direito do Trabalho, a teoria mais adequada na ocorrência de acidentes de trabalho a ser considerada, em consonância com o entendimento jurisprudencial analisado, deve ser a responsabilidade objetiva tendo em vista que responsabilizar objetivamente o empregador é uma

forma legítima e válida de melhoria da condição social dos trabalhadores, e por consequência de construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Portanto, a teoria subjetiva adotada pela Constituição Federal mostra-se menos benéfica ao trabalhador e a própria sociedade, posto que a teoria objetiva trazida pelo Código Civil se torna mais protetiva, uma vez que toda atividade laboral apresenta algum risco à saúde do trabalhador. Assim, deve-se aplicar a teoria objetiva para os casos que reste configurada a responsabilidade civil do empregador em razão da ocorrência de acidentes de trabalho, como forma de efetivar e garantir ainda mais a dignidade da pessoa humana ao trabalhador, com base no princípio da proteção.

#### **EMPLOYER'S LIABILITY IN THE EVENT OF AN ACCIDENT OF WORK UNDER THE AEGIS OF PROTECTIVE LABOR LAW**

##### **ABSTRACT**

*This paper addresses the liability of the employer in the event of accident at work, in order to verify the applicability of the theory based on subjective guilt, provided for in art. 7, Paragraph XXVIII of the Constitution of 1988 and the objective theory based on risk, provided for in art. 927 of the Civil Code of 2002. Therefore, the research initially seeks briefly embroidery historical accounts of civil liability as well as conceptualizing such Office, and also treat the classification as the contractual and non-contractual liability, and the objective and subjective liability. Subsequently analyzed the concept of work accident, whose approach serves as theoretical basis of the main theme. Finally, treated the central theme, which concerns the configuration of the liability of the employer in a work accident, under the aspect of subjective and objective theories. This bias, it is known that in spite of the Federal Constitution to adopt the subjective theory, the Civil Code adopts the objective theory for accountability purposes the employer when the triggering event of the obligation to indemnify for the accident at work, thus one has to observe the hierarchy of laws and interpret them based on the principles of labor law. It was found in this study that labor rights provided may constitutionally be extended so it is an illustrative list, ie, that admit the creation of others that aim to improve the social conditions of workers. Therefore, it was concluded that the liability of the employer in the event of accidents must be objective, since every work activity offers some risk to the employee.*

*Keywords: Occupational accidents. Civil liability. Subjective and objective theory.*

##### **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Responsabilidade civil do empregador e acidente de trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BESSA, Leonardo Rodrigues Itacaramby. *Direito Ambiental do Trabalho*. Contribuições da Justiça Ambiental. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 10 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 10 set. 2014.

Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e de outras providências; *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26. jul. 1991.

- CAIRO, José Junior. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria da Subseção I de Dissídios Individuais. Relator: Ministro Lelio Bentes Corrêa. Proc. n. 0201900-26.2009.5.09.0654. Decisão em 09 out. 2014. Brasília, DF, 2014.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Meio ambiente do trabalho no contexto dos direitos humanos fundamentais e responsabilidade civil do empregador. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 136, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MELO, Raimundo Simão de. *Dignidade Humana e Meio Ambiente do Trabalho*. Boletim Científico, n. 14, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/dignidade-humana-e-meio-ambiente-do-trabalho>>. Acesso: 02 out. 2014.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

STOCO. Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal Regional do Trabalho (12 Região). Apelação cível n. 20060503372. Juíza Relatora: Águeda Maria Larrorato , 16 mar. 2009. Santa Catarina, 24 mar. 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

# A POSSIBILIDADE DA CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE SOB A ANÁLISE DO ATUAL ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Caren Silva Machado\*  
Isadora Kuana Lazaretti\*\*

## RESUMO

O direito ao meio ambiente de trabalho, a ser garantido de forma equilibrada aos trabalhadores, é direito fundamental de terceira dimensão. É direito do trabalhador ter sua vida e saúde protegidas, por meio da garantia de um local saudável e seguro para a realização das atividades laborais. Deste modo, a grande discussão diz respeito ao trabalhador submetido a ambiente insalubre e perigoso concomitantemente, cuja indagação reside no direito do mesmo receber os respectivos adicionais de forma cumulada. Realizando uma interpretação taxativa do art. 193 § 2º, o trabalhador exposto de forma simultânea a condições insalubres e perigosas deveria optar por apenas um dos adicionais. Entendimento equivocado, cujo qual o próprio Tribunal Superior do Trabalho se manifestou recentemente. A premissa deve ser interpretada sob a ótica do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Primazia da Realidade e da Proteção, bem como dos dispositivos constitucionais dispostos no art. 5º, caput e art. 7º, incisos XXIII e XXIII. Os adicionais de insalubridade e periculosidade são devidos e devem ser pagos de forma cumulada se o trabalhador estiver exposto a ambiente de trabalho insalubre e perigoso. Portanto, a possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador. Logo, a cumulação é uma forma de proteger a vida do trabalhador.

Palavras-chave: Meio Ambiente de Trabalho. Adicional de Periculosidade. Adicional de Insalubridade. Cumulatividade. Preservação do direito à vida. Dignidade da Pessoa Humana.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o escopo de demonstrar a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, partindo de uma análise de uma decisão recentemente proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho. Além disso, visa demonstrar que o meio ambiente do trabalho é considerado um Direito Humano de terceira dimensão, e compreender a importância da tutela do meio ambiente laboral como meio de garantir o exercício de um trabalho digno, pautado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O objetivo deste estudo consiste na verificação da possibilidade ou não do trabalhador exposto concomitantemente a condições insalubres e perigosas no meio ambiente de trabalho ter direito à contraprestação pecuniária correspondente aos dois adicionais, de forma cumulada.

Para realizar a pesquisa foi feita pesquisa bibliográfica sobre a doutrina e também pesquisa documental sobre uma decisão recente emitida pelo Tribunal Superior do Trabalho. Além disso,

---

\* caren.machado@unoesc.edu.br

\*\* isadoralazaretti@unochapeco.edu.br

analisou-se o texto da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como os dispositivos pertinentes ao tema, oriundos das Convenções Internacionais 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho. O método utilizado na presente pesquisa é o indutivo.

Inicialmente esta pesquisa define o conceito sobre Dignidade da Pessoa Humana e Meio Ambiente como gênero. Após, será conceituado o meio ambiente do trabalho. O próximo item conceitua o adicional de insalubridade e periculosidade, e versa ainda sobre a possibilidade ou não de sua cumulatividade, partindo de uma análise da posição doutrinária.

Na sequência será analisada a recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho, proferida no dia 24 de setembro de 2014, no Recurso de Revista n. 1072-72.2011.5.02.0384, em caso concreto que envolve a cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade, reconhecendo e mantendo a acumulação dos referidos adicionais.

## 2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MEIO AMBIENTE

O meio ambiente consiste no conjunto de condições, influências, leis e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida. Tem como objeto tutelar a vida saudável em todas as suas formas, especialmente, a vida humana, bem maior considerado pelo nosso ordenamento jurídico (MELO, 2010, p. 29).

O meio ambiente, como gênero, é classificado em quatro espécies: meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho, que aqui, merece ênfase. Esta pesquisa tem o escopo de verificar se o meio ambiente de trabalho consiste em um direito humano do trabalhador, partindo da definição do conceito de dignidade da pessoa humana, núcleo principal dos direitos humanos, bem como dos direitos fundamentais.

A Dignidade da Pessoa Humana é considerada princípio máster no cenário mundial, tem como precursor Immanuel Kant, que preleciona que o homem deve ser considerado um fim em si mesmo, não podendo servir como um meio, sob pena de ser “coisificado”. O referido autor entende que tudo tem um preço ou uma dignidade, de modo que, se algo tem preço, qualquer coisa pode ser substituída como equivalente, ao contrário do que tem dignidade, que está acima de todo e qualquer preço. A dignidade, segundo Kant é relacionada com um valor íntimo, enquanto o preço é um valor simplesmente relativo (KANT, 1995).

Nesse viés, Sarlet (2012) ensina que a Dignidade da Pessoa Humana é uma qualidade que engloba um conjunto de direitos e deveres fundamentais inerente ao ser humano, cujo Estado e a comunidade devem respeitar e fazer valer de forma eficaz, visando assegurar e proteger o ser humano de todos os atos desumanos e degradantes que possam, de qualquer modo, atingir as condições de existência mínima de subsistência do indivíduo.

A Dignidade da Pessoa Humana não é simples consequência do ordenamento jurídico. Trata-se de um princípio que antecede o próprio ordenamento jurídico, e é um bem enraizado e inerente ao ser humano, cujo valor não pode ser violado (BAEZ, 2010).

Sarlet (2012) entende que deve ser reconhecida uma dimensão ambiental da dignidade da pessoa humana, onde a proteção do meio ambiente é um valor fundamental. Portanto, traz-se à baila notadamente também o meio ambiente laboral, que deve ser garantido ao trabalhador de forma equilibrada, sob pena de ferir os princípios constitucionais e violar o direito ao meio ambiente de trabalho digno.

Com isso, quando o trabalhador é submetido a um meio ambiente de trabalho sem dignidade, ele tem sua saúde colocada afetada e, portanto seu direito à vida colocado em risco. As consequências da exposição de um empregado a um meio ambiente que não é digno, afeta, não somente aquele trabalhador de forma individual, mas sim, toda a coletividade, ainda que de forma indireta.

Realizada esta breve abordagem à dignidade da pessoa humana, passa-se a analisar conceitualmente os direitos humanos.

Sarlet (2006) assevera que os direitos humanos são aqueles previstos em tratados e declarações internacionais. *Data venia* a importância desses documentos internacionais, eis que listam de forma exemplificativa alguns direitos humanos. Assim, deve-se realizar uma interpretação extensiva, reconhecendo outros direitos que não estão dispostos em tratados internacionais, mas que, por sua natureza também são direitos humanos.

Importante ressaltar a influência da Revolução Francesa bem como da Declaração Universal dos Direitos do Homem, caracterizados marcos importantes na história dos direitos humanos. A referida Declaração reconheceu os princípios da igualdade e dignidades humanas, o direito à vida, à liberdade, à segurança, proibição da escravidão, da tortura e do tratamento cruel, desumano ou degradante, e vedou a discriminação (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014).

Os direitos humanos foram devidamente positivados na Constituição Federal de 1988, de modo que, tornou-se um instrumento fundamental que permite a garantia e efetivação de tais direitos, colocando-os em posição privilegiada quando comparados com outros direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro (MORAES, 2003).

O direito ao meio ambiente de trabalho digno encontra guarida nos direitos individuais e coletivos elencados pela Constituição Federal de 1988. Trata-se de um direito humano fundamental de terceira dimensão, mais conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade, e abrange o direito ao meio ambiente saudável (MORAES, 2003).

Em análise da evolução histórica dos direitos humanos de terceira dimensão, Bobbio (1992) considera o meio ambiente equilibrado como o direito mais importante, reivindicado pelos movimentos ecológicos, a fim de que todos possam desfrutar de um meio ambiente saudável para a efetivação da vida digna.

Assim, é imperioso assimilar o conceito jurídico do que tange ao meio ambiente.

A partir de uma análise legislativa, pelo que preconiza o art. 3º, I, da Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) compreende-se o meio ambiente como o “[...] conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” (BRASIL, 1981).

Em termos doutrinários, segundo Fiorillo (2012), o meio ambiente relaciona-se com tudo aquilo que nos circunda, eis que abrange não só o meio ambiente natural, mas também o artificial, o cultural e o do trabalho.

Nessa pesquisa, merece ênfase o meio ambiente do trabalho, conceituado pela doutrina como o local onde o trabalhador realiza a prestação objeto da relação jurídica trabalhista, desenvolvendo atividade laboral em favor de uma atividade econômica. Isso abrange o espaço físico da prestação do serviço e as condições nele existentes (MORAES, 2002).

A proteção da vida, integridade física, moral e psicológica do trabalhador se efetiva com a proteção do meio ambiente, fator essencial à garantia do trabalho digno. Dessa forma, devem

ser observadas as normas jurídicas atinentes à proteção do meio ambiente visando garantir a preservação do direito à vida, bem maior tutelado pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, passa-se a analisar os aspectos jurídicos basilares que fundamentam o meio ambiente do trabalho.

Partindo de uma visão nacional sobre o meio ambiente de trabalho, a primeira constituição brasileira a fazer constar no texto constitucional a expressão “meio ambiente” foi a atual. O art. 225 da Carta Magna Brasileira dispõe que “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.” (BRASIL, 1988).

Já no âmbito internacional, o meio ambiente foi reconhecido na esfera através da Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo no ano de 1972, que foi um grande marco do movimento ecológico no mundo.

A Declaração de Estocolmo em 1972 permitiu que as Constituições que foram editadas após o seu evento pudessem reconhecer o meio ambiente saudável e equilibrado como um direito humano fundamental (SILVA, 2010).

É importante ressaltar que o Brasil é um dos Estados mais avançados quando o assunto é proteção legal ambiental, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 inovou trazendo a previsão da regulamentação da preservação do meio ambiente, fazendo com que várias Constituições Estaduais seguissem a mesma linha (MELO, 2010).

Em termos de legislação ambiental, tem-se a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), a Consolidação das Leis do Trabalho (cujo Capítulo V trata exclusivamente da segurança, higiene e medicina do trabalho) bem como as Normas Regulamentadoras, Convenções Coletivas de Trabalho, Sentenças Normativas proferidas pela Justiça do Trabalho nos Dissídios Coletivos de Trabalho e Convenções da Organização Internacional do Trabalho, além de que, o Código Penal faz alusão à delitos relativos à prática de crimes ambientais.

A proteção do ser humano e do meio ambiente devem ser garantidas conjuntamente, a fim de que a sociedade consiga aceitar um grande desafio: o futuro da humanidade. O direito ao meio ambiente equilibrado diz respeito a uma extensão do direito à vida, e o Estado, juntamente com a sociedade, tem a obrigação de adotar práticas que evitem ameaças e impactos ambientais (TRINDADE, 1993).

Com efeito, é cediço que o meio ambiente de trabalho consiste em um direito humano de terceira dimensão, tendo, portanto, instrumentos sólidos de proteção no ordenamento jurídico pátrio que devem ser observados. Expostos esses aspectos conceituais, passa-se a analisar especificamente o meio ambiente do trabalho.

### **3 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO**

Neste íterim, pretende-se demonstrar que o direito ao meio ambiente do trabalho saudável é um direito fundamental. A inviolabilidade do direito ao meio ambiente equilibrado acarreta, e isso é imprescindível, na defesa do direito ao bem maior protegido pelo ordenamento jurídico que é a vida. Daí reside a garantia de uma melhor qualidade de vida, como forma de atingir a

preservação e a proteção de condições dignas de existência humana, para as presentes e futuras gerações (MELO, 2005).

Conforme Fiorillo (2012), o meio ambiente do trabalho pode ser conceituado como o local onde se desempenham as atividades decorrentes da relação trabalhista, cujo equilíbrio tem por base a salubridade do local e a ausência de agentes que possam causar risco a vida, saúde e integridade física ou psíquica dos trabalhadores.

Faz-se imprescindível adaptar o meio ambiente de trabalho a condições dignas de acordo com as normas e diretrizes legais, uma vez que trata-se de um direito humano fundamental, cuja lesão implica em prejuízo ao trabalhador, além de trazer inúmeros reflexos na sociedade, fazendo com que esta sofra os efeitos e arque com as máculas ocorridas em razão da não observância dos princípios legais (MELO, 2005).

Nesse viés, o ordenamento jurídico brasileiro possui uma série de instrumentos normativos com a finalidade de tutelar a higiene, segurança e medicina do trabalho. Entretanto, a efetividade das referidas regras fica prejudicada tanto pela imprudência dos empregadores, quanto pela ineficácia das multas aplicadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MELO, 2005).

A crescente industrialização e o desenvolvimento das novas tecnologias aumentaram consideravelmente os riscos que ameaçam a segurança e qualidade de vida do ser humano. Isso desemboca no que se chama atualmente de sociedade de risco, que designa um estágio da modernidade (BESSA, 2013).

Silva (2010) aduz que o meio ambiente de laboral é formado por bens imóveis e móveis de uma empresa, objetos de direito invioláveis da saúde e da integridade física dos empregados.

Nascimento (1999) por sua vez, assevera que os equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou sua ausência juntamente com outros itens também fazem parte do meio ambiente do trabalho.

Além da estrutura física, elementos físicos, químicos ou biológicos também são integrantes do meio ambiente, cujos elementos fazem parte do conjunto de condições e influências que circundam e transpassam o trabalhador (ROMITA, 2009).

A proteção legal dada ao meio ambiente de trabalho, hodiernamente, se caracteriza pela adoção e implantação de medidas preventivas, regulamentadas pela legislação constitucional e infraconstitucional brasileira. Vale dizer a imprescindibilidade de prevenir a ocorrência de danos à vida e a saúde do trabalhador e conscientizar a todos sobre a relevância do meio ambiente laboral para a saúde e segurança dos trabalhadores (MORAES, 2002).

Com isso, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), prevê um capítulo próprio regulamentando a matéria. O Capítulo V, intitulado “Da segurança e medicina do Trabalho”, Título II do texto consolidado, artigos 154 ao 201, elenca os elementos que influenciam no meio ambiente laboral, sendo: Equipamentos de proteção individual; Iluminação; Conforto térmico; Instalações elétricas; Movimentação, armazenagem e manuseio de materiais; Máquinas e equipamentos; Caldeiras, fornos e recipientes sob pressão; Atividades insalubres ou perigosas; Prevenção da fadiga (BRASIL, 1943).

A Carta Magna também traz dispositivos que garantem ao trabalhador maior proteção pelas atividades laborais exercidas. O art. 7º, XXIII prevê que o direito dos trabalhadores urbanos e rurais o adicional de remuneração para as atividades exercidas em ambientes penosos, insalubres

ou perigosos. No que diz respeito ao exercício de atividades laborais penosas, tal matéria depende de regulamentação pelo legislador. Em relação ao adicional de insalubridade e periculosidade, ambos estão devidamente regulamentados pela CLT, bem como por súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

#### **4 A (IM) POSSIBILIDADE DA CUMULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE**

Os adicionais de periculosidade e insalubridade são parcelas complementares devidas ao empregado por realizar atividade laboral em circunstâncias tipificadas como mais gravosas. Trata-se de uma contraprestação em dinheiro, que tem caráter salarial e não indenizatória, que visa compensar o desconforto, desgaste ou risco que o trabalhador está exposto, de forma que exerce cumulativamente responsabilidade e encargos superiores aos demais funcionários (DELGADO, 2006).

No que se refere às atividades insalubres, a CLT determina que se enquadram nesse segmento as condições de trabalho que exponham o trabalhador a agentes nocivos à saúde em limites superiores aqueles admitidos pelas Normas Regulamentadoras. Nesse sentido, a Norma Regulamentadora n. 15, emitida por meio da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, elenca as atividades insalubres, descrevendo os agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde do empregado e seus limites de tolerância.

Esse suplemento salarial está previsto art. 192 da CLT, e para tanto, estipula-se três graus de insalubridade: 40%, 20% e 10% , cujo pagamento do adicional terá como base de cálculo o salário mínimo regional para os graus máximo, médio e mínimo de insalubridade, respectivamente.

O art. 195 da CLT deve ser interpretado de forma sistêmica, eis que determina a necessidade de laudo pericial realizado por médico ou engenheiro do trabalho para caracterizar e classificar os adicionais de insalubridade e periculosidade, juntamente com a OJ 4 da SDI-I do TST, que além do laudo pericial, condiciona a constatação da insalubridade a devida classificação da atividade insalubre na NR 15 do MTE.

O adicional de periculosidade está previsto no art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, bem como disposto no art. 193 e seguintes da CLT. Trabalho perigoso é aquele realizado em condições que resultem em perigo à vida do trabalhador, onde verifica contato permanente com produtos inflamáveis, explosivos, radiações ionizantes, eletricidade e aqueles que atuam na segurança pessoal ou patrimonial. Para isso, é concedido suprimento salarial ao trabalhador, pelo exercício da atividade perigosa, cujo adicional perfaz o percentual de 30% sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

A atividade perigosa encontra-se regulamentada pela Norma Regulamentadora n. 16, da Portaria número 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, e determina que faz jus ao adicional em questão o trabalhador que exerce ainda atividades com radiações ionizantes ou substâncias radioativas. A súmula 39 do TST também estendeu este direito aos trabalhadores que prestam serviço em bombas de gasolina.

A Lei n. 12.740/2012 concedeu esse direito ao trabalhador que exerce atividade no setor de energia elétrica, bem como aqueles expostos a risco de roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. Deste modo, a OJ 347 da

SDI-I do TST passou a conceder o adicional de periculosidade aos instaladores, reparadores e cabistas de linhas, prestadores de serviço as empresas de telefonia.

Recentemente, a Lei n. 12.997 de 18 de junho de 2014, que entrou em vigor no dia 14 de outubro de 2014, acrescentou o § 4º ao art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho para considerar perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.

O adicional de periculosidade será devido ao trabalhador que exerce atividade em contato permanente com o perigo, ou seja, contato diário, habitual e freqüente, ainda que seja exercido por poucos minutos. Assim, mesmo que o trabalho seja realizado de forma intermitente, o adicional será devido, a teor do que dispõe a Súmula 361 do TST.

Contudo, a grande controvérsia que se busca discutir nesta pesquisa diz respeito a prática adotada atualmente: quando o trabalhador exerce atividade laboral exposto a condições tanto insalubres, como perigosas. A posição atual se dá no sentido de que o trabalhador deve optar por apenas um dos adicionais que deseja ser remunerado, abrindo mão do outro, mesmo que, na realidade, esteja exposto a ambos.

Martins (2006) é claro ao afirmar que não pode haver o pagamento dos dois adicionais ao mesmo tempo, de modo que a opção de escolha cabe ao empregado, que pode, inclusive, escolher o mais gravoso.

Carrion (2006) também considera que o empregado deve escolher entre um dos adicionais, asseverando que a lei impede a acumulação.

Já Garcia (2012) leciona que prevalece o entendimento que o empregado não faz jus ao recebimento dos dois adicionais ao mesmo tempo, mas ressalva que essa interpretação configura uma injustiça no âmbito dos direitos dos trabalhadores, uma vez que o empregado está exposto tanto a agentes perigosos como a agentes insalubres, e assim, deveria receber ambos os adicionais cumulativamente.

Outro não é o entendimento de Pinto (2007), quando afirma que os adicionais de insalubridade e periculosidade são perfeitamente cumuláveis, exigindo-se unicamente que o trabalho seja prestado de acordo com os pressupostos de cada um deles. Considera que o direito à cumulação é oriundo de uma lógica incontroversa: se a situação de desconforto pessoal corresponde a uma indenização, o valor desta deve abranger tantos percentuais quantas sejam as circunstâncias causadores desse desconforto.

Embora existam posições favoráveis e desfavoráveis a respeito da cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade, os referidos adicionais não podem ser considerados apenas suprimentos remuneratórios, mas vão além, eis que exercem função importante sob a égide dos direitos fundamentais (BANDEIRA, 2011).

## **5 DECISÃO RECENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO QUE RECONHECE E MANTÉM A POSSIBILIDADE DA CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE**

Os Tribunais Regionais do Trabalho brasileiros frequentemente pronunciam entendimentos jurisprudenciais tanto no sentido da possibilidade da cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade, como na impossibilidade de adoção de tal prática. Porém, tendência atual é no sentido de reconhecer a cumulatividade dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Em recente decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, pronunciamento que se deu no dia 24 de setembro de 2014 no julgamento do Recurso de Revista n. 1072-72.2011.5.02.0384, a 7ª Turma reconheceu e manteve a possibilidade de cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade, negando provimento ao recurso interposto pela empresa reclamada, sob o entendimento de que as normas constitucionais e supralegais hierarquicamente superiores à CLT, autorizam a cumulação dos adicionais. O referido acórdão está assim ementado:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (BRASIL, 2014)

Inicialmente, o Relator, Ministro Cláudio Brandão, realizou uma análise da estrutura do ordenamento jurídico brasileiro. Asseverou que a Constituição Federal é o norte para que todas as demais normas busquem seu fundamento de validade, eis que devem estar em consonância com o texto constitucional, sob pena de padecerem do vício da inconstitucionalidade.

Nesse viés, considerou que os adicionais de periculosidade e insalubridade são direitos dos trabalhadores devidamente previstos nos artigos 192 e 193, § 1º da CLT, bem como na Constituição Federal, pela previsão do artigo 7º, XXIII. Diante disso, partindo de uma análise do preceito constitucional citado, asseverou que “o legislador constituinte assegurou de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação”.

O art. 7º, XXIII remeteu a regulamentação dos adicionais de penosidade, periculosidade e insalubridade à legislação ordinária, que se dá por intermédio dos dispositivos previstos na CLT bem como pelas Normas Regulamentadoras instituídas pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Nesse sentido, o Relator considerou que, realizando uma análise restritiva do disposto no artigo 193, § 2º da CLT, bem como o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria n. 3.214/78 do MTE, ambos dispositivos legais prevêm a possibilidade do próprio empregado optar pelo adicional que lhe é devido, em caso de cumulação. Logo, a análise conjunta de ambos os dispositivos legais poderia conduzir a conclusão acerca da impossibilidade de percepção conjunta dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Segundo o Relator, “[...] não há como se sustentar a recepção das normas acima citadas pela Constituição Federal de 1988”. Para ele, a cumulação dos adicionais se justifica em razão de que a origem dos fatos geradores que dão origem ao direito são diversos. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do trabalhador, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho, enquanto que na periculosidade, há situação de perigo iminente, que uma vez ocorrida, pode causar a morte do trabalhador, violando assim o direito à vida, bem maior que o Direito visa proteger.

Em que pese a necessidade de regulamentação da norma constitucional a respeito da cumulação, não pode a legislação infraconstitucional ultrapassar o limite imposto pelo próprio texto da Carta Magna instituindo norma menos benéfica ao trabalhador, eis que confronta o disposto no art. 7º, caput da Constituição Federal no sentido de que são garantidos ainda, outros direitos que visem à melhoria de sua condição social e, especialmente, em desrespeito ao princípio de proteção da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Portanto, essa interpretação que merece ser ponderada, uma vez que o dispositivo consolidado, não veda expressamente a cumulatividade dos adicionais ao empregado que está simultaneamente exposto aos dois riscos. Além disso, a interpretação deve levar em conta a previsão constitucional, que não restringe o pagamento cumulado dos adicionais.

Ainda, ressaltou o Relator a chamada incompatibilidade material da legislação infraconstitucional, no sentido de que o artigo 193, § 2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego não foram recebidos pela atual Constituição Federal, em razão de que os seus conteúdos não se associam com os princípios e regras trazidos pelo texto constitucional.

Um dos princípios basilares do Direito do Trabalho é o da Proteção, que determina que, havendo dupla interpretação sobre um dispositivo legal, deve-se optar por aquela mais favorável ao trabalhador (SARAIVA, 2009). Logo, deve-se interpretar o art. 193, §2º da CLT de forma extensiva, possibilitando a cumulatividade dos adicionais, uma vez que, o dispositivo legal fala que o empregado “poderá optar”.

Interpretar restritivamente os dispositivos do texto trabalhista consolidado significa ferir diretamente o preceito constitucional preconizado pelo art. 7º, incisos XXII e XXIII, que garantem a redução dos riscos inerentes ao trabalho através de normas de saúde, higiene e segurança e adicional de remuneração para atividades perigosas, insalubres e penosas respectivamente.

Se tais argumentos não fossem suficientes, sob análise do mencionado pelo Relator Cláudio Brandão na decisão proferida, outro fator que sustenta a inaplicabilidade 193, § 2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego consiste na

introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais 148 e 155. As referidas normas internacionais foram incorporadas ao ordenamento jurídico e passaram a admitir a hipótese de cumulação dos adicionais, além de estabelecerem critérios e limites dos riscos profissionais em face da exposição simultânea a vários fatores nocivos.

Segundo o Relator, as referidas Convenções Internacionais devem prevalecer sobre as disposições contidas no artigo 193, § 2º, da CLT e no item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214 do Ministério do Trabalho e Emprego, por serem mais benéficas ao trabalhador, em observância ao Princípio da Proteção.

Assim, consoante recente pronunciamento do Tribunal Superior do Trabalho, o adicional de insalubridade e periculosidade abrangem diferentes fatores de risco à saúde e à vida do trabalhador, de modo que cada um dos adicionais busca compensar o trabalhador pela exposição particularizada a cada um deles e, caso sua ocorrência se dê simultaneamente, devem os adicionais incidir também de modo cumulativo, haja vista que os fatos geradores do direito ao adicional são diversos.

As normas que tutelam a saúde do trabalhador são normas garantidoras da Dignidade da Pessoa Humana, tornando-a exigível, deixando de ser um mero aparato abstrato. Restringir a cumulatividade do adicional de insalubridade e periculosidade é ferir o próprio texto constitucional. Por fim, realizada esta análise da decisão recentemente proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, que, a nosso ver, trará grandes avanços nessa seara, passa-se a concluir a presente pesquisa.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O meio ambiente de trabalho é considerado um direito humano fundamental. Para que seja garantido ao trabalhador a efetiva dignidade humana do qual é merecedor, é extremamente necessário a garantia de um meio ambiente de trabalho digno, a ser exercido em local equilibrado e que preserve sua vida e sua saúde.

Pode haver ocasiões em que os trabalhadores estão submetidos a ambientes de trabalho que apresentam tanto agentes insalubres como perigosos de forma simultânea. Nesse caso, devem ser pagos ambos os adicionais, segundo entendimento proferido recentemente pelo Tribunal Superior do Trabalho, haja vista que os fatos geradores dos direitos ao recebimento dos respectivos adicionais são diversos.

Entretanto, erroneamente, o entendimento era que o trabalhador exposto a condições de trabalho envolvendo agentes insalubres e perigosos de forma concomitante deveria optar apenas por um dos adicionais, cuja interpretação decorre do art. 193 § 2º da CLT, que é realizada de forma restritiva e portanto, descabida aos casos concretos atuais.

Tem-se, portanto, que o dispositivo previsto no art. 193 § 2º da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Deve-se, contudo, analisar o fato partindo de uma análise da norma mais benéfica ao trabalhador, sob à égide do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Proteção e da Primazia da Realidade. Assim, os adicionais de insalubridade e periculosidade devem incidir cumulativamente se o trabalhador estiver exposto concomitantemente aos fatos geradores da insalubridade e da periculosidade.

**THE POSSIBILITY OF ACCUMULATION OF THE ADDITIONAL INSALUBRITY AND DANGEROUSNESS UNDER  
THE CURRENT UNDERTANDING OF THE WORK'S SUPREME COURT**

**ABSTRACT**

*The right to a working environment, to be guaranteed to workers in a balanced way, it is a fundamental right of third dimension. It is right to have his life and protected health by ensuring a healthy and safe place to perform work activities worker. Thus, the large discussion concerns the worker subjected to unhealthy and dangerous environment concurrently, which lies in the question of the right even if the additional receiving respective cumulative manner. Performing an exhaustive interpretation of art. 193 § 2, the worker simultaneously exposed to unhealthy and dangerous conditions could pick only one of the additional. Misunderstanding, which which the Superior Labor Court has recently expressed himself. The premise should be interpreted from the perspective of the principle of Human Dignity, the Primacy of Reality and protection, as well as willing constitutional provisions in art. 5, caput and art. 7, sections and XXIII XXIII. Additional for unhealthy and hazardous are due and must be paid a combined form if the worker is exposed to unhealthy and dangerous work environment. Therefore, the possibility of the aforementioned aggregation is justified by virtue of the triggering events of the rights are different. Not to be spoken in bis in idem. In the case of unhealthiness, the value in question is the health of the worker, given the hazardous conditions present in the work environment; already dangerous translates imminently hazardous situation that, once occurred, may claim the lives of workers. Thus, cumulation is a way to protect the lives of workers. Keywords: Work Environment. Additional Remuneration. Additional for Unhealthy. Cumulative. Preservation of the right to life. Dignity of the Human Person.*

**REFERÊNCIAS**

- BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBA, Orides. *Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.
- BANDEIRA, Márcio Roberto Fernandes. A cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade e direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*, ano 14, p. 280-301, 2011.
- BESSA, Leonardo Rodrigues Itacaramby. *Direito Ambiental do Trabalho*. Contribuições da Justiça Ambiental. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 04 mar. 2013.
- BRASIL. Decreto Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 maio 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2014.
- BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 set. 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 10 set. 2014.
- BRASIL. Lei n. 12.740, de 08 de dezembro de 2012. Altera o art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de redefinir os critérios para caracterização das atividades ou operações perigosas, e revoga a Lei n. 7.369, de 20 de setembro de 1985. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 dez. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12740.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12740.htm#art3)>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 12.997, de 18 de junho de 2014. Acrescenta § 4o ao art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1o de maio de 1943, para considerar perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 jun. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12997.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12997.htm)>. Acesso em: 14 out. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 347 da SDI-I, de 25 de abr. de 2007. É devido o adicional de periculosidade aos empregados cabistas, instaladores e reparadores de linhas e aparelhos de empresas de telefonia, desde que, no exercício de suas funções, fiquem expostos a condições de risco equivalente ao do trabalho exercido em contato com sistema elétrico de potência. *Diário Eletrônico de Justiça*, Brasília, DF, 29 abr. 2007. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 08 set. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1072-72.2011.5.02.0384. Relator: Cláudio Brandão. Órgão Julgador: Sétima Turma. Julgamento em: 14 set. 2014. *Jus Brasil*, 03 out. 2014. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=A40464948A6F929F756858ED41CD3057.tst32?conscsjt=&numeroTst=1072&digitoTst=72&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0384&consulta=Consultar>>. Acesso em: 14 out. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 39, de 19 de nov. de 2003. Os empregados que operam em bomba de gasolina têm direito ao adicional de periculosidade (Lei nº 2.573, de 15.08.1955). *Diário Eletrônico de Justiça*, Brasília, DF, 25 nov. 2003. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 08 set. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 361, de 19 de nov. de 2003. O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, porque a Lei nº 7.369, de 20.09.1985, não estabeleceu nenhuma proporcionalidade em relação ao seu pagamento. *Diário Eletrônico de Justiça*, Brasília, DF, 25 nov. 2003. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 08 set. 2013.

CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELO, Raimundo Simão de. Dignidade Humana e Meio Ambiente do Trabalho. *Boletim Científico*. Escola Superior do Ministério Público, Brasília, ano 4, n. 14, p. 87-108, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/dignidade-humana-e-meio-ambiente-do-trabalho>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Monica Maria Lauzid de. *O direito à saúde e segurança no meio ambiente do trabalho: proteção, fiscalização e efetividade normativa*. São Paulo: LTr, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A Defesa Processual do Meio Ambiente do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 63, n. 5, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972*. 1972. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 10 set. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.  
ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas relações de Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho para concursos públicos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 8. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio-ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.



# A PROBLEMÁTICA DA LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO TENDO COMO BALIZADOR O CRITÉRIO DE ANÁLISE DA ATIVIDADE-FIM E A ATIVIDADE-MEIO DA TOMADORA<sup>1</sup>

André Rodrigues\*  
Rogério Gesta Leal\*\*

## RESUMO

O presente trabalho trata sobre a problemática da licitude da terceirização tendo como balizador o critério de análise da atividade-fim e a atividade-meio da tomadora. Para tanto, foram abordadas as aproximações contextuais entre o neoliberalismo, a globalização e a flexibilização no Direito do Trabalho, denotando não se tratar a flexibilização de um fenômeno casual. Foram analisadas as virtudes e defeitos da flexibilização, assim como os pressupostos que importam em garantir os direitos sociais fundamentais dos empregados. O trabalho se propôs, ainda, a tratar do conceito da terceirização, dos aspectos positivos e negativos da terceirização, assim como os motivos que levam, com mais incidência, a sua utilização por parte das empresas e da Administração Pública. Finalmente, a pesquisa demonstrou que o critério balizador para definir a (i)licitude da terceirização, qual seja, a análise da atividade-fim e atividade-meio da tomadora, por si só, se mostra inconsistente, havendo necessidade de regulamentação, por meio de lei, sobre os estritos limites da terceirização e a responsabilização da tomadora. Para o desenvolvimento do trabalho, foi utilizado o método dedutivo.

Palavras-chave: Terceirização. Atividade-fim. Licitude. Direito do Trabalho

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral tratar sobre o problema da ilicitude da terceirização tendo como balizador o critério de análise da atividade-fim e atividade-meio da tomadora, visto que existem algumas divergências sobre a caracterização do que seria atividade-fim, assim como há vozes que advogam a licitude da terceirização em atividade-fim.

O tema é de grande relevância visto que, embora inexista legislação esmiuçando os contornos da legalidade da terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho sumulou entendimento que estabelece algumas diretrizes, não suficientes para resolver algumas questões práticas.

Neste rumo, o trabalho inicia tratando sobre as aproximações contextuais entre o neoliberalismo, a globalização e a flexibilização no Direito do Trabalho, a fim de demonstrar que existem estreitas ligações entre tais fenômenos que oportunizam compreender o que está por trás da flexibilização trabalhista.

---

\* Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto de pesquisas e estudos jurídicos; Advogado; andrerodrigues@tcheturbo.com.br

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor e pesquisador do programa de pesquisa, extensão e pós-graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina; gestaleal@gmail.com

<sup>1</sup> Este artigo é resultante das atividades de pesquisa na disciplina “Direito Fundamental ao trabalho digno” no Programa de Pós Graduação da Unoesc - Chapecó

Em seguida, serão tratados sobre os possíveis benefícios e prejuízos da flexibilização, ocasião em que se buscará abordar a noção de flexibilização e quais os requisitos que importam em uma flexibilização menos agressiva aos trabalhadores, preservando os direitos fundamentais sociais.

A terceirização, como forma de flexibilização trabalhista, tem sido corriqueiramente utilizada pelas empresas e pelo poder público, motivo pelo qual se faz necessário averiguar as suas supostas vantagens e desvantagens, assim como o porquê da sua cada vez maior utilização, nos dias de hoje.

O último item deste trabalho busca investigar o que é atividade-meio e atividade-fim em matéria de terceirização, ocasião em que serão problematizadas algumas questões que importam em licitude ou não da terceirização, a partir deste critério, e, por consectário, se ele é suficiente, atualmente, para definir a (i)licitude da terceirização.

Por certo, o presente trabalho não tem o propósito de esmiuçar todas as questões que se propõe a tratar, porém, certamente, oportunizará revisitar alguns temas atuais e tão caros em matéria de Direito do Trabalho, além de obter algumas respostas, ainda que provisórias, especialmente sobre a problemática da flexibilização e da terceirização.

## **2 APROXIMAÇÕES CONTEXTUAIS ENTRE O NEOLIBERALISMO, A GLOBALIZAÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO**

A flexibilização no Direito do Trabalho constitui uma realidade que tem laços estreitos com o modelo de estado adotado. Para compreender o fenômeno da flexibilização não se pode desconsiderar fatores históricos que desencadearam no neoliberalismo que, por sua vez, é o grande propulsor da mudança de postura das empresas e do Estado.

Advoga-se, atualmente, que o Direito do Trabalho passa por um momento de “crise”, visto que alguns setores da sociedade vêm defendendo que a legislação trabalhista é arcaica e extremamente protetora, não estimulante do surgimento de novos postos de trabalho, além de impor um custo elevado para as empresas, debate que, em passado não tão remoto, não colocava “em cheque” os direitos fundamentais sociais.

Neste aspecto, a maioria dos Estados Democráticos de Direito passaram a estabelecer, em suas constituições, direitos fundamentais sociais, especialmente após a consagração dos princípios universais do Direito do Trabalho pelo Tratado de Versalhes, o que importou na intervenção do Estado na relação entre capital e trabalho (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 108).

A Segunda Guerra Mundial foi responsável por paralisar a implantação dos direitos sociais fundamentais. Entretanto, ao seu término, ocorreu um movimento inverso aos seus efeitos nefastos, visto que começou a formar-se o denominado “Estado do bem-estar social”, assegurado e promovedor de direitos sociais, por meio de atividade estatal intervencionista. Neste período, há uma tendência de o Estado participar mais ativamente do cotidiano da comunidade, através de uma política mais intervencionista para ordenar recursos e procedimentos econômicos voltados à sobrevivência civil. (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 108).

Dentre os ramos que sofreram intervenção do Estado, temos o Direito do Trabalho, notadamente visando a proteção dos direitos sociais, estabelecendo garantias de proteção da classe oprimida em face da classe dominante.

Destaca-se, após a Segunda Guerra Mundial, normas relevantes em matéria de proteção dos direitos sociais, notadamente a Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, e a Encíclica “*Mater ET. Magistra*” (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 109).

Todavia, com o passar dos anos, o poder econômico não se mostrava mais satisfeito, em vista a inexistência ou insuficiência do lucro, o que motivou alterações no processo do trabalho, representadas pelos modelos “fordista” e “taylorista” de produção de massa, renovando a forma de exploração da mão-de-obra.

Goldschmidt (2009, p. 109) destaca que o poder econômico incompatibilizou-se com os dois projetos sociais, econômicos e políticos: o capitalismo como forma de produção e a implementação do bem-estar social. Isso teria acarretado a saturação dos mercados internos, consistente em um cenário de grande oferta e pouca procura, reduzindo a margem de lucro. Paralelamente a isto, refere que os direitos sociais reconhecidos implicavam em custos para a empresa, aumentando a carga fiscal e parafiscal. Por isso, as alterações passaram a ocorrer no processo de trabalho dentro das fábricas, representados pelos modelos “taylorista” e “fordista” de produção de massa, que renovou o mecanismo da grande produção da mais-valia.<sup>2</sup>

Jungido a isso, a crise do Petróleo, em 1973, culminou com a alta inflação e a estagnação do crescimento econômico, passando o mundo a vivenciar uma grande recessão que exigiu mudanças e permitiu a propagação da idéia de que o Estado estava inflado e deficitário, defendendo-se a sua urgente diminuição (Estado mínimo), o que encontrou terreno fértil para o neoliberalismo (um liberalismo que vigia na Revolução Industrial com uma nova roupagem) (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 110).

O liberalismo clássico, na sua faceta econômica, defendia que os homens nasciam iguais em direitos e oportunidades, devendo buscar, por si próprios, sua realização pessoal, ao passo que, na sua faceta jurídica, preconizava a não intervenção do Estado, a liberdade contratual e a força normativa do contrato.

O problema dessa idéia de liberdade de mercado, sem intervenção estatal, é a não adequação em sociedades nas quais se opera o forte desequilíbrio social, pois as partes não são materialmente iguais nem possuem a mesma capacidade econômica, uma vez que não discutem suas questões contratuais e econômicas em igualdade, o que, no campo do Direito do Trabalho, permite a exploração do empregado, como se viu no decorrer da história (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 111-112).

Para Goldschmidt (2009, p. 112), o neoliberalismo, enquanto reativação do liberalismo clássico econômico, tem diretivas mais agressivas, na medida que, pelo viés econômico, busca suprimir ou relativizar direitos trabalhistas fundamentais, assegurados pela Constituição Federal, em nome de uma alegada maior competitividade e eficiência no mercado internacional, com aumento de lucros e poder de influência.

A queda do Muro de Berlim é considerada o marco histórico da afirmação definitiva do neoliberalismo, pondo fim à dicotomia socialismo-capitalismo, abrindo portas para a expansão incondicional do capital para todos os cantos do planeta, o que pode ser visto com a transformação de empresas nacionais em multinacionais, a transformação do capitalismo produtivo em especulativo; a transformação em empresas anônimas, com capital flutuante; a internacionalização da economia.

<sup>2</sup> Os modelos “taylorista” e “fordista” consistiam na máxima racionalização do trabalho a fim de atingir o máximo de produtividade, o que exigiu uma nova estruturação salarial capaz de manter o poder aquisitivo do empregado (aumentando o custo da empresa), o que fazia girar a economia e, por sua vez, perpetuar um alto nível de consumo, fomentador do sistema (GOLDSCHMIDT, 2009 p. 110).

Goldschmidt (2009, p. 113) pondera que a ideologia neoliberal provocou a reestruturação do sistema capitalista, mediante o predomínio da circulação do capital produtivo, conectado ao fenômeno da globalização ou mundialização do capital. Outro aspecto marcante no neoliberalismo, segundo o autor, foram as transformações tecnológicas e as comunicações instantâneas e em massa que deram mais poder ao capital, juntamente com uma mídia manipuladora, formando uma sociedade de consumo em que o “ter” passou a significar mais que o “ser”.

Tais alterações não poupam sequer o próprio Estado. O Estado, por vezes, se curva ao poder do capital, o que se depreende dos casos em que a instalação de um empreendimento, pelo capital internacional, onde são estabelecidas condições, como vantagens tributárias, linhas de crédito a juros subsidiados, relativização de direitos trabalhistas, frouxidão de proteção ao meio ambiente, etc.

Junto com tais medidas, o “pacote” inclui questões políticas, como a privatização de estatais, a diminuição do espaço público e a ocupação de espaço pelos entes privados; a desregulamentação/flexibilização dos direitos sociais trabalhistas e previdenciários; estímulos à livre negociação entre patrões e empregados, com limitações à greve e ao poder de negociação sindical; a adoção de medidas que facilitassem a livre circulação do capital especulativo estrangeiro; a quebra dos monopólios estatais e das barreiras alfandegárias e a desregulamentação da economia, que passou a ser regida pela lei de mercado (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 114).

Para Cavalcanti (2008, p. 133), a velocidade das mudanças exigidas pelo novo paradigma tecnológico e a competitividade do mercado globalizado passaram a exigir significativa racionalização da mão-de-obra, o que impôs ao capital a necessidade de se promover demissões menos onerosas para não reduzir o seu potencial de investimento. Daí, a flexibilização da legislação trabalhista foi apresentada como saída, já que, na visão da (re)mercantilização do trabalho, a questão do emprego seria solucionada pelo próprio mercado, o que, como se verá adiante, não se confirmou.

Essa nova postura também inclui a pressão dos organismos de crédito internacional que, na justa medida da propagação do pensamento neoliberal, considera como influência decisiva a promoção da flexibilização do mercado do Direito do Trabalho.

Cavalcanti (2008, p. 134) pondera que, sob a égide do neoliberalismo, a flexibilização está centrada na eliminação, diminuição e substituição da norma protetora do trabalhador por outra norma mais favorável ao empregador, e não a adaptação da norma estatal para se quebrar a rigidez. O modelo de flexibilização está mais para retirar a proteção incidente sobre o contrato de trabalho, sujeitando à autonomia da vontade, que substitui o elemento heterônomo de proteção, relegando à eficácia econômica o valor supremo de perseguição da ideologia neoliberal, para a qual a rigidez das leis trabalhistas constitui-se em obstáculo intransponível. Isto constituiria o conflito entre concepção liberal e intervencionismo.

Nesta realidade, foi forjada a idéia de flexibilidade, entrando o Direito do Trabalho em profunda crise. Goldschmidt (2009, p. 114) destaca que, para a ideologia neoliberal, as normas trabalhistas são duras e inflexíveis, aumentando o custo da produção, razão pela qual devem ser flexibilizadas ou relativizadas, como forma de baratear a mão-de-obra e de viabilizar a competitividade das empresas.

No mesmo rumo, o autor (2009, p. 116) destaca que a ideologia neoliberal defende que a modernização e o desenvolvimento econômico dos países dependem apenas da capacidade dos governos de reformarem as estruturas econômicas de seus países com vistas a adaptá-los ao mundo

globalizado, ou seja, é imprescindível realizar as seguintes reformas econômicas: abrir a economia à concorrência internacional, propiciar ampla liberdade de movimento ao capital, desregular os mercados internos, em especial, o mercado de trabalho, e realizar uma ampla privatização das empresas estatais. As reformas econômicas devem permitir a maior liberdade possível ao capital em sua busca do lucro máximo, o que elevaria o crescimento econômico, reduziria o desemprego, eliminaria os desequilíbrios no comércio internacional, estabilizaria os preços e o próprio sistema econômico - economia próspera e eficiente.

Não se pode descurar que a globalização teve papel decisivo neste novo paradigma de Estado, influenciando decisivamente na flexibilização. A globalização, aliás, é uma espécie de “mãe” da terceirização.

Neste ponto, nas últimas décadas do século XX, especialmente a partir dos anos oitenta, o mundo assistiu a sensíveis modificações no modo de vida das pessoas, mudanças de ordem geográfica, econômica e política, que trouxeram o fim da bipolarização entre os Estados Unidos da América e a União Soviética, a criação de blocos econômicos regionais, a massificação dos meios de comunicação, o enfraquecimento da noção de soberania estatal, a fortaleza cada vez maior dos países ricos e a miserabilidade crescente dos países pobres (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 117).

Surge uma espécie de aldeia global, sem fronteiras nem limites, produto de uma planificação neoliberal que defende a livre circulação de capitais, o que, se de um lado, traz ínsito o avanço tecnológico e científico, de outro, exacerba as diferenças econômicas e sociais. Este cenário oportuniza que nações se protejam, formando blocos geopolíticos e celebrando acordos sob o controle de organizações internacionais (FMI, ONU, OMC, etc.), ao mesmo tempo que surgem novos centros de poder que agem em todos os níveis, do local ao global, estabelecendo normas e leis nacionais que podem contrariar os interesses públicos da sociedade civil (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 118).

Sob a ótica econômica, a globalização permitiu a formação de blocos regionais que fizeram surgir empresas transnacionais (multinacionais) que dominam a produção, o comércio e as finanças internacionais, sendo as diretrizes econômicas fixadas pelo mercado financeiro que, volátil, submete nações às incertezas de seus humores. A falta de uma regulamentação devida num âmbito cambial, com o advento da circulação eletrônica de valores, ocasionou maior evasão de divisas e a lavagem de dinheiro obtido por meios ilícitos, o que fomenta um crescente tráfico internacional de substâncias e entorpecentes.

Sob a ótica política, em vista a preocupação aos fenômenos e as conjunturas transnacionais, surge uma dificuldade dos Estados de programar políticas independentes de desenvolvimento, dirigidas às realidades locais. A ideologia da globalização conseguiu restaurar a separação da economia do domínio político, os governos ficando com uma baixa capacidade de regulação e controle, o que restringe o papel dos administradores do ajuste da economia no plano nacional, com o propósito de ganhar competitividade no mercado global e assegurar o clima de confiabilidade capaz de atrair investidores. Goldschmidt (2009, p. 120) aponta um paradoxo, visto que a integração regional pressupõe cessão da parcela da soberania. Quanto maior for o grau de desenvolvimento dessa integração, menor será a soberania e, neste sentido, tanto menores passam a ser as possibilidades de se formularem e de se implantarem políticas públicas e sociais internas.

Mas como o Direito do Trabalho é afetado pelo neoliberalismo e pela globalização?

O Direito do Trabalho recebe influências do discurso neoliberal e globalizante, o que se expressa pela chamada “flexibilização”. Para Goldschmidt (2009, p. 121), o ideário neoliberal

difunde um discurso de crise do Direito do Trabalho que importa em concluir que a intervenção estatal de proteção do trabalhador atrapalha a nova onda econômica, suprimindo o investimento e, por isso, acarretando a derrocada do emprego.<sup>3</sup>

Neste cenário, surgem alterações (e propostas) legislativas que, a pretexto de aumentarem a oferta de emprego e, por consequência, a melhor distribuição de renda e de bens, podem usurpar direitos e garantias laborais conquistadas ao longo da história da humanidade.

O problema deste processo é que se tem atribuído ao Direito do Trabalho a tarefa de superar as dificuldades enfrentadas pelo mercado e pelas empresas, quando, na verdade, as causas que levaram ao insucesso do poder econômico são outras.

Pode-se perceber que o neoliberalismo e a globalização têm laços estreitos com a flexibilização.<sup>4</sup> Existe uma ideologia da flexibilização que é desvendada mediante a análise da ideologia neoliberal.

Cumprir verificar, por outro lado, no que consiste a flexibilização e perquirir se é possível cogitar de vantagens, o que será tratado no item seguinte.

### 3 FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO: PROBLEMA OU SOLUÇÃO?

A flexibilização é definida, por Martins (2014, p. 26), como um conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho.

Para o autor, a tendência da flexibilização é decorrência do surgimento de novas tecnologias, da informática, da robotização, que mostram a passagem da era industrial para a pós-industrial, revelando uma expansão do setor terciário da economia. A flexibilização das normas de Direito do Trabalho visaria assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar direitos mínimos aos trabalhadores e a adaptação do negócio, mormente em épocas de crise econômica (MARTINS, 2014, p. 27-28).<sup>5</sup>

Um dos pressupostos da flexibilização, para Martins (2014, p. 28), é a atuação/participação do sindicato, pois assim como pode ser para melhor (redução da jornada), também pode ser feita para pior (aumento de jornada em turnos ininterruptos de revezamento ou redução de salários). Pondera ele que a flexibilização imprime menor rigidez da legislação, propiciando adap-

---

<sup>3</sup> No mesmo norte, Morato (2003, p. 109), para quem a utilização maciça dos termos flexibilização e desregulamentação surgiu com o fenômeno da globalização, na finalidade de defender a adequação de sistemas, institutos e princípios, tanto jurídicos, econômicos, quanto sociais às novas exigências de competitividade do mercado mundial.

<sup>4</sup> Cavalcanti (2008, p. 139-140) pontua que a desregulamentação ou desregulação e a flexibilização têm relação umbilical com o neoliberalismo, cujo núcleo é a redução da intervenção do Estado no mercado de trabalho. Refere que há um encadeamento casual entre o pensamento neoliberalismo e as propostas de flexibilização, de caráter ideológico, que atacam as bases de sustentação do Direito do Trabalho e o determinam como ramo intervencionista no plano das relações econômicas bilaterais do trabalho subordinado.

<sup>5</sup> No mesmo sentido, Morato (2003) afirma que a flexibilização surge com o discurso de afastar a rigidez legislativa a partir do novo cenário neoliberal e globalizante e procura-se justificá-lo pela crise econômica ou a busca por produtividade e margem de lucro maiores.

tações no trabalho, em razão de modificações sociais e econômicas, não podendo ser confundida com a desregulamentação.<sup>6</sup>

Goldschmidt (2009, p. 129) define flexibilização nos seguintes termos:

[...] movimento impulsionado pela ideologia neoliberal, que pretende suprimir ou relativizar as normas jurídicas que garantem a proteção do empregado na relação contratual com o seu empregador, com vistas a “baratear” a mão de obra e o “custo” da produção, viabilizando, pretensamente, a competitividade das empresas no mercado globalizado.

Destaca que o termo “flexibilidade”, em dicionários ortográficos, importa em qualidade do que é flexível, chamando a atenção para o vocábulo que encerra os sinônimos: “servilismo”. Para ele, a flexibilização é concebida no sentido de que o ordenamento jurídico se mantenha maleável, em detrimento da rigidez legal dos direitos sociais, por isso surge esta possibilidade de adaptabilidade constitucional dos direitos sociais às variantes do mercado de trabalho e às exigências de competitividade econômica e de modernização tecnológica das empresas privadas. (GOLDSCHIMIDT, 2009, p. 128-129)

Cavalcanti (2008, p. 130) ressalta que a flexibilização trabalhista radicaria numa situação passageira, temporária: como os ramos flexíveis de uma árvore que acompanham o ritmo dos ventos e das tempestades, sem, contudo, partirem-se, voltando à posição normal, a flexibilidade trabalhista também se curva “às ventanias sem perder a sua verticalidade do seu estado natural”, restaurando-se em sua forma original.

Segundo a autora (2008, p. 132), a flexibilidade sempre foi uma prática tolerada pelo Direito do Trabalho em todos os países, visto que este ramo está contato com a vida e tem características de adaptação a novas situações. O Direito do Trabalho está constantemente se reelaborando, o que decorre da própria dinâmica social, o que exige certo grau de flexibilização da lei como forma de adaptá-la à questões emergentes.

Nesta linha, Cavalcanti (2008, p. 133) define a flexibilização como uma forma de adaptação das regras trabalhistas à nova realidade das relações de trabalho, permitindo certo reordenamento do sistema jurídico, regulando de modo diverso as relações de trabalho, não no sentido de diminuição ou exclusão de regras positivadas.

Percebe-se que um dos problemas reside na tendência do pensamento liberalista em flexibilizar unilateralmente em favor da empresa, em predominância das leis econômicas vigentes, o que põe em risco os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

O que se está aqui a ponderar é que se mostra insustentável o discurso da flexibilização quando pretende meramente transferir aos trabalhadores os encargos decorrentes das dificul-

<sup>6</sup> A flexibilidade pressupõe a capacidade de adaptação das normas trabalhistas às novas relações de trabalho e a desregulação pressupõe eliminação de regras estatais trabalhistas. Enquanto a desregulação (também chamada de flexibilização unilateral), pode ser imposta pelo Estado ou pelo empregador com o fim de diminuir ou eliminar benefícios trabalhistas sem contrapartida, a flexibilização, a princípio, seria uma adaptação autônoma, negociada e condicionada a uma contraprestação específica dos direitos trabalhistas. Cavalcanti (2008, p. 131-132) pontua que a flexibilização não é o mesmo que desregulação, já que na primeira se regula de modo diverso o que está regulado. Conforme o grau de flexibilização, pode-se chegar a uma fratura da norma existente, resultando em desregulação.

dades enfrentadas pelo mercado e pelas empresas, tendo como norte as suas regras e o lucro, quando, sabidamente, outras questões interferem decisivamente nas dificuldades apresentadas.

O problema da flexibilização, no entender de Goldschmidt (2009, 141-142), é que ela reproduz e fomenta o quadro social, político, jurídico e ideológico anteriormente tratado. Suas implicações são o desmonte do Estado, a retirada de direitos, a desarticulação social, o individualismo e o consumismo. No plano trabalhista, teria sido forjada para suprimir ou relativizar direitos dos trabalhadores, visando uma falaciosa diminuição de custos e à retirada do Estado da relação entre capital e trabalho. Mais que reproduzir o *status quo*, agrava-o ainda mais, na medida que acentua o desemprego, o empobrecimento e a exclusão social, promovendo a retirada do Estado da relação de trabalho, deixando o trabalhador desprotegido, à mercê do capital.

Neste aspecto, Goldschmidt (2009, P. 142) apresenta um paradoxo, visto que, enquanto o neoliberalismo prega a retirada estatal das relações entre capital e o trabalho, o CDC, o ECA, A LDB, o novo Código Civil e o Estatuto do Idoso vêm dispendo de forma diversa, prevendo a intervenção do Estado nas relações jurídicas.

O Código Civil previu a função social do contrato. A LINDB também insere a função social na aplicação da lei (fins sociais). A Constituição, no art. 5º, incisos XXII e XXIII, tratou da função social da propriedade.

O fundamento de existência da função social do contrato é a promoção de uma sociedade solidária e a proteção da dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se em mais um instrumento que intenta proporcionar justiça ao caso concreto. Ela atua como condicionante da liberdade contratual. E é no Direito do Trabalho que a função social do contrato tem alguma aplicação prática, devendo o contrato de emprego alcançar o mais alto desenvolvimento: a função social do contrato levará os contratantes a abrandar a ganância pelo lucro sempre crescente, visualizando o contrato como veículo de justiça social, de dignidade, de solidariedade, de sociabilidade humana (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 144-145).

Por tal razão, Goldschmidt (2009, p. 145) contesta a ideologia neoliberal, pois a mesma promove o desmonte do Direito do Trabalho justamente porque este Direito é de resistência, que impõe limites ao capital, defendendo o trabalhador como sujeito de direitos e não como mero fator de produção. A proteção do trabalhador acarreta limites a lucratividade máxima.

Morato (2003, p. 115) pondera que o Direito do Trabalho apresenta, de forma pontual, legislação com tendências flexibilizadoras, fato que não tem o condão, no entanto, de torná-lo flexível.

Há, por outro lado, que defenda aspectos positivos da flexibilização. Cavalcanti (2008, p. 135), neste rumo, apresenta como aspecto positivo quando, associada às virtudes empresariais, significa agilidade empresarial, em oposição ao modelo fordista de produção e à rotina burocrática. Na seara do trabalho, possibilita a reinvenção das instituições para que o presente se torne descontínuo em relação ao passado.

Destaca, por outro lado, que a volatilidade da demanda do consumidor, próprio do capitalismo moderno, produz a especialização flexível da produção, motivando a rápida e variável colocação de produtos no mercado, e provocando a ausência de apego, a flexibilização do caráter, que colocam os empregados a jogar segundo as mesmas regras (CAVALCANTI, 2008, p. 135-136).

Este quadro pode se agravar ainda mais em vista a letargia de alguns Governos. A falta de compromisso social por parte dos Governos, a omissão quanto à criação de política de emprego

e formação profissional destinadas para as novas tecnologias, e a falta de empenho em descobrir novas atividades econômicas capazes de absorver a população desempregada e em processo de deterioração do nível de vida, acarretam a precarização da relação de trabalho (CAVALCANTI, 2008, p. 136).

Um outro aspecto, pouco relevado na discussão sobre a flexibilização, diz respeito aos pressupostos que a sua noção importa, notadamente a temporalidade e a circunstancialidade.

Ora, a flexibilização pressupõe situação de crise comprovada (circunstancialidade) e a capacidade de cedência temporária (temporalidade), presumindo-se a adaptação temporária da lei a uma situação contingente e emergencial.

Se isso não bastasse, impreterível a participação dos principais atores e uma disposição à negociação ganha-ganha, em que a cedência de um se dê mediante também a cedência do outro.

Neste ponto, Cavalcanti (2008, p. 138) defende que a flexibilização autêntica é circunstancial, transparente e responsável, confeccionando-se na mesa de negociações, conduzida pelos principais atores sociais - trabalhadores e empregadores - em atenção a questões conjunturais momentâneas. Enquanto neste cenário os trabalhadores podem obter compensações decorrentes de eventuais perdas no processo de flexibilização, na forma unilateral, não há qualquer garantia de que lhes sejam asseguradas eventuais reparações.

O que se percebe, no entanto, é um discurso que pretende tornar a flexibilização como regra, baseada, dentre outros motivos, na necessidade de criação de novos postos de trabalho.

Cavalcanti (2008, p. 142) chama a atenção para o discurso falacioso que prega que a flexibilização importa em distribuição de postos de trabalho. Tal alegação seria uma forma de arrogar ao Direito do Trabalho o papel fundamental de gerar empregos, argumento que é equivocado, já que este ramo surgiu com o intuito de conter o abuso econômico e não para regular o emprego, o que não significa dizer que ele não tem papel importante no desenvolvimento, como meio de distribuição de renda e de integração social-econômica.

A geração de empregos faz parte da dinâmica econômica com todas as suas variáveis (Estado, recursos e agentes econômicos produtores de emprego), e não apenas do Direito do Trabalho. Por isso, o Estado cumpre um papel importante, visto que, de forma isolada ou em parceria com outros setores, pode promover programas de formação para ocupados e desocupados.

O que se conclui é que a flexibilização, que deveria ser a exceção e ter aplicação circunstancial e temporária, é defendida como um novo paradigma para o Direito do Trabalho, colocando em risco os direitos fundamentais sociais trabalhistas já que, em determinadas situações, extirpa ou reduz substancialmente conquistas históricas.

Cavalcanti (2008, p. 144) destaca que a volta do liberalismo trouxe o avanço da flexibilização em termos ideológicos, superando valas culturais que a limitavam: quase todas as sociedades atuais tem se defendido o desaparecimento das garantias legais não mais como circunstancial e transitório, mas como um novo curso na evolução do Direito do Trabalho, o que resulta de um sistema de valores e idéias instalado propositalmente.

Estas críticas à flexibilização não importam em demonizar e afastar derradeiramente as formas flexibilização,<sup>7</sup> quer porque bons exemplos de flexibilização são apresentados, quer porque o Direito do Trabalho, enquanto fenômeno social, permite certa margem de flexibilidade, visando a atender situações excepcionais e momentâneas, sem que isso importe em desregulação.

Neste aspecto, Goldschmidt (2009, p. 145-147) pondera uma vertente híbrida da flexibilização, chamada “flexissegurança”, meio-termo entre a flexibilidade pura dos ingleses e a dos americanos, sendo os exemplos espanhol, holandês e dinamarquês dignos de nota. Na Dinamarca há uma espécie de triângulo de ouro: mercado de trabalho flexível, políticas ativas de mercado de trabalho e sistema indenizatório generoso. Em síntese, a flexissegurança seria um novo modelo social que busca diminuir os pontos de tensão entre flexibilização e o cunho protecionista do Direito do Trabalho, objetivando harmonizar a flexibilização com o princípio da proteção.

Afirma, por outro lado, que antes de se cogitar de um modelo que mescle proteção com flexibilidade, o que enseja um estágio mais avançado de consciência por parte de todos, é necessário defender e garantir os direitos mínimos dos trabalhadores, consubstanciados nos princípios do Direito do Trabalho. Antes de extinguir o Direito dos trabalhadores, é mister redimensioná-lo ao novo, sem contudo, perder de vista seus postulados fundantes (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 147-148).

Nesta linha de pensamento, podemos perceber que a flexibilização pode até ser necessária e benéfica, notadamente em situações pontuais, como ocorre nas situações de força maior e de dificuldades econômicas críticas da empresa (cabalmente comprovadas) que importem em desemprego dos trabalhadores.

Por outro lado, não se pode desprezar que a flexibilização importa em medidas transitórias e circunstanciais, não como um novo modelo a ser seguido pelo Direito do Trabalho, ramo que tem a sua razão de ser na proteção do empregado, sob pena de afastar conquistas históricas que beneficiam o homem.

O que se constata é que a flexibilização é apresentada como a solução do problema do emprego e da crise financeira das empresas, o que, no entanto, trata-se de um discurso distante

---

<sup>7</sup> Baseada em Uriarte, Goldschmidt aponta a seguinte classificação sobre a flexibilização:

I- Quanto à finalidade da flexibilidade: de proteção (no sentido de beneficiar o trabalhador, como no caso da norma mais benéfica), de adaptação (via negociação coletiva, adaptando-se às circunstâncias empresariais, todavia, de forma globalmente benéfica ao trabalhador) e de desregulamentação (consistente na supressão de direitos trabalhistas).

II- Quanto à fonte do direito flexibilizadora: heterônoma (imposta unilateralmente pelo Estado, por meio de lei) e autônoma (decorrente de negociação coletiva). Neste último caso, se atingiu o ápice no Brasil por meio do Projeto de Lei n. 5.483/2001, consiste em substituir o legislado pelo negociado, o que é notadamente pernicioso, especialmente em vista o enfraquecimento sindical atual.

III- Quanto à contrapartida: incondicional (os trabalhadores renunciam ou perdem direitos na esperança de que a conjuntura melhore) e a condicional (perde ou renuncia direito mas, em contrapartida, recebe uma contraprestação do empregador ou do Estado).

IV- Quanto à matéria ou instituto: interna (aspectos internos de uma relação de trabalho, como as situações do art. 7º, XIII e VI, da Constituição, ou do art. 469 da CLT) e externa (atinge as formas de contratação e de extinção do contrato de trabalho).

V- Quanto à conduta flexibilizadora do Estado: por ação (o estado edita normas que suprimem ou precarizam direitos trabalhistas consagrados, como a do art. 7º, incisos VI e XIII, da Constituição; da emenda constitucional n. 28 que igualou a prescrição entre os urbanos e rurais; o contrato a tempo parcial e o seu regime de férias; a flexibilização do salário in natura pelo Tribunal Superior do Trabalho, além das Súmulas 294, 342 e 85) e por omissão (quando o estado deixa de regulamentar direitos trabalhistas constitucionalmente previstos, como do art. 7º, I, XX, XXI, XXIII e XXVII) (op. cit., p. 130-135)

da realidade, que despreza os vários outros fatores, como a letargia governamental, que não desenvolve políticas públicas destinadas à criação de novos postos de emprego, a alta carga tributária impelida às empresas, dentre outros.

Sob o discurso da solução dos problemas, a flexibilização se tornou um caminho sem volta, trazendo reflexos na seara legislativa, administrativa e judicial.<sup>8</sup>

Dentre as formas de flexibilização, temos a terceirização,<sup>9</sup> que apresenta algumas celeumas, o que será objeto de debate no próximo item.

#### 4 A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO: VANTAGENS E DESVANTAGENS

Ramos (2001, p. 53-54) define a terceirização como um conceito emprestado da ciência da administração consistente em um método de gestão em que a execução de uma série de atividades é delegada a outrem, que fornece bens ou serviços a partir de uma relação de parceria; trata-se de uma relação trilateral, que envolve o tomador do serviço (terceirizante), o prestador do serviço ou fornecedor de bens (terceirizado) e os empregados da empresa prestadora ou fornecedora, assumindo, nesta, a terceirizada a figura de terceiro.

Martins (2014, p. 10) define terceirização como contratação de terceiro para a realização de atividades que não constituem, geralmente, o objeto principal da empresa, podendo constituir a produção de bens ou a prestação de serviços. Complementa, dizendo que é uma forma de contratação que vai agregar à atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio de outra. É reconhecida como uma forma de parceria, de objetivo comum, implicando ajuda mútua e complementariedade.

O que se depreende, de uma maneira geral, é o reconhecimento da doutrina de que a terceirização constitui uma relação triangular, envolvendo empregado, empresa prestadora de serviços e empresa tomadora/beneficiária, mediante a qual são repassadas da empresa tomadora serviços ou a produção de bens à empresa prestadora, normalmente vinculados à atividade-meio (também chamadas atividades acessórias ou de apoio).<sup>10</sup>

Os conceitos giram em torno das circunstâncias de serem repassadas atividades acessórias da empresa tomadora do serviço para execução por um contratado. É curioso notar que, no âmbito da ciência da administração, o conceito envolve uma idéia de parceria, notadamente entre a con-

<sup>8</sup> São vários os exemplos de leis flexibilizantes, como a do trabalho temporário (Lei n. 6.019/74) e do contrato a prazo determinado e do banco de horas da Lei n. 9.601/98. No campo administrativo, a terceirização tem sido a galinha dos ovos de ouro de certos administradores, afugentados pelos limites com a folha de pagamento impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. No campo judicial, várias Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho indicam esta linha flexibilizante, como as Súmulas n. 342 e 331. (nota do autor)

<sup>9</sup> Martins (2014, p. 27-29) pondera que a terceirização não deixa de ser uma forma de flexibilização trabalhista, visto que ela surgiu como uma forma de compatibilizar a eficácia econômica com novos métodos de gestão de mão de obra e também com as inovações tecnológicas.

<sup>10</sup> O uso do termo terceirização é controvertido. Alguns preferem utilizar o termo subcontratação, reconcentração, focalização, desverticalização, descentralização, exteriorização do emprego, parceria ou terciarização. Ramos (2001, p. 48) discute a pertinência do uso da expressão “terceirização”, visto que terceiro seria alguém estranho à relação jurídica, o que não aconteceria com a intermediação da mão-de-obra. Outros defendem a pertinência no sentido de que o empregado da empresa contratada é terceiro na relação jurídica formada entre esta e a empresa contratante. A autora entende que, no sentido de intermediação, é mais correto considerar terceiro a empresa contratada que é intermediária na relação entre a empresa tomadora dos serviços e os trabalhadores diretamente envolvidos na execução dos trabalhos.

tratada/tomadora e a beneficiária/tomadora. Por sua vez, no âmbito jurídico, se tem encontrado definições apontando que a terceirização é uma moderna técnica associada à transferência de atividades-meio da empresa, em busca de benefícios, como a eficiência (RAMOS, 2001, p. 49-51).

Ramos (2001, 48-49) afirma que a origem da terceirização seria nos Estados Unidos, durante a Segunda Guerra Mundial, como forma encontrada pela indústria para atender a enorme demanda de material bélico. No Brasil, a técnica teria sido trazida pelas multinacionais no setor automobilístico, nas décadas de 50 e 60, ganhando impulsos nos anos 70 no setor de serviços, especialmente com as empresas de limpeza e conservação e de segurança de estabelecimentos bancários.<sup>11</sup>

É imperioso salientar, neste sentido, que a terceirização não constitui uma obrigação, mas uma opção tomada pelas empresas e pelos entes públicos, visando algumas supostas vantagens.

O que se percebe, na atual realidade, é que a realização da terceirização tem sido amplamente utilizada pelas empresas e pelo poder público.

Neste ponto, Martins (2014, p. 1) destaca que a terceirização trata-se de uma realidade histórico-cultural, sendo que, em vista o mundo tender à especialização em todas as áreas, isso gera a terceirização, possibilitando que a empresa se aprimore na sua atividade, delegando a terceiros a prestação de serviços em que não se especializam.<sup>12</sup>

Ramos (2001, p. 47) refere que a terceirização é um fenômeno cada vez mais presente no Brasil, correspondente a uma forma de reorganização administrativa, através da qual, certas atividades de uma pessoa jurídica (pública ou privada), são transferidas para empresa contratada para esse fim.

E quais razões levam as empresas e o poder público a terceirizar os serviços ou a produção de bens?

Martins (2014, p. 31) alega que a terceirização é motivada pela necessidade de especialização e aperfeiçoamento das atividades produtivas. Aponta a tendência de modernização das relações empresariais, porém, salienta que suas vantagens e desvantagens decorrem da utilização correta pelos envolvidos.

Destaca, ainda, que a terceirização é uma opção nas mãos empresariais podendo acarretar agilidade, especialização naquilo que é importante para eles. O empresário não precisaria se preocupar com certas atividades (por vezes, dispendiosas ou ociosas), mas que fazem parte do seu todo operacional. Ela poderia ser uma forma de otimização do empreendimento, dedicando-se a empresa a seu real mister (MARTINS, 2014, p. 32).

Por sua vez, Ramos (2001, p. 56) ressalta que a competição empresarial, no mundo moderno, intensamente globalizado e avançado tecnologicamente, impõe o aperfeiçoamento de bens e

---

<sup>11</sup> No mesmo sentido, Martins (2014, p. 2) comenta que a idéia de terceirização surge no período pós Segunda Guerra Mundial, visto que as indústrias armamentistas, sobrecarregadas com a demanda, passaram a delegar a terceiros serviços, dando suporte ao aumento da produção de armas. Também refere que, no Brasil, foram as multinacionais, por volta de 1950, que trouxeram a terceirização, visando possibilitar que se dedicassem apenas com a essência do negócio, sendo um exemplo comum de terceirização a indústria automobilística que contratava terceiros (terceirizava) para produzirem componentes do automóvel. Destaca, por fim, que as empresas que desenvolviam a atividade de limpeza e conservação são consideradas também pioneiras na terceirização no nosso país, pois passaram a desenvolver isso a partir de 1967.

<sup>12</sup> A terceirização vem sendo largamente utilizada no mundo moderno, especialmente nos países da Europa, sendo recente em nosso país. Hoje, já se fala em quarteirização (gerenciamento das empresas terceirizadas, ou, terceirização gerenciada, onde uma empresa especializada é contratada para gerenciar empresas terceirizadas) (MARTINS, 2014, p. 4-8).

serviços, com a diminuição de custos. O aumento da produtividade levou empresas a um processo de especialização crescente e à contratação de terceiros para tudo que pudesse desviá-la da atividade principal, transformando a empresa, enquanto conglomerado vertical (em que todos os elementos integrantes do setor produtivo estão nele concentrados), em uma cédula enxuta (altamente especializada e volta para o aumento da produtividade como forma de sobrevivência no mercado).

Seguindo esta linha, a terceirização passaria a ser vista como um moderno meio de gestão da empresa, a que são atribuídas muitas vantagens, como o ganho de agilidade oriundo da substituição de custos fixos, decorrentes da manutenção, por vezes, ociosa de estruturas internas destinadas a atividade de apoio, por custos variáveis. Ainda, são apontados a diminuição de custos e a melhoria da qualidade do produto ou serviço, com o aparecimento de empresas altamente especializadas e com capacidade para dar respostas imediatas às necessidades dos clientes. Aponta-se, também, o aumento da produtividade, o aprimoramento do produto e a diminuição de custos (decorrentes, em especial, do corte de mão-de-obra e, por isso, da redução de encargos, além da redução do espaço físico, que acarretaria o reaproveitamento e o aumento da produção) (RAMOS, 2001, p. 57).

A terceirização tem sido utilizada, também, sob a alegação de que reduz custos da terceirizada, destacando-se, também, a especialização.

Ramos (2001, p. 58) aponta o barateamento dos custos da terceirizada, a partir da economia de escala, o que oportunizaria a focalização na atividade principal. Em suma, defende que a terceirização acarretaria a especialização da empresa naquilo que é a sua vocação efetiva; a simplificação da estrutura empresarial, inclusive com o número de empregados; a diminuição de custos e aumento da qualidade do produto; o incremento à criação e ao desenvolvimento de pequenas e médias empresas.

Martins (2014, p. 32-34) arrola várias vantagens atribuídas na terceirização, quer para a empresa, quer para o próprio empregado, tendo o cuidado de também apontar algumas desvantagens.

Neste aspecto, como vantagens da terceirização aponta: melhorar a qualidade do produto ou serviço, produtividade, diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, redução do preço final do produto ou serviço, desburocratização e simplificação na estrutura organizacional da empresa, competitividade e centralização de esforços na área para a qual tem vocação específica, redução de custos fixos (transformando-os em variáveis), aumento do lucro, eficiência e eficácia, melhoria de condições laborais e ambientais (diminuição de aglomeração de pessoas num mesmo local), criação de empregos, aumento da arrecadação de impostos.

Quanto a vantagens para o trabalhador, refere que poderia oportunizar a ele adquirir e laborar no negócio próprio, independência na prestação de serviços, maior motivação para produzir, desenvolvimento do lado empreendedor.

Como desvantagens ao trabalhador, alude a perda do emprego e de benefícios sociais decorrentes do contrato de trabalho, poder passar a laborar num ambiente degradado, deslocamento para regiões não industrializadas, contratação de salários inferiores, sujeição a empresas inidôneas financeiramente.

Para a empresa, por sua vez, as desvantagens, além da responsabilização pelo inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora, destaca a maior dependência de terceiro, o risco de escolha de parceiros inadequados e a custo de demissões e o aumento de acidentes de trabalho (vez que os terceirizados trabalhariam mais).

Goldschmidt (2009, p. 125-128) refere que um dos maiores propósitos da terceirização é ter quem trabalhe, a baixo custo, sem que haja vínculo de emprego direto com o tomador de serviços. Aduz que, ainda que a terceirização, *a priori*, não produza extinção de postos de trabalho, desmancha arranjo de proteção dos direitos sociais, diluindo as garantias constitucionais do trabalhador, motivo pelo qual entende que o problema é que o processo retira o mínimo de direitos e garantias positivados constitucional e infraconstitucionalmente.

Na Administração Pública, algumas vantagens são apontadas para a realização da terceirização.<sup>13</sup>

Neste sentido, é referida a redução da burocracia estatal, oportunizando que a Administração desenvolva apenas a atividade em que é especializada, deixando atividades secundárias nas mãos dos particulares, que é mais eficiente. Martins (2014, p. 143) afirma que não podem ser terceirizados serviços que são peculiares à Administração Pública, como de justiça, segurança pública, fiscalização, diplomacia, etc.

Afirma, ainda, que a terceirização tem sido utilizada por administradores públicos para observar os limites de gastos com servidores (60% da receita), de que trata a Lei complementar n. 82, de 27 de março de 1995. O § 1º do art. 18 da Lei Complementar n. 101, de 4-5-2000, admitiria a terceirização, dispondo que a contabilização seria como “outras despesas de pessoal”. (MARTINS, 2014, p. 144).

O que se assevera, na atualidade, é o aumento da terceirização pelas empresas e pelo poder público, amparado, especialmente, na redução de custos, na especialização e na redução da estrutura empresarial.

Não se pode negar que a empresa e o poder público não são obrigados a terceirizar, mas, por uma opção, podem preferir a prestação de serviços ou a produção de bens por terceiros.

Ocorre que, ao terceirizar, a empresa e o poder público não se eximem (ao menos, absolutamente) da responsabilidade pelo inadimplemento de verbas trabalhistas,<sup>14</sup> se não bastasse que, em alguns casos, pode eclodir a responsabilização civil envolvendo acidente de trabalho.

Algumas questões ainda se mostram tormentosas em matéria de terceirização, como a terceirização em atividade-fim como critério balizador para o reconhecimento da ilicitude, o que será objeto do próximo tópico.

## **5 A PROBLEMÁTICA DA LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO TENDO COMO BALIZADOR O CRITÉRIO DE ANÁLISE DA ATIVIDADE-FIM E A ATIVIDADE-MEIO DA TOMADORA**

Não existe, no ordenamento jurídico pátrio, regulação legal para a terceirização, tendo incumbido à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, com base na Súmula n. 331, estabelecer alguns critérios.

Neste ponto, a possibilidade da terceirização em atividade-fim tem sido um dos embates sobre a legalidade ou não do procedimento (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 126).

---

<sup>13</sup> É admitida a terceirização na Administração Pública, como ocorre na coleta de lixo e transporte público, além de outras atividades (gás, água, energia elétrica, distribuição de contas, etc.) (MARTINS, 2014, p. 142).

<sup>14</sup> Neste ponto, o Tribunal Superior do Trabalho fixou entendimento, por meio da Súmula n. 331, reconhecendo a responsabilidade subsidiária da tomadora, sendo que, em se tratando de Administração Pública, segundo atual entendimento, exige-se a prova da culpa. (nota do autor)

A Súmula n. 331 do TST foi precedida da Súmula n. 256, tendo, atualmente, a seguinte redação:

**SÚMULA 331 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011**

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidades subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (BRASIL, 2011).

Em vista a omissão legislativa, a Súmula 331 passou a ser uma espécie de norma, tendo uma certa feição de lei em matéria de terceirização.

A aludida súmula, dentre outras questões, tornou legal a contratação mediante interposta pessoa somente mediante o contrato de trabalho temporário da Lei n. 6019/74, permitindo, ainda, a terceirização em se tratando de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

A questão que se propõe a discutir, neste espaço, é quanto à (i)lícitude da terceirização em atividade-fim, já que a matéria apresenta grandes divergências, apontadas, especialmente, pela doutrina.

Neste sentido, alguns doutrinadores, embora admitam que a Súmula 331, no verbete III, reconheça a ilicitude da terceirização em atividade-fim, defendem inconsistente o critério de ilegalidade atribuído à atividade-fim, já que existem vários exemplos de terceirização, em atividade-fim, que não tem ensejado ilicitude.

Martins (2014, p. 37) afirma que podem ser terceirizadas atividades acessórias (limpeza, alimentação, transporte de funcionários, vigilância, etc.), atividades-meio (departamento de pessoal, manutenção de máquinas, contabilidade) e, inclusive, em atividades-fim (produção, vendas, transporte dos produtos, etc.). Refere que empresas têm terceirizado atividades de vigilância,

limpeza, conservação, manutenção predial, montagem, fornecimento e entrega de cestas básicas, previdência privada, assistência jurídica e contábil, assistência médica, seleção de pessoal e recursos humanos, treinamento de funcionários, auditoria, fornecimento e preparação de alimentos a funcionários (restaurantes), transporte de funcionários, informática, seguros, gráfica, etc., correspondentes à atividade-meio da empresa.

Cita, também, o transporte de malotes dos bancos, a frota de veículos da empresa, transporte de produtos e de funcionários. Refere que as editoras terceirizam a leitura e revisão de livros e a digitação, diagramação e composição, impressão e acabamento. No ramo eletrônico, aponta a fabricação de componentes, como a fiação (MARTINS, 2014, p. 39).

O autor entende que certas atividades-fim podem ser terceirizadas, principalmente quando envolvem produção, como ocorre na indústria automobilística, ou na compensação de cheques, em que a compensação pode ser conferida a terceiros, por abranger operações interbancárias. Para a licitude da terceirização em atividade-fim, no entanto, entende que é indispensável a especialização da empresa prestadora e a inexistência de pessoalidade e subordinação direta. E porque o autor defende a terceirização em atividade-fim? Visto o princípio da livre iniciativa, contido no art. 170 da Constituição Federal, além de alguns exemplos de terceirização bem sucedidas, como da indústria automobilística e das costureiras que prestam serviços como autônomas na residência para empresas de confecções. Por isso, defende que incumbiria ao empresário definir quais áreas pretende terceirizar (MARTINS, 2014, p. 130-132).

No mesmo rumo, Ramos (2001, p. 51-52) defende a possibilidade de terceirização em atividades-fim, citando como exemplos a indústria automobilística, a indústria têxtil, a indústria gráfica, a multinacional Nike. A justificativa da autora, para a admissão em atividade-fim, reside na relativização da identificação propriamente dita da atividade-fim da empresa, por isso, por exemplo, que a atividade-fim das grandes indústrias de automóveis não é a fabricação destes, mas a mera montagem das peças produzidas por diferentes fornecedores. No mesmo norte, pondera que a atividade-fim de uma empresa telefônica é a coordenação da atividade operacional de instalação e manutenção do serviço, delegando-se a execução das demais atividades a terceiros.

Ramos (2001, p. 53) defende a idéia de restrição do conceito de atividade-fim, ou seja, somente reconhecida quando ligado ao cerne do negócio, que diferencia efetivamente dado bem ou serviço dos demais existentes no mercado. Aduz, por outro lado, que esta distinção tem relevância apenas para distinguir a terceirização lícita da ilícita no seio do Direito do Trabalho e sua repercussão na individualização do vínculo de emprego.

Por isso, conclui que a distinção entre atividade-meio e atividade-fim longe está de ser objetiva, não constituindo pilar seguro para definir a diferença entre terceirização lícita e ilícita (RAMOS, 2001, p. 70).<sup>15</sup>

Martins (2014, p. 131) define atividade-fim como a que se refere aos objetivos da empresa, incluindo a produção de bens ou serviços, a comercialização etc. Seria a atividade central, nuclear, essencial, da empresa, direta, de seu objeto social. É a atividade em que a empresa concentra seu mister, na qual é especializada. Por sua vez, atividade-meio é aquela que não coincide com seus fins principais, não essencial, secundária, não atinente ao seu objeto central.

---

<sup>15</sup> Ramos (2001, p. 71) entende, por isso, ser inconsistente o critério atividade-meio/atividade-fim para diferenciar a terceirização lícita da ilícita.

Em vista disso, afirma a existência de casos em que a atividade-fim da empresa se transforma em atividade acessória, em virtude de mudanças tecnológicas (MARTINS, 2014, p. 133).<sup>16</sup>

Ramos (2001, p. 70), na mesma linha, pondera que há casos bem sucedidos de terceirização envolvendo atividade principal da empresa que não afrontam o direito, como no caso da indústria têxtil, em que cada empresa acrescenta, ao bem, sua especialidade, por isso, pondera que a atividade-fim, no caso, deixa de abranger a integralidade do produto para concentrar-se num estágio do ciclo produtivo.

Também pontua que alguns autores identificam, dentre as atividades-fim, aquelas que apresentam um grau de autonomia e especialização suficiente para justificar a contratação de terceiros, pois a terceirização se desenvolveu em função da necessidade de empresas maiores contarem com a parceria de empresas menores especializadas em determinado processo tecnológico (RAMOS, 2001, p. 70).

Um outro aspecto que os autores relevam para a licitude da terceirização em atividade-fim é verificar se a terceirização é para o fornecimento de bens ou para a prestação de serviços.

Nesta linha, quando envolver o fornecimento de bens, a terceirização seria lícita, ainda que atinente à atividade-fim da contratante. Por outro lado, dúvidas surgiriam quanto à regularidade do processo se o contrato envolver exclusivamente a prestação de mão-de-obra cuja atuação coincida com a atividade-fim da tomadora dos serviços (RAMOS, 2001, p. 71).

Afirmando a inconsistência da análise da ilicitude na discussão atividade-meio/atividade-fim, a autora acrescenta que, uma vez presentes a especialização do trabalho, a direção da atividade pelo fornecedor, a idoneidade econômica e a inexistência de fraude, é irrelevante que a terceirização atinja a atividade-fim da terceirizante. Destaca a importância de que o serviço seja especializado, a fim de coibir fraudes. Ou seja, a empresa prestadora de serviços deve ser especializada naquele tipo de serviço, deve ter capacitação e uma organização para a realização do serviço a que se propõe. Uma infinidade de atividades no contrato social poderiam ensejar indícios de mera intermediação ilegal ou tráfico de mão-de-obra, especialmente se houver finalidade lucrativa (RAMOS, 2001, p. 71-74).

As questões colocadas pelos aludidos autores bem denotam os problemas quanto à análise da (i)licitude da terceirização pelo critério da atividade-meio e atividade-fim.

Neste sentido, quando a terceirização envolve a prestação de serviços para a empresa tomadora, parece não haver maiores problemas, visto que, se realizada em atividade-fim, importaria em ilicitude e, por consectário, de acordo com a Súmula n. 331, o vínculo empregatício se formaria diretamente com a tomadora de serviços. Em se tratando de atividade-meio, se limitaria a responsabilização subsidiária da tomadora pelas verbas do contrato de trabalho.

A maior dificuldade reside quando envolve o fornecimento de produtos/peças, especialmente no caso de peças componentes para a fabricação do produto final, vez que isso envolve discutir se seria caso de terceirização e, em sendo, se importaria nos efeitos da Súmula (a responsabilização da tomadora).

---

<sup>16</sup> No mesmo rumo, Ramos (2001, p. 71) pondera que alguns entendem que é relativa a distinção entre atividade-fim e atividade-meio, notadamente em vista a rápida mutação das técnicas de produção que pode transformar em acessória atividade tradicionalmente integrada aos objetivos empresariais. (op. cit., p. 71)

Digo isso porque, em alguns casos, os tribunais sequer cogitam de responsabilidade, por entenderem que se refere a uma relação comercial, sendo inaplicável, por isso, os efeitos da Súmula n. 331 do TST.

Neste ponto, exemplos animam este debate, oriundos do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região que, em relação à fabricação de solados de calçados, já entendeu ser inaplicável os efeitos da Súmula 331 do TST sob a justificativa de que se tratava de relação comercial entre as empresas - compra e venda de solado de calçado - ressaltando a inexistência de ingerência pela tomadora e a ausência de exclusividade da prestadora também como fatores determinantes para excluir qualquer responsabilidade.<sup>17</sup>

Parece claro que, nestas decisões, se verifica caso de terceirização, atinente ao fornecimento de bens (produção de peças destinadas ao produto final montado pela tomadora dos serviços). Se não em atividade-fim, com base na lição dos doutrinadores anteriormente citados, ao menos, em atividade-meio, se considerado que a atividade-fim da tomadora era a montagem do produto final.

O curioso deste entendimento é que não houve reconhecimento de ilicitude da terceirização, muito menos de responsabilidade, justificando o Tribunal Regional que se tratava de uma “relação negocial” (pergunto: o que é a terceirização senão uma relação negocial entre tomadora e prestadora?), e em vista que a fornecedora de produtos não o fazia com exclusividade para a tomadora (o que ocorre na maioria dos casos de terceirização), nem havia ingerência por parte da compradora dos produtos (o que também é um pressuposto das terceirizações).

Neste ponto, é possível indagar: agiu adequadamente o Tribunal Regional? O critério de atividade-fim e atividade-meio é suficiente para definir licitude ou ilicitude? Impor responsabilização ou não?

O que me parece é que, em alguns casos, é complexo definir o que é atividade-meio e o que é atividade-fim.

Se isso não bastasse, em algumas situações, mesmo em se tratando de atividade-fim, especialmente na produção de bens/peças, não parece haver ilicitude na terceirização, especialmente quando a prestadora é uma empresa especializada com dinâmica empresarial própria, assim como ausentes o intuito de fraudar.

---

<sup>17</sup> Neste sentido, decisões disponíveis no sitio [www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br), como a que segue: Responsabilidade subsidiária. Fabricação de solados de calçados. Relação de natureza comercial entre as empresas. Caso em que não se aplica o entendimento da Súmula n. 331, IV, do TST. Hipótese em que a relação entre as empresas era meramente comercial - de compra e venda de peças ou componentes para a fabricação do produto final -, não ensejando a condenação solidária ou subsidiária das empresas “compradoras” dos produtos da 1ª reclamada pelos créditos não adimplidos à trabalhadora. Inaplicabilidade da orientação contida na Súmula n. 331, IV, do TST. O inadimplemento do contratado em relação a obrigações assumidas como empregador não pode ser visto como causa exclusiva ou suficiente para a responsabilização subsidiária do contratante numa relação comercial, sob pena de se estabelecer uma complexa cadeia de responsabilidades mútuas no seio da atividade econômica, sem qualquer respaldo no sistema jurídico. Decisão alicerçada em precedentes jurisprudenciais desta e de outras Turmas deste Tribunal Regional. Sentença mantida. Recurso da reclamante não provido. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Também: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E/OU SUBSIDIÁRIA. Quando a relação jurídica havida entre a primeira reclamada e as demais é de natureza eminentemente comercial, envolvendo a compra e venda de solados de calçados, sem exclusividade, descabe a aplicação do entendimento contido na Súmula do TST nº 331, inciso IV, não sendo também a hipótese de grupo econômico. Recurso do reclamante não provido (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

Isso não significa advogar, no entanto, a ausência de responsabilização da tomadora, já que a empresa que se beneficia (obtem os bônus), também deve arcar com os riscos (os ônus), se não bastasse que o princípio de proteção e outros fundamentos constitucionais (como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade justa e solidária) impõe um mínimo de proteção do empregado.

Vê-se, portanto, que, sob esta ótica, o critério atividade-meio e atividade-fim não é tão seguro para definir a (i)licitude da terceirização, notadamente para ensejar o reconhecimento do vínculo de emprego e a condenação solidária de que trata a Súmula n. 331 do TST, motivo pelo qual surge a necessidade de se regulamentar, mediante regras claras e precisas, o contorno sobre o debate da (i)licitude da terceirização e da abrangência da responsabilização da tomadora.

## 6 CONCLUSÃO

Ao concluir este trabalho, é preciso tratar sobre as principais idéias nele desenvolvidas.

Foi possível perceber que existe uma aproximação contextual entre o neoliberalismo, a globalização e a flexibilização trabalhista.

A ideologia neoliberal provocou a reestruturação do sistema capitalista, mediante o domínio da circulação do capital produtivo, conectado ao fenômeno da globalização ou mundialização do capital. Ocorreram transformações tecnológicas e comunicações instantâneas e em massa que deram mais poder ao capital, alterações que não poupam sequer o próprio Estado.

Junto com tais medidas, questões políticas decorreram, como a privatização de estatais, a diminuição do espaço público e a ocupação de espaço pelos entes privados; a desregulamentação/flexibilização dos direitos sociais trabalhistas e previdenciários; dentre outras.

A velocidade das mudanças exigidas pelo novo paradigma tecnológico e a competitividade do mercado globalizado passaram a exigir significativa racionalização da mão-de-obra, sendo a flexibilização da legislação trabalhista apresentada como uma saída.

Se, por um lado, não se pode desprezar que o Direito do Trabalho está constantemente se reelaborando, o que decorre da própria dinâmica social, o que exige certo grau de flexibilização da lei como forma de adaptá-la à questões excepcionais e emergentes, por outro é problemático o pensamento liberalista em flexibilizar unilateralmente em favor da empresa, em predominância das leis econômicas vigentes, pois isto importa em risco os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

É insustentável o discurso da flexibilização quando pretende meramente transferir aos trabalhadores os encargos decorrentes das dificuldades enfrentadas pelo mercado e pelas empresas, tendo como norte as suas regras e o lucro, quando, sabidamente, outras questões interferem decisivamente nas dificuldades apresentadas.

A flexibilização tem aspectos positivos, não como novo paradigma do Direito do Trabalho, desde que observada a efetiva participação negociada pelos seus atores, além da observância dos pressupostos de temporalidade, de circunstancialidade e de reciprocidade.

A terceirização, enquanto forma de flexibilização, tem sido cada vez mais utilizada pelas empresas e pelo Poder Público, apresentando vantagens e desvantagens. Dentre as vantagens, podemos citar a especialização, a agilidade, a reestruturação empresarial. Como desvantagens, é possível apontar, como exemplo, a redução salarial, situações de precarização do trabalho e a responsabilização da empresa tomadora ou do Administração Pública.

Em matéria de terceirização, é possível constatar problemas quanto à análise da licitude ou da ilicitude da terceirização pelo critério da atividade-meio e atividade-fim.

Quando a terceirização envolve a prestação de serviços para a empresa tomadora, parece não haver maiores problemas, visto que, se realizada em atividade-fim, importa em ilicitude e, por consectário, de acordo com a Súmula n. 331, o vínculo empregatício se forma diretamente com a tomadora de serviços.

Por sua vez, em se tratando de atividade-meio, acarreta a responsabilização subsidiária da tomadora pelas verbas do contrato de trabalho.

A maior dificuldade reside quando envolve o fornecimento de produtos, especialmente no caso de peças componentes para a fabricação do produto final, vez que isso envolve discutir se seria caso de terceirização e, em sendo, se importaria nos efeitos da Súmula (a responsabilização da tomadora).

Consoante restou demonstrado, há situações concretas de terceirização que, em vista certas especificidades (ausência de ingerência e não exclusividade), permitem que o processo não seja eivado de ilicitude.

O debate, todavia, está longe de ser definitivo, sendo que, em face da letargia do nosso legislador, provoca insegurança para todos os atores envolvidos.

Por tal razão, se verifica a necessidade da edição de lei que venha a regulamentar a terceirização, estabelecendo os estritos contornos sobre a sua licitude e sobre a responsabilização da empresa tomadora.

#### ABSTRACT

*This paper focuses on the issue of legality of outsourcing taking as base the criterion for analyzing the end-activity and medium-activity of the borrower. Thus, we addressed the contextual similarities between neoliberalism, globalization and flexibility in Labour Law, denoting not treat the flexibility of a casual phenomenon. The virtues and defects of flexibility, as well as assumptions that mind guarantee fundamental social rights of employees were analyzed. The work is also proposed to deal with the concept of outsourcing, the positive and negative aspects of outsourcing, as well as the reasons why, to a larger extent, their use by companies and Public Administration. Finally, research has demonstrated that the yardstick for defining the criterion (i) legality of outsourcing, namely the analysis of end-activity and medium-activity of the borrower, by itself, proves inconsistent, requiring regulation through law, on the strict limits of outsourcing and accountability of the borrower. For development work, the deductive method was used.*

*Keywords: Outsourcing. Core business. Legality. Labor Law.*

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. Contrato de prestação de serviços. Legitimidade. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, 27 maio 2011.

CAVALCANTI, Ligya Maria de Godoy Batista. *A flexibilização do direito do trabalho no Brasil: desregulação ou regulação anética do mercado?* São Paulo, LTr, 2008.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo' *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência.* São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORATO, João Marcos Castilho. *Globalismo e flexibilização trabalhista*. Belo Horizonte, Inédita, 2003.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário: RO 0006900-55.2008.5.04.0301. Relator: Desembargador Flavio Portinho Sirangelo. Órgão Julgador: Primeira Vara do Trabalho de Novo Hamburgo. Julgamento em 20 mar. 2013. *Jus Brasil*, 30 mar. 2013.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário: RO 0006100-24.2008.5.04.0302. Relator: Desembargador Hugo Carlos Scheuermann. Julgamento em 04 jun. 2009. *Jus Brasil*, 06 jun. 2009.



# A LIMITAÇÃO TEMPORAL TRAZIDA PELA LEI 8742/1993 AO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA SEGUNDO A TEORIA DAS RESTRIÇÕES E DA *CAPABILITY APPROACH*

Maria Helena Pinheiro Renck\*  
Carlos Luiz Strapazzon\*\*

## RESUMO

Este artigo se refere à análise do critério temporal objetivo imposto pela lei 8.742/1993 ao conceito de pessoa com deficiência, como uma intervenção arbitrária ao direito ao Benefício assistencial de Prestação Continuada, garantido pela Constituição Federal de 1988 às pessoas com deficiência que não tenham condições de se manter, nem de serem mantidas pela família. O texto pretende analisar a admissibilidade e a constitucionalidade de tal limitação legal. O método de abordagem utilizado na elaboração do texto foi o analítico conceitual, embasado em pesquisa teórico-conceitual. As conclusões alcançadas dão conta de que a limitação objetiva de dois anos à duração mínima do impedimento não constitui uma restrição a direito fundamental pois é desproporcional e assim, inconstitucional. O estabelecimento do limite dos dois anos cria um vácuo quanto à segurança social daquelas pessoas que enfrentam quadro de impedimento cuja duração é inferior a dois anos e estejam submetidas à situação de necessidade. Essa é uma situação que impede às pessoas com deficiência o desenvolvimento das capacidades essenciais ao alcance de uma vida compatível com os padrões da dignidade, sendo um quadro deflagrador de desvantagens corrosivas, além de caminhar na contramão da evolução do direito internacional voltado à proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

Palavras-chave: Deficiência. Direitos Fundamentais. Restrições. Abordagem das Capacidades.

## 1 INTRODUÇÃO

Esse texto tem como tema as restrições legais a *direitos humanos* fundamentais de pessoas com deficiência, dedicando-se especificamente ao caso da *legislação de assistência social* no que concerne ao Benefício de Prestação Continuada - BPC. A escolha se justifica pela necessidade de analisar a *constitucionalidade* da *restrição* de significado de *pessoa com deficiência* e, portanto, de titularidade de benefício assistencial tal como estabelecido na Lei 8.872/1993 - LOAS. Este estudo concentra-se, então, na análise do conceito de *pessoa com deficiência*, nos termos estabelecidos na Convenção de Nova Iorque e na Lei 8.742, de 7 de Dezembro de 1993 (LOAS). As teorias de base que orientam a investigação são a abordagem teórica das *Capabilities*, de Martha Nussbaum e a teoria das restrições dos direitos fundamentais de Robert Alexy. De acordo com a Lei Orgânica da Assistência Social é pessoa com deficiência aquela afetada por *impedimentos de longo prazo, de natureza física, intelectual ou sensorial*, sendo que este impedimento

\* Mestranda em Direitos Fundamentais (Unoesc). Especialista em Direito Previdenciário; Especialista em Direito Constitucional e Novos Direitos. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Sociais do PPGD|Unoesc e do Núcleo de Pesquisas em Desenvolvimento Regional NPDR-FURB. Advogada, sócia do Escritório Pinheiro & Renck Advogados Associados. mhpineirorenck@gmail.com.

\*\* Pós-doutor em Direito (PUC-RS). Doutor em Direito (UFSC). Professor do PPGD-Unoesc, Mestrado em Direitos Fundamentais. Coordenador do projeto de pesquisa em Direitos Fundamentais de Seguridade Social no PPGD-Unoesc. Editor-Chefe da Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL] - Qualis B1. Professor da Universidade Positivo (UP); Professor das Faculdades Dom Bosco. carlos.strapazzon@unoesc.edu.br.

deve ter duração mínima de dois anos. O problema que orientará a pesquisa é saber se essa delimitação temporal objetiva da LOAS assegura uma *proteção suficiente* à pessoa com deficiência e se não representa uma restrição excessiva ao direito da pessoa com deficiência ao BPC. O texto desenvolve uma crítica normativa - a partir de pesquisa de análise conceitual e de pesquisa empírica - do problema da *proteção constitucional suficiente* e da *restrição excessiva* que decorre do modelo de *delimitação* de titularidade estabelecido pela Lei brasileira que *restringe* o alcance do benefício de assistência social, exclusivamente, às pessoas que tem impedimentos com duração mínima de dois anos, sejam estes de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais interagindo com barreiras sociais ou ambientais, podem obstruir sua plena e efetiva participação social, em igualdade com as demais pessoas. O que a pesquisa pretende é desenvolver uma análise do conceito de *deficiência* no sistema jurídico brasileiro e da constitucionalidade da *restrição* legal à titularidade do benefício assistencial de prestação continuada. Para tanto realiza uma revisão da literatura para verificar o modo como o conceito de pessoa com deficiência é tratado pela abordagem teórica das *Capabilities* de Marta Nussbaum; examina e sistematiza os usos do conceito de pessoa com deficiência pelos tratados internacionais de direitos humanos, em especial a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e outras normas de direito internacional; da mesma forma busca examinar e sistematizar os usos do conceito de pessoa com deficiência pelo ordenamento jurídico interno e pela doutrina atual. Também busca analisar o que vem a ser a proteção suficiente aos direitos fundamentais e a admissibilidade de restrições a esses direitos. A partir disso intenta elaborar uma apreciação crítica, a partir da teoria das restrições a direitos fundamentais pelo enfoque de Robert Alexy, da constitucionalidade do delimitador temporal ao conceito de pessoa com deficiência na Lei 8.742/1993, além da admissibilidade da mesma pelo enfoque da Abordagem das Capacidades, segundo Martha Nussbaum. A hipótese investigativa principal é que a delimitação temporal trazida pelo § 10 do artigo 20 da Lei 8.742/93 não propicia uma proteção suficiente ao direito fundamental ao BPC, daquelas pessoas com deficiência, que enfrentam um quadro de extrema carência de recursos financeiros e representa uma restrição excessiva à proteção da pessoa com deficiência por restringir de maneira desproporcional o direito. A pesquisa trata num primeiro momento dos dois marcos teóricos, a Abordagem das Capacidades, pelo enfoque de Martha Nussbaum, ao que segue a análise da Proteção Suficiente e das restrições aos Direitos Fundamentais, sob as lentes de Robert Alexy. Depois versa a respeito da proteção que o direito internacional dedica às pessoas com deficiência, realizando uma breve referência histórica, adentrando na evolução dos instrumentos de direitos humanos dedicados às pessoas com deficiência, o que culmina na Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com deficiência, e sua recepção pelo Ordenamento Jurídico pátrio com o *status* de emenda Constitucional. A última parte debruça-se sobre a proteção dedicada à pessoa com deficiência pelo Direito Pátrio, especificamente quanto à Segurança Social, na extensão do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social. É a partir disso que se retoma as duas partes que lhe antecedem para alcançar uma análise crítica da proteção suficiente e das restrições aos direitos fundamentais, tendo como foco o delimitador temporal de dois anos inserido no conceito constitucional de pessoa com deficiência pela lei 8.742/1993. A admissibilidade de tal limitação também é verificada sob as luzes da Abordagem das Capacidades, de Nussbaum.

## 2 DISCUSSÃO

As pessoas com deficiência historicamente enfrentaram situação de abissal desvantagem em comparação às demais pessoas sem deficiência (SILVA, 2013, p. 75), especialmente se considerar-se que a deficiência e a pobreza são duas realidades que se retroalimentam. Foi a partir de meados do século XX que o direito internacional começou a dedicar maior atenção à essas pessoas, situação que alcançou o ápice com a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (FONSECA, 2013), de especial importância no ordenamento jurídico brasileiro pelo fato de sua recepção com *status* de Emenda Constitucional. Todavia, apesar dos avanços, especialmente no que diz respeito à proteção social e inclusão desse segmento, a realidade se exhibe preocupante, diante da persistência da associação da miséria e da deficiência, da exclusão e marginalização das pessoas com deficiência (GARCÍA, 2006, pp. 33;152; 421-2). O Brasil tem na Assistência Social uma das formas de proteção a estas pessoas com, direcionando àquelas em situação de maior desvantagem econômica, o Benefício de Prestação Continuada - BPC. Todavia, a lei 8.742/1993 trouxe ao conceito constitucional de deficiência, originado na Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, um limitador temporal objetivo à duração mínima no impedimento, o qual deverá ser de no mínimo dois anos (BRASIL, 1993). Disso resulta que impedimento menor impede o acesso ao benefício assistencial referido, independentemente do quadro de necessidade que a pessoa enfrente. Impedimento igual ou maior, associado à situação de necessidade econômica, dá direito ao benefício. Quando do surgimento desta limitação legal ao direito constitucionalmente garantido, multiplicaram-se as discussões doutrinárias acerca do cabimento ou não de uma restrição a direito fundamental por lei infraconstitucional. E esta situação é analisada neste trabalho, submetida à análise segundo os ensinamentos de Robert Alexy, no que toca ao ponto relativo às restrições aos direitos fundamentais. Aqui, as questões também dizem respeito ao dever de proteção suficiente aos direitos fundamentais, ou à proibição de insuficiência. Nesse prisma um direito fundamental deverá ser protegido de tal forma que qualquer intervenção que venha atuar sobre ela não cause uma proteção insuficiente, todavia também não proceder com excessos. Um direito fundamental poderá sofrer restrições, desde que conformes à Constituição, e que se curvem a estas exigências, do que também resulta que deverão estar sujeitas ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios. Há que se considerar que uma deficiência dificilmente advém de um impedimento efêmero, como se pode concluir da interpretação do Decreto 3.298/1999. Assim, a fixação de um limitador temporal com peso maior do que a situação de necessidade por que passa uma pessoa, não parece cumprir com a proporcionalidade. A limitação temporal dos dois anos ultrapassa os horizontes da análise das normas e traz consequências ao mundo fático de cada pessoa pois não importa a gravidade do quadro de carência econômica a que esteja submetida, não receberá o Benefício de Prestação Continuada. Contudo, este é um benefício pensado pelo Constituinte para suprir a renda não obtida pelo trabalho, segurança social a quem enfrenta um quadro de intensa desvantagem. É uma medida voltada à igualdade formal, para que a pessoa com deficiência em estado de carência de recursos financeiros possa alcançar uma vida minimamente compatível com a dignidade humana. O direito ao benefício de prestação continuada é, portanto, um direito humano fundamental, algo indiscutível hodiernamente frente a todos os instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil, tanto em termos de proteção das pessoas com deficiência como de seguridade social. Esta linha da discussão tem conexão com a

*Capability Approach*, segundo Martha Nussbaum. O enfoque de Martha Nussbaum concebe a pessoa com deficiência nos moldes da Convenção e New York, o que significa a concepção em vigor no Brasil. Nussbaum empresta à abordagem um tratamento de alta sensibilidade à diversidade humana e destaca-se pelo poder de fundamentar reivindicações de justiça para as pessoas com deficiência (HARTLEY, 2011, p. 120). A autora traz à abordagem uma lista de capacidades essenciais para que qualquer pessoa possa alcançar uma vida digna, as quais dependem grandemente do envolvimento estatal (NUSSBAUM, 2013, p. 6). Para a *Capability Approach* o bem mais precioso de um Estado são seus cidadãos, motivo que lhe impõe o dever de promover-lhes as capacidades, responsabilidade tanto maior quanto maior for a vulnerabilidade destes (NUSSBAUM, 2013). Este é o papel de que se reveste o BPC e sua ausência impede a pessoa de alcançar o desenvolvimento das capacidades e a expõe a uma vivência ancorada na miséria, uma contrariedade ao entendimento da abordagem.

### 3 CONCLUSÕES

O limitador temporal mínimo dos dois anos para a duração do impedimento para que uma pessoa com deficiência alcance o direito ao BPC, mostra-se como uma intervenção excessiva, inconstitucional, por lesão à proporcionalidade. Trata-se de medida cujo resultado é inadmissível pela lente da Abordagem das Capacidades, por resultar em algo ainda mais grave - a exposição às desvantagens corrosivas, visto que a falta de recursos atinge capacidades essenciais, cuja lesão refletirá inevitavelmente e de forma negativa sobre as demais, o que impede a vida em padrões compatíveis com a dignidade.

### REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALEXY, R. Constitutional Rights and Proportionality. *Revus*, n. 22, p. 51-65, 2014.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 dez. 1993.

CANARIS, C. W. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

DIXON, R. N. Children's rights and a Capabilities Approach: the question of special priority. *Chicago Public Law and Legal Theory*, Working Paper n. 384, May 2012.

FONSECA, R. T. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, 2013.

GARCÍA, P. S. *Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica*. Madrid: CERMI, 2006.

HARTLEY, Christie. Disability and Justice. *Philosophy Compass*, v. 6, n. 2, p. 120-132, Feb. 2011.

NUSSBAUM, M. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SILVA, Diego Nassif. *Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2013.

### **Agradecimentos**

A pesquisa tem o apoio financeiro do Fundo de Apoio à Manutenção e ao Desenvolvimento da Educação Superior - FUMDES, coordenado pela Secretaria de Estado da Educação - SED, de Santa Catarina, à qual se agradece.

