

Organizadores
Carlos Luiz Strapazon
Mercè Barceló i Serramalera

DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIÁLOGOS E INTERCÂMBIOS ENTRE BRASIL E ESPANHA

Pauta exploratória de mecanismos de efetivação
da autonomia das pessoas e de suas comunidades



Editora Unoesc



Editora Unoesc



Organizadores
Carlos Luiz Strapazzon
Mercè Barceló i Serramalera

DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIÁLOGOS E INTERCÂMBIOS ENTRE BRASIL E ESPANHA

Pauta exploratória de mecanismos de efetivação
da autonomia das pessoas e de suas comunidades

PPGD | Unoesc
GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA



CAPES **FAPESC**



Conselho Nacional de Desenvolvimento
Científico e Tecnológico

Junho 2014



Editora Unoesc

© 2014 Editora Unoesc
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.
Fone: (49) 3551-2000 - Fax: (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Copidesque: Débora Diersmann Silva Pereira
Revisão Eletrônica: Simone Dal Moro
Cotejamento dos originais: Maria Lúcia Gelain
Projeto gráfico e Capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

U58d Universidade do Oeste de Santa Catarina
Direitos Fundamentais: diálogos e intercâmbios
entre Brasil e Espanha : pauta exploratória de
mecanismos de efetivação da autonomia das pessoas e
de suas comunidades / comissão organizadora Carlos
Luiz Strapazzon, Mercè Barceló i Serramalera. –
Chapecó, SC: Unoesc, 2014.
110 p. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-008-3

1. Direitos fundamentais – Brasil - Espanha. 2.
Garantia (Direito). I. Strapazzon, Carlos Luiz. II.
Barceló i Serramalera, Mercè. III. Título.

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitor Acadêmico
Nelson Santos Machado

Vice-reitores dos *Campi*
Unoesc São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D' Agostini

Unoesc de Videira
Antonio Carlos de Souza

Unoesc de Xanxerê
Genesis Téó

Diretor Geral
Unoesc Chapecó
Ricardo Antonio De Marco

Diretor Executivo
Alciomar Antônio Marin

Conselho Editorial

Nelson Santos Machado

Débora Diersmann Silva Pereira

Jéssica Romeiro Mota

Eliane Salet Filippim

Marcelo Zenaro

Jane Mary L. N. Gelinski

Evelácio Roque Kaufmann

Ieda Margarete Oro

Cláudio Luiz Orço

José Francisco Manta Bragança

Gilberto Pinzetta

APRESENTAÇÃO

O Programa de Pós-graduação (Mestrado) em Direitos Fundamentais da Unoesc, em parceria com o Grup de Recerca, Estudis Federals i Autònoms (GREFA) da Universitat Autònoma de Barcelona (UAB), Espanha, promoveram, entre os dias 2 e 7 de junho de 2013, o II Seminário Internacional de Inverno de Grupos de Pesquisa (2013): PPGD Unoesc e GREFA UAB.

O evento é parte do Programa Internacional de Cooperação Científica entre as duas instituições, coordenado pelos Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon (Unoesc) e Profa. Dra. Mercè Barceló i Serramalera (Universitat Autònoma de Barcelona). Nessa ocasião o PPGD da Unoesc recebeu, em Chapecó, SC, a Dra. Mercè Barceló i Serramalera (UAB) Miguel Ángel Aparicio Pérez (UB), bem como os pesquisadores e professores Dr. Fernando Dominguez Garcia (UAB) e Dra. Clara Maquet Sardá (UAB).

Esse evento é um bom exemplo do nível de interlocução científica internacional que o PPGD da Unoesc vem realizando. Nesse ano de 2013, além de palestras para estudantes de iniciação científica, mestrados e pesquisadores do mestrado também tivemos mesas-redondas para discutir temas de interesse comum já previamente planejados. Além disso, decidimos elaborar este livro.

Parte do que foi feito antes e durante o encontro foi publicado no Brasil e difundido na Espanha, na forma de um livro, “Direitos Fundamentais em Estados Compostos”, publicado pela Editora Unoesc em dezembro de 2013. O encontro também gerou uma edição especial da Revista Espaço Jurídico, exclusiva com autores da Espanha, convidados do GREFA, todos especialistas em direito constitucional e direitos fundamentais.

Agora a cooperação científica entre Unoesc e UAB entrou num novo nível de desenvolvimento. Esta obra revela bem o esforço empreendido por todos os pesquisadores do GREFA e também do PPGD da Unoesc. Seu formato é leve, em tom de conversa, de compartilhamento, e de invenção. É um formato totalmente exploratório que ousamos realizar. Nosso propósito foi o de criar uma alternativa de relacionamentos capaz de gerar aproximação e compartilhamento de olhares, dúvidas e perspectivas. Tudo para abrir caminhos a fim de modelar nossos projetos de pesquisas e nossos eventos comuns.

Fizemos mais do que esperávamos. Agora compartilhamos nossas dúvidas e certezas com toda a comunidade científica interessada em dignidade, democracia e direitos fundamentais das pessoas e de suas comunidades.

Neste ano de 2014, entre os dias 16 e 18 de junho, um evento semelhante foi realizado em Barcelona, na UAB. Professores da Unoesc, da UAB, e também da Universidade de Roma – La Sapienza, e da Universidade do Porto, Portugal, reuniram-se, mais uma vez. E com os mesmos ideais.

Os organizadores

O CONSTANTE DIÁLOGO

Há tantos diálogos

Diálogo com o ser amado

o semelhante
o diferente
o indiferente
o oposto
o adversário
o surdo-mudo
o possesso
o irracional
o vegetal
o mineral
o inominado

Diálogo consigo mesmo

com a noite
os astros
os mortos
as ideias
o sonho
o passado
o mais que futuro

Escolhe teu diálogo

e

tua melhor palavra

ou

teu melhor silêncio

Mesmo no silêncio e com o silêncio
dialogamos.

Carlos Drummond de Andrade, poeta brasileiro

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	3
---------------------------	----------

CAPÍTULO 1. DIGNIDADE	7
------------------------------------	----------

Narciso Leandro Xavier Baez, PPGD | Unoesc
Miguel A. Aparício Perez | Universitat de Barcelona
Robison Tramontina, PPGD | Unoesc
Carlos Luiz Strapazon, PPGD | Unoesc
Cristhian Magnus De Marco, PPGD | Unoesc

CAPÍTULO 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E BENS COLETIVOS	9
---	----------

Cristhian Magnus De Marco, PPGD | Unoesc
Narciso Leandro Xavier Baez, PPGD | Unoesc
Vinicius Mozetic, PPGD | Unoesc
Mercè Barcelò i Serramalera, GREFA | Universitat Autònoma de Barcelona (UAB)

CAPÍTULO 3. INTERDEPENDÊNCIAS E MULTICULTURALIDADE... 13

Narciso Leandro Xavier Baez, PPGD | Unoesc
Vinicius Mozetic, PPGD | Unoesc
Robison Tramontina, PPGD | Unoesc
Miguel A. Aparício Perez | Universitat de Barcelona

CAPÍTULO 4. LIBERDADES INDIVIDUAIS E DIREITOS CIVIS	16
--	-----------

Riva Sobrado de Freitas, PPGD | Unoesc
Ferran Dominguez Garcia, GREFA | Universitat Autònoma de Barcelona
Matheus Felipe de Castro, PPGD | Unoesc
Narciso Leandro Xavier Baez, PPGD | Unoesc
Mercè Barceló i Serramalera | GREFA | Universitat Autònoma de Barcelona
Maria Cristina Cerezer Pezzella, PPGD | Unoesc

CAPÍTULO 5: POLÍTICAS PÚBLICAS E AUTONOMIA SUBNA- CIONAL	25
---	-----------

Rogério Luiz Nery da Silva, PPGD | Unoesc
Ferran Dominguez Garcia, GREFA | Universitat Autònoma de Barcelona
Narciso Leandro Xavier Baez, PPGD | Unoesc
Maria Cristina Cerezer Pezzella, PPGD | Unoesc
Robison Tramontina, PPGD | Unoesc
Matheus Felipe de Castro, PPGD | Unoesc
Vinicius Mozetic, PPGD | Unoesc
Cristhian Magnus De Marco, PPGD | Unoesc
Riva Sobrado de Freitas, PPGD | Unoesc

CAPÍTULO 6. DIREITOS SOCIAIS, IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO POSITIVA..... 39

Rodrigo Goldschmidt, PPGD | Unoesc
Mercè Barceló i Serramalera | GREFA-Universitat Autònoma de Barcelona
Daniela Menengotti, PPGD | Unoesc
Rogério Gesta Leal, PPGD | Unoesc
Rogério Luiz Nery da Silva, PPGD | Unoesc
Carlos Luiz Strapazon, PPGD | Unoesc

CAPÍTULO 7. GARANTIAS JURISDICIONAIS 76

Matheus Felipe de Castro, PPGD | Unoesc
Rodrigo Goldschmidt, PPGD | Unoesc
Mercè Barceló i Serramalera | GREFA-Universitat Autònoma de Barcelona
Rogério Luiz Nery da Silva, PPGD | Unoesc
Rogério Gesta Leal, PPGD | Unoesc
Clara Maquet Sardà, GREFA | Universitat Autònoma de Barcelona
Miguel A. Aparício Perez | Universitat de Barcelona
Carlos Luiz Strapazon, PPGD | Unoesc
Maria Helena Pinheiro Renck, PPGD | Unoesc
Silvana Barros Da Costa, PPGD | Unoesc

CAPÍTULO 1. DIGNIDADE

Narciso Leandro Xavier Baez, PPGD | Unoesc
Miguel A. Aparício Perez | Universitat de Barcelona
Robison Tramontina, PPGD | Unoesc
Carlos Luiz Strapazzon, PPGD | Unoesc
Cristhian Magnus De Marco, PPGD | Unoesc

1. NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ, PPGD | UNOESC - COMO O ORDENAMENTO JURÍDICO E A JURISPRUDÊNCIA DA ESPANHA APLICAM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA EM SITUAÇÕES QUE CONTÊM PRÁTICAS CULTURAIS CONTROVERSAS, COMO O CASO DOS CIGANOS OU ESTRANGEIROS, POR EXEMPLO, QUANDO ESTAS PRÁTICAS APARENTEMENTE CONTRADIZEM A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS? EM SUMA, QUAL É O CONTEÚDO VALORATIVO QUE A ESPANHA APLICA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E QUE PARÂMETROS SÃO ADOTADOS PARA VERIFICAR SUA VIOLAÇÃO?

MIGUEL A. APARÍCIO PEREZ | UNIVERSITAT DE BARCELONA

- El principio de dignidad de la persona en la jurisprudencia constitucional española no es un derecho fundamental: es un principio que expresa un elemento esencial de la condición humana, pero no opera como derecho fundamental autónomo que pueda dar lugar por sí mismo a un recurso de amparo constitucional: en tal sentido es un principio abierto de interpretación, sin parámetros concretos para su determinación (y, en tal sentido, se plantea como una especie de apertura al derecho natural). Y, en cuanto, a usos sociales o convencionales de determinadas minorías, ni el ordenamiento ni la jurisprudencia contemplan excepciones en su aplicabilidad (por ejemplo, en los casos de ablación del clítoris de las niñas, como práctica de determinados colectivos subsaharianos, se les aplica el Código Penal sin ningún tipo de diferenciación).

2. ROBISON TRAMONTINA, PPGD | UNOESC - O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EXERCE INFLUÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS?

MIGUEL A. APARÍCIO PEREZ | UNIVERSITAT DE BARCELONA -

Ni en la Constitución ni en la jurisprudencia constitucional la dignidad de la persona es considerada en sí misma como un derecho fundamental sino como un principio que supone el núcleo o germen de una serie de derechos fundamentales derivados de la personalidad (integridad física y moral, intimidad, honor, libertades de diverso tipo ...). Ello trae como consecuencia que, por sí misma, la dignidad no es objeto de protección mediante el recurso de amparo constitucional: únicamente lo es cuando aparece como soporte de algún derecho fundamental. El resultado es que, al no ser la mayoría de los derechos fundamentales derechos de contenido social o, dicho de otra forma, no ser los

derechos sociales derechos fundamentales, la dignidad sirve de manera muy escasa para interpretar los derechos sociales. No obstante, en alguna ocasión la dignidad ha servido de parámetro para declarar inembargables determinados bienes porque afectaban al “mínimo económico vital del deudor”, vinculando ese mínimo vital con el principio de dignidad de la persona (STC 158/1993).

3. CARLOS LUIZ STRAPAZZON E CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO, PPGD | UNOESC - NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DA ESPANHA, COMO SE RELACIONAM OS CONCEITOS DE MÍNIMO VITAL, MÍNIMO EXISTENCIAL, E NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE?

MIGUEL A. APARÍCIO PEREZ | UNIVERSITAT DE BARCELONA

- El principio de proporcionalidad aparece como una mera técnica interpretativa que se aplica sustancialmente en dos tipos de casos: en los supuestos de las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales y en los supuestos de aplicación del principio de igualdad real y efectiva previsto en el art. 9.2 de la Constitución. La referencia a esos “mínimos” tal vez se deba al hecho de que el principio de proporcionalidad, en cuanto actúa sobre las posibilidades de limitación de un determinado derecho, supone en sí mismo un “límite de los límites”, y en ese sentido se incardina dentro de las técnicas para determinar “el contenido esencial” o contenido mínimo de los derechos. Si se entiende así, el principio de proporcionalidad se aplica a todos los derechos fundamentales, independientemente de su naturaleza civil, política o social.

CAPÍTULO 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E BENS COLETIVOS

Cristhian Magnus De Marco, PPGD | Unoesc

Narciso Leandro Xavier Baez, PPGD | Unoesc

Vinicius Mozetic, PPGD | Unoesc

Mercè Barcelò i Serramalera, GREFA | Universitat Autònoma de Barcelona (UAB)

4. GREFA - EN EL CASO DE CONFLICTO ENTRE UN DERECHO FUNDAMENTAL EXPRESAMENTE RECONOCIDO EN LA CONSTITUCIÓN Y UN BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, ¿HA DE PREVALER SIEMPRE EL DERECHO FUNDAMENTAL?

CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO, PPGD | UNOESC - A pergunta traz em si, como não poderia deixar de ser, algumas pré-compreensões teóricas que podem ser inferidas de sua formulação. Mesmo assumindo o grande risco de cometer equívocos, formulamos algumas proposições que parecem estar implícitas na pergunta. Algumas delas entendemos como consensos teóricos do constitucionalismo contemporâneo e outras são acordos semânticos para os fins deste texto:

1) os bens jurídicos, entendidos como valores constitucionais, são fundamentos tanto para o reconhecimento de direitos individuais, como para bens coletivos. Neste trabalho, porém, trataremos como sinônimos, de um lado: direitos fundamentais ou direitos individuais, e, do outro lado: bens jurídicos, bens coletivos, bens da comunidade ou bens constitucionais.

2) os direitos fundamentais (individuais) podem colidir com outros direitos fundamentais ou com bens jurídicos coletivos.

Partindo desses pressupostos, nossa resposta à pergunta é: não!

Na solução de casos concretos, tanto direitos individuais quanto bens coletivos funcionarão como princípios constitucionais, e, nessa sorte, não serão reputados como absolutos nem aplicados na forma de regra (mandados definitivos). Os princípios constitucionais, que se apresentam ora como direitos individuais, ora como bens coletivos estarão sujeitos ao sopesamento, não havendo sempre precedência dos direitos individuais.

Dois precedentes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil ilustram muito bem a problemática sugerida na pergunta:

O primeiro caso a ser analisado é o Habeas Corpus n. 71.373-4/RS, impetrado no STF contra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, que determinava a condução “sob vara” do cidadão José Antônio Gomes Pinheiro Machado, para a realização de exame de DNA por meio de coleta de sangue. O objetivo do exame era a comprovação da paternidade das gêmeas Thais Marques Rosa e Lívia Marques Rosa. O Tribunal de Justiça do estado da federação sustentou que, nessa situação, o corpo seria “objeto de direitos”, não sendo cabível a invocação de direitos personalíssimos de disponibilidade sobre o próprio corpo.

O STF, por maioria de votos, reconheceu que, neste caso, o direito fundamental individual à integridade corporal e à intimidade prevalecem sobre o interesse (bem

jurídico) em se desvelar a paternidade. É interessante observar como cada Ministro ponderou os interesses em jogo:

Primeiramente, vamos analisar os votos derrotados, que entenderam prevalecer, na situação, o bem coletivo:

a) Ministro Francisco Rezek (relator): “O direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante.” [...] “Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege o interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.”

b) Ministro Carlos Veloso: “[...] estamos diante de interesses morais, como o direito à dignidade que a Constituição assegura à criança e ao adolescente, certo que essa mesma Constituição assegura aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Também desses dispositivos constitucionais - §6º do art. 227 - defluem interesses morais que vão além dos interesses patrimoniais. Ora, Sr. Presidente, não há no mundo interesse moral maior do que este: o do filho conhecer ou saber quem é o seu pai.

c) Ministro Sepúlveda Pertence: “não se pode opor o mínimo ou - para usar da expressão do eminente Ministro Relator - o risível sacrifício imposto à inviolabilidade corporal à eminência dos interesses constitucionalmente tutelados à investigação da própria paternidade.”

d) Ministro Ilmar Galvão: “Trata-se de interesse que ultrapassa os limites estritos da patrimonialidade, possuindo nítida conotação de ordem pública, aspecto suficiente para suplantar, em favor do pretense filho, o egoístico direito à recusa, fundado na incolumidade física, no caso, afetada em proporção ridícula.”

Inaugurando a divergência vencedora, Ministro Marco Aurélio de Mello votou pela concessão da ordem:

e) Ministro Marco Aurélio de Mello: “[...] a Carta Cidadã consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas inciso I, do rol das garantias constitucionais (artigo 5º). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda cível, a feitura de uma certa prova? O quadro é extravagante e em boa hora deu-se a impetração deste habeas-corpus.”

f) Ministro Sydnei Sanches: Não me parece possível conduzir alguém a juízo e submetê-lo, contra a sua vontade, e até à força, à extração de sangue, como também não me parecia razoável forçá-lo à ejaculação, para obtenção de esperma, nem forçar alguém a fornecer elementos gráficos, de próprio punho, para exame grafotécnico. [...] Parece-me repugnar à natureza das coisas e à própria natureza humana compelir alguém, contra sua vontade, a servir como objeto de prova, com violação à intimidade até do corpo (art. 5º, inciso X, da CF).”

g) Ministro Néri da Silveira: “O que considero, aqui, em debate, não é bem esse resultado da ação cível, mas, sim, questão concernente à liberdade e aos direitos individuais. Ninguém pode ser constrangido, contra sua vontade, a um exame que implica extração de material hematológico de seu corpo.”

h) Ministro Moreira Alves: “[...] o direito à investigação de paternidade é um direito disponível [...]. Estamos, pois, diante de dois valores: um disponível; outro, que a Constituição resguarda, e que é o da inviolabilidade da intimidade. Em favor daquele não se pode violar este.”

i) Ministro Octavio Gallotti: “É certo que não é meramente patrimonial o direito que se pretende ver declarado na ação de investigação de paternidade, mas também não é um direito indisponível. E é um direito individual, não corresponde ao interesse coletivo, como sucederia se se tratasse de um processo criminal, ou também na hipótese, aqui aventada, da vacinação, que responde à proteção de um interesse de saúde pública.”

Outro caso emblemático, foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 2.041-1. O caso ficou conhecido na mídia nacional como “caso Glória Trevi.” A famosa cantora Mexicana estava sendo acusada em seu país por corrupção de menores. Escondida no Brasil, foi encontrada e presa na carceragem da Polícia Federal, local em que alegou ter sido estuprada e engravidada. Para esclarecer os fatos, o juiz da 10ª Vara Federal do Distrito Federal determinou a realização de exame de DNA com o material colhido da placenta da cantora, após o parto. O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal, travando-se, então, o debate sobre a possibilidade da realização do exame genético contra a vontade da cantora. O exame foi autorizado pelo STF apenas com um voto contrário, proferido pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, que se valeu do mesmo argumento referido no caso anterior. Em síntese, os Ministros seguiram o argumento do relator, Ministro Néri da Silveira, resumidos nos parágrafos finais do voto:

[...] há, destarte, em confronto com o alegado direito da reclamante a preservar a identidade do pai de seu filho, “o interesse do Estado em tutelar bens jurídicos constitucionais, como ‘moralidade administrativa’(art. 37, caput, da CF/88), ‘persecução penal pública’(art. 129, I, da CF/88) e ‘segurança pública’(art. 144, §1º, I, da CF/88).

Ora, todos esses aspectos que se acrescem, como bens jurídicos da comunidade [...], ao direito fundamental à honra (art. 5º, X) já examinado, estão a autorizar se estabeleça restrição, no caso concreto, ao invocado direito à intimidade da reclamante. Cumpre observar, de outra parte, que isso acontecerá sem invasão atual à sua integridade física, ou do filho há pouco nascido, eis que o exame de DNA se fará com material da placenta do filho da reclamante, que se encontra recolhida no Hospital, por decisão judicial”.

Com essa decisão, comprovou-se que o pai da criança era o próprio empresário e amante da cantora, sr. Sergio Andrade. Como se deu a gravidez dentro do cárcere ainda é fato não esclarecido. Então, como se pode perceber nos argumentos cogitados pelos julgadores do Supremo Tribunal Federal brasileiro, os direitos fundamentais não prevalecem sempre sobre bens jurídicos constitucionais. Poderíamos cogitar sobre uma prevalência *prima facie* dos direitos individuais sobre os bens coletivos, mas isso ficará reservado para outro texto.

5. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿PUEDE EL JUEZ ORDINARIO EXTRAER LA EXISTENCIA DE NORMAS DE DERECHO SUBJETIVO DE AQUELLAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE NO ENCIERRAN ESE TIPO DE DERECHOS?

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ, VINICIUS MOZETIC, PPGD
| **Unoesc** - Sim. A lei fundamental e suprema do país, a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988. É, antes de tudo, uma Constituição dirigente. Suas normas e princípios devem ser aplicados não somente aos juízes, mas a todas as pessoas. (1) Portanto, além dos direitos e garantias fundamentais expressos na CF/88, também se faz menção aos instrumentos internacionais aprovados e de que o Brasil é signatário; entre estes os referentes aos direitos humanos. Ainda, acrescentaria o princípio internacional do art. 4, II que está presente no constitucionalismo brasileiro desde 1988; bem como a dignidade da pessoa humana, fundamento da República desde então e que exerce uma força irradiante sobre todas as demais normas.

CAPÍTULO 3. INTERDEPENDÊNCIAS E MULTICULTURALIDADE

Narciso Leandro Xavier Baez, PPGD | Unoesc

Vinicius Mozetic, PPGD | Unoesc

Robison Tramontina, PPGD | Unoesc

Miguel A. Aparício Perez | Universitat de Barcelona

6. NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ, VINICIUS MOZETIC, PPGD | UNOESC - EXISTE DISTINÇÃO E/OU HIERARQUIA CONSTITUCIONAL E JURISPRUDENCIAL ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS E SOCIAIS NA ESPANHA? QUAL É A MORFOLOGIA DESSES DIREITOS, OU SEJA, COMO SE AUFERE QUE UM DETERMINADO DIREITO É CIVIL OU SOCIAL? EXISTE UM PARÂMETRO OBJETIVO PARA REALIZAR ESSA VERIFICAÇÃO?

MIGUEL A. APARÍCIO PEREZ | UNIVERSITAT DE BARCELONA

- No existe distinción ni jerarquía constitucional entre derechos fundamentales civiles y sociales en España. Los derechos o son fundamentales o no lo son independientemente de contenido material que posean las facultades de su titular y las obligaciones de su sujeto pasivo. Lo que sucede es que la mayoría de los derechos fundamentales son derechos civiles y políticos y sólo la minoría son derechos sociales; y, entre éstos, los derechos de prestación son aún más escasos.

La morfología de los derechos, en consecuencia, es una morfología “formal”, no material. En el sistema español existen dos tipos de derechos fundamentales: los reconocidos en la Sección 1ª del capítulo segundo del Título I de la Constitución y los reconocidos en la Sección 2ª de ese mismo capítulo y título. Los de la sección 1ª (dº a la vida, libertades, derechos de la privacidad, expresión e información, reunión asociación, participación política, derecho a la jurisdicción, a la sindicación, a la educación y la enseñanza) son los más protegidos: cuestan con contenido esencial, protección jurisdicción ordinaria especial, protección constitucional, reserva de ley orgánica. Los derechos de la sección 2ª (derecho al trabajo, derecho a la propiedad privada, derecho a la libertad de empresa y a la negociación colectiva, así como otros derechos de menor importancia) también tienen contenido esencial, protección jurisdiccional, pero su reserva de ley no es orgánica y no son protegidos por el recurso de amparo constitucional. Por su parte, los derechos del capítulo 3º del título I (donde se ubican los derechos sociales –derecho a la salud, a la vivienda, medio ambiente, seguridad social, etc.) solamente gozan de las garantías que les concedan las leyes que los desarrollen.

En consecuencia no existen parámetros objetivos de distinción entre derechos civiles y derechos sociales. Los criterios son meramente doctrinales y se basan, según se ha indicado, en cuestiones de contenido material más que en sus respectivas formulaciones constitucionales. Por otro lado, hay que advertir que en la actualidad no cabe una separación tajante entre las diversas naturalezas de los derechos ya que con mucha frecuencia la mayor parte de ellos tiene una naturaleza mixta: los de libertad son también de participación y de prestación, éstos, a su vez, son derechos de libertad, etc.

7. ROBISON TRAMONTINA, PPGD | UNOESC. NA ESPANHA O TEMA DA MULTICULTURALIDADE, OU DO DIÁLOGO MULTICULTURAL, É TEMA DE COMPETÊNCIA DO GOVERNO (NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS) OU TAMBÉM É ACEITO COMO DIREITO LEGAL DA CIDADANIA E, PORTANTO, EXIGÍVEL EM JUÍZO?

MIGUEL A. APARÍCIO PEREZ | UNIVERSITAT DE BARCELONA -

La contestación a la pregunta es, en principio, doblemente negativa. El tema de la multiculturalidad carece en España de resonancia tanto política como constitucional, al menos en los términos en que se produce el debate académico y sin ninguna comparación posible con la importancia que el tema adquiere en Brasil.

En el aspecto de la multiculturalidad como aspecto de la competencia del Gobierno hay que distinguir el plano jurídico del plano de las políticas públicas. En el plano jurídico es obvio que el Gobierno tiene competencias para llevar a cabo cualquier tipo de política que no se oponga a la Constitución y, por tanto, el diálogo multicultural podría incluso concebirse como una cierta exigencia derivada del pluralismo que la Constitución proclama como valor esencial del ordenamiento jurídico (art. 1.1. CE).

Sin embargo, en el plano de las políticas públicas reales el problema del multiculturalismo nunca se ha planteado como tal: se han planteado cuestiones conexas (la realidad multilingüística del Estado, tanto en el aspecto constitucional (art. 2, 2. Y 3. CE) como en el de su desarrollo subconstitucional (régimen lingüístico de las Comunidades Autónomas, régimen de enseñanza, programas y derecho a las culturas, patrimonios culturales...) pero, como acaba de indicarse, el tema del multiculturalismo no ha cobrado identidad propia dentro del campo de las políticas públicas.

El segundo aspecto (derechos constitucionales configurados como derivaciones del hecho multicultural) no ha tenido ningún reflejo en derechos concretos ni tampoco en tratamientos doctrinales académicos dentro del ámbito constitucional.

Por lo que se refiere a los derechos que podrían ser encuadrados como derechos derivados del multiculturalismo (libertades religiosa, de expresión, pluralismo lingüístico, determinadas interpretaciones del principio de igualdad...) se definen a bien como derechos derivados del principio democrático o (o también) como principios derivados del Estado Social.

Y por lo que respecta al debate doctrinal y académico se trata de una cuestión reservada casi por entero a los especialistas de la Filosofía del Derecho y de la Antropología, con muy escaso y particularizado tratamiento en algún cultivador del Derecho Constitucional.

En realidad, para terminar, el “diálogo multicultural” tiene en España su campo de desarrollo natural en la interpretación del principio de igualdad y sobre esta interpretación existe un consenso muy escaso.

8. ROBISON TRAMONTINA, PPGD | UNOESC - O DIÁLOGO MULTICULTURAL TENDE A SER RECONHECIDO PELA DOCTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA COMO UMA ESPÉCIE DE LIBERDADE (INDIVIDUAL/COLETIVA) OU, TAMBÉM COMO UM DIREITO A EXIGIR AÇÕES POSITIVAS DO ESTADO E DA SOCIEDADE?

MIGUEL A. APARÍCIO PEREZ | UNIVERSITAT DE BARCELONA

- Como ya se ha señalado en la respuesta anterior, el diálogo multicultural no ha conseguido ocupar un sitio en la doctrina o en la jurisprudencia. Por lo tanto, menos aún puede predicarse de ese concepto (en cuanto exprese una determinada realidad socio-cultural) su naturaleza de derecho prestacional del que se deriven necesariamente acciones positivas del Estado para su satisfacción.

CAPÍTULO 4. LIBERDADES INDIVIDUAIS E DIREITOS CIVIS

Riva Sobrado de Freitas, PPGD | Unoesc

Ferran Domínguez García, GREFA | Universitat Autònoma de Barcelona

Matheus Felipe de Castro, PPGD | Unoesc

Narciso Leandro Xavier Baez, PPGD | Unoesc

Mercè Barceló i Serramalera, GREFA | Universitat Autònoma de Barcelona

Maria Cristina Cerezer Pezzella, PPGD | Unoesc

9. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿PUEDE CONSIDERARSE CON CARÁCTER GENERAL QUE LAS RELACIONES REGIDAS POR EL *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, DADA LA ESPECIAL FUERZA QUE POSEE ESTE TIPO DE NORMAS, SON APLICABLES SIEMPRE ENTRE PARTICULARES CUANDO AFECTEN A ALGÚN DERECHO CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE?

RIVA SOBRADO DE FREITAS, PPGD | UNOESC - O ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei de Introdução às Normas (lei que organiza e regulamenta a eficácia da lei no tempo e no espaço) permite a aplicação de lei estrangeira em território nacional – normas de direito Internacional Privado – aplicação da lei no espaço. Isto porque, referidas normas atuarão sobre os particulares, o que inclui relações de direito privado instituídas por estrangeiros dentro do país. Melhor dizendo, permite que normas de direito internacional produzam efeitos nas relações entre particulares em território brasileiro.

Contudo, tal possibilidade, embora amparada em lei, é vedada quando houver ofensa à soberania nacional, à ordem pública ou aos bons costumes. Ex.: Rege-se para fins de sucessão a lei do domicílio do *de cuius*, contudo, se a sucessão de bens for desfavorável aos filhos pela regulamentação estrangeira, aplicar-se-á a lei brasileira. No caso, se a lei do *de cuius*, a exemplificar, fosse italiana e trouxesse prejuízo, aplicar-se-ia a lei brasileira por ser mais benéfica aos herdeiros.

Entretanto, de forma alguma por questão de hierarquia e natureza das leis, normas de direito internacional podem ofender direitos constitucionalmente protegidos, mesmo que o país tenha aderido a referidos pactos ou tratados e que tenha uma lei interna prevendo sua possibilidade de aplicação.

10. RIVA SOBRADO DE FREITAS, PPGD | UNOESC - O ABORTO, ENTENDIDO COMO UMA EXPERIÊNCIA QUE OCORRE ESPECIFICAMENTE NO CORPO DA MULHER, TEM SIDO DISCUTIDO NA TRAJETÓRIA DE LUTAS PELA SUA DESPENALIZAÇÃO, PELOS MOVIMENTOS FEMINISTAS BRASILEIROS. COMO O SISTEMA JURÍDICO ESPANHOL DISCIPLINA A QUESTÃO DO ABORTO? 14.1. O ESTADO DE MANEIRA GERAL ENCONTRA-SE NUM CONTEXTO DE CRISE DE BEM-ESTAR,

REDUÇÃO DE SERVIÇOS, DE MERCANTILIZAÇÃO DAS TAREFAS E SERVIÇOS, ETC. COMO O ESTADO ESPANHOL TRATA A UNIVERSALIZAÇÃO AO ACESSO À ANTICONCEPÇÃO E AO ABORTO SEGURO, REALIZADO EM CONDIÇÕES DIGNAS?

FERRAN DOMINGUEZ GARCIA, GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - En España, dos leyes han disciplinado la interrupción del embarazo en los últimos tiempos. La Ley orgánica 9/1985 despenalizó el aborto en determinadas condiciones: riesgo grave para la salud física o psíquica de la mujer embarazada (supuesto terapéutico), violación (supuesto criminológico) y malformaciones o taras, físicas o psíquicas, en el feto (supuesto eugenésico). La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, si bien protege la vida del *nasciturus*, acepta que en determinados supuestos priman los derechos de la madre. Puede encontrarse una explicación de la jurisprudencia constitucional en el siguiente enlace: <http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada26/2_TOMAS-VALIENTE.pdf>.

Posteriormente, la Ley orgánica 2/2010 despenaliza totalmente el aborto durante las primeras 14 semanas de embarazo, sin necesidad de alegar ninguna causa, y establece un sistema de plazos, en contraposición al sistema de supuestos de la Ley orgánica 9/1985. Dicho plazo aumenta hasta la semana 22 en casos de “graves riesgos para la vida o la salud de la madre o el feto”. A partir de la vigésima segunda semana, solo podrá interrumpirse el embarazo en dos supuestos: que “se detecten anomalías en el feto incompatibles con la vida” o que “se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico” (art. 15 Ley orgánica 2/2010).

Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo2-2010.tp.html>.

No obstante, es necesario tener en cuenta que el Gobierno actual quiere cambiar esta última ley y volver a un sistema parecido al del año 1985. Las noticias son confusas. Incluso se ha llegado a apuntar que tal vez la malformación del feto no será un supuesto para abortar, siendo, en consecuencia, más restrictiva que la regulación del año 1985. Véase la siguiente noticia: <http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_475528/5803-alberto-ruiz-gallardon-la-malformacion-del-feto-no-sera-ya-un-supuesto-para-abortar>.

El artículo 18 de la Ley orgánica 2/2010 establece una “Garantía del acceso a la prestación” en los siguientes términos:

Los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta Ley. Esta prestación estará incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la Ley orgánica 2/2010 los servicios de salud de las Comunidades Autónomas tuvieron que integrar los abortos en la

sanidad pública, ya que hasta la aprobación de la Ley orgánica 2/2010 mayoritariamente los abortos se practicaban en clínicas privadas. Alguna Comunidad Autónoma, como Navarra, ha sido muy reacia a practicar abortos tanto en hospitales públicos como privados.

10. RIVA SOBRADO DE FREITAS, PPGD | UNOESC - COMO O SISTEMA JURÍDICO ESPANHOL DISCIPLINA O CASAMENTO E A REPRODUÇÃO DE CASAIS HOMOAFETIVOS?

FERRAN DOMINGUEZ GARCIA, GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - A través de una ley modificativa del Código civil español, la Ley 13/2005, se introdujo un inciso en el artículo 44 con la siguiente redacción: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.” La regulación del matrimonio es común para toda España por ser una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8º Constitución española), de forma que pasó a aplicarse en todo el territorio español.

Debido a que todas las formas de matrimonio tienen los mismos derechos, tanto los matrimonios heterosexuales como homosexuales pueden adoptar en igualdad de condiciones. Los matrimonios de dos mujeres pueden acudir a sistemas de inseminación artificial puesto que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida no limita esta técnica ni por estado civil ni por orientación sexual. Incluso las lesbianas pueden acceder a tratamientos de reproducción asistida pagados con fondos públicos, aunque las directrices en este caso son ambiguas puesto que se tienen que cumplir con los requisitos de la llamada “Cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud” que dicen “Reproducción humana asistida cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida, de acuerdo con los programas de cada servicio de salud (autonómico)” (punto 5.3.8 del RD 1030/2006). En la práctica, ello deja en manos de cada Comunidad Autónoma la decisión de asumir o no este tipo de tratamientos en el caso de parejas de lesbianas o de mujeres solteras, lesbianas o heterosexuales.

Respecto los matrimonios de dos hombres, es necesario precisar que en España no está permitida la gestación por sustitución o maternidad subrogada (los llamados vientres de alquiler) y si la realizan en el extranjero actualmente hay unos requisitos muy estrictos para inscribir a los hijos o hijas nacidos así en el Registro civil español (Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010). Actualmente, sólo las maternidades subrogadas realizadas en Estados Unidos han conseguido acceder al Registro civil.

- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: <<http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf>>;
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/114-2006.html#a3>;
- Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización: <<http://www.msc.es/profesionales/CarteraDeServicios/docs/CarteraDeServicios.pdf>>;

- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución: <<http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>><<http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>>;

11. MATHEUS FELIPE DE CASTRO, PPGD | UNOESC - EXISTE LEGISLAÇÃO DISCIPLINANDO PESQUISAS COM SERES HUMANOS NA ESPANHA? 2. O ESTADO INTERVÉM NESTAS PESQUISAS? CASO POSITIVO DE QUE FORMA? 3. EXISTEM CRITÉRIOS ÉTICOS ADOTADOS PELO ESTADO? COMO, POR EXEMPLO: AUTONOMIA, VULNERABILIDADE, BENEFICÊNCIA, NÃO MALEFICÊNCIA, JUSTIÇA? 4. É PERMITIDO O ESTUDO E TERAPIAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS?

FERRAN DOMINGUEZ GARCIA, GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA – La legislación española que disciplina la investigación con seres humanos ha cambiado desde el año 2007 con la aprobación de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica. La legislación anterior a esa fecha se había centrado principalmente en ensayos clínicos con medicamentos (Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios). La Ley 14/2007 hace hincapié en los requisitos de consentimiento del sujeto de la investigación, la evaluación y autorización de la investigación, el deber de aseguramiento del daño, y la gestión de la información que se maneje. Además, incluye requisitos especiales para el caso de investigación en sujetos especialmente vulnerables, como menores, incapaces o mujeres embarazadas. Se puede consultar una selección de la principal normativa en la siguiente página web: <<http://www.csic.es/web/guest/normativa>>.

La Ley 14/2007 no reserva al Estado la investigación en este ámbito. Los centros de investigación privados pueden llevarla a cabo, cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley 14/2007. Ahora bien, la propia Ley, a partir del artículo 82, también fomenta la investigación en el sistema nacional de salud. En concreto indica que: “Las actividades de investigación habrán de ser fomentadas en todo el sistema sanitario como elemento fundamental para el progreso del mismo” (art. 83.1 Ley 14/007).

El artículo 60 de la Ley 29/2006, titulado “Garantías de respeto a los postulados éticos” establece que: “1. Los ensayos clínicos deberán realizarse en condiciones de respeto a los derechos fundamentales de la persona y a los postulados éticos que afectan a la investigación biomédica en la que resultan afectados seres humanos, siguiéndose a estos efectos los contenidos en la Declaración de Helsinki [...]”

El artículo 2 de la Ley 14/2007 establece los

“Principios y garantías de la investigación biomédica” en los siguientes términos: “La realización de cualquier actividad de investigación biomédica comprendida en esta Ley estará sometida a la observancia de las siguientes garantías:

- a) Se asegurará la protección de la dignidad e identidad del ser humano con respecto a cualquier investigación que implique intervenciones sobre seres humanos en el campo de la biomedicina, garantizándose a toda per-

- sona, sin discriminación alguna, el respeto a la integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales.
- b) La salud, el interés y el bienestar del ser humano que participe en una investigación biomédica prevalecerán por encima del interés de la sociedad o de la ciencia.
 - c) Las investigaciones a partir de muestras biológicas humanas se realizarán en el marco del respeto a los derechos y libertades fundamentales, con garantías de confidencialidad en el tratamiento de los datos de carácter personal y de las muestras biológicas, en especial en la realización de análisis genéticos.
 - d) Se garantizará la libertad de investigación y de producción científica en el ámbito de las ciencias biomédicas.
 - e) La autorización y desarrollo de cualquier proyecto de investigación sobre seres humanos o su material biológico requerirá el previo y preceptivo informe favorable del Comité de Ética de la Investigación.
 - f) La investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud.
 - g) La investigación deberá ser objeto de evaluación”.

La disposición adicional primera de la Ley 14/2007 regula la utilización de células y tejidos humanos con fines terapéuticos de la siguiente manera: “La utilización con fines terapéuticos de cualquier material biológico de origen humano a los que hace referencia esta Ley, se regirá, según corresponda por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y demás disposiciones que las desarrollen, sin perjuicio de lo previsto en el Título II de esta Ley en aquellos supuestos en que resulte de aplicación”.

Años antes se había aprobado el Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd2132-2004.html>. Posteriormente se aprobó el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos : <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd1301-2006.html>.

La legislación española sobre el tema desarrolla normativa europea, en concreto la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, y la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos.

El Gobierno español, a través del Banco de Líneas Celulares dependiente en última instancia del Ministerio de Sanidad, mantiene 29 líneas celulares (cultivos celulares que tienen alta capacidad de multiplicarse «in vitro») en centros de Andalucía, Cataluña y Valencia.

12. NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ, PPGD | UNOESC - QUAIS SÃO OS LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS QUE O *DIREITO À INTIMIDADE* RECEBE NA CULTURA JURÍDICA ESPANHOLA (CONSTITUIÇÃO, LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA)?

MERCÈ BARCELÓ i SERRAMALERA | GREFA-UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA (UAB) – El artículo 18.1 CE, junto con el derecho al honor y a la propia imagen, reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar.

a) *Titularidad*

La titularidad del derecho a la intimidad corresponde a toda persona (no fallecida) por ser un derecho vinculado a la dignidad (art. 10. 1 CE; STC 231/1988, no se extiende a los fallecidos). No ha reconocido la titularidad del derecho a las personas jurídicas, aunque sí acepta que sean titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio como manifestación de la intimidad (STC 69/1999).

b) *Contenido*

La intimidad personal constitucionalmente garantiza la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad de vida humana (STC 57/1994). Garantiza, por tanto, al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares (SSTC 73/1982, 110/1984, 107/1987, 231/1988, 197/1991, 143/1994 y 151/1997), los cuáles no pueden decidir cuáles son los lindes de la vida privada ajena. De este modo, no es sólo el derecho de su titular “a no ser molestado”, o a “estar solo”, sino también a decidir por sí mismo qué hace público de su vida personal y en qué condiciones, disponiendo de la capacidad de impedir o limitar difusión y eventual manipulación o instrumentalización de una información lesiva referida al mencionado ámbito personal, privado. El derecho pretende, pues, que la persona pueda controlar el acceso y la divulgación de información sobre su vida privada, de manera que si hay consentimiento no puede haber vulneración. Un consentimiento que deberá ser expreso (art. 1.2 Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), y revocable en cualquier momento, “pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados” (art. 1.3 Ley orgánica 1/1982).

En algunas sentencias el Tribunal Constitucional efectúa un entendimiento objetivo de la intimidad, de modo que las intromisiones ilegítimas se determinan no tanto en función de lo que el propio sujeto considera una invasión de su ámbito íntimo como de lo que la sociedad en cada momento entiende como tal (STC 207/1996). No obstante, en otras sentencias se hace predominar el componente subjetivo de la intimidad, de acuerdo con el cual correspondería a cada individuo reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público (SSTC 134/1999, 115/2000).

Una mayor concreción de los ámbitos que deben quedar protegidos por el derecho a la intimidad personal y familiar la ofrece la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) defiende una concepción amplia de lo que debe ser protegido: «el respeto de la vida privada debe también englobar hasta cierto punto el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos» (sentencia de 16 diciembre de 1992, Caso Niemietz contra Alemania), que comprende actividades como las relativas a la vida e identidad sexuales (26 de marzo 85, X. e Y. contra los Países Bajos), la confidencialidad de datos sobre la salud (25 de febrero 1997, Z. contra Finlandia), la elección del propio nombre (22 de febrero 1994, Burghatz contra Suiza), la defensa de la vida en familia frente a la expulsión del territorio de un ciudadano extranjero (2 de agosto de 2001, Bouloufi contra Suiza), o la protección frente a intromisiones nocivas y molestas de ruidos y olores en los espacios en que se desarrolla la vida privada (9 de diciembre de 1994, López Ostra contra España).

Sobre la base de la jurisprudencia anterior el Tribunal Constitucional español ha extendido el derecho a la intimidad a:

- la posibilidad de entender como intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad la contaminación acústica en la medida que sus efectos impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad (STC 119/2001).
- intimidad sobre el propio cuerpo, que incluye la libertad para limitar o impedir el acceso físico a uno mismo y, por tanto, exige un estricto control del carácter necesario y proporcional de las inspecciones y sobre todo de las intervenciones corporales por parte de las autoridades policiales y judiciales (STC 37/1989);
- intimidad sexual, tanto respecto de las preferencias sexuales como frente al acoso sexual, que incide de forma directa sobre la capacidad de decisión de la persona acosada en un ámbito personalísimo como es la vida sexual;
- cuestiones relativas a la salud, tanto respecto de la información sobre aspectos de la misma (STC 202/1992) como en defensa de la negativa de un trabajador frente a un reconocimiento médico forzoso sin suficiente justificación (STC 196/2004);
- igualmente se ha vedado la intromisión indiscriminada en la información relativa al consumo de bebidas alcohólicas y otras drogas (STC 234/1997) o en el historial penal (SSTC 144/1999 y 46/2002).

c) *Límites.*

Los poderes públicos podrán establecer límites al derecho a la intimidad personal y familiar, siempre y cuando resulten justificados (STC 134/1999): las restricciones deberán venir amparadas por ley; de acuerdo a una finalidad legítima, adoptada por autoridad judicial, o administrativa siempre y cuando exista previa habilitación legal, y deberán ser motivadas y conforme a criterios de proporcionalidad en sentido amplio (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Desde esta perspectiva pueden destacarse, como ejemplos, dos tipos de límites:

- los referidos a determinadas actividades económicas: dado que dicha información puede incidir en el orden financiero del Estado y los deberes tributarios constitucionalmente consagrados, la administración podrá exigir, venciendo el secreto bancario, tener conocimiento de las cuentas corrientes de un particular a efectos meramente fiscales, con acceso a la información estrictamente necesaria. Queda vedada, entonces, aquella información que permita “reconstruir no ya su situación patrimonial sino el desarrollo de su vida íntima en el sentido constitucional del término” (STC 110/1984).
- la ley podrá exigir que los cargos públicos representativos deban hacer públicos sus bienes antes de acceder al cargo.

Por otra parte, hay datos que aun formando parte de un ámbito material de intimidad no se consideran privados porque la ley así lo determina en atención a razones de interés general, como podría ser el conocimiento sobre determinados datos médicos (portadores, por ejemplo, de enfermedades contagiosas), o porque devienen hechos noticiables. También debe tenerse en cuenta que en razón del sujeto (público o privado) los límites a la intimidad pueden actuar de distinto modo.

13. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - LA LLAMADA “FUNCIÓN SOCIAL “ DE LA PROPIEDAD (ART, 170 II Y III) VIENE A SIGNIFICAR QUE TODO DERECHO DE PROPIEDAD TIENE ALGÚN CONTENIDO POR MUY PEQUEÑO QUE ESTE SEA O, MÁS RADICALMENTE, QUE PUEDE SER EL ÚNICO DERECHO QUE CAREZCA DE CONTENIDO AL (HIPOTÉTICAMENTE) PODER CARECER DE CONTENIDO ESENCIAL. EN OTRAS PALABRAS: NOS HALLARÍAMOS ANTE UN DERECHO CUYO CONTENIDO SE HALLA EN SU FUNCIÓN; Y SI TAL FUNCIÓN NO EXISTE TAMPOCO EXISTE SU CONTENIDO. ¿SE LO HA PLANTEADO LA DOCTRINA BRASILEÑA?

MARIA CRISTINA CEREZER PEZZELLA, PPGD | UNOESC - Os incisos II e III do art. 170 da Constituição Federal, ao englobarem a propriedade privada e sua função social, reforçam o contido no art. 5º, inciso XIV, da mesma Carta Magna. ***A função social da propriedade, porém, não se confunde com o direito de propriedade***, ou em outras palavras, **o direito de propriedade não se reduz à sua função social**. A Constituição Federal de 1988 assegura o direito à propriedade individual como um direito fundamental (art. 5º, XXIII). O que a cláusula da função social faz é estabelecer que o exercício do direito de propriedade, e também seu não exercício traduzido em não utilização, devem obedecer certas premissas e limites.

A função social indica que a fruição do direito de propriedade deve ser voltada a uma destinação, a uma utilidade. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco expõem a respeito:

Como essa categoria de direito fundamental apresenta-se, a um só tempo, como garantia institucional e como direito subjetivo, confia-se ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do

direito regulado. Fala-se, nestes casos, de regulação ou de conformação em lugar de restrição.¹

O direito de propriedade em si tem conteúdo próprio, tanto que sua invocação é possível para defender da intromissão alheia, ou mesmo para restabelecer direitos proprietários, como posse, uso e fruição, de acordo com normas infraconstitucionais estatuídas. Independentemente da arguição de possuir a propriedade função social ou não, pode o direito sobre ela recair ser reivindicado pelo legítimo titular.

Logo, hipoteticamente o direito de propriedade pode ser exercício mesmo que não cumpra sua função social, o que revela que o direito tem conteúdo próprio e independente da função social. Todavia, a continuidade do exercício deste direito por ser obstado ante o questionamento do não atendimento à função social, sobretudo por atuação governamental, a exemplo do que se infere dos art. 184 e 186 da Constituição Federal.

Notadamente que o reconhecimento da função social da propriedade carrega em si a noção de que não existem direitos absolutos, sendo necessária a compatibilização com o exercício de outros direitos que possam trazer-lhe embaraços. A função social da propriedade tem relevo na Constituição Federal de 1988 diante dos objetivos da República que são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, e erradicar pobreza e marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, I, II e III, CF/1988).

Na doutrina brasileira, de acordo com Gustavo Tepedino, a relevância social do direito de propriedade pode assim ser explicada:

Não é difícil de compreender tal situação, se levarmos em consideração que a propriedade deixou de ser uma instituição [puramente] do Direito Civil, dado que há muito se entende que seus efeitos extrapolam as relações meramente intersubjetivas e que, a determinação do conteúdo da propriedade, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.²

Portanto, a sociedade brasileira pode reclamar que a propriedade exerça sua função social, o que demonstra que há um direito de propriedade com conteúdo próprio dirigido ao seu titular, mas seu exercício pode sofrer limitações futuras caso a coletividade não esteja vislumbrando uma função em prol dos objetivos sociais da República, pois a função social da propriedade afigura-se como um direito da coletividade.

¹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 517.

² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 317.

CAPÍTULO 5: POLÍTICAS PÚBLICAS E AUTONOMIA SUBNACIONAL

Rogério Luiz Nery da Silva, PPGD | Unoesc
Ferran Dominguez Garcia, GREFA | Universitat Autònoma de Barcelona
Narciso Leandro Xavier Baez, PPGD | Unoesc
Maria Cristina Cerezer Pezzella, PPGD | Unoesc
Robison Tramontina, PPGD | Unoesc
Matheus Felipe de Castro, PPGD | Unoesc
Vinicius Mozetic, PPGD | Unoesc
Cristhian Magnus De Marco, PPGD | Unoesc
Riva Sobrado de Freitas, PPGD | Unoesc

14. ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA, PPGD | UNOESC - COMO OCORRE A ELABORAÇÃO DE *POLÍTICAS PÚBLICAS NA ESPANHA*? A *INICIATIVA É EXCLUSIVA DO PARLAMENTO*? A *INICIATIVA É COMPARTILHADA ENTRE GOVERNO E PARLAMENTO*? HÁ PROCEDIMENTOS QUE GARANTEM A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE E REGIÕES AUTÔNOMAS NA FORMULAÇÃO DAS PRIORIDADES NACIONAIS?

FERRAN DOMINGUEZ GARCIA, GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA – No existe un parámetro constitucional que imponga cómo elaborar las políticas públicas en España. En primer lugar hay que tener en cuenta la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, para saber quién llevará a cabo una determinada política pública: si el Estado, si las Comunidades Autónomas o ambos.

También es necesario ver si sobre una determinada materia existe una reserva de ley para determinar la intervención del parlamento o parlamentos respectivos.

Tanto a nivel del Estado como a nivel de las Comunidades Autónomas, sus gobiernos tienen encomendada la dirección política de sus respectivos niveles de actuación (art. 97 CE respecto el Gobierno central). Son los gobiernos los principales promotores de los proyectos de ley, que se pueden presentar para regular una determinada política y determinar así qué intervención tendrán las diversas instituciones, la sociedad y las comunidades autónomas, si es el caso.

Debido a que el Senado, aunque está definido constitucionalmente como “cámara de representación territorial” (art. 69.1 CE), no funciona como tal, no ejerce de mecanismo de participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos del Estado ni en las prioridades políticas. La Constitución es muy parca en la regulación de los mecanismos de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y han tenido que ser diversas leyes políticas sectoriales y el impulso político de los diferentes actores los que han creado diversos mecanismos de colaboración y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas como la Conferencia de Presidentes (que reúne al Presidente del Gobierno español y los presidentes autonómicos) o el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (que tienen un ámbito sectorial).

Conferencia de Presidentes:

<http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/politica_autonomica/coop_multilateral_ccaa_ue/Confer_Presidentes.html>.

Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud: <<http://www.msssi.gob.es/organizacion/consejoInterterri/home.htm>>.

15. ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA, PPGD | UNOESC - AS POLÍTICAS SOCIAIS SÃO REALIZADAS PELO GOVERNO DA ESPANHA COMO UMA OBRIGAÇÃO DE EFETIVAR DIREITOS DOTADOS DE FUNDAMENTALIDADE IGUAL A DOS DIREITOS INDIVIDUAIS OU SÃO APENAS COMO TAREFA DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA EM RELAÇÃO A EXPECTATIVAS MOMENTÂNEAS DA CIDADANIA?

FERRAN DOMINGUEZ GARCIA, GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA – En España la Constitución sólo contempla de forma muy reducida derechos de naturaleza social. Por ejemplo, el derecho a la educación (art. 27 CE) o el derecho de huelga y de sindicación (art. 28 CE), que son derechos fundamentales. El derecho al trabajo es un derecho constitucional sin la categorización de fundamental (art. 35 CE). La mayoría de pilares del Estado del bienestar están constitucionalmente contemplados como principios rectores de la política social y económica, que tienen un carácter informativo, y cuya vinculatoriedad depende de las leyes que los desarrollen. Los principios rectores de la política social y económica en puridad no son derechos, contienen disposiciones que sólo podrán ser alegadas ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que las desarrollen. Se convierten en derechos, por así decirlo, cuando la ley así lo establece.

El ejemplo paradigmático es la seguridad social (art. 41 CE), cuya ley reguladora actual contempla su estabilidad y un sistema de prestación por desempleo y de pensiones públicas, o la sanidad española (art. 43 CE), que constitucionalmente está situado como principio rector de la política social y económica, aunque la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableció un sistema de asistencia sanitaria universal y gratuita, tanto para españoles como para extranjeros. No obstante, el Real decreto-ley 16/2012 ha limitado el acceso universal y gratuito para los extranjeros irregulares.

De forma que muchas de las políticas sociales no son vistas como una obligación porque constitucionalmente no lo son. La actual época de crisis muestra cómo se pueden revertir o reducir derechos sociales. En las épocas de bonanza económica surgieron prestaciones y beneficios fiscales no muy ligadas al Estado de bienestar clásico, sino simplemente a expectativas momentáneas de la ciudadanía, como otorgar cierta cantidad en el momento en que nace un hijo o una hija.

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (vigente hasta el 1 de enero de 2014): <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-1994.html>.

Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdl16-2012.html>.

16. ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA, PPGD | UNOESC - QUANTO AO PROBLEMA DA DISTRIBUIÇÃO DE INVESTIMENTOS SOCIAIS NO CONTEXTO DA CRISE: QUAIS OS PRINCIPAIS CRITÉRIOS DE FINANCIAMENTO DE POLÍTICAS SOCIAIS QUE VÊM SENDO ADOTADOS NO CONTEXTO DA CRISE? QUAIS SETORES VÊM SENDO PRIORIZADOS? PROCEDIMENTOS INOVADORES FORAM CRIADOS PARA GARANTIR EFETIVIDADE DAS MEDIDAS NESSE PERÍODO ESPECIAL?

FERRAN DOMINGUEZ GARCIA, GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA – En la crisis está teniendo tal dimensión que los criterios de financiación de las políticas sociales se tienen que ir revisando cada pocos meses. Las prioridades duran poco tiempo. Los actores políticos con responsabilidades de gobierno tienen que cambiar su discurso e incumplir los programas electorales porque no se ve el final de la crisis.

En algunos casos son las instituciones europeas las que sugieren los cambios concretos que tiene que afrontar el Estado español (reformular el mercado laboral, ampliar la edad de jubilación o subir determinados impuestos). En otros casos, las instituciones europeas al imponerle un límite de déficit a España le conminan a tomar las medidas necesarias para cumplirlo.

Desgraciadamente en la situación actual de crisis y con límites de déficit establecidos desde la Unión Europea, el Estado español no encuentra mecanismos o procedimientos innovadores para garantizar el Estado del bienestar. Se han subido impuestos, pero esto no ha evitado que se produzcan recortes en las políticas sociales. Por ejemplo, se ha reducido el importe de la prestación por desempleo o se ha pospuesto el desarrollo de la Ley de dependencia. Las Comunidades Autónomas han reducido los servicios de salud, los importes para financiar plazas escolares y universitarias y sus prestaciones sociales.

Los procedimientos innovadores se han establecido en otros ámbitos, como para rescatar a los bancos españoles a través un préstamo de 100.000 millones de euros de los socios europeos.

17. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿CONTIENE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE BRASIL ALGUNA CLÁUSULA DE IGUALDAD TERRITORIAL?. ES DECIR, ¿CONTIENE UNA CLÁUSULA QUE PERMITA AL ESTADO CORREGIR DESIGUALDADES ENTRE CIUDADANOS DE DISTINTOS TERRITORIOS DE LA FEDERACIÓN?, O BIEN ¿CONTIENE UNA PROHIBICIÓN DE DESIGUALDAD ENTRE CIUDADANOS DE DISTINTOS TERRITORIOS?.

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ, VINICIUS MOZETIC, PPGD | UNOESC - O Estado brasileiro é federativo. Consequentemente, o ordenamento jurídico rege em todo o país; respeita o direito de igualdade: A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, *caput*, sobre o princípio constitucional da igualdade, perante a lei, nos seguintes termos:

Artigo 5º 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. (CF/88)

O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 encontra-se representado, exemplificativamente, no artigo 4º, inciso VIII, que dispõe sobre a igualdade racial; do artigo 5º, I, que trata da igualdade entre os sexos; do artigo 5º, inciso VIII, que versa sobre a igualdade de credo religioso; do artigo 5º, inciso XXXVIII, que trata da igualdade jurisdicional; do artigo 7º, inciso XXXII, que versa sobre a igualdade trabalhista; do artigo 14, que dispõe sobre a igualdade política ou ainda do artigo 150, inciso III, que disciplina a igualdade tributária.

O princípio da igualdade atua em duas vertentes: perante a lei e na lei. Por igualdade perante a lei compreende-se o dever de aplicar o direito no caso concreto; por sua vez, a igualdade na lei pressupõe que as normas jurídicas não devem conhecer distinções, exceto as constitucionalmente autorizadas.

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.

Portanto, direito à igualdade formal, material e a não discriminação.

A Constituição Espanhola, por exemplo, estabelece no seu artigo 14 que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” Este artículo ha sido probablemente uno de los preceptos que menos discusiones ocasionó.

Estes preceitos são similares na regulação do princípio da igualdade, e que também se encontra no artigo 3º da Constituição italiana, no artigo 3º da Lei Fundamental de Bonn, e nos artigos 2º e 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 14 do Tratado de Roma (que se centra particularmente de não discriminação) e em outros textos internacionais de proteção dos direitos humanos, com ênfase aos artigos 26 e 27 do Pacto Internacional de direitos civis e políticos (sobre a recepção do princípio da igualdade de direito constitucional comparado, com a indicação da evolução desde a Revolução francesa, PALADIN, L., p. 3 y ss. y ROSSANO, C., p. 1 y ss.; un resumen sobre dicha recepción en GIMÉNEZ GLÜCK, D., p. 28 y ss.

Temos um dispositivo muito importante no art. 19, III, que costumo examinar sob 3 (três) ângulos: igualdade entre natos e naturalizados, entre os brasileiros de diferentes regiões e entre os entes federativos. Sob o ponto de vista do intercâmbio nacional e internacional, é importante citar que o art. 5, p. 3 trouxe a constitucionalização formal dos tratados sobre direitos humanos e que o Decreto 6949/09 já passou pelo procedimento especial de aprovação.

É importante tratar da supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos. (STF, Inf. 531)

Com o advento da referida emenda 45/04, acrescentando o §3º ao art. 5º, estabeleceram-se pressupostos para que tratados internacionais adquirissem *status* constitucional, podendo revogar norma constitucional anterior, desde que em benefício dos direitos humanos. Necessário, para tanto, é o preenchimento de dois requisitos: tratarem de matéria relativa a direitos humanos; e serem aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, pelo quorum de três quintos dos votos dos respectivos membros.

Pelo que fez surgir dois entendimentos dentro do STF. O primeiro, sustentado pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que tais tratados possuem valor supralegal, abaixo da Constituição, mas acima da lei (RE 466.343/SP; 2ª) e a segunda, defendida pelo Ministro Celso de Mello admitindo o valor constitucional dos tratados (HC 87.585/ TO).

No julgamento do referido HC 92.566 (RE 466.343), prevaleceu o entendimento da hierarquia supralegal e infraconstitucional, por votos de cinco a quatro, do Pacto de San José da Costa Rica. Tal situação trouxe inovações quanto à hierarquia dos tratados e convenções internacionais promulgados antes da EC 45/04, como se verifica através do Informativo nº 531 do STF:

Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatada. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expendido pelo primeiro no voto que proferiria nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento.

18. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿CONTIENEN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL ALGUNA CLÁUSULA REFERIDA A LA POSIBILIDAD DE QUE LOS ESTADOS MIEMBROS PUEDAN RECONOCER DERECHOS?

MARIA CRISTINA CERESER PEZZELLA, PPGD | UNOESC - A Constituição Federal instituiu o pacto federativo, com a premissa de que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, [...]” e dotou os Estados-Membros de autonomia, mas não soberania, conferindo a estes competências concorrentes e residuais (art. 23 e 24, Constituição Federal de 1988). Serão concorrentes aquelas competências que podem exercer em conjunto com a União, e residuais aquelas que à União não foram expressamente atribuídas no texto constitucional.

O art. 25 da Constituição Federal, por sua vez, dispõe que os Estados-Membros se regularão pelas Constituições próprias e pelas Leis que editarem, todavia devem ser assegurados os princípios da Constituição Federal.

Costuma-se argumentar que vigora para os Estados-Membros o princípio da simetria, isto é, quando no exercício de suas competências e prerrogativas devem adotar ao máximo possível os mesmos modelos normativos da União. Em outras palavras, “o princípio da simetria, segundo consolidada formulação jurisprudencial, determina que os princípios Magnuss e os padrões estruturantes do Estado, segundo a disciplina da

Constituição Federal, sejam tanto quanto possível objeto de reprodução nos textos das constituições estaduais.”³

Partindo do princípio da simetria, que assegura que os princípios fundantes da República Federativa do Brasil sejam reproduzidos por seus Estados-Membros, e considerando que em sede de direitos fundamentais tem-se o preceito de que os direitos expressamente reconhecidos pela Constituição Federal não exclui o reconhecimento de outros (art. 5º, § 2º, CF/1988), seria possível cogitar que a princípio os Estados-Membros podem reconhecer direitos, com base na abertura à recepção de direitos traduzida por este dispositivo.

Todavia, nesse plano há que se considerar a regra constitucional dispondo os entes da federação, nos quais notadamente se incluem os Estados-Membros, não podem criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (art. 19, III, CF/1988).

O princípio da igualdade entre brasileiros (art. 5º, caput, CF/1988), tanto na sua nuance formal como material, é um direito fundamental de intensidade, e o reconhecimento de direitos por um Estado-Membro que não fosse estendido aos brasileiros alocados em outro Estado-Membro, representaria ofensa àquele princípio, sem existir cláusula constitucional autorizativa. Logo, não há autorização constitucional para que Estados-Membros reconheçam direitos.

19. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿QUÉ TIPO DE GARANTÍAS TIENEN LOS DERECHOS RECONOCIDOS POR LOS ESTADOS FEDERADOS?

ROBISON TRAMONTINA, PPGD | UNOESC - O federalismo é uma forma de estado com um sistema político de divisão de poder no interior de um território no qual seus membros realizam um pacto por meio de uma Constituição. Com isso criam uma associação, uma aliança que, ao mesmo tempo que preserva a autonomia de cada membro, promove sua ligação com um governo central que retém para si a soberania política do território como um todo. Os estados federados têm autonomia, mas não soberania.

Pelo tipo de federalismo adotado pelo Brasil, os Estados federados têm competências, constitucionalmente estabelecidas, que precisam ser observadas. Caso isso ocorra, se o Estado (unidade federativa) não extrapolar seu âmbito de competência terão suas disposições normativas asseguradas.

Quando se fala em competência deve-se pensar em “predominância de interesses”. Onde prevalecer o interesse geral e nacional a competência será atribuída à União. Onde preponderar o interesse regional a competência será concedida aos Estados e onde predominar o interesse local a competência será dada aos municípios. No Brasil, os municípios também compõem a federação.

São dois os critérios estabelecidos pela Constituição Federal na repartição de competências: o horizontal e o vertical.

³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- a) Horizontal: são atribuídas competências exclusivas ou privativas para cada unidade federativa;
- b) Vertical: certas competências são dadas para diversas entidades federativas, estabelecendo-se regras para o exercício simultâneo.

Na repartição das competências materiais e legislativas, a Constituição Federal optou por enumerar as atribuições de União (CF, arts. 21 e 22) e dos Municípios (art. 30) e reservar o restante, as remanescentes, aos Estados (CF, art. 25, parágrafo 1º).

Quanto à natureza das competências, a primeira grande distinção a ser estabelecida é entre: a) competência material; b) competência legislativa.

- a) Competência material (ou administrativa): é a prática de atos de gestão;
- b) Competência legislativa: faculdade para elaboração de leis sobre determinados assuntos.

A classificação das competências quanto à forma pode ser: a) enumeradas (ou expressas); b) reservadas (ou remanescentes) e residuais; c) implícitas (ou resultantes, inerentes ou decorrentes).

- a) Enumeradas (ou expressas): atribuições específicas feitas pela Constituição Federal para cada entidade federativa;
- b) Reservadas (ou remanescentes): são as demais competências que não foram atribuídas a nenhuma entidade federativa;
- c) Residuais: consiste no eventual resíduo que reste após enumerar a competência de todas as entidades federativas (José Afonso da Silva);
- d) Implícitas (ou resultantes, inerentes ou decorrentes): são as que decorrem da própria natureza do ente federativo, embora não expressamente previstas no texto da Constituição.

As competências materiais e legislativas quanto à extensão subdividem-se em outras espécies. Dessa forma, em relação ao alcance das atribuições, pode ser classificadas em:

- a) Competências exclusivas: competências atribuídas a uma única entidade federativa, sem a possibilidade de delegação (CF, arts. 21 e 30, I);
- b) Competências privativas: competências atribuídas a uma única entidade federativa, mas com a possibilidade de delegação em questões específicas (CF, art. 22 e parágrafo único);
- c) Competências comuns (ou cumulativas, ou paralelas): competências atribuídas a todas as entidades federativas sobre determinadas matérias, estando as entidades no mesmo nível hierárquico (CF, art. 23);
- d) Competências concorrentes: são atribuídas à União para estabelecer normas gerais sobre determinados assuntos (art. 24, parágrafo 1º), podendo os Estados e o Distrito Federal desdobrar esses princípios gerais;

- e) Competências suplementares: competências atribuídas aos Estados para desdobrarem as normas gerais estabelecidas pela União, dentro da competência legislativa concorrente, de acordo com suas peculiaridades (CF, art. 24, parágrafo 2º).

Quanto à origem as competências podem ser divididas em originárias e delegadas.

- a) Originárias: são atribuições dadas pela Constituição Federal, desde logo, a uma entidade federativa;
- b) Delegadas: são atribuições recebidas em razão do repasse de uma competência originária de uma entidade federativa para outra.

Assim, se os Estados federados agirem e legislarem de acordo com suas competências materiais e legislativas, terão seus direitos reconhecidos. Caso haja alguma discordância, controvérsia, é possível discutir-se judicialmente tal conflito. Quando isso ocorre, o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para dirimir tais litígios.

20. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿QUÉ TIPO DE DERECHOS PUEDEN REGULAR LOS ESTADOS FEDERADOS?: ¿SOCIALES [DERECHOS PRESTACIONALES], LIBERTADES [DERECHOS REACCIONALES], DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA, ADMINISTRATIVA E INSTITUCIONAL?.

MATHEUS FELIPE DE CASTRO, PPGD | UNOESC – Os registros históricos informam que em território brasileiro a federação surge com o Decreto n. 1., de 15.11.1889, documento que também instituiu a forma republicana de governo. A consolidação, por sua vez, deu-se na Constituição de 1891. A atual Constituição, vigente há quase 25 anos, adota como forma de Estado o federalismo, que consiste em uma aliança ou união de Estados.

Nesse sentido, a federação brasileira parte do pressuposto de que as pessoas políticas de Direito Público interno têm a obrigação de um equilibrado convívio, sem conflito de atribuições. Federação deriva do latim *foedus*, *foederis*, que consiste em um elo entre Estados-membros. Seria a federação uma pluralidade de Estados dentro da unidade – esta representada pelo Estado Federal.

A federação como forma de Estado tem previsão constitucional no artigo 1º, *caput*, na medida em que estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal.

Destarte, a federação funciona como uma técnica de distribuição do poder, e tem o escopo de coordenar competências constitucionais das pessoas políticas de Direito Público Interno, representadas no Brasil pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, consoante dispõem o já referido artigo 1º e também o artigo 18.

A União é uma das entidades federativas. Possui autonomia no que concerne aos Estados-membros e municípios. A ela cabe exercer atribuições da soberania do Estado brasileiro. Não se confunde com o Estado Federal, que é pessoa jurídica de Direito Internacional e formado pelo conjunto de União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

Em relação à competência, duas são as atribuídas: a) competência não legislativa; e b) competência legislativa. A primeira corresponde a um campo de atuação político-administrativa, podendo ser denominada também competência administrativa ou material, eis que não se relacionam com atividade legiferante. São exemplos a competência exclusiva e comum, encontradas respectivamente nos artigos 21 e 23 da Constituição Federal. A competência legislativa, de outra banda, trata das competências constitucionalmente definidas para a elaboração de normas. Dividem-se em privativa, representada na Constituição pelo artigo 22, concorrente, fundamentada no artigo 24, tributária expressa, emanada no artigo 153, tributária residual, estabelecida no artigo 154, inciso I e tributária extraordinária, situada no artigo 154, inciso II.

Exposta a síntese sobre a União, justo tratar sobre os Estados-membros. Atuam como núcleos autônomos de poder, possuindo legislação, governo e jurisdição próprios. Têm personalidade jurídica de Direito Público Interno e não se restringem apenas ao exercício de atribuições legislativas, jurisdicionais ou executivas, como também atuam de forma ativa na concreção de políticas públicas.

Caracterizam-se, portanto, pela auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação.

O caráter autônomo é erigido pelo artigo 25 da Constituição Federal, operando dita autonomia de acordo com os parâmetros instituídos pelo poder soberano do Estado Federal.

À derradeira, são objetos de análise os Municípios, entidades federativas imprescindíveis ao sistema federativo, compondo-o na organização político-administrativa, sendo dotado de plena autonomia, consoante dispõem os artigos 1º, 18, 29, 30 e 34, todos da Constituição Federal.

Têm como características a auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação. Essa última assegura a autonomia legislativa, que implica a edição de normas gerais, cogentes, impessoais e abstratas, através do desempenho da competência legislativa municipal. Conclui-se então que a autonomia legislativa é também uma autonomia normativa, podendo o Município apresentar regras próprias sem a ingerência inoportuna de outros diplomas legislativos.

Depreende-se, pelo exposto, que as competências dos Estados federados estão devidamente circunscritas na Constituição de 1988, legislação que se preocupou em determinar o alcance legislativo de cada um deles, evitando, destarte, conflitos acerca da legitimidade para legislar especialmente os direitos e as liberdades públicas.

Constata-se, assim, que o princípio federativo é elementar para a configuração constitucional, de modo que não há possibilidade legal de ser alterado mesmo por via de Emenda Constitucional. No entanto, trata-se de um princípio que na prática vem se demonstrando insignificante, prova disso é a falta de autonomia Estadual no Brasil. Muitos Estados-Membros não têm condições de sobreviver financeiramente, necessitando auxílio permanente da União.

Por outro lado, no que diz respeito aos municípios, nunca houve outra constituição brasileira que tenha remetido aos seus municípios expressiva autonomia.

Nesse sentido, verifica-se também que a repartição de competências não acontece devidamente entre Estados e Municípios, assim é centralizada na União a determinação dos princípios gerais e das diretrizes que irão prevalecer em todos os campos legislativos.

Atinente ao processo histórico, os Estados Brasileiros surgiram em 1889, com a proclamação da república e a adoção do federalismo como forma de Estado. As antigas províncias foram elevadas à condição de Estados, dotados de autonomia política e integrantes da nova Federação brasileira.

Os Estados-membros possuem um aparato organizacional próprio. Cada Estado possui seu Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Apesar das decisões mais importantes serem oriundas do poder central, os Estados-Membros, na Federação brasileira, ainda possuem uma presença bastante relevante na vida de seus cidadãos.

Como já mencionado, a União desempenha atuação preponderante na atividade legislativa em todos os níveis.

A Constituição demonstra em seu art. 25 a competência dos Estados, podendo estas ser resumidas em concorrentes e suplementares, pois, na realidade, ao Estado praticamente não compete legislar originariamente sobre qualquer assunto.

O mencionado artigo também assegura a autonomia dos Estados e sua capacidade de auto-organização. Já a capacidade de autogoverno está inserida nos artigos 27, § § 1º a 4º e 28 da Constituição Federal. Nesse sentido, o art. 125 da Constituição preceitua que cabe a cada Estado organizar sua própria justiça. Ainda, o art. 34 impede a União de intervir nos Estados, salvo nos casos de autorização constitucional.

Ao se fazer uma análise da Constituição brasileira constata-se que não se pode pensar que resta uma atuação muito abrangente para o legislador constituinte estadual. O modelo de Federativo adotado é centralizador e obriga os Estados a um modelo rígido no que se refere à estrutura e funcionamento dos três Poderes.

Denota-se que o sistema Federalista está em crise, esta advinda das “forças centrípetas e das correntes mais centralizadoras geradas por um presidencialismo absoluto, cuja ação não pôde ser bastantemente embargada e debelada pelo código constitucional de 1988.”

Entretanto, menciona-se que a objeção do constituinte federal em conferir poderes para os Estados editarem uma legislação autônoma e originária, foi de certa forma recompensada pela possibilidade de eles poderem editar uma legislação supletiva em campos antes vedados. Verifica-se assim, que são incontáveis as possibilidades de atuação dos Estados nos campos da segurança, da saúde e da educação.

Por derradeiro, Cartas Estaduais bem escritas possibilitarão que os Estados possuam maior eficiência, com a eliminação da burocracia desnecessária e a efetivação de mecanismos mais rigorosos de combate à imoralidade pública.

21. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿CONTIENE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL OTRAS CLÁUSULAS QUE LIMITEN EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS POR PARTE DE LOS ESTADOS FEDERADOS? (POR EJEMPLO, RESERVA DE LEY ESTATAL PARA EL DESARROLLO DE DETERMINADOS DERECHOS)

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ E VINICIUS MOZETIC, PPGD
| UNOESC - Convém tratar acerca da natureza “constitucional” das normas emanadas de tratados de proteção dos direitos humanos (CF/88, art. 5º, § 2º):

A supremacia do produto normativo constante daqueles tratados internacionais de direitos humanos, no parágrafo 2º do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

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.

Como se vê, são três as vertentes, na Constituição de 1988, dos direitos e garantias individuais:

- a) Direitos e garantias expressos na Constituição (v.g., os elencados nos incisos I a LXXVII do art. 5º). Frise-se, porém, que não é só no seu art. 5º que se encontram tais direitos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal trata de cláusula pétrea, por exemplo, aquela garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, “b”, da Carta de 1988, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (princípio da anterioridade em matéria tributária), pelo que a Emenda Constitucional n.º 3/93, ao pretender subtraí-la da esfera protetiva, estaria violando o limite material previsto no art. 60, § 4º, IV da Carta da República.

- b) Direitos implícitos, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e;
- c) Direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (que las expiden los gobiernos seccionales autónomos descentralizados, con un procedimiento especial, siempre que no contradigan a las normas y principios de la CF/88).

22. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS EN LOS ESTADOS FEDERADOS SE PRODUCE A NIVEL CONSTITUCIONAL O SOLO A NIVEL LEGISLATIVO?

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ E VINICIUS MOZETIC, PPGD
| UNOESC – Já respondida. Em todos os casos a nível constitucional.

23. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿PUEDEN PRODUCIRSE CONTRADICCIONES (ÁMBITOS DE PROTECCIÓN NO COINCIDENTES) EN LA REGULACIÓN DE UN MISMO DERECHO POR PARTE DEL ESTADO FEDERAL Y DE LOS ESTADOS FEDERALES?

CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO, PPGD | Unoesc - Conforme dispõe o 1º artigo da Constituição (CR), a República Federativa do Brasil é formada por um vínculo indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. O artigo 18

da mesma Carta trata da organização político-administrativa da República e estabelece como entes autônomos dos Estado Federal: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Existe também, a possibilidade da criação de Territórios Federais, porém, estes fariam parte da União, não se caracterizando como entes federados. Atualmente, o Brasil não possui territórios federais.

A Constituição brasileira adota um sistema de repartição de competências legislativas e administrativas entre os entes federados. Vamos nos deter aqui apenas nas competências legislativas. No artigo 22, da CR, por exemplo, está estabelecido que: “compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]”. A expressão privativamente deve ser interpretada sistematicamente com o parágrafo único do mesmo artigo, segundo o qual, as matérias estabelecidas como privativas da União, só poderão ser legisladas pelos Estados caso haja uma Lei Complementar delegando essa competência. Mas isso raramente ocorre. Apenas recentemente a União delegou para que os Estados Membros estabelecessem pisos salariais mínimos (LC 103/2000), como se verá adiante.

O artigo 24, da CR, estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal poderão legislar concorrentemente, sobre algumas matérias, tais como: direito tributário, direito econômico, direito urbanístico, produção, consumo, defesa da saúde, florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente, controle da poluição, dentre outros. No âmbito da legislação concorrente, a União deverá estabelecer normas gerais e os Estados normas suplementares. Na ausência de normas gerais legisladas pela União, os Estados possuirão competência legislativa plena (art. 24, §1º ao 4º, CR). A dificuldade em conceituar-se normas gerais leva, muitas vezes, com que sejam consideradas nesse conjunto todas aquelas que simplesmente foram legisladas pela União, e não apenas aquelas que estabelecem diretrizes, princípios. Aos Municípios, a Constituição estabeleceu competência legislativa para normatizar as matérias que forem consideradas de interesse local (art. 30, I, CR) e também para suplementar as normas federais e estaduais (art. 30, II, CR). O Distrito Federal – onde fica localizada Brasília, a Capital Federal (art. 18, §1º), com 5.802 Km² – acumula as competências municipais e estaduais.

Nesse contexto, verifica-se na Constituição do Brasil, que a União Federal é a detentora da grande maioria das competências legislativas, sendo a protagonista das principais decisões políticas e jurídicas do país (cf. artigos 22, incisos I a XXIX, e 24, incisos I a XVI). Aos Estados, sobram poucas competências, predominando a residualidade. Os Municípios brasileiros, apesar de sua grande importância histórica – tanto que foram considerados de forma inédita na atual Constituição como entes federados – vêm progressivamente recebendo tarefas estatais administrativas (nas áreas da saúde, educação, trânsito e meio ambiente), sem que, contudo, possuam competências legislativas expressivas e, muito menos, recursos próprios. Vale frisar: a União possui um número muito elevado de competências legislativas, fazendo com que Federação brasileira possa ser considerada como meramente nominal. Isso decorre, muito provavelmente, do processo de formação histórico da federação. De Estado Unitário, o Brasil tornou-se, centrifugamente, em Estado Federal.

Assim, para responder-se à questão, pode-se dizer que a Constituição da República Federativa do Brasil permite âmbitos de proteção não coincidentes na regulação de um mesmo direito, desde que as competências privativas da União sejam delegadas aos Estados. Exemplo disso, foi a delegação de competência para que os Estados pudessem fixar o seu próprio valor para o salário mínimo, diferentemente do piso salarial nacional.

No que diz respeito às matérias de competência concorrente (art. 24, CR), os Estados podem normatizar de forma plena ou suplementar a legislação da União, valendo dizer que, caso a União venha a disciplinar alguma matéria tratada pelo Estado membro, a norma estadual ficará suspensa (art. 24, §4º, CR), o que evidencia o poder hierárquico da norma federal.

Vejamos dois exemplos de exercício da competência concorrente:

1) A Lei 12.385/2002 do Estado de Santa Catarina criou o programa de assistência às pessoas portadoras da doença celíaca estabelecendo incentivos fiscais e determinação para que os supermercados e hipermercados concentrem em um mesmo local ou gôndola todos os produtos alimentícios elaborados sem a utilização de glúten. (ADI 2.730, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 5-5-2010, Plenário, DJE de 28-5-2010.)

2) A Lei 12684/2007 do Estado de São Paulo, proibiu o uso de produtos materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipo de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição (ADI 3.937-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, voto do Min. Ayres Britto, julgamento em 4-6-2008, Plenário, DJE de 10-10-2008.)

Em ambos os casos as leis estaduais foram consideradas constitucionais. No primeiro o STF considerou a competência concorrente do Estado para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V, CR). No segundo foi invocada a competência concorrente do Estado Membro para legislar sobre a proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CR). Ambas as situações resultam na criação de posições jurídicas distintas entre os brasileiros, nos diferentes Estados da Federação, apesar das normas gerais sobre comércio, saúde e segurança serem estabelecidas pela União.

Assim, se considerarmos que o âmbito de proteção de um direito é o resultado do seu suporte fático em confronto com as suas restrições, podemos concluir que é possível a existência de âmbitos de proteção não coincidentes ou até mesmo contraditórios entre as regulamentações estabelecidas pelos diferentes Estados da Federação e entre estes e a União Federal.

24. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿EXISTEN EN BRASIL ESTADOS FEDERALES QUE SE CARACTERICEN POR HABER LLEVADO A CABO UNA REGULACIÓN DE DERECHOS MUY DISTINTA A LA DEL RESTO DE ESTADOS FEDERADOS?.

RIVA SOBRADO DE FREITAS, PPGD | UNOESC - As raízes dos Estados Federados - ou simplesmente dos Estados da Federação Brasileira - estão nas Capitânicas Hereditárias do século XVI, onde foram constituídas comunidades regionais, as quais se transformaram em províncias durante o período do Império.

Com a promulgação da Constituição de 1891 e a consolidação da República, foi disposto que as até então províncias formassem um Estado, estando sendo criada, neste momento, a Federação Brasileira com seus estados-membros.

Os Estados possuem poderes próprios, mas que são outorgados pelo poder constituinte nacional. Deste modo, os Estados de *per si*, não possuem capacidade para autodeterminar-se. Os estados federados têm, simultaneamente, posição de subordinação e coordenação.

Os estados-membros gozam de autonomia, no entanto, seus contornos dependem dos princípios contidos na Constituição Federal.

Sequer na elaboração das Constituições estaduais, que definem a organização dos poderes a nível estadual, os estados possuem grande liberdade de ação, já que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exerceu um papel centralizador extremamente forte, com base no que ficou conhecido como “princípio da simetria”.

A Constituição Federal em seu artigo 25 estabelece:

Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

Com base neste artigo, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos das Constituições estaduais, sob a alegação de que não seguiam os princípios da Constituição Federal. Como consequência, as Constituições estaduais são, em boa parte, uma espécie de cópia da Constituição Federal. Frente a este quadro, é possível afirmar que, desde o ponto de vista jurídico, o poder que os estados federados possuem é muito limitado.

O federalismo brasileiro não pode ser considerado forte ou robusto. Ele é, na verdade, um federalismo extremamente concentrado, já que aos estados não é reservado praticamente nenhuma competência material ou legislativa exclusiva.

Tal circunstância poderia se justificar na soberania, que é nacional, una, e que por este motivo o exercício deste poder compete ao governo federal e não ao governo dos estados.

Assim, por se tratar de um federalismo orgânico, o sistema brasileiro é mais rígido do que foi implementado pelos Estados Unidos. Em outros termos, pelo modelo orgânico de federalismo os Estados-Membros devem se organizar de acordo com a União; suas Constituições estaduais devem estar atentas à Constituição Federal, e suas leis devem respeitar o princípio da hierarquia.

No que concerne à matéria de direitos fundamentais, as Constituições Estaduais muitas vezes são cópias da Constituição Federal, ou por vezes, fazem referência a estes direitos de modo demasiadamente genérico.

Por conseguinte, a regulação de direitos dos estados-membros brasileiros não são diferentes nesta temática, mormente pelo fato de que existe a obrigatoriedade de se seguir os preceitos constitucionais.

CAPÍTULO 6. DIREITOS SOCIAIS, IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

Rodrigo Goldschmidt, PPGD | Unoesc

Mercè Barceló i Serramalera GREFA | Universitat Autònoma de Barcelona

Daniela Menengotti, PPGD | Unoesc

Rogério Gesta Leal, PPGD | Unoesc

Rogério Luiz Nery da Silva, PPGD | Unoesc

Carlos Luiz Strapazzon, PPGD | Unoesc

25. RODRIGO GOLDSCHMIDT, PPGD | UNOESC - O DIREITO À PROTEÇÃO JURÍDICA DIFERENCIADA (DISCRIMINAÇÃO POSITIVA) É RECONHECIDO COMO PARTE DO DIREITO À IGUAL PROTEÇÃO DAS LEIS (ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA)? QUAIS SÃO OS TITULARES E QUAIS SÃO AS RELAÇÕES JURÍDICAS TÍPICAMENTE PROTEGIDAS POR ESSE *DIREITO À DISCRIMINAÇÃO POSITIVA*?

MERCÈ BARCELÓ i SERRAMALERA | GREFA-UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA (UAB) - El artículo 14 CE establece que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

De este enunciado deben distinguirse distintos aspectos: la igualdad como principio y como derecho, de una parte, y, de otra, las distintas manifestaciones del derecho a la igualdad: desde la prohibición de trato desigual (igualdad ante la ley, igualdad en la ley e igualdad en aplicación de la ley) hasta la prohibición de trato discriminatorio por una serie de causas (no cerradas) que se indican en el precepto.

La igualdad es, en efecto, un principio y, a la vez, un derecho. Como principio (o derecho objetivo) se derivaría de él en abstracto la prohibición en el ordenamiento de un trato desigual, en sentido negativo, y la obligación de un trato igual, en sentido positivo; principio que deviene derecho subjetivo cuando se invoca en la creación o aplicación de un enunciado jurídico concreto. Sería, así, un principio transversal del ordenamiento del que derivan titularidades subjetivas concretas en forma de derechos en relación con objetos y sujetos determinados.

La igualdad tiene, por otra parte, distintas manifestaciones en su reconocimiento. A pesar de que de la literalidad del artículo 14 CE derivaría sólo una de ellas (igualdad ante la ley), el Tribunal Constitucional ha reconocido que del artículo 14 no se reconoce una igualdad en sentido formal sino más bien una igualdad valorativa o en sentido material. Así, el artículo 14 contiene las siguientes manifestaciones de igualdad:

a) *La igualdad ante la ley y la igualdad en la ley (o en el contenido de la ley)*

En el derecho continental europeo ha venido rigiendo hasta prácticamente la Segunda Guerra Mundial el principio de la “igualdad ante la ley” como presupuesto de todo estado democrático de derecho. Se trataba de una igualdad en sentido formal: todos se someten igualmente al ordenamiento y todos tienen derecho a recibir la protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce. Esa manifestación de la igualdad,

sin embargo, no impedía ni prejuzgaba las diferencias en las situaciones de partida, de modo que podía generar en su resultado situaciones de desigualdad real.

Cuando se aprueba la Constitución española de 1978 ya era doctrina consolidada en el constitucionalismo europeo que la igualdad no se refiere sólo a la eficacia general de la ley sino también al contenido de la ley y que cabe una justificación de las medidas legales diferenciadoras. El mandato, pues, del artículo 14 CE de igualdad “ante la ley” no significa sólo una exigencia a la forma externa del mandato legal (ley general, no singular) sino también a su contenido jurídico material: es un mandato al legislador (y al poder reglamentario) que prescribe tratar igual a los iguales y desigualmente a los que estén en situación desigual, de manera que no todo trato desigual será un trato discriminatorio.

La cuestión, por tanto, para establecer si se ha respetado el principio de igualdad será determinar si los destinatarios de la norma se encuentran en igual situación o, en cambio, si se dan circunstancias que los diferencian. Para llevar a cabo este análisis la jurisprudencia constitucional exige razonar sobre los siguientes parámetros (STC 112/2006):

- Debe establecerse si concurre o no un *tertium comparationis* admisible; debe indicarse, así, respecto de qué situaciones jurídicas correspondientes a otros sujetos o grupos (y que se consideran equiparables) se da dicho trato (STC 125/2003). El *tertium comparationis*, como excepción, no debe aportarse en el caso de las discriminaciones indirectas (STC 240/1999).
- Debe preverse una finalidad constitucionalmente admisible: la diferenciación debe perseguir una finalidad constitucional o, al menos, no contradictoria con la Constitución, en particular sus valores y derechos.
- Debe existir congruencia entre el tratamiento desigual y la finalidad perseguida. No sería aceptable un trato desigual que nada tenga que ver con la finalidad perseguida y que no sirva para su consecución (adecuación de la medida).
- Debe existir una proporcionalidad con el fin perseguido: los medios adoptados para conseguir el fin (el trato desigual, con la consiguiente limitación de los derechos o intereses peor tratados) deben ser lo suficientemente eficaces, no deben ser exagerados, y deben conseguir plenamente su objetivo con el menor daño posible a los derechos o intereses peor tratados (proporcionalidad de la medida en sentido estricto).

Término de comparación, finalidad constitucionalmente legítima, congruencia o adecuación y proporcionalidad son, pues, los requisitos exigibles al trato desigual en la ley (o en el contenido de la ley).

En tanto que la igualdad en la ley supone tratar de modo igual a los iguales y desigualmente a los desiguales, el trato desigual sirve para la consecución de la igualdad material prevista en el artículo 9.2 CE. Esta igualdad real tiene en el ordenamiento español (y en los países miembros del Consejo de Europa) dos importantes manifestaciones: las medidas de acción positiva y las medidas de discriminación inversa.

Las primeras son aquellas que, mediante ayudas, subvenciones o incentivos pretenden mejorar directamente la situación de miembros de colectivos tradicionalmente discriminados por cualquiera de las causas del artículo 14 pero sin establecer una regulación diferenciada con otros colectivos (por ejemplo, ayudas a discapacitados, a jóvenes...). Las segundas, las medidas de discriminación inversa, toman en consideración ambos colectivos, el tradicionalmente desfavorecido y el que tradicionalmente ha gozado de un trato favorable y, al regular una situación que afecta a ambos, reservan al desfavorecido una determinada cuota o posición, restringiendo las posibilidades del otro colectivo (por ejemplo, reserva en las listas electorales de puestos para mujeres).

b) *La igualdad en aplicación de la ley*

También esta manifestación de la igualdad se hallaría reconocida en el artículo 14 CE, y consistiría en examinar, independientemente de su contenido, cómo es aplicada la norma por aquéllos llamados a hacerlo: la administración y el poder judicial.

La administración debe dispensar un trato igual a todos los ciudadanos y quien sostiene un trato desigual debe aportar el término de comparación que lo demuestre: el llamado “precedente”. El Tribunal Constitucional, sin embargo, no admite cualquier precedente: un precedente administrativo no confirmado posteriormente por una resolución judicial “no puede prevalecer frente al que ha obtenido la fuerza que genera la sanción judicial”, de modo que “el cambio de criterio administrativo carece de relevancia jurídica cuando éste es confirmado por resoluciones de los tribunales”. Por tanto, que la administración hubiera aplicado primero la norma de una determinada manera y después de otra no permitirá invocar una ruptura de la igualdad en la aplicación de la ley en el caso de que la segunda manera de aplicar la norma haya sido dada por buena por los tribunales (STC 62/1987).

También los jueces y tribunales están vinculados por el principio de igualdad. Pero ello no implica que no puedan cambiar su doctrina siempre que se sigan las siguientes pautas (STC 13/2004): debe aportarse el *tertium comparationis* en forma de resolución judicial anterior que permita comprobar que se han dado soluciones distintas a casos sustancialmente idénticos; tal resolución previa debe ser ajena a quien reclama (alteridad: no se admite la comparación consigo mismo); debe existir identidad de órgano judicial (identidad de sala y de sección); la decisión debe ser razonada y razonable, de modo que el cambio de criterio no constituya una respuesta *ad personam*, singularizada y, por tanto, arbitraria.

c) *Las prohibiciones de discriminación*

El artículo 14 contiene una enumeración no cerrada de causas de prohibición de discriminación: nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, que pretende realizar una explícita prohibición “de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE” (STC 128/1987).

La prohibición de discriminación por razón de determinadas circunstancias tiene como primera consecuencia la mayor dificultad (aunque no imposibilidad) de diferenciar con base en tales criterios. En efecto, el Tribunal Constitucional (STC 200/2001) ha admitido que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación: las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 de la Constitución implican *a priori* un juicio de irrazonabilidad de toda diferenciación establecida con base en esos criterios prohibidos, de manera que la posibilidad de diferenciar desde ellos será admitida sólo excepcionalmente, y cuando se verifiquen, de un modo más riguroso que en el resto de los casos, los requisitos que, como se ha visto, deben exigirse para que el trato desigual sea admisible.

La segunda consecuencia de la concreta prohibición de discriminación por razón de determinadas circunstancias es la inversión de la carga de la prueba en el proceso: no es quien manifiesta haber sido discriminado por alguna de las circunstancias del artículo 14 quien ha de probar dicha discriminación, sino que es quien la niega la discriminación (quien se acusa de haber discriminado) el que ha de probar que tal discriminación no concurre.

Conclusión. La pregunta formulada debe resolverse afirmativamente: sí, existe la posibilidad de discriminaciones positivas en el ordenamiento jurídico español emparadas por el artículo 14 CE (en relación con el art. 9.2 CE, igualdad material), siempre que cumplan los requisitos señalados.

26. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - EL CONCEPTO DE DERECHO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA: QUÉ CRITERIOS SE UTILIZAN PARA CUALIFICAR E IDENTIFICAR LOS DERECHOS SOCIALES? O EN OTRAS PALABRAS, QUÉ ENTIENDE LA DOCTRINA POR DERECHOS SOCIALES?

ROGERIO GESTA LEAL/DANIELA MENENGOTTI, PPGD | Unoesc
- Os direitos fundamentais se apresentam hoje no sistema jurídico brasileiro – notadamente o constitucional – com parâmetros hermenêuticos e valores superiores da ordem constitucional e jurídica do país, reforçados tanto pelas disposições do art. 5º, §1º e 3º, da Constituição Federal, em face de sua autoaplicabilidade, bem como pelo disposto no art. 60, § 4º, do mesmo Texto, outorgando-lhes condição de cláusulas pétreas, impedindo sua supressão ou erosão.

Por outro lado, os Direitos Sociais são tratados no Capítulo II do Título II, do mesmo Diploma Legal, destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais. O artigo 6º elenca como direitos sociais o direito à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância, e assistência aos desamparados.

Todavia, apesar destas condições formais de proteção e promoção dos direitos fundamentais adotadas pela Constituição Brasileira de 1988, o que tem se percebido ao longo da história é que elas não são suficientes para dar concreção e efetividade razoável

ao que está garantido juridicamente, isto em face da ausência do que se poderia chamar de uma vontade de constituição, ou patriotismo constitucional, uma vez que os níveis de adesão e compromisso social diante destes direitos e deveres constitucionais são ainda considerados baixos, mesmo diante do fato de que nosso sistema jurídico ampliou significativamente o catálogo destes direitos na medida em que acolhem outros além dos estabelecidos no art. 5º da Carta, outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil for parte.

Ocorre que os direitos sociais se realizam ou se efetivam mediante prestações, isto é, de atuação positiva do Poder Público. Para isso, há a necessidade de orçamento e dotações específicas, afigurando-se a atuação do juiz nesse campo como muito complexa. Caso o magistrado, por decisão judicial, autorize a efetivação de um direito social, não estaria a administrar, a exercer função do Poder Executivo? Em outras palavras, estaria ferindo o princípio da separação de poderes?

Este é um debate contemporâneo no país.

27. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - TITULARIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: QUÉ CRITERIOS DE TITULARIDAD EXISTEN EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SOCIALES? QUIÉNES SON LOS PODERES PÚBLICOS RESPONSABLES DE SU REALIZACIÓN?

RODRIGO GOLDSCHMIDT, PPGD | UNOESC - Os direitos sociais estão localizados topograficamente dentro do Título II da Constituição Federal brasileira, que prescreve os Direitos e Garantias Fundamentais. Diz respeito ao Capítulo II e compreende os artigos 6º até o 11 da Lei Maior. Isso denota que os direitos sociais são Direitos fundamentais de segunda dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão consubstanciam uma espécie de comando negativo imposto ao poder estatal, de forma a limitá-lo em prol das liberdades públicas asseguradas ao indivíduo. Já os direitos humanos de segunda dimensão impõem ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo em benefício do indivíduo.⁴

Os direitos fundamentais de segunda dimensão traduzem a inclusão social, reque-rendo, portanto, políticas públicas que tenham escopo de garantir o efetivo exercício das condições materiais de existência digna da pessoa humana. Em síntese os direitos sociais configuram a igualdade substancial (material) entre todos os seres humanos.⁵

O art. 6º da CF/88 prevê que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Em um primeiro momento, ao se analisar o critério de estabelecimento da titularidade, no que tange ao direito de assistência aos desamparados, verifica-se que o texto constitucional estabelece a titularidade aos “desamparados”. Difícil é conceituar quem

⁴LEITE. Carlos Henrique Bezerra. *Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág.91.

⁵LEITE. Carlos Henrique Bezerra. *Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág.92.

são os desamparados. Quanto à proteção à maternidade e à infância, os titulares são a mãe e a criança.

Em relação aos demais direitos: saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social, o texto constitucional não determina a titularidade. Assim, não é possível dar uma interpretação restritiva. Deve-se entender como titular toda pessoa que esteja, por algum motivo, ligada ao Brasil, ou seja, qualquer cidadão brasileiro ou não que dependa do referido direito social.⁶

O critério para indicar tal titularidade está na interpretação sistemática do texto constitucional. Para verificar quem tem o direito à saúde, que está previsto no *caput* do art. 6º da CF, deve-se observar que o art. 196⁷ do mesmo diploma legal refere que saúde é um direito de “todos”. Do mesmo modo o direito à educação, que encontra respaldo no art. 205⁸ da CF e determina que “todos” têm direito à este direito social.

O art. 7º da CF por sua vez, elenca num rol de trinta e quatro incisos os direitos básicos dos trabalhadores urbanos e rurais brasileiros. Veja:

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

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

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁷ CF, Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

⁸ CF, Art. 205. “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social." (*parágrafo introduzido pela recente Emenda Constitucional n. 72 de 2 de abril de 2013*).

A titularidade dos direitos sociais prescritos no art. 7º acima referido pertence não somente ao empregado regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas, como tam-

bém aos empregados domésticos e aos servidores públicos. Inteligência e nos termos do parágrafo único do art. 7º cumulado com o art. 39, § 3º, da Constituição Federal.

Os artigos 8º até o 11 referem-se aos direitos de liberdade de associação sindical e direito à greve basicamente.

A partir da análise sistêmica do texto constitucional percebe-se que são titulares dos direitos sociais todos os cidadãos brasileiros, bem como o estrangeiro que esteja no Brasil.

A partir de 1934 o Brasil adotou a perspectiva de um Estado Social de Direito, traduzida no art. 6º, bem como no título que trata da ordem social. Os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, devendo o Estado (eficácia vertical) e a Sociedade (eficácia horizontal) promover as prestações positivas para efetivação desses direitos.

Diante disso, percebe-se com base no preâmbulo da Constituição Federal, bem como nos fundamentos da República Federativa do Brasil, que os três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário são responsáveis pela efetivação dos direitos sociais, cada um dentro de sua esfera de atribuição. Veja *ipsis litteris*, o texto do preâmbulo da Constituição Federal:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Disso, infere-se que no momento de desempenhar qualquer das atividades estatais: administrar, legislar e fiscalizar, bem como ao realizar julgamentos aqueles que agem em nome do Estado, o fazem com o fim de viabilizar o Estado do bem estar social.

Eminentemente a efetivação dos direitos sociais por parte do Poder Executivo e Legislativo se dará por meio do exercício legiferante. Assim, no momento de o Poder Executivo dirimir suas políticas públicas e como titular da iniciativa de leis deverá propor os projetos de acordo com aquilo que preconiza a Carta Maior ao instituir os direitos sociais. Exemplificativamente cita-se a Lei 8.742 de 1993 que dispõe sobre a organização da Assistência Social (LOAS), bem como a Lei 10.836 de 2004 que dispõe sobre a criação do programa “Bolsa Família”.

No que toca ao Poder Legislativo, ao iniciar e apreciar os projetos de lei, tais como Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a Lei 12.711 de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio está fomentando a efetivação dos direitos sociais, previstos na Constituição Federal. Esse Poder também desempenha sua função típica ao realizar o controle externo dos Poderes Executivo e Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União.⁹

⁹ CF, Art. 71. “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]”

Através do Poder Judiciário o Estado desempenha a jurisdição, situação em que o juiz de forma imparcial irá buscar a pacificação do conflito com o corolário da justiça. São características da jurisdição: a lide, a inércia e a definitividade.

O Poder Judiciário é o guardião da Constituição, com finalidade precípua de preservar os princípios da legalidade e igualdade. Para isso, goza de algumas garantias: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos¹⁰.

De outro norte, ante o princípio do Estado social e democrático de direito, bem como o princípio da solidariedade, também compete à Sociedade e aos particulares promover os direitos sociais, através da ação de partidos políticos, sindicatos, associações, Ongs, etc. Também o particular, através do trabalho voluntário ou outras ações de benemerência. Ainda, a iniciativa privada (empreendedores) os quais, à luz do art. 170 da CF, são livres para empreender, desde que observadas a função social e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Desse modo, conclui-se que os titulares dos direitos sociais no Brasil são os cidadãos brasileiros, bem como estrangeiros que tenham alguma ligação com a República Federativa do Brasil, que a definição desses titulares é dada pelo próprio texto que define o direito social em interpretação sistemática com outros trechos e princípios constitucionais à luz do preâmbulo da Lei Maior.

Conclui-se também, com observância aos objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, que os três funções de poder do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), assim como a Sociedade e os particulares, são responsáveis pela efetivação dos direitos sociais.

28. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS SOCIALES: TIENEN LOS DERECHOS SOCIALES UN CONTENIDO CONSTITUCIONAL DETERMINADO QUE PUEDA APLICARSE DIRECTAMENTE? QUÉ CRITERIOS UTILIZAN LOS TRIBUNALES PARA SU DELIMITACIÓN? QUÉ LÍMITES HALLA ESTE CONTENIDO?

RODRIGO GOLDSCHMIDT, PPGD | UNOESC - As normas constitucionais possuem diferentes níveis de eficácia. Porém, de plano é indispensável esclarecer que toda norma constitucional, desde sua publicação, já produz algum tipo de efeito, mesmo que seja mínimo.

José Afonso da Silva¹¹ classifica as normas constitucionais em (a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição pela atuação do

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas. 2013, págs. 512 e 513.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2001, p. 81ss.

legislador; (c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que dependem de intervenção legislativa para produzirem seus principais efeitos.

As primeiras tratam-se de normas constitucionais que produzem todos os seus efeitos principais a partir de sua publicação. As normas de eficácia contida são aquelas que produzem todos seus efeitos desde a publicação de forma direta e imediata, porém, poderão vir sofrer restrição com eventual produção de norma infraconstitucional. Já as normas constitucionais de eficácia limitada não produzem todos os seus efeitos com a publicação, necessitando da produção normativa infraconstitucional. Assim, possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. As normas de eficácia limitada se subdividem em dois grupos: primeiro tratam-se das normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e o segundo tratam-se de normas declaratórias de princípio programático.

As normas constitucionais definidoras de direitos sociais são geralmente enquadradas nessa categoria, daí, o maior enfoque conferido às normas de eficácia limitada¹².

Porém, deve-se frisar que as normas constitucionais de princípio institutivo terão aplicabilidade imediata tanto em relação à legislação anterior quanto em relação à legislação futura, que a elas tem que se conformar. Assim, as normas constitucionais de eficácia limitada produzem pelo menos um mínimo efeito: vincular o legislador infraconstitucional às suas diretrizes. A doutrina também refere eficácia paralisante quando se refere a normas anteriores.¹³

Já as normas constitucionais de princípios programáticos são aquelas que envolvem um conteúdo social e têm o escopo de obter a interferência do Estado na ordem econômica e social, mediante prestações positivas, para efetivar a realização do bem comum. Fala-se sobre normas constitucionais onde estão traçados os princípios para serem cumpridos pelos órgãos do Estado visando à sua realização social.¹⁴

Entretanto, em alguns aspectos as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante:

- a) Estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- b) Condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- c) Informam a concepção do estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- d) Constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- e) Condicionam a atividade discricionária da administração e do judiciário;
- f) Criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.

¹² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 185.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2001.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2001.

Não obstante o que prescreve o § 1º do art. 5º da CF, que define aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais terão aplicabilidade mediata, porém de forma diferenciada aos direitos de defesa, pois configuram normas de baixa densidade normativa¹⁵

Conclui-se que os direitos sociais são normas constitucionais de eficácia limitada e mediata, porém produzem, pelo menos, efeitos mínimos: paralisante e impeditivos. Entretanto, no caso concreto, o aplicador do Direito poderá superar as barreiras ao utilizar outras normas constitucionais, eminentemente aquelas que digam respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário, veja:

E M E N T A: PACIENTE COM “DIABETES MELITUS” – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS DE USO NECESSÁRIO, EM FAVOR DE PESSOA CARENTE – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (ARE 685230 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 22-03-2013 PUBLIC 25-03-2013).

O Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça limitam a prestação positiva estatal na reserva do possível de um lado e no mínimo existencial na outra ponta. Essa operação consiste na conciliação entre o ideal constitucional e a dura realidade de carência de meios do Estado administrador.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Veja trechos do voto do Ministro Luiz Fux em sede de decisão do RE 642536 AGR/ AP

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar “mínimo existencial” e “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen) [...] Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir das perspectivas das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”.

No mesmo julgamento o Ministro também demonstra que o Poder Judiciário não pode se eximir de concretizar os direitos sociais, com ênfase ao direito à saúde, pois é elemento básico para a realização da dignidade da pessoa humana. Desse modo, pelo menos o mínimo existencial deve ser observado.¹⁶

O Superior Tribunal de Justiça entende que diante da confirmação da incapacidade econômica financeira do ente estatal, não será possível exigir dele com base na limitação material. Claro que a situação deverá ser analisada pelo Poder Judiciário para se verificar a razoabilidade de cada conduta institucional.¹⁷

Sobre a reserva do possível, tem-se que a efetiva disponibilidade de recurso em um exercício financeiro está intimamente ligada à destinação de recursos na elaboração das leis orçamentárias: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual. Todas leis temporárias previstas no art. 165 da Constituição Federal. Já o mínimo existencial está relacionado intrinsecamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, porém, há diferença entre esses dois institutos. Mínimo existencial surgiu no contexto da Constituição Alemã, que empresta seu arcabouço teórico à realidade brasileira. O mínimo existencial encontra suporte jurídico em normas constitucionais, porém, deve ser verificado em situações fáticas por meio da ponderação, sob pena de fixar em patamares muito baixos.¹⁸

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹⁹ o mínimo existencial é condição para efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e para isso deve haver observância daquilo que está previsto no artigo 6º²⁰ da Constituição Federal, ou seja, educação, saú-

¹⁶ RE 642536 AGR/AP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

¹⁷ BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*: desafios materiais e eficaciais. Joaçaba: Ed. Unoesc. 2012. pág. 306.

¹⁸ BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *A realização e a proteção internacional dos direitos fundamentais*: desafios do século XXI. Joaçaba: Ed. Unoesc. 2011, pág. 250 a 251

¹⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 14.

²⁰ CF, 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.

de, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Disso conclui-se que os direitos sociais, de forma geral, são normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, necessitam da produção legislativa infraconstitucional para produzirem todos seus efeitos, entretanto, desde a sua publicação já produzem minimamente os efeitos paralisante e impeditivo. Eficácia paralisante diz respeito à revogação das disposições contrárias ou incompatíveis com seus preceitos, já a eficácia impeditiva refere-se ao fato de impedir produção de normas posteriores que contrariem os programas estabelecidos.

O Supremo Tribunal Federal delimita os direitos sociais em suas decisões de um lado no princípio da reserva do possível e de outro lado no mínimo existencial.

29. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - HAY EN LOS DERECHOS SOCIALES CONSTITUCIONALES UNA REMISIÓN AL LEGISLADOR PARA SU CONCRECIÓN? SON OBJETO DE RESERVA DE LEY? EXISTEN LEYES ESPECIALES (QUE REQUIERAN MAYORÍA CUALIFICADA) QUE SE EXIJAN PARA LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES?

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA, PPGD | UNOESC - A Constituição de República Federativa do Brasil reconhece normatividade aos direitos sociais e fornece rol exemplificativo dos direitos que se alinham como tais em seu art. 6º.

CRFB, 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. (grifos nossos).

Há duas ordens de direitos sociais, os de natureza protetiva e os de natureza prestacional: os primeiros, além de reconhecer as situações objetivamente tuteladas, garantindo direitos, estabelecem também regras limitadoras entre os atores sociais, tais como, por exemplo, empregados (patrões) e trabalhadores (empregados ou prestadores de serviço sem vínculo empregatício), adotando modais deontológicos de diversos matizes, desde autorização, passando por deveres jurídicos, até alcançar os de proibição de fazer; os últimos, diferentemente, destinam-se a identificar as espécies e formas de serviços públicos e bens de consumo ou permanente, que, em geral, se mostrem essenciais e indispensáveis e cujo usufruto deve constituir fronteira mínima aceitável para garantir o exercício da dignidade pelos seres humanos.

Como se viu, o *caput* do art. 6º informa que os direitos sociais são previstos “na forma desta Constituição”, a Constituição brasileira. Portanto, sua normatividade decorre *lato sensu* da Carta Constitucional, daí incabível negar validade ou executoriedade a um direito social com o mero argumento de falta de concretização legislativa infraconstitucional – ordinária ou complementar. Entretanto, não raras vezes esse discurso é utilizado para justificar o não atendimento pelo Estado de uma determinada prestação social.

Por outro lado, não se pode negar, em termos de concretização regulatória, que o exercício dos direitos sociais em certos casos prevê formalmente a remessa ao requisito de atividade legislativa infraconstitucional, no nosso entender reguladora, não se tratando de atuação constitutiva-instituidora, sem a qual o direito se torne letra morta na Constituição.

Ainda assim, em atendimento ao pedido da questão, registra-se a ocorrência de direitos sociais que registram certa reserva de lei ordinária (LO) e, excepcionalmente, reserva de lei complementar (LC).

Nessas hipóteses, a previsão constitucional divide-se, sendo, por vezes, entendida como dotada de “*eficácia limitada*”, dependente, portanto, para o atingimento da eficácia plena, da edição de diploma legislativo infraconstitucional, com força insituidora de algum mecanismo e, por outras, como dotada de “*eficácia contida*”, que, embora não dependam da lei para se verem constituídos em sua eficácia plena, devem dela valer-se para a regulação do alcance de seus preceitos, geralmente através da definição legal de certos conceitos jurídicos indeterminados ou de estabelecimento de referência numéricas de tamanho, alcance e custos, por exemplo.

Tome por exemplos de requisito de LO, o art. 7º, os incisos X, XI e XII, os quais apresentam, cada um a seu turno, hipóteses de eficácia limitada ou contida:

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

X - proteção do salário **na forma da lei**, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, **conforme definido em lei**;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda **nos termos da lei** [...]

Observe que o Inc. X apresenta a chamada “*eficácia limitada*”, pois depende da referida lei a definição de como se dará a “*proteção*” ao salário; no Inc. XI, igualmente tem-se hipótese de eficácia limitada, já que a lei definirá como deverá se dar a participação dos empregados na gestão da empresa.

Já no Inc. XII, tem-se “*eficácia contida*”, pois não resta qualquer dúvida de que há direito à percepção de um “*salário família*” proporcional ao número de seus dependentes, por cada trabalhador de “*baixa renda*”. Apenas carece de atuação legislativa, a exata interpretação por parte de legislador ordinário, no sentido mesmo de arbitramento da definição matemática do que desejou significar o legislador constitucional em termos de renda “*baixa*”, vale dizer, o estabelecimento do valor abaixo do qual se considera o trabalhador alcançado pelo critério do referido inciso.

Também a título de exemplificação, mas agora em razão do tipo de diploma infraconstitucional, dotado de maioria qualificada como absoluta, tem-se a exigência de “*lei complementar*” - LC, no art. 7º, inciso I.

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...]

As Leis Ordinárias são aprovadas por maioria simples, em um turno de votação, em cada uma das Casas do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado da República); já as Leis Complementares demandam maioria absoluta, vale dizer, maioria composta quando se alcança o primeiro inteiro depois da metade do total de membros de cada Casa do Congresso Nacional.

CRFB, Art. 61. Iniciativa para Leis Complementares e Leis Ordinárias

“A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.”

[...]

CRFB, Art. 69. Maioria Qualificada das Leis Complementares

“As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.”

30. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - QUÉ TIPO DE RECURSOS EXISTEN PARA LA RECLAMACIÓN INDIVIDUAL DE LOS DERECHOS SOCIALES CONSTITUCIONALES? 2.HAY UN RECURSO DIRECTO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS SOCIALES (A MODO DE RECURSO DE AMPARO)?

ROGERIO GESTA LEAL/DANIELA MENENGOTTI, PPGD | UNO-ESC - De certa forma algumas das ações referidas acima servem para a proteção de Direitos Fundamentais Sociais, dentre as quais: (a) ação direta de inconstitucionalidade (art.103); b) o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); e d) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, como principais).

A *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)*, regulamentada pela Lei n. 9.868/99, é utilizada no controle direto da constitucionalidade das leis e atos normativos, interposta perante o Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal estabelece em seu artigo 103 os proponentes legítimos da ADI: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal (nunca a mesa do Congresso); III - a Mesa da Câmara dos Deputados (nunca a mesa do Congresso); IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal (contra lei federal ou estadual e de outro estado desde que prove o interesse do seu estado); VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional (pelo menos um deputado ou senador, mas com a perda de representação no Congresso, a ADI continua a ser julgada); IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (entidade de classe que tiver associados em pelo menos nove estados e confederação sindical: união de três federações em pelo menos três estados).

O *Mandado de Injunção* está fundamentado nas disposições do art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, e na Lei 8.038/90, no seu artigo 24, visando assegurar, coletiva ou individualmente, o exercício de um direito declarado pela Constituição, mas que, todavia, não é efetivamente gozado, visto que ainda pendente de norma infracons-

titucional regulamentadora. Em tese, ele não cabe quando o direito não for garantido pela Constituição; contra lei infraconstitucional; quando a omissão for suprida por projeto de lei ainda não aprovado pelo Congresso Nacional; ou quando houver norma regulamentadora, ainda que omissa (há muita divergência neste ponto).

Já a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF) tem por objetivo suprir a lacuna deixada pela ação direta de inconstitucionalidade (ADI), que não pode ser proposta contra lei ou atos normativos que entraram em vigor em data anterior à promulgação da Constituição de 1988. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (nº 9.882/99). A legitimação ativa é a mesma prevista para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, I a IX, da Constituição federal, art. 2º da Lei 9.868/1999 e art. 2º, I da Lei 9.882/1999).

31. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - PUEDEN LOS DERECHOS SOCIALES SER ALEGADOS DIRECTAMENTE ANTE LAS JURISDICCIONES SIN UN PREVIO DESARROLLO LEGISLATIVO?

ROGERIO GESTA LEAL/DANIELA MENENGOTTI, PPGD | UNO-ESC – Sim, porque eles são autoaplicáveis, todavia, há divergências jurisprudenciais sobre o tema, principalmente levando em conta que todo e qualquer direito social implica prestações – públicas ou privadas –, e estas representam custos financeiros e orçamentários.

A partir disto duas grandes teorias se enfrentam no Brasil: a teoria interna, sustentando que há uma relação de imanência entre restrições e direitos fundamentais, razão pela qual os limites são intrínsecos ao direito, e assim sendo a definição do conteúdo e da extensão destes direitos não depende de fatores externos. Por outro lado, a teoria externa parte da diferença entre direitos e restrições, defendendo o sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais que isso, à regra da proporcionalidade. De acordo com esta teoria, os direitos fundamentais são, *prima facie*, ilimitados, e, somente através da imposição de eventuais restrições poderá ser limitado, tornando-se direitos definitivos.

O Supremo Tribunal Federal tem oscilado entre estas teorias para tratar o tema dos Direitos Fundamentais Sociais, não havendo uma teoria predominante, tendo que analisar cada caso e ponderar os interesses em jogo, principalmente envolvendo o não retrocesso social alinhado com a reserva do possível.

32. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA -. QUÉ VÍAS EXISTEN PARA EL CONTROL OBJETIVO DE LA LEGISLACIÓN SOCIAL?

ROGERIO GESTA LEAL/DANIELA MENENGOTTI, PPGD | Unoesc – Não existe no Brasil controle jurisdicional prévio de mérito do Processo Legislativo, apenas nas questões formais de seu procedimento, podendo declarar algum vício de iniciativa ou do próprio processo.

Os Parlamentos têm comissões de constituição e justiça que fazem juízos sobre a constitucionalidade e legalidade dos projetos de Lei que apreciam, e o fazem de maneira autônoma, sem interferência do Poder Executivo ou Judiciário.

Tampouco há no país um sistema de controle judicial de execução orçamentária e de políticas públicas decorrentes da legislação social, ficando muito a cargo do Poder Executivo ainda esta questão.

No mais, o controle objetivo da legislação social pela via jurisdicional é a posteriori da aprovação das normas, tanto pela via concentrada dos tribunais superiores, como pela via difusa na jurisdição ordinária.

33. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - QUÉ POSIBILIDADES TIENEN LOS TRIBUNALES DE CONTROL DEL LEGISLADOR- PUEDE EL LEGISLADOR ALEGAR LA “RESERVA DE LO POSIBLE” PARA JUSTIFICAR LA FALTA DE REGULACIÓN?

ROGERIO GESTA LEAL/DANIELA MENENGOTTI, PPGD | Unoesc

– O Legislador no Brasil sempre se defronta com a difícil equação da infinitude das demandas sociais e a finitude dos recursos para atendê-las – igualmente se tem falado que a efetividade daqueles direitos (principalmente os econômicos, sociais e culturais) está associada ao tema da chamada *reserva do possível*, querendo, com isso, acentuar a dependência desses direitos dos recursos econômicos existentes e, designadamente, relevar a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira. Essa cobertura não exclui, porém, a garantia de um mínimo social, que decorre, por sua vez, do princípio da *dignidade da pessoa humana* como valor constitucional supremo.

Não se afigura simples, pois, trazer-se à colação argumentos do tipo *princípio da não reversibilidade das prestações sociais*, ou o *princípio da proibição da evolução reacionária*, como fórmulas retóricas e mágicas para poder garantir, a qualquer preço – que nem se sabe o qual –, tudo o que for postulado em termos de Direitos Sociais, pelo simples fato de que o Estado está obrigado a tanto, ao mesmo tempo que não se pode simplesmente negar toda e qualquer pretensão sob o argumento da inexistência de recursos para tanto, o que tem levado o judiciário a aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais neste sentido, aprimorando inclusive os parâmetros, variáveis, fundamentos e a própria dossimetria concretizante destes Direitos.

Os Tribunais brasileiros têm decidido pela improcedência das arguições de “reserva do possível”. É neste sentido a recente decisão do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, que restabeleceu sentença de primeira instância que determinou a instalação de defensoria pública no Paraná para o atendimento da população que não tem condições financeiras de pagar advogado. Com a decisão, o estado terá seis meses para implantar e estruturar a Defensoria Pública estadual, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00 a ser destinada ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos previsto na lei que disciplina a ação civil pública (Lei 7.347/1985).

O caso tem origem em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR) contra a omissão do estado em cumprir o que determina

o inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal. O dispositivo prevê a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos financeiros.

Nesta decisão, o então ministro alegou que a invocação pelo estado da chamada cláusula “da reserva do possível”, para justificar controle de gastos públicos, não pode ofender parâmetros de índole constitucional, “como, por exemplo, aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso.” (STF - AI 598212 PR, Relator: Min. Celso de Mello, 10. jun. 2013).

34. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - APLICAN LOS TRIBUNALES UN CONTROL DEL LEGISLADOR EN BASE AL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN?

ROGERIO GESTA LEAL/DANIELA MENENGOTTI RIBEIRO, PPGD | UNOESC – O Brasil teve um caso paradigmático envolvendo a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, em que ocorreu esta situação.

A *questio* central da ação teve como escopo matricial o veto que o Presidente da República fez incidir sobre o §2º, do art.55, da proposição legislativa que se converteu na Lei Federal n. 10.707/2003, que versava sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União, destinada a fixar as diretrizes à elaboração da lei orçamentária para 2004. De forma mais específica, este dispositivo vetado determinava o que se entendia por ações e serviços públicos de saúde, a saber, a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

Tal veto implicou desrespeito ao preceito fundamental decorrente da EC29/2000, promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

O Supremo Tribunal Federal recebeu a ação sob o argumento de que esta pretensão do Governo Federal poderia caracterizar retrocesso social nas políticas de saúde, todavia a ação foi esvaziada porque o Presidente da República não quis assumir o risco do STF controlar o orçamento e retirou o veto.

A tendência dos Tribunais é de aplicar o princípio da proibição do retrocesso social, como pode ser verificado em outros recentes casos:

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO DE CRIANÇAS ATÉ CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS: DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (STF - AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO (ARE): 684445 SP - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Publicado em: 25/05/2012)

Neste caso houve Agravo nos autos principais contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto junto ao STF. O recurso extraordinário foi interposto contra o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu parcial provimento ao reexame necessário da decisão do Juízo da Vara da Infância e Juventude do Foro Regional do Jabaquara - Capital - que julgou procedente

a demanda para ordenar o Município a efetuar a matrícula das 42 crianças arroladas na lista acostada à inicial em unidades de ensino infantil à distância não superior a 2 km de suas respectivas residências, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50,00 por dia de descumprimento em relação a cada uma das crianças, confirmando liminar anteriormente concedida.

A decisão sustenta que: “é incontestável o direito de criança à matrícula em creche e pré-escola mais próxima de sua residência. [...] A questão de vagas não poderia impedir a matrícula, [pois] é dever do Poder Público prover todas que se mostrem necessárias, não sendo admissível acolher qualquer afirmação de que se torna necessário adotar planejamento para preenchimento delas, em razão do vulto da demanda, ante a falta de recursos orçamentários [...] O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstenendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados”.

35. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - EXISTEN MECANISMOS PARA CONTROLAR LAS OMISIONES LEGISLATIVAS?

ROGERIO GESTA LEAL/DANIELA MENENGOTTI RIBEIRO, PPGD | UNOESC – Sim.

Mandado de injunção é a ação constitucional usada, individual ou coletivamente, com a finalidade do Poder Judiciário dar ciência ao Poder Legislativo sobre a ausência de norma regulamentadora que torne viável o exercício dos direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania (previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição do Brasil de 1988); pode ser utilizada por qualquer grau de jurisdição.

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão que tem por finalidade permitir o exercício de direito, previsto na Constituição, e que não pode ser usufruído, seja em virtude da ausência de regulamentação por parte do legislador e/ou normatizador infra-legal, ou ainda em virtude de inação da autoridade administrativa competente.

Os instrumentos jurídicos citados são utilizados para pleitear, junto aos Tribunais, o exercício dos direitos fundamentais sociais.

Neste sentido, são exemplos ilustrativos de *mandado de injunção*. O primeiro concordando com o mandado de injunção, e outro negando a possibilidade de utilização desse recurso judicial para garantia dos direitos fundamentais sociais, uma vez que reconhece a existência de lei regulamentadora infraconstitucional.

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICAÇÃO DO ART. 57 DA LEI

N. 8.213/1991. (STF - AG.REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO : MI 1169 DF - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA - Julgamento: 01/08/2011)

1. A inexistência de norma estadual que estabeleça critérios para a aferição das condições especiais de trabalho que prejudiquem a saúde ou integridade física dos servidores públicos não impede o julgamento do mandado de injunção. A indefinição desses critérios decorre da omissão legislativa objeto do mandado de injunção. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

MANDADO DE INJUNÇÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA DO ART. 37, INC. X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXISTÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA. MANDADO DE INJUNÇÃO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (STF - MI: 2779 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 26/05/2013)

1. Mandado de injunção impetrado pelo Sindicato dos Servidores Públicos em Educação no Estado do Amapá - Sinsepeap, em 3.5.2010, contra pretensão omissão legislativa imputada ao Presidente da República em regulamentar o art. 37, inc. X, da Constituição da República. [...] DECIDO. 4. O mandado de injunção é garantia constitucional prestante, exclusivamente, a viabilizar direitos ou liberdades constitucionais, bem como a soberania, a cidadania e a nacionalidade, quando não puderem ser exercidos por ausência de norma regulamentadora (art. 5º, inc. LXXI, da Constituição da República). Pressupõe, portanto, a existência de preceito constitucional dependente da regulamentação por outra norma de categoria inferior na hierarquia dos tipos normativos. 5. Na espécie dos autos, o Impetrante alega que a ausência da norma regulamentadora do art. 37, inc. X, da Constituição da República tornaria inviável o exercício do direito à revisão geral anual dos servidores substituídos neste mandado de injunção. Contudo, as leis necessárias à integração normativa do art. 37, inc. X, da Constituição, viabilizadoras do direito à revisão geral anual dos servidores públicos, existem, são eficazes e devem gerar os efeitos nelas previstos: “LEI N. 10.331, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2001 [...] No caso em exame, a existência de leis necessárias à integração normativa do art. 37, inc. X, da Constituição torna inviável este mandado de injunção, por inexistir lacuna legislativa necessária ao seu cabimento. 6. Pelo exposto, nego seguimento ao mandado de injunção (art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 26 de maio de 2013.

Como exemplo da *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, cita-se:

ACÓRDAO EMENTA CONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - LEI DE REVISÃO ANUAL DE REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS - ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998)- ART. 36, XVI, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. (TJ-ES - Ação de Inconstitucionalidade: 100100004264 ES 100100004264, Relator: ANNIBAL DE REZENDE LIMA, Data de Julgamento: 14/07/2011, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 20/07/2011)

A iniciativa para desencadear o processo legislativo referente à lei para revisão anual da remuneração dos servidores públicos municipais é do respectivo Chefe do Poder Executivo Municipal, não podendo o Poder Judiciário suprir tal omissão. VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de ação direta de inconstitucionalidade, em que são partes SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DE DIVINO SÃO LOURENÇO - SINDIENSE (Requerente) e SR. PREFEITO MUNICIPAL DE DIVINO SÃO LOURENÇO (Requerido) ACORDA o Eg. Tribunal Pleno, na conformidade da

ata e notas taquigráficas da sessão, à unanimidade, julgar parcialmente procedente o pedido autoral para declarar a omissão do Exmo. Prefeito Municipal de Divino São Lourenço e determinar seja dada ciência à autoridade coatora para tomar as providências cabíveis, nos termos do voto do Relator. (TJES, Classe: Ação de Inconstitucionalidade, 100100004264, Relator : ANNIBAL DE REZENDE LIMA, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 14/07/2011, Data da Publicação no Diário: 20/07/2011)

36. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ES POSIBLE EL BLOQUEO PRESUPUESTARIO PARA ASEGURAR LA SATISFACCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES (Y EN QUÉ CONDICIONES)?

ROGERIO GESTA LEAL/DANIELA MENENGOTTI, PPGD | UNO-ESC – Sim é possível, hoje há diversas medidas judiciais no Brasil que podem bloquear o orçamento público e inclusive sacar recursos orçamentários diretamente das contas bancárias do Estado para dar cumprimento a Direitos Sociais. Isto tem ocorrido muito no âmbito do Direito à Saúde, utilizando todas as instâncias do Poder Judiciário de medidas de garantia deste Direito, inclusive dispendo de orçamento público.

Isto tem gerado uma profunda discussão sobre o excesso de ativismo judicial no Brasil. O bloqueio de valores em contas públicas é embasado no art. 461, § 5º, do Código de processo Civil, nos seguintes termos:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Em se tratando de um bem jurídico valioso, justifica-se assim, a excepcionalidade da medida, qual seja, a de resguardar e respeitar o direito fundamental. Os tribunais têm considerado que, muitas vezes, o bloqueio de valores na conta corrente do Estado, embora possa parecer mais rigoroso, apresenta-se como medida menos onerosa do que a imposição da multa diária.

37. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN, HASTA DÓNDE LLEGAN LAS POSIBILIDADES DE CONTROL DE LOS TRIBUNALES?

ROGERIO GESTA LEAL/DANIELA MENENGOTTI, PPGD | UNO-ESC – Como não temos no Brasil o Contencioso Administrativo, é o Poder Judiciário ordinário que faz o controle dos atos da Administração Pública, e nesta condição, pode revisar todos os atos praticados pelos gestores públicos, anulá-los, corrigi-los, sancioná-los, etc.

De acordo com o texto constitucional, os Poderes mantêm sistemas de controle interno dentro da sua própria estrutura:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

O controle externo, todavia, é a fiscalização financeira exercida pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, e pelo sistema de controle interno de cada poder:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Ainda, o controle judicial ou judiciário consiste no poder de fiscalização e correção que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos dos demais poderes. Em regra, o controle judicial é exercido *a posteriori*, ou seja, depois que os atos são realizados pelos demais poderes.

É o entendimento do STF sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES. EXISTÊNCIA DE CANDIDADOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVIMENTO EFETIVO. ILEGALIDADE. LEI ESTADUAL 6.915/2007. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DESTA CORTE. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280 DO STF. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS ABUSIVOS E ILEGAIS. AGRAVO IMPROVIDO. (STF - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 654170 MA - Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 19/03/2013) I - Inviável o

recurso extraordinário quando sua apreciação demanda o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, bem como da legislação infraconstitucional local aplicável à espécie. Incidência das Súmulas 279 e 280 do STF. Precedentes. II - *Esta Corte possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes.* Precedentes. III - Agravo regimental improvido. Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 19.03.2013.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INSPETOR DE SEGURANÇA. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE PESSOAL. PRETERIÇÃO CARACTERIZADA. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO E DE CLÁUSULAS DE EDITAL. SÚMULAS 279 E 454 DO STF. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ABUSIVOS E ILEGAIS. AGRAVO IMPROVIDO. (STF - RE: 629574 RJ, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 03/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-078 - 23-04-2012) I - Inviável em recurso extraordinário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos e de cláusulas do edital de concurso. Incidência das Súmulas 279 e 454 do STF. II - O STF possui orientação no sentido de que a contratação em caráter precário, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual foi promovido concurso público, implica em preterição de candidato habilitado, quando ainda subsiste a plena vigência do referido concurso, o que viola o direito do concorrente aprovado à respectiva nomeação. Precedentes. III - *Esta Corte possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes.* Precedentes. IV - Agravo regimental improvido.

38. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - LA GARANTÍA INSTITUCIONAL O ADMINISTRATIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES: EXISTEN INSTITUCIONES O PROCEDIMIENTOS ESPECÍFICOS DE CONTROL DE LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES POR LA ADMINISTRACIÓN, FUERA DE LA JURISDICCIÓN (A MODO DE OMBUDSMAN O AGENCIAS ADMINISTRATIVAS)?

ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA, PPGD | UNOESC - Na ordem jurídica brasileira, não há previsão da figura, nem da atuação específica do Ombudsman – como prevista no direito espanhol. Pode-se, quando muito identificar alguma atribuição dada ao Ministério Público (MP), como guardião da legalidade e do interesse público – principalmente o social, mas abstratamente pulverizada por todos os membros do *parquet* (outra denominação dada ao MP). Também, de certa forma, outros papéis protetivos se veem desempenhados pelas Defensorias Públicas com atuação em esfera Cível (administrativa).

Cumprir lembrar que, no Brasil, não existe o conceito de “Jurisdição Administrativa”, em separado, pois vigora o Princípio da Unidade da Jurisdição, segundo o qual somente no Poder Judiciário se configura a eficácia definitiva das decisões, pela formação da “coisa julgada material”, restando à esfera administrativa tão somente a eficácia preclusiva, denominada equivocadamente, segundo o entendimento de prestigiosa doutrina, de “coisa julgada formal”, apenas indicadora do encerramento do proce-

dimento em determinado processo judicial ou administrativo, já que nesse último tipo não se forma a “coisa julgada material”.

O Ministério Público e as Defensorias, tanto da União como dos Estados exercem importante papel na fiscalização da prestação de serviços públicos essenciais, diretos e indiretos, tais como os serviços educacionais – gerais e especiais, em todos os níveis de formação básica, técnica, profissional e até universitária; a construção de moradias populares, mediante a fiscalização do cumprimento da política pública habitacional; o atendimento de saúde pública e, mesmo, privada, seja no aspecto ambulatorial, seja no aspecto contratual (planos de saúde).

Por outro lado, em prestígio à segunda parte da questão, no Brasil, adotou-se o Sistema de Estado Regulatório para a atividade Econômica, tendo por marco a instituição de Agências Reguladoras, segundo um modelo muito próximo do Sistema Norte-americano, se não em eficiência, pelo menos nos termos de ampla autonomia que essas agências desfrutam, tanto técnica quanto gerencial e mesmo normativa, podendo, inclusive, em hipóteses excepcionais, induzir atividade de desapropriação.

Embora se possa pensar inicialmente que as referidas agências exerçam atividade de natureza regulatória exclusiva ou predominantemente econômica, cumpre agregar a essa noção alguns aspectos: as atividades econômicas reguladas incluem diretamente o abastecimento do mercado em relação a certos bens e, direta ou indiretamente (transversalmente), tratam da prestação de diversos serviços públicos à população, para além do interesse dos que fazem daquelas atividades uma forma de aplicação econômica, chegando o efeito de intervenção reguladora de determinadas agências, portanto, a quem figura na ponta da linha, na qualidade de destinatário dos referidos serviços ou mesmo sob o título de consumidor. Isso se dá com diversas atividades objeto de concessão de serviço público, tal com as de abastecimento de água e esgoto, as de transportes aéreo, aquático ou terrestre, as de telecomunicações, as de fiscalização sanitária e de saúde pública ou privada, entre tantas outras.

As Agências Reguladoras têm natureza de autarquias especiais, exigindo que sua criação ocorra por lei ordinária específica, de iniciativa do Chefe do Executivo. São inúmeros os exemplos de atividade de prestação de serviços públicos essenciais submetidos à gestão regulatória das referidas agências, ex vi, ANA – Agência Nacional de Águas; ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações; ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil; ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres; ANCINE – Agência Nacional de Cinema; ANS - Agência Nacional de Saúde, etc.

Fora esses vetores de controle estatais, a efetividade dos direitos sociais reclama uma atuação mais presente e mais firme do maior interessado nos resultados, os próprios destinatários, por meio de uma ação contínua de fiscalização da qualidade dos serviços, de utilização dos instrumentos formais e informais de representação ou de denúncia das irregularidades.

39. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - LA SISTEMÀTICA EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA: QUÉ TIPOS DE DERECHOS SOCIALES SE RECONOCEN? HAY UNA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS SOCIALES DE LIBERTAD Y DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES? TIENEN TODOS EL MISMO RÉGIMEN DE GARANTÍAS?

CARLOS LUIZ STRAPAZZON, PPGD | UNOESC – O direito constitucional brasileiro reconhece direitos sociais como espécie de direitos fundamentais (Ver Título II). Na longa lista dos direitos sociais, há direitos individuais e coletivos. Quanto ao bem jurídico protegido, a melhor síntese está no Art. 6º. do texto constitucional. Ali está escrito que:

Art. 6º São direitos sociais a educação²¹, a saúde²², a alimentação²³, o trabalho²⁴, a moradia²⁵, o lazer²⁶, a segurança²⁷, a previdência social²⁸, a proteção à maternidade²⁹ e à infância³⁰, a assistência aos desamparados³¹, na forma desta Constituição.

²¹ Sobre o direito à educação na forma desta Constituição, ver também Art. 7º, IV, Art. 22, XXIV, Art. 23, V e XII, Art. 24, IX, Art. 30, VI, Art. 34, VII, e, Art. 35, III, Art. 37 § 1º, Art. 150, VI, c, Art. 167, IV, Art. 205 a Art. 214, Art. 217, II, Art. 218, § 5º, Art. 221, I, Art. 225, § 1º, VI, Art. 226, § 7º, Art. 227, Art. 229, Art. 242, Art. 53, IV (ADCT), Art. 60 (ADCT), Art. 24 da Convenção Direitos Pessoas com Deficiência – CDPD.

²² Sobre o direito à saúde na forma desta Constituição, ver também Art. 7º, IV, Art. 7º, XXII, Art. 23, II, Art. 24, XII, Art. 30, VII, Art. 34, e, Art. 35, III, Art. 40, §4º, III, Art. 167, IV, Art. 194, Art. 195 § 2º, Art. 196 a Art. 200, Art. 201 § 1º, Art. 208, VII, Art. 209 § 4º, Art. 220§3º, II, Art. 227, Art. 55 (ADCT), Art. 25 da Convenção Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD.

²³ Sobre o direito à alimentação na forma desta Constituição, ver também: Art. 5º LXVII, Art. 7º IV, Art. 23, VIII, Art. 100§1º; Art. 200, VI; Art. 208, VII; Art. 212§4º; Art. 227, caput; Art. 243.

²⁴ Sobre o direito ao trabalho na forma desta Constituição, ver também o Art. 1º, IV, Art. 5º, XIII, Art. 5º XXVI, Art. 5º XLVII, Arts. 7 a 11, Art. 21, XXIV, Art. 22, I e XVI, Arts. 37 a 43, Art. 48, X, Art. 51, IV, Art. 52, XIII, Art. 54, I, b, Art. 61, § 1º, II, a; Art. 92, IV, Art. 109, V e VI, Art. 111 a 116, Art. 128, b, Art. 142, § 3º, II, Art. 150, VI, c, Art. 169, § 1º, Art. 170, caput, Art. 170, VIII, Art. 186, III e IV, Art. 187, caput e VIII, Art. 191, Art. 193, Art. 194, VII, Art. 195, I, a, Art. 200, II, Art. 200, VIII, Art. 201, III, Art. 201 § 10 e § 11, , Art. 202, § 2º, Art. 203, III, Art. 205, caput, Art. 206, § un, Art. 214, IV, Art. 210 § 3º, Art. 218, § 4º, Art. 227, §1º, II, Art. 227, § 3º, I a III, Art. 239, Art. 239, §§ 3º e 4º, Art. 8º, § 2º (ADCT), Art. 10 § 3º (ADCT), Art. 60 (ADCT), Art. 4º, I da Convenção Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD, Art. 8º 2, III (CDPD), Art. 9º, I, a (CDPD), Art. 27 (CDPD);

²⁵ Sobre o direito à moradia e habitação na forma desta Constituição, ver também Art. 21, XX; Art. 23, IX, Art. 187, VIII; Art. 79 (ADCT), com acréscimos da EC 67/2010.

²⁶ Sobre o direito ao lazer na forma desta Constituição, ver também o Art. 7º, IV; Art. 217, IV, § 3º; Art. 227;

²⁷ Sobre o direito à segurança social na forma desta Constituição, Art. 227 § 1º, I; ver também o Art. 5º, caput; Art. 5º, XXXVI; Art. 7º XXII; Art. 23, XII; Art. 144, Art. 194.

²⁸ Sobre o direito a aposentadorias e pensões na forma desta Constituição, ver também o Art. 201 e seguintes, Art. 54 (ADCT).

²⁹ Sobre o direito à proteção à maternidade na forma desta Constituição, ver também o Art. 201, II; Art. 7º XVIII; Art. 10, II, b (ADCT)

³⁰ Sobre o direito à proteção da infância na forma desta Constituição, ver também Art. 203, II, Art. 24, XV, Art. 203, I, Art. 30, VI, Art. 208, Art. 227. Art. 211, § 2º., Ver também o Art. 3º, Art. 7º. Art. 8º, 2, b, Art. 16, 5, Art. 18, 2, Art. 23, Art. 24, 3, c, Art. 25, b, Art. 28, b, Art. 30, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

³¹ Sobre o direito à proteção social assistencial na forma desta Constituição, ver também: Art. 3º, III, Art. 5º, LXXVI, Art. 23, II, Art. 23, X, Art. 24, XIII, Art. 150, VI, c, Art. 194, Art. 195, § 2º Art. 195, § 7º, § 10,

O artigo 6º, porém, não é *numerus clausus*. É lista exemplificativa, pois o Brasil não adota um critério formal rígido para tipificar direitos sociais constitucionais. Para entender melhor essa afirmação, é preciso ler o que dispõe o § 2º do Art. 5º da CRFB.

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.

O que foi dito acima tem sido afirmado, igualmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais (STF SS 3741. Presidente: Min. Gilmar Mendes. 27.05.2009).

Diferente das liberdades individuais clássicas (crença, pensamento, expressão, reunião, locomoção), mas semelhante à maior parte dos direitos sociais, os direitos fundamentais de seguridade social, quais sejam, de previdência, assistência social e saúde (Art. 6º; Art. 194), são, em sua maior parte, obrigações jurídicas positivas para o Estado e para a sociedade para que sejam organizados e prestados serviços, por via de instituições e procedimentos cujas diretrizes de ação estão todas estabelecidas no texto constitucional.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (EC no 20/98)

Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I – universalidade da cobertura e do atendimento;
- II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V – equidade na forma de participação no custeio;
- VI – diversidade da base de financiamento;
- VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de

Art. 198, II, Art. 203, Art. 204, Art. 79 (ADCT).

outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (EC no 29/2000, EC no 51/2006 e EC no 63/2010)

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III – participação da comunidade.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (EC no 20/98, EC no 41/2003 e EC no 47/2005)

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;
III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário mínimo.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;
III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;
IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Para bem compreender o sentido e o alcance dos Artigos que estruturam o sistema constitucional de direitos sociais e, em especial, os de seguridade social é preciso que esse dispositivo seja lido em conexão com o Art. 3º, onde estão os objetivos fundamentais da República. Assim transparece o modelo jurídico de *segurança social* estabelecido na Constituição:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;

- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os direitos sociais criados a partir de 1988 são, *em sua maioria*, direitos prestacionais. Digo *em sua maioria* pois há, no contexto constitucional brasileiro, direitos sociais que têm natureza de *liberdade negativa*. Nesses casos, os direitos sociais criam o dever de não intervenção nas escolhas e preferências privadas do titular. Bom exemplo é este:

Art. 5º XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer [...]

Mais além disso, há liberdades concedidas ao empregado, como o direitos a férias (Art. 7º, XVII, Art. 39§3º), licenças (Art. 7º XVIII, Art. 7º, XIX) e repousos (Art. 7º XV). Nessas situações, o direito social assegura a relação jurídica de emprego (atividade não eventual, remunerada e subordinada) mas retira do empregador o direito de exercer sobre o empregado o denominado *ius variandi*, ou seja, o direito de o empregador dirigir as escolhas e ações do empregado (para os fins primários da atividade empresarial). O bem jurídico protegido pelo direito social, nesses casos, é a *liberdade de ação individual do empregado*, ou seja, o direito de o empregado não agir sob orientação do empregador e o dever estabelecido ao empregador de *não embarçar nenhuma das modalidades de ação permitidas ao empregado*.

Algo semelhante ocorre também no âmbito do direito à educação e ao ensino:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

Noutros casos o direito social pode proteger uma *liberdade positiva*, ou melhor, uma modalidade de *ação, um fazer*. Neste caso, o dever estabelecido é o de *não embarçar a modalidade de ação protegida pelo direito*. Isso ocorre, por exemplo, com a liberdade de associação, inclusive de natureza profissional, de greve e de realizar atividades sindicais.

Art. 5º XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

Art. 37, VI – é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical [...]

O bem jurídico protegido pelo direito constitucional social, nesses casos, é uma *liberdade para* o titular do direito fazer greve e constituir sindicatos.

Há também direitos sociais proibitivos. Eles não protegem um certo tipo de ação do titular do direito, tampouco uma liberdade individual. Simplesmente impõem, a ter-

ceiros, um dever de não fazer, isto é, de não *agir de certa maneira*. Vejam-se as muitas formas de proibições trabalhistas impostas aos empregadores: proibição de criar diferença salarial, de discriminar portadores de necessidades especiais, de ofertar trabalho noturno para mulher, etc., todos previstos no Art. 7º, como direitos fundamentais. Nesses casos, os direitos sociais são direitos negativos porque são garantias de não opressão. Há também direitos sociais semelhantes aos direitos proibitivos, mas que são simples direitos de *não retrocesso de status*. Nessa situação está, por exemplo, o direito social de irredutibilidade salarial, salvo negociação coletiva, isto é, intermediada por sindicatos (Art. 7º, VI).

Como se pode ver, no sistema constitucional brasileiro, os direitos sociais são positivos e negativos, e não apenas direitos a prestações positivas.

40. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 207 Y 208 ¿TIENEN AMBOS NATURALEZA FUNDAMENTAL? EN SU RELACIÓN ABSTRACTAMENTE CONSIDERADA ¿CUÁL DE LOS DOS POSEE UNA MAYOR FUERZA CONSTITUCIONAL?.

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA, PPGD | UNOESC - O Direito à Educação, abstractamente considerado, tem natureza prestacional e é classificado, sob o ponto de vista legislativo, como dotado de *status* de direito social, atribuído – expressamente – pelo art. 6º da Constituição da República de 1988.

CRFB, 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. (grifo nosso).

Além do aspecto legislativo formal, enquadra-se, sob o doutrinário, como direito fundamental coletivo (de 2ª geração), segundo a classificação histórica desenvolvida pela obra de Norberto Bobbio.

De outra sorte, há quem adote a interpretação de natureza topológica, segundo a posição ocupada pelas normas positivadas no texto constitucional que se prestam a regular o referido direito. Segundo essa lógica, os direitos sociais, dentre os quais, o direito à educação, vem primeiramente apresentados no artigo 6º, do Capítulo 2, portanto, fora do rol *stricto sensu* dos direitos individuais e coletivos, assim apresentados no art. 5º, do Capítulo I. Ocorre que, mesmo diante dessa questão meramente formalística, ambos os capítulos se situam no Título II da Carta Política – que adota por título Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Com isso, não subsiste o argumento formal topológico.

Outra reserva que se apresenta é de que os direitos sociais, ao serem enquadrados como de 2ª geração, em verdade, seriam direitos de 2ª ordem, vale dizer, direitos de menor essência axiológica que os direitos e garantias individuais.

Outro argumento contrário à tese da Fundamentalidade se constitui por interpretação teleológica, invocando o fato de a própria Organização das Nações Unidas, quando resolveu adotar os Pactos Internacionais relativos a esses direitos, o fez por intermédio de dois tratados distintos: o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto

dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o que segundo essa visão, confirmaria a natureza diversa dos direitos tratados por um e por outro pactos.

Para desconfigurar o referido raciocínio, força reconhecer de fato a existência de diferentes naturezas, mas, mencionando a eficácia negativa dos direitos individuais civis, contraposta à eficácia positiva dos direitos sociais, o que justifica a adoção de dois pactos distintos, sem, no entanto, ratificar qualquer distinção em sede axiológica nem, supostamente, entre seus níveis de cogência.

Dessa forma, numa primeira abordagem, força reconhecer aos direitos sociais a natureza de direitos fundamentais e, por lógico, a de direitos humanos formais, positivamente reconhecidos e exemplificativamente relacionados pela Constituição Federal, conforme o entendimento que decorre do art. 5º, parágrafo 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.

Tratando-se especificamente do ponto central da questão, os direitos versados pelos artigos 207 e 208, em sentido lato são o mesmo direito à educação e detêm a mesma força axiológica, embora se possa fazer uma análise mais minuciosa para buscar distingui-los um do outro.

O art. 207 prestigia a autonomia universitária em amplo espectro, envolvendo as esferas administrativa, didática, científica, financeira, patrimonial; além disso é proclamada a estrita vinculação entre as atividades de ensino, pesquisa e extensão.

Por força de inclusão promovida pela Emenda Constitucional nº. 11, de 1996, o referido dispositivo ainda busca traduzir a autonomia universitária sob a ótica laboral, quanto a facultatividade (liberdade) para a decisão estratégica contratação de professores estrangeiros, facilitando, portanto, um processo que, no passado, já se viu muito complexo e mesmo dificultado. De forma igualmente cuidadosa o dispositivo estende a interpretação do conceito de universidade, para fins da referida autonomia, às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Por certo que os preceitos decorrentes do mencionado artigo concentram a importância sobre a garantia da autonomia universitária, não apenas sob uma ótica gerencial, mas, inclusive, como instrumento de garantia da liberdade de pensamento intelectual e sua manifestação, passando pelo livre exercício da profissão de professor, adotando maior abertura aos profissionais de outras nacionalidades, razões pelas quais resta indubitável a natureza de direito fundamental no artigo 207 da Constituição.

CRFB, Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.
§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.
§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Já no tocante ao art. 208, com muito mais razão a referida natureza jusfundamental se vê evidenciada, de forma quase autoexplicativa, ultrapassando em muito as ilações realizadas para o artigo que lhe antecede. No art. 208, trata-se do mais puro e clássico direito à educação – direito de receber a oportunidade de ser contemplado com educação de boa qualidade, em condições de frequência e acompanhamento adequados dos cursos, prevendo a imediata e incondicionada garantia da universalização e gratuidade dos níveis fundamentais, materializada de diversas formas, mas principalmente, pela viabilização do acesso e permanência nas vagas escolares, e a democratização do acesso nos níveis intermediários e, quiçá superiores.

CRFB, Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

Não para nessa escala abstrata o intenso teor de fundamentalidade, do direito humano à educação, tratado pelo art. 208. Algumas decisões políticas afirmativas do direito à educação das minorias c constitucionais se fazem presentes: a preocupação e a adoção de medidas para inclusão dos portadores de deficiência; os cuidados diferenciados com a educação infantil; a oferta de ensino noturno para os que trabalham durante o dia, notadamente os adultos; a implantação de programas suplementares de material (produção de material escolar para distribuição aos alunos carentes), transporte (programas de apoio ao estudante das zonas rural e ribeirinha), alimentação (merenda escolar) e saúde (postos de atendimento médico e odontológico nas escolas da rede pública).

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Conforme resta asseverado de todas as possíveis ilações do estudo realizado, pode-se confirmar a jusfundamentalidade do direito à educação, em ambos os dispositivos objeto da questionamento formulado, conforme vêm ratificar expressamente os parágrafos do mesmo art. 208, abaixo colacionados, que bem servem a cristalizar a força normativa do mesmo no sentido de garantir a prestação efetiva do direito à educação, seja por atribuir a educação obrigatória, caráter de direito público subjetivo, portanto, exigível a todo tempo, por qualquer forma jurídica ou administrativa apta e disponível (§1º); seja por prever o processamento por crime de responsabilidade da autoridade que não der cumprimento ou realizar de forma irregular a oferta de ensino obrigatório e gratuito à população (§2º) e de forma mais branda a necessidade de controle da frequência

à escola como dever cívico de preparar-se para a vida e para assumir responsabilidades com a sociedade, desde cedo.

CRFB, Art. 208 [...]

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Portanto, não resta qualquer dúvida quanto ao caráter de jusfundamentalidade das referidas previsões constitucionais, apenas devendo enfatizar que embora o art. 208 demonstre uma força axiológica inata, dada a relevância de seus preceitos, o conteúdo do art. 207 também merece especial atenção, por lhe ser complementar, garantindo não só o direito à educação, como outros que lhe são conexos, sem que se cogite discutir o aspecto de o referido dispositivo versar sobre ensino universitário, o que embora comparativamente possa lhe posicionar em situação de menos força em relação à garantia do ensino fundamental, não permite retirar-lhe sob nenhum argumento a força cogente de direito humano fundamental, viabilizador do desenvolvimento de espírito crítico para uma participação efetiva na vida da polis para o bom resultado da atividade política e social, no seio da coletividade.

41. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿HASTA QUÉ PUNTO LOS DERECHOS SOCIALES DEPENDEN DE LA DISPONIBILIDAD PRESUPUESTARIA?

CARLOS LUIZ STRAPAZZON, PPGD | UNOESC – No Brasil a proteção das expectativas de financiamento de políticas públicas garantidoras de direitos sociais prestacionais são uma face pouco explorada do postulado da reserva do possível. Reconhece-se que a reserva do possível é amplamente apresentada como objeção ao cumprimento de direitos prestacionais sociais. Todavia, no Brasil há um regime jurídico constitucional para o orçamento da seguridade social, prevista no Art. 165, § 5º, II, da Constituição da República. Esse orçamento constitucional da seguridade social é totalmente distinto do Orçamento Fiscal do Estado.

Isso traz consequências bastante particulares, pois a existência de orçamento da seguridade social é, por si só, uma garantia constitucional de cumprimento de direitos sociais em seu nível mínimo. Ou seja, o Brasil tem uma reserva financeira fundamental, de natureza constitucional, para realizar o mínimo possível em satisfação de expectativas desses direitos.

Assim, a reserva do possível, enquanto postulado jurídico inerente à satisfação de direitos prestacionais que demandam investimentos do Estado, tem uma natureza negativa e outra positiva no contexto jurídico brasileiro. A face negativa, mais conhecida, é inibidora das expectativas fundamentais de realização dos investimentos para a satisfação dos direitos prestacionais sociais. O Brasil também segue, por isso, princípios

de equilíbrio financeiro e atuarial para determinar o limite dos investimentos e gastos na realização dos direitos sociais.

Bom exemplo disso é o debate em torno do alcance do Art. 195 § 5º: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

Esse parágrafo vem sendo denominado de “princípio da precedência do custeio” (Advocacia Geral da União) e de “postulado da contrapartida” (RE 461.904, 2ª Turma, Rel. Celso de Mello, 29.8.2008).

Mais preciso seria denominá-lo, apenas, de regra fundamental da responsabilidade fiscal da seguridade social. Não se trata de princípio, pois sua aplicação não é graduável. É, portanto, norma com natureza de regra. E por se tratar de regra constitucional orçamentária e com enunciado deôntico proibitivo, é de se reconhecer que o bem jurídico protegido (o equilíbrio financeiro e atuarial, cfe. Art. 201, Art. 40, caput; Art. 37, caput, Art. 6º. da EC n. 20/98) é de elevada importância neste sistema constitucional. No entanto, como toda regra, também as regras constitucionais admitem exceções. Contudo, no Brasil, exceções a regras constitucionais proibitivas só são admitidas nos casos em que as consequências da aplicação estrita da regra se revelam incompatíveis com os princípios, o regime e os tratados de direitos humanos (cfe. Art. 5º § 2º da Constituição). Exceções para regras como esta, portanto, precisam estar fundadas em consequências reconhecidas como de gravíssima incompatibilidade com a Constituição. Quer dizer, exceções a regras constitucionais proibitivas só podem ser constitucionais se, no caso concreto, um outro bem jurídico constitucional de natureza fundamental for afetado de modo desproporcional pela regra que protege o equilíbrio financeiro e atuarial.

Para compreender o regime jurídico constitucional dessa proibição é preciso ter em conta, portanto: (1) que a proibição constitucional foi instituída para proteger o bem coletivo denominado de equilíbrio financeiro e atuarial do orçamento da seguridade social; (2) que o legislador pode criar benefícios e serviços de seguridade social; (3) que benefícios e serviços de seguridade social já existentes podem ser majorados e também estendidos; (4) que as fontes de custeio previstas no orçamento especial da seguridade social devem suportar, tanto a criação, a majoração quanto a extensão de benefícios e serviços de seguridade social. (5) que o limite para a criação, majoração ou extensão de benefícios e serviços são as fontes de custeio previstas no orçamento especial da seguridade social, isto é, nas leis orçamentárias especiais.

O disposto na Lei Complementar 101/2001 (Lei de Responsabilidade Fiscal), especialmente nos Arts. 16, 17 e 24, complementam o sentido legislativo dessa proibição, fornecendo mais elementos para compreender a interpretação legislativa desse dispositivo constitucional restritivo de gastos públicos com a seguridade social.

A LRF fornece especificações de natureza legal para o sentido dessa proibição constitucional de gerar custos imprevistos nas fontes legais de custeio da seguridade social.

O Art. 24 da LRF estabelece que:

Nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a indicação da fonte de custeio total, nos termos do § 5º do art. 195 da Constituição, atendidas ainda as exigências do art. 17.

A leitura do Art. 24 e do Art 17 revela que a LRF tem especial preocupação com a criação, majoração ou extensão de um tipo específico de despesa da seguridade social: a Despesa Obrigatória de Caráter Continuado. Esta é a despesa estabelecida, formalmente, por lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixa, para a Seguridade Social, a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

Disso se segue que a LRF distingue duas situações ilícitas, segundo a gravidade e a importância das despesas. A primeira, e também mais grave, é a ilicitude pela criação, majoração ou extensão de despesas (1) continuadas e (2) previstas em atos normativos e, portanto, obrigatórias. A segunda, e também menos grave, é a ilicitude pela criação, majoração ou extensão de despesas (1) não continuadas, e (2) não previstas em lei.

A situação prevista no Art. 17, como dito antes, é a mais grave. A LRF estabelece regra específica para as despesas continuadas e criadas por ato normativo vinculante. E não é sem razão. Essas despesas, evidentemente, podem gerar distorções mais sérias no planejamento orçamentário da seguridade social do que outras que não são fixadas em atos normativos e que, além disso, não são continuadas. Por isso, a LRF (Art. 17 § 1º) estabelece que: os atos que criarem ou aumentarem Despesa Obrigatória de Caráter Continuado deverão ser instruídos com a estimativa (Art. 16, I) do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes.

Em relação às despesas obrigatórias e continuadas, portanto, o Art. 24 da LRF faz referência expressa ao Inc. I do Art. 16 da LRF e exige do ordenador da despesa um estudo técnico capaz de estimar o impacto da despesa continuada sobre o equilíbrio financeiro e atuarial do orçamento da Seguridade Social.

Contudo, a validade jurídica das despesas continuadas imprevistas não se constitui apenas com a apresentação da estimativa de impacto. O ordenador da despesa precisa demonstrar, igualmente, que as inovações são adequadas com a LOA e compatíveis com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Ou seja, uma nova despesa continuada, obrigatória e com impacto suportável pelo orçamento da seguridade social não pode conflitar com as regras da Lei Orçamentária Anual (LOA) nem com os princípios e regras do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias (Art. 16, II).

Em relação às despesas obrigatórias e continuadas, pode-se dizer que o princípio-objetivo do regime constitucional orçamentário está formalmente protegido segundo esta regra proibitiva: (I) Toda despesa obrigatória e continuada não prevista no orçamento público da seguridade social viola o equilíbrio financeiro e atuarial se a estimativa de impacto financeiro revelar que ela não é suportável pelos recursos alocados para o orçamento da Seguridade Social e se a finalidade para a qual é instituída for inadequada com a LOA e incompatível com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

A mesma regra poderia ser formulada num sentido autorizativo, deste modo: (II) Despesas obrigatórias e continuadas não previstas no orçamento público da seguridade social são válidas, e portanto, não violam o equilíbrio financeiro e atuarial da seguridade social, se a estimativa de impacto financeiro revelar que podem ser suportadas pelos recursos alocados para o orçamento da Seguridade Social e se, além disso, as finalidades para as quais forem instituídas se adequarem com a LOA e forem compatíveis com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

As restrições fixadas pelo Art. 17 da LRF parecem, à primeira vista, excessivas. No entanto, o STF apreciou um pedido de declaração de inconstitucionalidade do Art. 17. E a decisão estabeleceu que

[A]s exigências do art. 17 da LRF são constitucionais, daí não sofrer de nenhuma mácula o dispositivo que determina sejam atendidas essas exigências para a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço relativo à seguridade social. (ADI 2.238-MC, Rel. p/o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 9-8-2007, Plenário, DJE de 12-9-2008).

A segunda situação ilícita descrita pela LRF, e também menos grave, é a ilicitude decorrente de criação, majoração ou extensão de despesas (1) não continuadas e (2) não previstas em lei, portanto, de despesas eventuais e não previstas em lei.

Como se vê, há, no Brasil, restrições constitucionais e legais (dimensão negativa da reserva do possível) para o uso de recursos públicos com a efetivação de direitos sociais. Todavia, há, igualmente, orientação constitucional e jurisprudencial para abrir as devidas exceções quando bens jurídicos fundamentais estiverem em jogo.

Por exemplo:

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) ...

- É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Precedentes. Doutrina. (STF. EMB.DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 598.212 PARANÁ, 25.03.2014, Rel. Min. Celso de Mello).

A face positiva da “reserva do possível” funda-se em dispositivos constitucionais que protegem o orçamento de seguridade social (Art. 165) e outras regras e princípios que determinam aplicação mínima em certas políticas públicas, como a do Art. 212 da Constituição. Além disso, a jurisprudência recente tem exigido mais evidências por parte do poder público quanto à possibilidade fática de garantir a proteção de direitos sociais.

A face positiva do postulado da reserva do possível indica que o orçamento público vinculado à satisfação de direitos fundamentais é um bem jurídico que compõe o âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais prestacionais. Assim, a gestão de recursos públicos vinculados à satisfação de expectativas geradas por direitos fundamentais sociais prestacionais é, em si mesma, sujeita ao controle de razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que a boa gestão desses recursos públicos é de interesse

coletivo, bem coletivo diretamente referido a direitos fundamentais. Como a má gestão desses recursos “reservados positivamente” para proteger direitos sociais corresponde a uma forma de restrição (ou violação) dos direitos, toda proteção insuficiente precisa passar no teste da proporcionalidade. Mas essa face garantista do postulado da reserva financeira do possível tem sido pouco explorada pela dogmática brasileira e, a meu ver, precisa ser melhor desenvolvida pela teoria dos direitos fundamentais sociais.

42. RODRIGO GOLDSCHMIDT, PPGD | UNOESC - QUAIS SÃO OS TITULARES E QUAIS SÃO AS RELAÇÕES JURÍDICAS TÍPICAMENTE PROTEGIDAS PELO DIREITO À DISCRIMINAÇÃO POSITIVA NA ESPANHA?

MERCÈ BARCELÓ i SERRAMALERA | GREFA-UAB - La titularidad de los derechos en España tiene dos vertientes: la de la titularidad activa, esto es, quien dispone del haz de facultades que reconoce el contenido del derecho; y la de la titularidad pasiva, es decir, frente a quien se ejerce el derecho.

a) La titularidad activa del derecho a la igualdad

El artículo 14 CE establece la titularidad del derecho a la igualdad a favor de “los españoles”, lo que plantea dos cuestiones: si es extensible a los extranjeros y si las personas jurídicas pueden ser titulares de la igualdad.

En cuanto a los extranjeros, la literalidad del artículo 14 CE podría plantear su exclusión. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional (SSTC 107/1984, y posteriores 115/1987, 94/1993) no lo entiende así: el Tribunal considera que hay derechos que por su conexión directa con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) corresponden por igual a españoles y extranjeros (como, por ejemplo, los derechos a la libertad y la seguridad, a la vida e integridad física y moral, al honor, a la intimidad, a la libertad ideológica, a la tutela judicial efectiva, o a la libertad de expresión); derechos de los que no podrán gozar los extranjeros (el derecho de sufragio, salvo lo dispuesto en el artículo 13.2 CE); y derechos que, por disposición del mencionado artículo 13 CE, se les reconocerán a los extranjeros en función de lo que dispongan los tratados y las leyes, de modo que habrá que estar a lo que tales normas dispongan, abriéndose en tales casos la posibilidad de que se otorgue un trato idéntico o bien que se prevea alguna diferencia de trato de los extranjeros respecto de los españoles (por ejemplo, derecho al trabajo, libertad de empresa o de elección de oficio o profesión). Por tanto, los extranjeros son titulares del derecho a la igualdad en relación con cuantos derechos e intereses legítimos pretendan ejercer, siempre que no se correspondan con aquellos ámbitos en que la Constitución ha dispuesto por sí misma su exclusión (derecho de sufragio). Además, y respecto de determinados derechos podrán preverse modulaciones o límites por los tratados o la ley, sin que, en ningún caso, tales modulaciones puedan ser irrazonables e incurrir en discriminación (STC 137/2000).

Por lo que se refiere a las personas jurídicas, el Tribunal Constitucional ha señalado que la mención genérica a los españoles las comprende tanto a ellas como a las personas físicas, sin perjuicio, sin embargo, de que siendo las primeras una creación del legislador, éste pueda introducir, al regularlas, alguna condición o límite en función de

la naturaleza del derecho (STC 139/1995). Desde esta perspectiva el Tribunal Constitucional establece sólo una excepción: las personas jurídicas públicas no pueden ser titulares del derecho a no ser discriminado (AATC 135/1985 y 106/1988), aunque sí del derecho a la igualdad en aplicación de la ley como garantía procesal (SSTC 100/1993 y 114/1993).

b) *La titularidad pasiva del derecho a la igualdad*

La Constitución obliga tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos (art. 9.1 CE). El mandato de igualdad del artículo 14 CE obliga, por lo tanto, a los poderes públicos y a los particulares aunque, como se verá, no de igual manera.

Lo expuesto en la pregunta 1 sirve para contestar a cómo obliga el mandato de igualdad a los poderes públicos; pero no sirve para explicar la relación jurídica que crea entre particulares (*Drittwirkung*) ya que entre ellos rige como principio básico de relación el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 Código Civil). La jurisprudencia constitucional ha considerado que el respeto al principio de igualdad “se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el artículo 14 CE” (STC 108/1988). Por lo tanto, y salvo que una norma disponga expresamente otra cosa, los particulares, cuando establecen relaciones jurídicas entre ellos no se vinculan al principio de igualdad, siempre que no incurran en discriminación por las razones que enuncia el artículo 14 de la Constitución (por ejemplo vulneraría el principio de igualdad la empresa que despidiese a trabajadores homosexuales, o a igual trabajo pagase menos a sus trabajadoras que a sus trabajadores). A ello, no obstante, debe exceptuarse el caso de empresas que ejercen funciones públicas (por ejemplo, actividades de subvención o de inspección) cuya posición respecto de la observancia del principio de igualdad es equivalente a la de la propia administración para la que actúan.

CAPÍTULO 7. GARANTIAS JURISDICIONAIS

Matheus Felipe de Castro, PPGD | Unoesc
Rodrigo Goldschmidt, PPGD | Unoesc
Mercè Barceló i Serramalera, GREFA | Universitat Autònoma de Barcelona
Rogério Luiz Nery da Silva, PPGD | Unoesc
Rogério Gesta Leal, PPGD | Unoesc
Clara Maquet Sardà, GREFA | Universitat Autònoma de Barcelona
Miguel A. Aparício Perez | Universitat de Barcelona
Carlos Luiz Strapazzon, PPGD | Unoesc
Maria Helena Pinheiro Renck, PPGD | Unoesc
Silvana Barros Da Costa, PPGD | Unoesc

43. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿POR QUÉ EN BRASIL EXISTEN DIFERENTES VÍAS PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS, ENTRE ELLAS EL *MANDADO DE SEGURANÇA* (QUE PODRÍA PARECERSE AL RECURSO DE AMPARO), EL *HABEAS CORPUS*, EL *HABEAS DATA*, EL *MANDADO DE INJUNÇÃO*, LA *ACCIÓN CIVIL PÚBLICA* Y LA *ACCIÓN POPULAR*? ¿CUÁL DE LAS VÍAS ANTERIORES PUEDE CONSIDERARSE LA MÁS FRECUENTE?

MATHEUS FELIPE DE CASTRO, PPGD | UNOESC – A razão pela qual existem várias vias para garantir direitos como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular e a ação civil pública é muito simples: a Constituição prevê um determinado meio constitucional e/ou legal para cada direito lesado ou ameaçado de lesão ou ilegalidade ou abuso de poder, suscitando, nestes casos, a intervenção das autoridades competentes. São conhecidos como instrumentos de tutela das liberdades, remédios constitucionais, ações constitucionais, garantias constitucionais e *writs* constitucionais. A Constituição de 1988 consagrou, além do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, mandado de segurança e ação popular, o direito de petição e de certidão como tutelas das liberdades públicas.³²

Assim, depreende-se que a Legislação Suprema preocupou-se em garantir para cada remédio constitucional lesado um direito apto a atacá-lo.

Para restar clara a função de cada *writ* constitucional, necessário se faz elucidar a previsão legal e a finalidade de cada um deles.

O *habeas corpus* tem sua origem reconhecida pela doutrina através da Magna Carta – mais precisamente no capítulo XXIX – outorgada pelo Rei João Sem Terra, na Inglaterra.³³ Entretanto, registros dão conta de que se formalizou posteriormente, mais precisamente em 1679, através do *habeas corpus Act*. No Brasil, ganhou guarida em 1821, mediante alvará emitido por Dom Pedro I, que asseverava a liberdade de locomoção e recebeu a terminologia *habeas corpus* apenas em 1830, na vigência do Código Criminal.³⁴

³² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ref. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 604.

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pág. 124.

³⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 940.

Consiste atualmente o *habeas corpus* em um instrumento processual constitucional destinado à qualquer pessoa física ameaçada de sofrer violência ou coação em sua liberdade de ambulatoria.³⁵ Em outras palavras, é a garantia de liberdade individual perante o poder estatal, constituindo anteparo de extrema relevância à pessoa em face do Estado. Não se trata de um recurso e sim uma ação, destinada à tutela jurisdicional da liberdade.³⁶

Na Constituição Federal, está disposto no artigo 5º, inciso LXVIII, o qual preleciona que será concedido *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.³⁷ Na legislação ordinária, encontra-se no capítulo X do Código de Processo Penal, mais precisamente no artigo 647 e seguintes.³⁸

Destarte, tem o escopo de evitar ou cessar a violência ou coação à liberdade, oriundas de um ato ilegal ou de um abuso de poder. Referido remédio constitucional se concretiza com a ordem emanada pelo juiz ou tribunal ao coator, garantindo ao indivíduo o direito de ir, vir e ficar.³⁹

Ressalte-se a decisão⁴⁰ da Excelsa Corte de Justiça pátria – Supremo Tribunal Federal – no sentido de que uma vez desviada a finalidade jurídico-constitucional do *habeas corpus*, que venha a satisfazer ainda que indiretamente e de modo ilegítimo os interesses da acusação, resta descaracterizada a essência do mencionado documento, que é essencialmente vocacionado para a proteção da liberdade individual.

Bem definidos o conceito, origem, previsão legal e finalidade do *habeas corpus*, é de se verificar o mandado de segurança.

Consiste o mandado de segurança no instrumento processual constitucional assegurado à pessoa física ou jurídica, com a finalidade de proteção à direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou na iminência de sofrer lesão por ato ilegal ou abusivo, advindo de autoridade pública ou seus delegados, quaisquer que forem as funções que desempenhem.⁴¹

É de criação brasileira, implicando ação constitucional de natureza civil⁴², podendo ser preventivo nos casos em que o impetrante demonstrar receio de sofrer uma violação de seu direito líquido e certo ou repressivo, quando já cometida a ilegalidade que se deseja combater.⁴³

³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ref. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 610.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 767.

³⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2013.

³⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 28 abr. 2013.

³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. reformulada e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 613.

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 75.347-8 de Minas Gerais, Relator o Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 5.11.1997.

⁴¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ref. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 626.

⁴² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 943.

⁴³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pág. 153.

Tem previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXIX⁴⁴ e é disciplinado infra-constitucionalmente pela Lei n. 12.016/2009.⁴⁵

O mandado de segurança visa proteger os direitos individuais e coletivos, sendo que a tutela, quando obtida, mandamental. Junto do *habeas corpus* é respeitável legado do remoto Estado de Direito da tradição liberal pátria.⁴⁶

Seguindo o rol de tutelas das liberdades públicas está o *habeas data*, introduzido pela Constituição de 1988 com a finalidade de assegurar o conhecimento de informações referentes à pessoa do impetrante, que constem em registros ou bancos de dados de entidades do governo ou de caráter público. Outrossim, serve para retificar dados na hipótese de não se querer fazê-lo através de processo sigiloso, judicial ou administrativo.⁴⁷

Tem natureza jurídica mista ou ambivalente, à medida que apresenta a face de uma autêntica ação mandamental e alcança a índole constitutiva.⁴⁸ Está previsto no Estatuto Superior de 88 no artigo 5º, inciso LXXII⁴⁹ e na legislação ordinária n. 9.507/97.⁵⁰

Por sua vez, o mandado de injunção um remédio constitucional de origem no constituinte de 1988,⁵¹ possuindo a natureza jurídica de uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, com a finalidade de preencher uma omissão do Poder Público, viabilizando o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa assegurada pela Constituição Federal.⁵²

Tem previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXXI,⁵³ não se confundindo com a ação de inconstitucionalidade por omissão, ainda que os dois tratem sobre a inércia constitucional. Exemplo claro da distinção se dá pela identidade, uma vez que é instrumento de difusa da Constituição; tem efeito *inter partes*; a competência é atribuída ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais dos Estados e tem como finalidade defender o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional.⁵⁴

Quanto à ação popular, pode-se afirmar que consiste em um instrumento destinado a todos os cidadãos em pleno gozo de seus direitos políticos, no sentido de tornar

⁴⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2013.

⁴⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 28 abr. 2013.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 773.

⁴⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 955.

⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ref. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 657.

⁴⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2013.

⁵⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm>. Acesso em: 28 abr. 2013.

⁵¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 950.

⁵² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pág. 170.

⁵³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 28 abr. 2013.

⁵⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ref. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 647.

inválidos atos ou contratos administrativos ilegais ou lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.⁵⁵

É encontrada no direito constitucional brasileiro desde a Constituição de 1934 e tida como valoroso meio de exercer a cidadania.⁵⁶ É também instrumento de democracia direta e participação política, uma vez que procura proteger a *res publica*.⁵⁷ Caracterizada pela impessoalidade portanto, não pode ser exercida para resguardar interesse particular.⁵⁸

Está prevista no artigo 5º, inciso LXXIII⁵⁹ e regulamentada ordinariamente pela Lei 4.717/65.⁶⁰

Por derradeiro, a ação civil pública não se encontra no rol de ações constitucionais, o que possibilita a dúvida acerca de sua validade como instrumento para tutelar os direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos. Tem previsão no artigo 129, inciso III da CRFB/88 e é regida no plano infraconstitucional pela combinação das leis 7.347/85⁶¹ e 8.078/90⁶². Pretende ela salvaguardar situações de novos direitos, oriunda dos anseios pelo movimento do acesso à Justiça.⁶³

Diante do exposto, denota-se que a Constituição Federal preocupou-se em assegurar meios de tutelas de liberdades públicas para cada espécie de direito lesionado, garantindo ao indivíduo o remédio constitucional justo e adequado para responder suas pretensões.

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 entre todas as Constituições Brasileiras, foi aquela que procurou inovar em matéria de direitos fundamentais. Fez isso, com o objetivo de compatibilizar o Estado social e o Estado de Direito com a introdução de novas garantias constitucionais, tanto do direito objetivo como do direito subjetivo.⁶⁴

Nesse sentido, os direitos individuais poderiam ser considerados letra morta se não fossem acompanhados de ações judiciais que pudessem conferir-lhes uma eficácia igualável com a própria importância dos direitos assegurados. Sendo assim, essas garantias, como se denominam as mencionadas ações, surgem ao mesmo tempo que os direitos fundamentais. Por exemplo, o direito de liberdade está intrinsecamente ligado ao direito de ação que lhe assegura: o *habeas corpus*.⁶⁵

⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ref. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 665.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 781.

⁵⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 958.

⁵⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ref. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 665.

⁵⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2013.

⁶⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 28 abr. 2013.

⁶¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347rig.htm>. Acesso em: 28 abr. 2013.

⁶² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 28 abr. 2013.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 784.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 547-548.

⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 239.

Por outro lado, devido à complexidade cada vez mais crescente da ordem jurídica, foram imprescindíveis novos instrumentos de garantias de direitos. Pode-se mencionar nesse contexto, o mandado de segurança.⁶⁶

Nesse ínterim, denota-se que a Constituição de 1988 inovou também ao preceituar modelos recém-criados no direito estrangeiro como o *habeas data*. Além de ter criado um originário brasileiro, o mandado de injunção. Essas garantias/ações podem ser consideradas direitos de ordem processual, direitos de ingressar em juízo para obter uma medida judicial com força específica ou com uma celeridade diferenciada das ações ordinárias.⁶⁷

Essas novas garantias que a Constituição, com a roupagem de meios ou instrumentos processuais, trouxe para reforçar no constitucionalismo do Estado Social a defesa e o amparo dos direitos subjetivos.⁶⁸

Nessa senda, o *Habeas Corpus* é inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal e proteger a pessoa no que ela tem de antecedente ao exercício de qualquer outro direito e liberdade. Pois, defende o direito do sujeito de não sofrer constrição na sua liberdade de locomover-se em razão de violência ou coação ilegal.⁶⁹

Com o passar do tempo surgiram mais duas modalidades de *habeas corpus*, o preventivo (antes da perpetração da violência ou da coação) e o suspensivo (quando já consumadas a violência ou a coação). Ainda, a legislação prevê que esta ação é voltada para atos de autoridade.⁷⁰

De outra banda, o mandado de segurança pode ser considerado uma forma judicial de tutela dos direitos subjetivos, ameaçados e violados, seja qual for a autoridade responsável. Utiliza-se para a defesa de direito líquido certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.⁷¹

Denota-se que a Carta Magna também prevê o mandado de segurança coletivo que pode ser utilizado por determinadas entidades para a defesa de interesses comuns de seus associados. Portanto, seu objeto deverá ser algum interesse coletivo.⁷²

Já o mandado de injunção será concedido sempre que a falta de alguma norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades e das prerrogativas que dizem respeito à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Serve, portanto, para acabar com as inconstitucionalidades por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais, ocorrendo sempre em casos concretos ou incidentalmente numa ação.⁷³

A Constituição brasileira, também prevê no art. 5º, inciso LXIII,⁷⁴ que todo e qualquer cidadão será parte legítima para propor uma ação popular. Isso independente

⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 239.

⁶⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.239.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 550.

⁶⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.239.

⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 242/244.

⁷¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 244/245.

⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 248/249.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 551.

⁷⁴ Art. 5º LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio

do autor ter algum proveito pessoal. Esse direito de ação pode ser considerado a consagração de um direito político democrático. O ato invalidado deve ser lesivo ao patrimônio público; esse ato também deverá ser considerado ilegal. Ainda, a moralidade administrativa é um dos valores a serem protegidos pela ação popular.⁷⁵

Cabe ainda mencionar que o *habeas data* é novidade da atual Constituição Brasileira, previsto no art. LXII do art. 5º,⁷⁶ concedido para garantir o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, assim como para a retificação de dados, quando não se opte por fazê-lo por meio de processo sigiloso, judicial ou administrativo.⁷⁷

Ao final, cita-se a ação civil pública, que aparece com o surgimento da ideia de interesse coletivo e, mais que isso, de interesse difuso. Embora a ação civil pública não esteja prevista no capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais, constitui-se uma garantia instrumental dos direitos constitucionalmente assegurados.⁷⁸

Sendo assim, esta modalidade de ação, além de proteger os valores elencados na Lei. n. 7. 347/85 teve o seu objeto amplamente alargado pelo art. 129, inciso III⁷⁹, da Constituição Federal, que revela que o Ministério Público poderá promover a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Ainda, qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe elementos de convicção.⁸⁰

44. RODRIGO GOLDSCHMIDT, PPGD | UNOESC - NO BRASIL SE EN- TENDE QUE A DISCRIMINAÇÃO PROCESSUAL POSITIVA SE CONCRE- TIZA PELA ACEITAÇÃO DE PRESUNÇÕES QUE FAVORECEM A PARTE MAIS FRÁGIL DA RELAÇÃO PROCESSUAL. POR ISSO ALGUMAS PRE- SUNÇÕES PROCESSUAIS PODEM SER CRIADAS PARA FAVORECER UMA DAS PARTES DA RELAÇÃO PROCESSUAL, COMO A PRESUNÇÃO DE ESCASSEZ DE RECURSOS PARA PAGAR AS DESPESAS JUDICIAIS; A PRESUNÇÃO À VERACIDADE DOS FATOS SIMPLEMENTE APRESEN- TADOS EM JUÍZO (INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA); PRESUNÇÃO DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL (DISPENSA DE INSTRUMENTO FORMAL DE MANDATO PARA O ADVOGADO DE AÇÃO COLETIVA DEFENDER

ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 253/256.

⁷⁶ Art. 5º LXXII - conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo [...]

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 552.

⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 258/260.

⁷⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁸⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 262.

SEUS CLIENTES DESFAVORECIDOS), PRESUNÇÃO DE NECESSIDADE VITAL DO INTERESSES DE UMA DAS PARTES, ETC.). NA ESPANHA, O DIREITO À DISCRIMINAÇÃO POSITIVA ALCANÇA O DIREITO PROCESSUAL, OU SEJA, O DIREITO A UMA TUTELA JUDICIAL DIFERENCIADA PARA TITULARES DE DIREITOS SOCIAIS?

MERCÈ BARCELÓ i SERRAMALERA | GREFA-UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA (UAB) – De las presunciones procesales enunciadas sólo la relativa a la inversión de la carga de la prueba de la discriminación, particularmente en el ámbito laboral, derivaría del principio de igualdad. En efecto, como ya se ha indicado, el Tribunal Constitucional deriva de la concreta prohibición de discriminación por razón de determinadas circunstancias el principio de inversión de la carga de la prueba en el proceso (en síntesis, STC 168/2006).

Sin embargo, el resto de presunciones enunciadas (que como tales no han sido formuladas por la jurisprudencia española) podrían derivarse de la vertiente prestacional del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24.2 CE y de la vinculación positiva del juez a los derechos constitucionales (a través del principio de máxima eficacia de los derechos).

45. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - A LA HORA DE PLANTEAR UNA ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD O UNA ACCIÓN DE DECLATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD ¿POSEEN LAS AUTORIDADES QUE PUEDEN PLANTEARLA LA MISMA FUERZA (TIPO) DE LEGITIMACIÓN ACTIVA?, DICHO DE OTRA FORMA, ¿OBJETIVAMENTE, SE PERSIGUEN FINES DISTINTOS CON LA ACCIÓN POSITIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA ACCIÓN “NEGATIVA” DE INCONSTITUCIONALIDAD?

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA, PPGD | UNOESC - A questão admite dupla abordagem, para além da simples diferenciação entre os dois tipos gerais de ação de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, isto porque são múltiplos os legitimados à proposição dessas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADI (quer por ação, quer por omissão – *Acción Positiva de Inconstitucionalidad*), assim como para a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC (*Acción Negativa de Inconstitucionalidad*), o que exige, primeiro de tudo classificá-los segundo o interesse jurídico a tutelar, pois a rigor, todos têm previsão formal em literal estado de igualdade no texto constitucional, conforme prediz o art. 103, a seguir transcrito parcialmente:

CRFB, Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A legislação prevê expressamente, por força da Lei n. 9.869/1999, em seu art. 30, que alterou o art. 8º, da Lei n. 8.185/1991 a necessidade de demonstração de “pertinência direta” entre o ato atacado/submetido e os objetivos institucionais das entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, portanto, com âmbito nacional.

Lei nº 9.868/1999, Art. 30, § 3º. LEGITIMADOS a propor ADI e ADC

São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I - o Governador do Distrito Federal;

II - a Mesa da Câmara Legislativa;

III - o Procurador-Geral de Justiça;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal;

*V - as entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, **demonstrando que a pretensão por elas deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais;** (grifo nosso).*

Também a doutrina constitucional mais requintada identifica os legitimados como dotados de diferentes legitimações, segundo o interesse jurídico que estejam autorizados a defender, alguns, portanto, detendo a chamada legitimação universal, *ex vi* o Presidente da República ou o Procurador-Geral da República e, outros, apenas com legitimação específica, conforme o critério técnico denominado “pertinência temática” entre o objeto caracterizador da “causa de pedir”, tal como os Chefes de Executivo estadual ou distrital, os partidos políticos e as associações.

O referido critério estatui, por exemplo, que os governadores de Estado e do Distrito Federal só podem impugnar abstratamente por via de ADI ou proporem ADC perante o STF, nos casos em que reste insofismavelmente comprovado o interesse jurídico do Estado que governam, vale dizer, de um lado, essas autoridades não ficam adstritas a impugnar leis de seu próprio Estado-membro, tão somente; mas, de outro, não podem propor ações a esmo, de forma pouco criteriosa, sendo-lhes necessário demonstrar cabalmente, na petição inicial, que a lei por eles submetida a Juízo promove ou não um dano à unidade da federação (Estado ou Distrito Federal) que governam ou ao povo que habita ou trabalha nos mesmos.

Já quanto aos partidos políticos, o STF decidiu que a depender do porte, em termos de representação maciça no Parlamento e da amplitude de atuação de um determinado partido, pode-se acatar a presunção jurídica *juris tantum* de sua legitimação universal, mais ampla, portanto.

No tocante à particularidade diferenciadora entre os tipos positivo e negativo de ação, o papel positivo de declarar a inconstitucionalidade, embora originariamente en-

dereçado à ADI e o papel negativo de inconstitucionalidade, da mesma forma atribuído à ADC – “declaratória de constitucionalidade” podem se ver facilmente mesclados, chegando a doutrina a considerar que as ações são dúplices entre si, pois permitem obter os mesmos resultados, com efeitos *erga omnes* e vinculantes perante a Administração e os demais órgãos do Poder Judiciário, apenas “com sinais “+” e “-“ trocados.

Vale dizer, a procedência do pedido de inconstitucionalidade em uma ADI, faz coisa julgada material nesse sentido, apta a inibir a propositura de posterior ação declaratória, por carência das condições da ação ou de pressuposto de existência e validade do processo:

No caso de eventual ADC que busque o reconhecimento da constitucionalidade, tem-se a incoerência de um pressuposto processual negativo que vem a ser a “inexistência de coisa julgada”, pois, como visto, a procedência da ADI terá promovido a formação do “sacrosanctum” de segurança das relações jurídicas.

Na hipótese contrária, a propositura de uma ADC que conduza ao resultado da “improcedência do pedido” e, portanto, equivala à declaração da inconstitucionalidade, o objeto alcançado pela ação já foi obtido pela ADI que lhe antecederá, configurando a “falta do interesse em agir”, caracterizadora da chamada “carência das condições da ação”, no Brasil entendidas como: 1) Legitimidade de Partes, 2) Interesse em Agir e 3) Possibilidade Jurídica do Pedido. O interesse em agir desdobra-se no binômio necessidade e adequação. Como se vê, obtida a procedência em uma ADI, não haverá qualquer necessidade de buscar o mesmo resultado com a improcedência de uma ADC versante sobre o mesmo diploma legislativo.

As regras constitucionais sobre as referidas ações se completam com os parágrafos abaixo relacionados; já as regras legais decorrem da legislação infraconstitucional, representada centralmente pela Lei n. 9.868/1999.

CRFB, art. 103 [...]

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

46. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - SE PUEDE COMPROBAR QUE EL PODER JUDICIAL EN LAS INSTANCIAS SUPERIORES (TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL) POSEE MUY IMPORTANTES SUPERIORES COMPETENCIAS EN MATERIAS CONSTITUCIONALES ¿SUCEDA LO MISMO CON LAS INSTANCIAS INFERIORES?. ¿SE PUEDE CALIFICAR COMO “DIFUSO” EL SISTEMA BRASILEÑO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD?

ROGERIO GESTA LEAL, PPGD | UNOESC - Veja-se que, desde a Constituição de 1988, o tema do controle de constitucionalidade sofreu ampla extensão,

ocorrendo: a) a ampliação da legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); b) a introdução de mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); c) a ampliação da ação direta de inconstitucionalidade para o âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º); d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III); f) a introdução da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a).

Ademais, quanto ao respeito do *devido processo legislativo* de elaboração de leis, permite-se na jurisprudência a possibilidade do controle de constitucionalidade durante o procedimento de confecção da espécie normativa mediante a interposição de um Mandado de Segurança pelos parlamentares que se sentirem prejudicados contra ato do Presidente da Casa ou da Comissão legislativa. *Encontra-se referido posicionamento nos seguintes julgados do próprio STF: RTJ 112/598, 112/1023, 116/67 e MS 22.503-3/DF.*

No que diz com o controle difuso de constitucionalidade, importa referir que a partir da Constituição Brasileira de 1890 (Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890), foi atribuído a todo órgão do Poder Judiciário, incluindo-se aqui os juízes de primeiro grau de jurisdição, a incumbência de controlar a constitucionalidade dos atos legislativos, sob influência do modelo norte americano. O controle difuso é exercido por via incidental (*incidenter tantum*) pelos juízes de primeira instância ou de instância recursal ao decidirem os litígios de processos de qualquer natureza. Assim, o magistrado pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma em relação a determinado caso concreto, deixando de aplicá-la naquela situação, seja por provocação das partes (autor ou réu) que litigam no processo ou ex officio pelo próprio julgador competente para a causa. Por tratar-se de um incidente, a arguição de inconstitucionalidade pela via difusa não exige veículo processual específico, podendo ser invocada em petições iniciais, contestações, reconvenções ou qualquer outra peça.

47. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DEL BRASIL, EN TANTO QUE EJERCE FUNCIONES DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, CONTRIBUYE A LA INTERPRETACIÓN Y/O CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS? ¿LAS SÚMULAS O SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN SIRVEN PARA ELLO?

RODRIGO GOLDSCHMIDT, PPGD | UNOESC - Para responder o presente questionamento é necessário discorrer sobre a função da Constituição Federal no Ordenamento Jurídico, bem como as formas de controle de constitucionalidade adotados no Brasil.

Conforme Bobbio,⁸¹ a Constituição é o “fundamento de validade de todas as normas do sistema”. O autor argumenta que o ordenamento jurídico é complexo, pois suas normas são provenientes de órgãos diferentes e editadas em momentos históricos diferentes. Assim, é mister uma norma fundamental que confira unidade e coerência ao ordenamento.

Trazendo tais evidências para o Brasil, tem-se que a Constituição Federal de 1988 consiste na norma fundamental que serve de base para todas as demais normas, possibilitando, assim, uma interpretação sistemática e harmônica do ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico é um sistema complexo de prescrições onde a norma é uma de suas espécies.⁸² Esse sistema possui hierarquia entre as normas, e nesse sentido, a CF/1988 é a Lei Maior do País. Isso é decorrência do fato de a Constituição albergar as normas fundamentais do sistema jurídico brasileiro, e ainda, estabelecer a estrutura e funcionamento dos órgãos mais importantes do País. Desse modo, nenhuma lei infraconstitucional pode ferir o texto da Constituição sob pena de ser retirada do ordenamento jurídico através do controle de constitucionalidade repressivo.

O Brasil adota o controle da constitucionalidade preventivo e o repressivo.⁸³ O primeiro diz respeito aquele que ocorre durante o processo legislativo, sobre o então Projeto de Lei. Pode ser realizado pelo Poder Legislativo, especificamente pela Comissão de Constituição e Justiça, bem como pelo Poder Executivo, quando o(a) Presidente(a) da República tem a possibilidade de vetar o Projeto de Lei.⁸⁴ Quanto ao controle repressivo, é aquele realizado pelo Poder Judiciário sobre a norma já em vigência, em conformidade com o que a seguir se explana.

O Supremo Tribunal Federal (STF) é a Corte responsável pela guarda da Constituição Federal.⁸⁵ O art. 102 da CF/1988 elenca as competências desse órgão máximo judiciário brasileiro: processar e julgar de forma originária, julgar em âmbito de recurso ordinário e também recurso extraordinário, matérias de cunho constitucional.

O Brasil adota o controle da constitucionalidade judicial difuso e concentrado.

O controle difuso foi introduzido pela primeira constituição republicana, de 1891, inspirado no modelo norte-americano e permite que qualquer juiz ou tribunal realize o controle diante de um caso concreto. A análise da constitucionalidade não é o objeto precípua da decisão, é analisada de forma incidental, pois alegada pela defesa. A questão poderá chegar ao STF por meio do recurso extraordinário.⁸⁶ Os efeitos do controle difuso são *inter partes* e *ex tunc*, entretanto, o Senado Federal⁸⁷ com fundamento no inciso X do art. 52 da Constituição Federal poderá ampliar os efeitos da sentença ao

⁸¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011, pág.71.

⁸² MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 142.

⁸³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas. 2013, pág 726.

⁸⁴ CF, art. 66, § 1º - “Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.”

⁸⁵ “CF, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”

⁸⁶ DANTAS. Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2012, pág 174.

⁸⁷ CF, Art. 44. “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.

suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional em sede de Recurso extraordinário, quando terá efeito *erga omnes*, ou seja, contra todos.

Já o controle concentrado foi inspirado pela constituição austríaca de 1920, é aquele realizado originariamente pela Corte Suprema do Brasil e tem como escopo a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, assim, não são analisados na demanda os interesses subjetivos de particulares.

Existem ações típicas para este modo de controle e legitimados específicos. Os efeitos do controle concentrado são *erga omnes* e *ex tunc*.

Jurisprudência no sentido estrito significa conjunto de sentenças uniformes configurando importante papel jurídico, pois consiste em fonte formal do direito e participa do fenômeno de produção do direito normativo.⁸⁸

Nesse sentido, uma jurisprudência consiste no conjunto de julgados de um tribunal que orienta os julgamentos futuros realizados pelos órgãos do Poder Judiciário. Trata-se de norma dotada de hipoteticidade valendo como modelo ou previsão de Direito.⁸⁹

Para responder o questionamento também é importante definir o que é súmula: São enunciados onde os tribunais positivam seu entendimento a respeito de questões julgadas para sua própria orientação, bem como dos demais órgãos judiciários na apreciação de casos semelhantes a serem julgados futuramente.⁹⁰

Ressalvados entendimentos contrários, a jurisprudência tem papel relevante na constituição ou conformação do Direito, ao passo em que a formação de interpretações uniformes orienta a interpretação da lei e da origem à edição das súmulas. Todavia, é necessário esclarecer que as súmulas, em regra, não vinculam as decisões judiciais futuras, apenas orientam.⁹¹

A importância da jurisprudência é ratificada pelo texto legal. O art. 479 do Código de Processo Civil brasileiro assevera que quando o tribunal decidir por maioria absoluta, tal decisão deverá ser objeto de súmula e será considerado precedente na uniformização da jurisprudência.⁹²

Os Tribunais Superiores: Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar estão aptos a editar súmulas, que, conforme visto, têm função de orientar e uniformizar as decisões. Já o STF, além da possibilidade de editar súmulas comuns, pode também editar as chamadas “súmulas vinculantes”.

Tal figura foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional 45 de 2004, que deu redação ao art. 103-A da CF, regulado pela Lei 11.417 de 2006. Ditas súmulas vinculam não só as decisões judiciais, mas também os

⁸⁸ MONTORO, André Franco Montoro. *Introdução à Ciência do Direito*. 26. ed. São Paulo: RT, 2005, págs. 410 e 414.

⁸⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 135.

⁹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 136.

⁹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁹² CPC, Art. 479. “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.”

atos emitidos pela administração pública direta e indireta. A não observância à súmula vinculante dá ensejo à reclamação ao STF.⁹³

Atualmente existem trinta e duas súmulas vinculantes tendo como finalidade dar interpretação, validade e eficácia às normas que porventura sejam objeto de controvérsia, acarretando insegurança jurídica e multiplicando demandas judiciais sobre a mesma questão.⁹⁴

Visto isso, percebe-se que as decisões emitidas pelo STF além de servir como orientação e uniformização, em algumas situações vinculam os demais órgãos judiciais ou até mesmo a administração pública.

Recentemente o STF enfrentou importantes questões ainda não regulamentadas pelo Poder Legislativo. Em 2011 reconheceram, em sede da ADI 4277 e ADPF 132, por unanimidade de votos, a união estável para casais do mesmo sexo, que passaram a ter os mesmos direitos dos pares heterossexuais.⁹⁵ Em 2012, também por unanimidade, o Plenário do STF considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB). A constitucionalidade das cotas raciais haviam sido questionadas pelo Partido Democratas (DEM) em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186.⁹⁶

Assim, conclui-se que as decisões do STF contribuem de forma decisiva na interpretação e construção do Direito.

48. ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA, PPGD | UNOESC - PODEM OS DIREITOS SOCIAIS TER SUA OBSERVÂNCIA EXIGIDA PERANTE O JUDICIÁRIO DA ESPANHA?

CLARA MAQUET SARDÀ, GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA – Los derechos sociales reconocidos en la Constitución española (CE) se dividen en dos grandes grupos en lo que concierne a su exigibilidad judicial. Un primer grupo está formado por los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I CE. En la Sección Primera de este Capítulo se reconocen derechos sociales de libertad (libertad sindical, art. 28.1 CE; derecho de huelga, art. 28.2 CE); y un único derecho prestacional, que es el derecho a la educación (art. 27 CE). Estos derechos, junto con el derecho a la igualdad (art. 14 CE), pueden ser tutelados ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en su

⁹³ CF, Art. 103-A. “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

⁹⁴ CF, Art. 103-A, §1º. “A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”

⁹⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&caixaBusca=N>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

⁹⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

caso a través al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE). Estos derechos tienen el máximo grado de garantías judiciales en el ordenamiento español.

También dentro de este primer grupo de derechos, que gozan de plena exigibilidad judicial, se sitúan los derechos de la Sección Segunda del Capítulo II, entre los que se hallan el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión (art. 35 CE), el derecho de negociación colectiva laboral (art. 37.1 CE) y el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). Éstos son también exigibles ante el poder judicial en su vertiente subjetiva, pero no podrán ser objeto del recurso de amparo ordinario ni de amparo constitucional. Aun así, algunos de ellos, como la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo, se ha considerado que forman parte también de la libertad sindical, por lo que, en ciertas de sus facultades, pueden gozar de las garantías reforzadas de la Sección I (STC 39/1986, FJ 3^a).

Un segundo grupo de derechos sociales se establece en el Capítulo III del Título I CE, titulado “Principios rectores de la política social y económica”. En este Capítulo III se sitúan la mayor parte de contenidos prestacionales, entre otros, el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 CE), el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), el derecho de acceso a la cultura (art. 44.1 CE), el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE), o el derecho a disfrutar de una vivienda digna (art. 47 CE). Estos preceptos, a pesar de que pueden ser utilizados y alegados en vía judicial, tienen una exigibilidad en su vertiente subjetiva que queda condicionada a la concreción de las leyes que los desarrollen. Según el artículo 53.3 CE, “*el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”.

Ello se ha interpretado a veces en la doctrina española como ausencia de eficacia directa de estos preceptos, considerando que requieren de *interpositio legislatoris* para generar efectos jurídicos que sean exigibles ante los Tribunales.⁹⁷ Pero en realidad es únicamente la eficacia subjetiva concreta de estos preceptos la que queda condicionada a un desarrollo legislativo. Estos contenidos pueden tener otras formas de eficacia ante la jurisdicción ordinaria y ante el Tribunal Constitucional.⁹⁸ En el nivel de la eficacia objetiva, obligan a adecuar el ordenamiento y la actuación de los poderes públicos a su contenido. Ello implica que pueden ser utilizados como parámetro de constitucionalidad (STC 103/1983), que pueden contribuir a la interpretación del significado que debe atribuirse a otras normas (STC 222/1992), y que pueden ejercer también una eficacia negativa, de forma que impiden una vulneración de su contenido. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, estableciendo que:

“Los preceptos del Capítulo III no son meras normas sin contenido, sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informa-

⁹⁷GARRIDO FALLA, Francisco; “El artículo 53 de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 21, 1979, p. 173-188.

⁹⁸PISARRELLO PRADOS, Gerardo; GARCÍA MORALES, Aniza; OLIVAS DÍAZ, Amaya; *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010.

das por su reconocimiento, respeto y protección, tal y como dispone el artículo 53.3 CE.” (STC 154/2006, FJ 8).

Sin embargo, el Tribunal ha establecido también que estos preceptos no recogen derechos fundamentales directamente exigibles. Por ejemplo, en un caso en que se cuestionaba una normativa relativa a los menores, el TC afirmó, refiriéndose al artículo 39.4 CE, que éste:

[...] no incorpora el contenido propio de derecho fundamental alguno, puesto que, en general (art. 53.3 C.E.) los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables. (STC 36/1991, FJ 3).

49. RODRIGO GOLDSCHMIDT, PPGD | UNOESC - HÁ, NA ESPANHA, DIVISÕES (OU RAMIFICAÇÕES) ESPECIALIZADAS DO PODER JUDICIÁRIO DESTINADAS À PROTEÇÃO DE TITULARES DE DIREITOS SOCIAIS? QUAIS? COMO FUNCIONAM? QUAIS SUAS PRINCIPAIS QUALIDADES?

CLARA MAQUET SARDÀ, GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA – La estructura del poder judicial en el Estado español parte del principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE), que implica la organización de todos los órganos judiciales dentro de una sola jurisdicción ordinaria, no permitiéndose la existencia de jurisdicciones especiales. La estructura del poder judicial se regula en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), que organiza los distintos órganos judiciales en torno a diversos órdenes jurisdiccionales. El art. 9 LOPJ hace referencia a los cuatro órdenes jurisdiccionales existentes: el orden civil, el orden penal, el orden contencioso-administrativo y el orden social.

En relación con los derechos sociales reconocidos en la Constitución, la norma fundamental no establece específicamente ante qué órganos deben ser reclamados, sino que ello se desprende de la división material efectuada por la LOPJ. Como ya se vio en la pregunta anterior, la garantía de los derechos sociales –y de todos los derechos constitucionales- no reside tanto en la atribución a un órgano judicial determinado, sino en la previsión, para ciertos derechos, de procedimientos jurisdiccionales dotados de especiales garantías que tienen lugar ante los Tribunales ordinarios, y que pueden llegar posteriormente, tras agotar las vías judiciales previas, al Tribunal Constitucional. Éstos son como se vio los recursos de amparo ordinario y de amparo constitucional (art. 53.2 CE), que son aplicables a los derechos de la Sección Primera del Capítulo II del Título I CE (en materia social, el derecho a la igualdad, el derecho a la educación, la libertad sindical y el derecho de huelga). Para los demás derechos, y para los principios del Capítulo III cuando sean desarrollados por ley como derechos subjetivos, el procedimiento de reclamación será el ordinario en cada orden jurisdiccional.

En materia de derechos sociales –entendiendo este concepto como inclusivo de derechos en el ámbito laboral y derechos prestacionales a cargo de la Administración- son especialmente relevantes dos de los cuatro órdenes jurisdiccionales mencionados. En primer lugar, el orden jurisdiccional social conoce de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho (Derecho del Trabajo), tanto en conflictos indivi-

duales como colectivos, así como de las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral (art. 9.5 LOPJ). Dentro de este orden, la estructura judicial se divide en diversos órganos: los Juzgados de lo Social (establecidos a nivel provincial), los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. Las competencias concretas de cada uno de ellos se regulan en los arts. 59, 67, 75, 92 y 93 LOPJ.

La protección de derechos en el ámbito laboral y de la Seguridad Social se regula en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Esta Ley establece un procedimiento laboral ordinario, cuyas normas sirven de base y tienen carácter supletorio (arts. 76 a 101), y una serie de procedimientos especiales en materias concretas, entre los que se halla el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 a 184). Éste se caracteriza por una amplia legitimación formal –puede iniciarlo cualquier trabajador o sindicato que invoque un derecho o interés legítimo y considere lesionados sus derechos de libertad sindical, huelga, u otros–, y por una tramitación de carácter urgente, con una reducción de los plazos y con preferencia respecto a todos los demás procedimientos. Se prevé, además, una inversión de la carga de la prueba de la vulneración del derecho, debiendo el empresario mostrar que no ha habido tal vulneración.

En segundo lugar, es relevante en materia de derechos sociales el orden contencioso-administrativo, que conoce, entre otras, de las pretensiones que se deducen en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo y con las disposiciones generales de rango inferior a la ley (art. 9.4 LOPJ). El orden contencioso-administrativo se divide en diversos órganos: los Juzgados de lo contencioso-administrativo (a nivel provincial), los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma, los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. Las competencias concretas de cada uno de ellos se establecen en los arts. 58, 66, 74, 90 y 91 LOPJ.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece los distintos procedimientos por los que puede darse la reclamación judicial ante la actividad administrativa, tras agotarse los recursos frente a la propia Administración. Se establece un recurso contencioso-administrativo ordinario (arts. 25 a 77), y otros procedimientos, entre los cuales se halla el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales (arts. 114 a 122 bis), que tiene rasgos similares al de la jurisdicción laboral, dotado de preferencia y brevedad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en el ámbito de los derechos sociales que suponen prestaciones con cargo a la Administración, sólo el derecho a la educación se incluye en la Sección Primera del Capítulo II del Título I CE, pudiendo ser reclamado por este procedimiento de amparo ordinario. La mayor parte de derechos prestacionales, que se reconocen en el Capítulo III, no podrán reclamarse por esta vía preferente y sumaria, sino sólo a través del recurso contencioso-administrativo ordinario.

En el caso de los derechos sociales de la Sección Primera del Capítulo II, el agotamiento de las vías judiciales previas, ya sea en el ámbito laboral o en el ámbito administrativo, da lugar posteriormente a la posibilidad de plantear recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este recurso se regula en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de

octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), y se caracteriza por su especialidad –sólo cabe ante vulneraciones de los derechos fundamentales mencionados- y subsidiariedad –es un recurso de *ultima ratio* para la protección de estos derechos. El recurso tiene una amplia legitimación formal –puede iniciarlo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal (art. 162.1.b CE)-, y son recurribles a través de él todos los actos de los poderes públicos, siempre que no tengan valor de ley (arts. 41, 42, 43 LOTC). Sin embargo, el recurso está sujeto a un trámite de admisión, por el que su contenido debe justificar una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales (art. 50.1.b LOTC).

50. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - ¿CÓMO SE PODRÍA CALIFICAR LA NATURALEZA “POLÍTICA” DE LA JUSTICIA MILITAR Y DE LA JUSTICIA ELECTORAL DADO SU JUEGO DE FUNCIONES Y DE POTESTADES? ¿PUEDE CONSIDERARSE QUE TODAS ACCIONES SOMETIDAS A LA JUSTICIA MILITAR SE HALLAN BAJO UN RÉGIMEN ESPECIAL DE SUJECCIÓN-DOMINACIÓN?

ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA, PPGD | UNOESC – Dada a especificidade e complexidade requerida pela resposta, as questões serão respondidas em conjunto e requererão um enfrentamento bastante detalhado de modo a demonstrar com certa clareza a estrutura e funcionamento das Justiças Militar e Eleitoral.

No Brasil, o Poder Judiciário se estrutura a partir de expressa previsão constitucional, no art. 92, possuindo diversos componentes orgânicos:

CRFB, Art. 92. COMPOSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I- A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Assim, o Poder Judiciário no Brasil está estruturado sob a forma de uma Justiça Comum e outra Especial, posicionadas, ambas, sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal – encarregado, além de diversas e demasiadas outras matérias, de prover a guarda da Constituição, e do Superior Tribunal de Justiça – encarregado de velar pelo cumprimento da Lei Federal.

Portanto, tanto o STF como o STJ, enquadram conjuntamente os dois ramos, da Justiça brasileira: a Justiça Especial e a Comum.

A Justiça Especial se encarrega de competências distribuídas segundo critério material, conforme o tema tratado e, por isso, se subdivide em: Justiça Trabalhista, Justiça Eleitoral e Justiça Militar.

A Justiça Laboral ou Trabalhista cuida de toda matéria relacionada com qualquer situação decorrente de relação de trabalho ou de emprego, dispensando inclusive a existência de vínculo empregatício. Julga, inclusive, o dano moral decorrente dessas relações.

A Justiça Eleitoral, que se encarrega dos temas versantes sobre Partidos Políticos, condutas de candidatos nos períodos eleitorais e pré, condutas de parlamentares e governantes capazes de inviabilizarem sua permanência nos respectivos cargos, e mesmo aspectos mais administrativos como o cumprimento de regras de alistamento eleitoral, inscrição de candidaturas, etc.

CRFB, Art. 118. JUSTIÇA ELEITORAL - COMPOSIÇÃO

São órgãos da Justiça Eleitoral:

I - o Tribunal Superior Eleitoral;

II - os Tribunais Regionais Eleitorais;

III - os Juízes Eleitorais;

IV - as Juntas Eleitorais.

Por fim, ainda como Justiça Especial, a Justiça Militar cuida dos crimes militares próprios e impróprios, segundo definição específica fixada por lei e de temas deles decorrentes, podendo versar em casos extremos sobre a reclassificação de situações inicialmente apontadas como transgressões disciplinares, mas que venham a ser identificadas, em inquérito policial militar, como caracterizadoras da tipificação fechada dos referidos crimes.

CRFB, Art. 124. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

A Justiça Comum se subdivide, mediante um critério misto: federativo e geográfico, em Justiça Federal e Justiça Estadual.

A Justiça Federal tem suas competências expressas na Constituição, segundo o critério material genérico de quando o objeto da ação versar sobre “temas de interesse da União federal”, seja quando esta figurar como parte (autora ou ré), seja quando figurar como terceira interessada, interveniente, nas hipóteses previstas pelo Código de Processo Civil, desde que não incursas nas competências específicas das justiças especiais.

CRFB, Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...]

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; [...]

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; [...] (grifo nosso).

Há também a previsão constitucional da possibilidade de instauração de “incidente de deslocamento de competência” da Justiça Estadual para a Federal, quando versar sobre ofensa aos direitos humanos.

CRFB, Art. 109, § 5º INCIDENTE DE DESLCOAMENTO DE COMPE-
TÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL

Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

A Justiça Estadual exerce competência de natureza residual, englobando os demais casos submetidos ao Judiciário que não se encontrem previstos para a Justiça Especial (Trabalhista, Eleitoral ou Militar federais), nem para a Justiça Comum Federal.

Verifica-se, portanto, descaber cogitar de qualquer tipo de inconstitucionalidade, seja material, seja formal, quanto à estrutura em geral do Poder Judiciário brasileiro e, em especial, no que se refere à existência de Justiça Militar ou Justiça Eleitoral, pois a norma instituidora é constitucional e de natureza originária – constante do texto constitucional desde a sua primeira versão, promulgada em 05 de outubro de 1988, portanto, coberta pelo Princípio da Presunção Absoluta de Constitucionalidade, vale dizer, o conteúdo constitucional ali normatizado tem Constitucionalidade presumida, o que, por si só afasta qualquer possibilidade de arguição de inconstitucionalidade pela submissão aos mecanismos de controle de constitucionalidade, pois é exercício do Poder Constituinte Originário.

A Justiça Militar é instituída constitucionalmente em termos de Tribunais e Juízes Militares (acima grifados) e, com base em reserva legal, é regulamentada pela Lei de Organização Judiciária, que se encarrega de detalhar a sua competência, funcionamento e composição.

Desta forma, pode afirmar sem embargo que no Brasil, pelo advento da Constituição Federal de 1988 não se pode falar em Tribunal de Exceção.

Os juízes e Tribunais Militares, além de previstos pela Constituição, encontram-se estruturados e organizados por Lei. Assim, verificando-se os ditames do Princípio da Legalidade Estrita, constata-se que possuem, como os demais órgãos do Judiciário, dotação orçamentária própria, em prestígio ao Princípio da Separação dos Poderes (Funções Públicas), segundo a lógica da denominada “Tripartição dos Poderes”.

Sob o aspecto funcional, a competência da Justiça Militar está dividida, também, pelo texto constitucional de 1988, em Justiça Militar Federal e Justiça Militar Estadual, conforme esteja a julgar os servidores militares, segundo sua classificação em carreiras profissionais pelo critério físico federal x estadual.

A Justiça Militar Federal tem por competência processar e julgar tanto os militares integrantes das Forças Armadas, Marinha de Guerra, Exército, Força Aérea, quanto os civis e assemelhados.

O julgamento de civis envolvidos com a prática de crime de natureza militar, não encontra restrição no Estado democrático de Direito, instaurado pela Constituição,

fruto da vontade popular, no contexto da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, portanto, em espécie um Congresso Constituinte, desde que observada a tipificação estrita, o devido processo legal (ampla defesa, contraditório, vedação de provas ilícitas etc.) e as garantias constitucionais civis do acusado.

Conforme já foi informado, o Princípio da Legalidade se manifesta pela própria origem das leis militares específicas, como o Código Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar e as demais leis especiais de matéria militar, referentes à prática de crimes por militares ou civis em local sujeito à administração militar ou contra militar em serviço, a título de exemplificação.

A Justiça Militar Estadual exerce competência para processamento e julgamento de policiais militares e bombeiros militares por crimes militares definidos em lei. Portanto, a competência estadual se restringe a julgar os militares estaduais, integrantes das denominadas Forças Auxiliares: Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, não havendo qualquer relação com o local da prática do delito para fins de exercício de competência sob critério territorial.

As Justiças Militares Federal e Estadual possuem organizações judiciárias semelhantes: há uma 1ª instância da Justiça Militar, denominada “Conselho de Justiça”, a funcionar em uma auditoria militar, subdividido em duas categorias: Conselho de Justiça Permanente (com composição fixa, em rotatividade temporária, para julgar os praças) e Conselho de Justiça Especial (para julgamento de oficiais).

A Composição dos Conselhos de Justiça consta de cinco juízes, sendo quatro considerados juízes leigos, convocados dentre militares – oficiais – pertencentes à carreira militar, e um juiz togado civil, ocupante de cargo de carreira denominado Juiz Auditor Militar, com investidura provida mediante concurso de provas e títulos, conforme determina a Constituição. A presidência do Conselho de Justiça é incumbência do oficial mais antigo, mas a condução técnica dos procedimentos fica, na prática, a cargo do juiz togado, responsável pela fundamentação da sentença.

A denominação “Especial” aplicada a determinado Conselho, portanto, não confere nenhuma prerrogativa de tratamento diferenciado, mas tão somente indica que a convocação para compô-lo será “especial” por exigir a presença apenas de oficiais de posto igual ou superior ao do militar processado ou julgado, mas sempre mais antigos que o réu.

A 2ª instância da Justiça Militar Federal é exercida pelo Superior Tribunal Militar (STM), cuja competência é de processar e julgar todos os recursos provenientes das auditorias militares. O STM é composto de quinze Ministros vitalícios, cobertos pelas mesmas garantias da magistratura nacional – asseguradas aos demais juízes, vale dizer, vitaliciedade, inamovibilidade, e irredutibilidade de vencimentos.

O universo de escolha para investidura dos juízes envolve militares e civis, incluindo os oriundos da carreira da advocacia e do Ministério Público Militar, cumprindo disposição constitucional.

Já no âmbito dos Estados, a Segunda Instância da Justiça Militar não possui forma única, isso porque a Constituição autoriza, mas não obriga o funcionamento de Tribunais de Justiça Militares de segunda Instância nos Estados.

Assim, coexistem o sistema de Tribunais de Justiça Militares (estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul) e o Sistema de Câmaras Especializadas

em Matéria Militar (incluindo Câmaras de Fazenda Pública), nos demais Estados da Federação, com competência para o processamento e julgamento dos recursos advindos das auditorias militares estaduais, tudo conforme as respectivas leis de organização judiciária, fruto da ação legislativa de cada Estado-membro e, em última análise, dos Regimentos Internos dos correspondentes Tribunais de Justiça Estaduais ou Tribunais de justiça militares.

Como garantia constitucional, a pena acessória de perda da graduação pelos praças ou da patente pelos oficiais, prevista em caso de condenação a pena principal de privação da liberdade por prazo superior a dois anos, somente pode ser aplicada pelo Tribunal.

No que se refere à hipótese de que a Justiça Militar possa configurar uma espécie de tribunal político ou tribunal de exceção, é mister pontuar que a Justiça Especial Militar não é exclusividade brasileira, existindo de forma muito semelhante em diversos outros países, como, por exemplo, os Estados Unidos da América, Portugal e Israel. Ademais, sua criação se deu pela Constituição de 1946, conhecida por marcar um período de retomada de amplas liberdades, após a queda da ditadura de Getúlio Vargas, em 1945.

Em conclusão, a existência e a competência da Justiça Militar brasileira não decorrem da instauração de nenhum período de governo de exceção, mas, muito ao contrário, seu marco histórico se firma justamente na fase de restabelecimento das liberdades democráticas, como forma de assegurar um julgamento técnico, em que se observassem as peculiaridades extremas da atividade militar, e, por isso, a previsão do julgamento por pares – que conheçam bem essas realidades específicas, muito distintas da rotina civil de trabalho.

A competência para o julgamento de crimes contra a segurança nacional, exercida pela Justiça Militar da União, por força da Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n.º 01 de 1969, não mais subsiste, desde a constituição de 1988, que a atribui à Justiça Federal a competência para o processamento e julgamento dos crimes tipificados na Lei de Segurança Nacional.

Assim, consideradas a previsão constitucional, a base legal de atuação e as competências estritamente atribuídas à Justiça Especializada Militar, tem-se por equivocadas as construções de conceitos de justiça política ou de tribunal de exceção, voltado a favorecer ou a perseguir quem quer que fosse. Ao contrário, a existência dessa esfera especial se destina a assegurar, nas democracias modernas, a aplicação dos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência, representados pela estrita previsão legislativa constitucional e legal e pelo constante acompanhamento fiscalizatório do exercício da atividade militar.

Por fim, resta observar que a Justiça Especial militar não opera blindagem de determinada categoria profissional, pois a Constituição prevê diversas situações de sujeição de militares, seja na prática de crimes comuns – como qualquer outra pessoa, seja na tutela dos direitos fundamentais, a saber:

CRFB, Art. 5º [...] Dos direitos e garantias individuais e coletivos
“Todos são iguais perante à lei...

[...]

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

[...]

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

[...]

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

[...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

CRFB, Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;

[...]

XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;

CRFB, Art. 32, § 4º - Organização das Polícias e Corpos de Bombeiros

Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar.

CRFB, Art. 61, § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

[...]

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

CRFB, Art. 53. Convocação Militar de Parlamentares

Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

[...]

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

51. ROGERIO GESTALEAL, PPGD | UNOESC - HÁ NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SUPREMA DE ESPANHA, EM TERMOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, DECISÕES QUE TRATAM DO QUE SE PODERIA CHAMAR DE CLÁUSULA DE RETROCESSO SOCIAL – IRREVERSIBILIDADE? E TAIS DECISÕES CONFORMAM UMA POSIÇÃO TEÓRICA PARADIGMÁTICA?.

CLARA MAQUET SARDÀ, GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA – En el Estado español, la prohibición de retroceso social o principio de irreversibilidad ha sido una cuestión poco desarrollada hasta el momento por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales. Existen ciertas sentencias del Tribunal Constitucional (TC) que han abordado esta cuestión, pero no puede hablarse de una posición teórica paradigmática que se aplique de forma uniforme en todos los casos.

Inicialmente, la incorporación de derechos sociales en la Constitución generó una cierta opinión favorable a la idea de que estas normas impedían un retroceso en la realización del Estado social, congelando las ventajas obtenidas como normas rígidas resistentes a una reforma *in pejus*.⁹⁹ En el ámbito laboral, se argumentó también que la reducción de los niveles de protección alcanzados sería poco acorde con el principio de Estado social de Derecho.¹⁰⁰ El Tribunal Constitucional español pareció acoger esta visión favorable a la prohibición de retrocesos sociales en la Sentencia 81/1982, relativa al régimen laboral de los ayudantes técnicos sanitarios, que contenía ciertos aspectos más desfavorables para los hombres en comparación con las mujeres. El Tribunal estableció que:

Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los arts. 9.2 y 35 de la Constitución de promover la condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores. (FJ 3).

Posteriormente, sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha desarrollado estos criterios, manteniendo en general una posición más cauta. Ello se basa en una concepción de la Constitución, no como orden dirigente o como desarrollo respecto a un modelo ya presente en el texto constitucional, sino como un marco de coincidencias suficientemente amplio para que quepan opciones políticas de distinto signo (STC 11/1981). Así, el Tribunal ha rechazado que la prohibición de retroceso social pueda fundamentarse en una prohibición de retroactividad del artículo 9.3 CE, estableciendo que:

No puede aceptarse tampoco que el artículo impugnado vulnere la interdicción de retroactividad contenida en el art. 9.3 C.E. [...] [L]o que se prohíbe en ese artículo es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir. (STC 65/1987, FJ 19).

Asimismo, el Tribunal ha sido reticente a controlar el retroceso de la legislación social a través del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), entendido como protección de los derechos consolidados o adquiridos:

[...] no cabe hablar de tales derechos adquiridos, sino de una situación de beneficio o ventaja que se ha disfrutado por el funcionario y en cuyo mantenimiento invariable -contrario a la normativa general vigente- no se estima

⁹⁹ DE ESTEBAN, Jorge; LÓPEZ GUERRA, Luis; *El régimen constitucional español*, Vol. I, Labor Universitaria, Barcelona, 1980.

¹⁰⁰ APARICIO TOVAR, Joaquín; *La seguridad social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1988.

razonable que tuviese derecho a confiar, por lo que no resulta vulnerado el principio de seguridad jurídica. El derecho a una pensión no debe confundirse con el derecho a que la regulación legal de su percepción pueda ser lícitamente alterada por el legislador, en razón a una causa de incompatibilidad que suspenda temporalmente su disfrute, y que además venga a igualar dicha situación con la regulación establecida en el régimen de la Seguridad Social, respecto de todos los demás destinatarios de la norma. (STC 65/1990, FJ 6).

De forma similar, el Tribunal ha descartado que las variaciones en el régimen de incompatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el ejercicio de un cargo en la Administración constituyan una vulneración del derecho a la propiedad (art. 33 CE), y deban dar lugar a indemnización:

[...] no hay, pues, vulneración del derecho de propiedad del art. 33.3 de la C.E., ni del principio de irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales reconocidos en el art. 9.3 C.E., sino sólo alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible; ni el derecho de propiedad tiene que ver con el contenido de la función pública, ni frente a un cambio legislativo de la regulación de dicha función pueden esgrimirse derechos individuales, porque no se trata de la supresión de derechos relativos a la percepción de pensiones, sino de establecimiento de límites que no privan al beneficiario de derechos individuales, en cuanto éstos no resultan sino de una regulación o sistema legal, por lo que, a lo sumo, puede hablarse de privación de un beneficio o ventaja, pero no de un derecho constitucionalmente reconocido. (STC 178/1989, FJ 9).

El Tribunal ha utilizado, sin embargo, otros mecanismos de control, que aunque no se establecen específicamente como prohibición de retroceso, inciden también en esta cuestión. Por ejemplo, la aplicación del principio de proporcionalidad en caso de una actuación limitadora de un derecho, y en especial del juicio de necesidad de la medida, implica valorar si no existe una actuación menos gravosa para el derecho en cuestión y que tenga la misma efectividad para conseguir el objetivo perseguido. El poder público queda obligado a escoger, entre diversas medidas posibles, la que suponga una menor restricción o retroceso en el derecho, lo que podría entenderse como una obligación de no regresión, permitiendo el retroceso únicamente en aquellos casos en que resulte estrictamente indispensable.¹⁰¹

Así se ha reflejado asimismo en otras jurisdicciones, en lo que la doctrina ha considerado como aplicación del derecho a una buena Administración.¹⁰² Así, por ejemplo, ante la impugnación de la Orden de 20 de noviembre de 2012 de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de Castilla la Mancha, que preveía el cierre y la reducción de horarios de los centros sanitarios en varios municipios, el Tribunal Superior de Justicia

¹⁰¹ PISARELLO PRADOS, Gerardo; “Derechos sociales y principio de no regresividad en España”, en COURTIS, Christian (coord.); *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006, p. 307-327.

¹⁰² PONCE, Juli; *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, extracto publicado en el blog de la Revista Catalana de Dret Públic, 18 de marzo de 2013, disponible en <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/03/18/y-les-entro-tembleque%E2%80%A6-limites-juridicos-a-los-recortes-publicos-y-de-recho-a-un-buen-gobierno-y-a-una-buena-administracion-%E2%80%93juli-ponce/>

de Castilla la Mancha ha aceptado la suspensión de la Orden como medida cautelar, argumentando que:

La justificación aportada por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se nos presenta insuficiente para explicar por qué se altera una situación preexistente que, en apariencia funcionaba a satisfacción del recurrente, [...]”. El Tribunal establece que “la Orden explicita una distribución territorial, mas no aclara mucho más”, considerando que la motivación es insuficiente, puesto que “no aparece ningún plan que refuerce los medios materiales y personales para afrontar las ingentes necesidades de un mayor número de usuarios [...], que nada se indica sobre eventuales medidas de refuerzo y mejores medios materiales para atender la carga adicional que representan los usuarios desplazados desde Tembleque”. (ATSJ Castilla la Mancha 1/2013, FJ 7 y 8).

Por otra parte, en numerosos casos los retrocesos sociales se han controlado en base al principio de igualdad (art. 14 CE). El control de las leyes sociales que se aprueban, en cuanto crean distinciones entre diversas categorías de sujetos, es fácilmente controlable a través de este principio. Por ejemplo, en relación con una ley por la que dejaban de estar exentas de tributación ciertas pensiones de incapacidad permanente, que afectaba de forma distinta a las pensiones de Seguridad Social y a las de los funcionarios públicos, el Tribunal consideró que la diferenciación introducida vulneraba el principio de igualdad, porque desde la perspectiva de la finalidad de la norma, carecía de una justificación objetiva, razonable y proporcionada (STC 134/1996, FJ 8).

Únicamente en materia medioambiental se ha aplicado expresamente la obligación de no regresión, a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Éste ha afirmado que existe en este ámbito un:

[...] principio de no regresión, que, en supuestos como el de autos, implicaría la imposibilidad de no regresar de ---o, de no poder alterar--- una clasificación o calificación urbanística ---como podría ser la de las zonas verdes--- directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades del planificador urbanístico, de un suelo urbano frágil y escaso. [...] [Este principio] con apoyo en los citados preceptos constitucional (artículo 45 Constitución Española) y legales (artículo 2 y concordantes del TRLS08), [...] implica, exige e impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada en el marco de la potestad discrecionalidad de planificación urbanística de la que ---por supuesto--- se encuentra investido el planificador. (STS 6592/2011, FJ 8. Asimismo, las SSTS 7778/2012 y 5538/2012).

Ello no impide, no obstante, que la obligación de no regresión pueda ir desarrollándose progresivamente también en el ámbito social. Como ha señalado la doctrina, la obligación de no regresión opera especialmente en aquellos casos en que la disposición constitucional no tiene efecto directo subjetivo ni puede aislarse un contenido objetivo mínimamente determinable desde la Constitución.¹⁰³ (HACHEZ 2008, p. 284). Pero, aun existiendo este contenido, la obligación de no regresión podría, convenientemente elaborada, añadirse como parámetro de control del legislador. Ello hallaría fundamento, no en la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 CE, sino en los propios enunciados de los

¹⁰³ HACHEZ, Isabelle; *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruylant, Nomos Verlagsgesellschaft, Bruxelles, Baden-Baden, 2008.

derechos sociales, que asignan a los poderes públicos un programa de realización progresiva, impidiendo separarse del objetivo constitucionalmente fijado (BARCELÓ, 2013, p. 975).

52. ROGERIO GESTA LEAL, PPGD | UNOESC - HAY EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE ESPAÑA, EN TÉRMINOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES, DECISIONES QUE TRATAN LOS CUSTOS DE LOS DERECHOS ASÍ COMO DEL TEMA DE LA RESERVA DE LO POSIBLE, CUESTIONES QUE TOCAN LAS GARANTÍAS PRESUPUESTARIAS?

CLARA MAQUET SARDÀ, GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA – La expresión “reserva de lo posible”, como límite a la exigibilidad de los derechos sociales, no suele ser utilizada por el Tribunal Constitucional español. Sin embargo, este Tribunal sí ha hecho referencia en algunas decisiones a los costes de los derechos. En general, debe advertirse que el Tribunal muestra en este ámbito una gran deferencia respecto al legislador. Si bien la doctrina ha apuntado a la necesidad de entender los derechos sociales como obligación de prever las partidas presupuestarias para realizarlos,¹⁰⁴ no existen en la jurisprudencia constitucional española desarrollos similares al bloqueo del presupuesto o a las garantías presupuestarias. El límite de los recursos disponibles juega por tanto habitualmente otorgando un mayor margen de libertad al legislador.

El Tribunal ha sostenido este margen de libertad legislativo en base a distintos argumentos. En ciertos casos, hace referencia a la existencia de recursos limitados y a la dependencia del contenido del derecho respecto a las circunstancias económicas y sociales del momento. Por ejemplo, ha afirmado:

[...] el concepto de <pensión adecuada> no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. Lo mismo cabe decir de la garantía de actualización periódica, que no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones. (STC 134/1987, FJ 5).

En otros casos, sin embargo, el TC ha sido un tanto más estricto, ligando el ámbito de libertad del legislador a la existencia de circunstancias económicas que sean imperativas para la viabilidad y eficacia del sistema de protección. Así, ha establecido que:

El artículo 41 de la Constitución Española [...] consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable

¹⁰⁴ GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59, 2003-2004, p. 277-304.

para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Salvada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél. (STC 37/1994, FJ 3. En el mismo sentido, la STC 44/2004).

En otros casos, el límite de los recursos públicos, además de fundamentar el ámbito de libre configuración del legislador, sirve como argumento para excluir la propia intervención del TC en decisiones que, según se considera, pueden alterar el equilibrio económico y financiero del sistema de protección social. Así, el Tribunal ha considerado que:

Aunque existe una tendencia a la equiparación de los distintos Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, corresponde al legislador llevar a cabo la culminación de este proceso (aquí materializada a través de la Disposición adicional decimotercera del Real Decreto 9/1991, de 11 de enero), en el que el Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto de la institución, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable. (STC 38/1995, FJ 2).

El límite de los recursos públicos no niega, por tanto, la posibilidad del Tribunal de controlar las decisiones arbitrarias, quedando el legislador, dentro de su ámbito de configuración legal, sujeto al respeto del principio de igualdad y a la justificación objetiva y razonable de las distinciones que opera.

Por otra parte, el límite de los recursos públicos y la reserva de lo económicamente posible se han visto reforzados a través de la reforma del artículo 135 CE, que ha introducido el principio de estabilidad presupuestaria como obligación de todas las Administraciones públicas. En este escenario, el límite de los recursos disponibles, en lugar de fundamentar un amplio margen de apreciación del legislador, puede convertirse en un límite que constriña su ámbito de actuación, impidiéndole ciertos desarrollos cuando éstos no puedan realizarse sin afectar a los principios de estabilidad presupuestaria. Así se refleja ya, de hecho, en algunas decisiones, que hacen referencia a este límite como condicionante de la actuación legislativa. En el ATC 96/2011, por ejemplo, el TC ha establecido que:

[...] la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a todos los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización y contención del gasto farmacéutico pues es uno de los principales componentes del gasto sanitario y en el que más pueden incidir las políticas de control del mismo, tanto más necesarias en una situación como la actual caracterizada por una exigente reducción del gasto público. [...] [L]as Administraciones públicas con competencias en la materia tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles a fin de garantizar la sostenibilidad del sistema público de salud favoreciendo el uso racional de los medicamentos e instaurando políticas de contención del gasto. (FJ 6).

53. ROGERIO GESTA LEAL, PPGD | UNOESC - HAY EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, EN TÉRMINOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES, DECISIONES QUE TRATAN DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN SUSTITUCIÓN DEL LEGISLADOR?

MIGUEL A. APARÍCIO PEREZ | UNIVERSITAT DE BARCELONA -

No existe tal tipo de decisión. Lo que sí se dan con cierta frecuencia son “obiter dicta” que recuerdan que el papel del propio Tribunal Constitucional no puede ocupar el lugar del legislador; aunque, dicho sea entre paréntesis, esa actividad la desarrolla con alguna frecuencia (por ejemplo, en la primera Sentencia sobre el aborto en –STC 53/1985, de 11 de abril, donde exigió la presencia de dos informes médicos que no figuraban en la norma de despenalización.

54. CARLOS LUIZ STRAPAZZON, PPGD | UNOESC - A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA DA ESPANHA ESTÃO INTERESSADAS PELA TÉCNICA OU MÉTODO DA PROPORCIONALIDADE COMO VIA ADEQUADA PARA RESOLVER CASOS IMPLICADOS COM DIREITOS HUMANOS E DIREITOS CONSTITUCIONAIS?

MIGUEL A. APARÍCIO PEREZ | UNIVERSITAT DE BARCELONA

1. Se debe indicar que el grado de influencia del método de proporcionalidad como principio interpretativo es todavía débil. Como indicaba una de las primera sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia (STC 55/1996, de 28 de marzo) la proporcionalidad “no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las diversas vulneraciones de concretas normas constitucionales” –fundamento jurídico núm. 3-.

Como se puede ver por la fecha de la Sentencia (1996) su entrada en escena es muy tardía y su ámbito de operatividad (como mero principio interpretativo no autónomo) no es muy amplio dado que todavía se utiliza con frecuencia el sistema de ponderación entre bienes y, en cuanto al contenido esencial, se suelen determinar “a priori” sus elementos antes de aplicar el principio de proporcionalidad.

2. Una de las carencias de la doctrina española reside en el escaso número de monografías sobre interpretación de la Constitución; y lo poco que hay no deja de ser un intento de trasposición de determinadas posturas alemanas al ámbito interno. A ello no escapa el principio de proporcionalidad que se plantea como un mecanismo más de concreción interpretativa pero al que se imputan defectos importantes como es el excesivo subjetivismo que este método de interpretación comporta: al utilizarse únicamente frente a limitaciones de derechos, sus elementos componentes (finalidad, adecuación o idoneidad del medio, necesidad o cláusula menos gravosa y proporcionalidad en sentido estricto) pueden ser manipulados con cierta facilidad; por otro lado, no conviene olvidar que, al margen de su utilización previa por el Tribunal de Estrasburgo, su intro-

ducción por la Unión Europea a través de su Carta de Derechos Fundamentales (“Sólo se podrán introducir limitaciones (en los derechos reconocidos en la Carta) respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general, o a la necesidad de protección de derechos y libertades de los demás”) sufre de los mismos defectos que afectan a los derechos contenidos en esa Carta y, entre otros, los de su escasa eficacia. Se puede ver así el corto alcance que tiene dicho principio y la posibilidad de su flexibilización en el ejercicio del poder.

El principio de proporcionalidad se proyecta sobre dos realidades jurídicas diferentes: sobre la colisión entre derechos concretos en supuestos concretos y sobre la posible afectación negativa de una ley al contenido esencial (contenido mínimo) de un derecho fundamental.

a) Como canon de constitucionalidad de las leyes: SSTC 55/1996. De lo indicado se desprende que no existen sectores iusfundamentales especialmente utilizados como objeto de aplicación del canon de proporcionalidad.

b) Como técnica de control de las acciones de los poderes públicos, incluidas las decisiones judiciales, restrictivas de los derechos fundamentales (STC 66/1995).

En este sentido y en materia de derechos concretos, el primer sector sobre el que se aplicó fue sobre el principio de igualdad. Al haberse afirmado (en consonancia con el Tribunal de Estrasburgo) que el trato desigual sólo es ilegítimo si carece de justificación objetiva y razonable, el juicio de proporcionalidad se utilizó desde el primer momento de funcionamiento del Tribunal Constitucional, exigiéndose “una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” como justificante del trato desigual: SSTC 22/1981, 34/1981, 76/1990, 6/1991, 158/1993, etc. Pero, como puede observarse, esta es una aplicación muy parcial de dicho principio, ya que sólo se fija en el elemento de la proporcionalidad en sentido estricto. En todo caso, la proporcionalidad como principio (a veces ha sido considerada como principio general del derecho y, por tanto, como fuente directa del derecho ha existido siempre aunque de forma parcial: de hecho nace con el Derecho Penal (ya con Beccaria en “*Dei delitti e degli pene*”) en que se postulaba la proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad; también en el llamado Derecho de Policía, como actividad sancionadora de la Administración, etc.; pero no ha sido hasta su reconocimiento expreso por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950) cuando ha ido adquiriendo rango constitucional en el sentido que acaba de ser expuesto.

Es, como se ha indicado, sólo a partir de 1996 cuando empieza a utilizarse en España en el sentido europeo, es decir, a exigirse todos los cánones de necesidad, imprescindibilidad y proporcionalidad en sentido estricto para hacerlo jugar como auténtico principio interpretativo completo en sí mismo.

3. No existen diferencias de casos para la aplicación del principio, aunque, por su propia estructura y dada la jurisprudencia constitucional en España, puede decirse que el tipo de casos más idóneo para aplicarlo es el que caracteriza a los derechos de libertad más que a los derechos políticos o sociales.

4. Los “leading cases” están recogidos en dos de las sentencias ya citadas: la 66/1995 y la 55/1966. La primera se dictó en un Recurso de amparo constitucional interpuesto contra la prohibición de una concentración sindical en una determinada fecha y lugar de Madrid.

Se concede el amparo porque la autoridad gubernativa utilizó la medida más limitadora del derecho de reunión y no utilizó la posibilidad legal de que disponía de fijar otro día y lugar para que pudiera realizarse dicha concentración. La segunda se trataba de una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley Orgánica 8/1984 de 26 de diciembre sobre el régimen penal y de recursos del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y, aunque no se declaró la inconstitucionalidad de la ley orgánica cuestionada, sí fue la primera sentencia en que se dedicó prácticamente toda su parte argumentativa (fundamentos jurídicos) en especificar cada uno de los pasos del principio de proporcionalidad.

5. En la jurisprudencia española no existen peculiaridades o particularidades en la aplicación de este principio a los derechos sociales, entre otras cuestiones porque la mayoría de los derechos sociales constitucionalmente consagrados carecen de contenido esencial o contenido mínimo y por ello se hacen especialmente resistentes para recibir en su interpretación la aplicación del principio de proporcionalidad. Sí se ha aplicado en derechos laborales sobre todo en materia de imposición de determinados esquemas de organización del trabajo (restricción de algunos derechos laborales por causas de una reorganización de la empresa para aumentar su capacidad de producción), donde se ha requerido además del legítimo interés empresarial la existencia de razones de estricta necesidad de sobrevivencia de la empresa (SSTC 106/1996 y 136/1996).

55. GREFA | UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA - EN LA DOCTRINA BRASILEÑA, ¿ES DE APLICACIÓN FRECUENTE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A FIN DE ENCONTRAR SOLUCIÓN EN LOS PROBLEMAS DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS Y/O PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES?

CARLOS LUIZ STRAPAZZON, MARIA HELENA PINHEIRO RENCK, SILVANA BARROS DA COSTA – PPGD | UNOESC – Sim. De fato, ocorre frequente alusão à proporcionalidade na busca de soluções de conflitos entre direitos e princípios fundamentais no Brasil, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. No entanto, há razoável consenso doutrinário de que a proporcionalidade não é aplicada, no Brasil, de modo uniforme e nem muito menos, de modo coerente com os pressupostos clássicos da doutrina europeia (finalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).¹⁰⁵

Clássicos da doutrina constitucional brasileira, em fins do século XIX e início do século XX, como Rui Barbosa, ideólogo da Constituição de 1891, adotavam, explicitamente o argumento da proporcionalidade sempre que discutia a necessidade de assegurar *igualdade e razoabilidade* a uma decisão, seja no âmbito econômico,¹⁰⁶ seja no político.¹⁰⁷ Era a influência da jurisprudência constitucional dos EEUU.

¹⁰⁵ SARLET, I. W. *Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 405; SILVA, V. A. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 167-169.

¹⁰⁶ “Desigualdade não pode haver onde há proporcionalidade” (BARBOSA, Rui. Relatório do Ministério da Fazenda. 2ª. Parte. Reconstituição Tributária, 1891, p. 45. Disponível em: *Obras Completas de Rui Barbosa*. Rui Barbosa *On line*.

¹⁰⁷ À terceira condição de reforma está na abolição do voto cumulativo, cujas provas, entre nós, são

O Leading Cases histórico do Supremo Tribunal Federal é o Habeas Corpus (HC) n. 45.232/GB, 21.06.1968, relatado pelo Ministro Themístocles Cavalcanti. Esse HC é talvez um dos primeiros casos em que o Supremo Tribunal Federal aplicou a proporcionalidade reconhecendo-a não mais apenas como uma exigência de *equidade*, mas propriamente como *princípio constitucional*. Isso indica que em meados do século XX, em pleno contexto autoritário, a jurisprudência brasileira continuava sensível ao tema das conexões entre direito e proporcionalidade, bem como à orientação teórica desenvolvida nos EEUU.

INCERTEZA TEÓRICA QUANTO AO FUNDAMENTO DE VALIDADE. Não obstante, há considerável divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à existência de um direito a decisões proporcionais, bem como a um dever legislativo, jurisdicional administrativo ou contratual correspondente. Na análise das razões mais frequentemente utilizadas pela doutrina para se invocar a proporcionalidade numa decisão, especialmente de natureza judicial, pode-se encontrar explicações de que o fundamento do dever de garantir uma decisão proporcional seja o *Rule of Law* e o *Due Process of Law*¹⁰⁸; outros entendem, na linha de Alexy, que é a natureza dos direitos fundamentais que a exigem¹⁰⁹; para outros é a unidade sistêmica da Constituição¹¹⁰; para outros, até, é a conjugação de todos esses fundamentos. De um modo geral, o debate doutrinário no Brasil tem preferido se concentrar na resolução de um metaproblema conceitual: saber o que é, afinal, a natureza normativa da proporcionalidade. Se regra¹¹¹, princípio¹¹², postulado aplicativo¹¹³ ou condição de possibilidade¹¹⁴.

Em muitos de seus julgamentos o Supremo Tribunal Federal faz referência à proporcionalidade como um mero pressuposto, noutras fundamenta-o no ideal de *due process of law*, previsto no Art. 5º LIV da CRFB (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal). Todavia, pode-se encontrar decisões que se referem a outros fundamentos constitucionais, tais como: art 5º II, legalidade, 5º XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional), 1º *caput* (princípio republicano), 1º II (cida-

miserandas, estabelecendo-se a representação proporcional mediante aquele, dentre os vários sistemas conhecidos, que mais racional e praticamente efetue [...] Baste firmar aqui o princípio da proporcionalidade, garantia necessária do direito das minorias [...] (BARBOSA, Rui. *Excursão eleitoral aos Estados da Bahia e Minas Gerais*. Manifestos à nação, 1910, p. 59. Disponível em *Obras Completas de Rui Barbosa*. Rui Barbosa *On line*.

¹⁰⁸ STUMM, Raquel Denize, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 111/112, item n. 14, Saraiva, 1995. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*: p. 352/355, item n. 11, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

¹⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹¹⁰ Essa é a visão dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

¹¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 169.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 404-405.

¹¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹¹⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 109-110.

dania), 1º III (dignidade), além dos institutos do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e o direito de petição. Não se pode deixar de mencionar, por fim, a tese que a proporcionalidade decorre do § 2º do artigo 5º, do regime e dos princípios adotados pela Constituição brasileira.

A exigência de proporcionalidade vem sendo aceita como um dever jurídico-positivo, o que, por si só, revela a importância de sua explicação e descrição. Mas apesar da fervilhante produção doutrinária e da menção na jurisprudência dos vários tribunais estaduais, da obrigatoriedade da aplicação da proporcionalidade, além da referência da mesma nas decisões do Supremo Tribunal Federal, tem-se questionado se a Constituição Brasileira de fato consagra a proporcionalidade. Todavia, essa é uma dúvida que, se ainda existe, deveria ser superada, pois o texto constitucional consagra explicitamente, e em muitos campos temáticos diferentes, a proporcionalidade como um dever jurídico associado à concretização de direitos constitucionais individuais, coletivos, civis, políticos, administrativos e sociais. A seguir, destacamos uma relação não exaustiva, isto é, apenas alguns dos dispositivos constitucionais que exigem a aplicação de soluções proporcionais com a finalidade de esclarecer a existência objetiva desse mandamento no texto constitucional.

DIREITOS CIVIS. Art. V – é assegurado o direito de resposta, *proporcional* ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO. Art. 7º – São direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição: V – piso salarial *proporcional* à extensão e à complexidade do trabalho; XXI – aviso prévio *proporcional* ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

DIREITOS SOCIAIS PREVIDENCIÁRIOS. Art. 39 § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos *proporcionais* ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, incorporada ao sistema jurídico brasileiro com status de Emenda à Constituição. Art. 2º “Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus *desproporcional* ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,

DIREITOS POLÍTICOS: Art. 58 § 1º Na constituição das Mesas e de cada comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação *proporcional* dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. § 4º Durante o recesso, haverá uma comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a *proporcionalidade* da representação partidária.

DIREITO ADMINISTRATIVO. Art. 70. VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previs-

tas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa *proporcional* ao dano causado ao erário;

ADCT Art. 60 - III – observadas as garantias estabelecidas nos incisos I, II, III e IV do caput do art. 208 da Constituição Federal e as metas de universalização da educação básica estabelecidas no Plano Nacional de Educação, a lei disporá sobre:

a) a organização dos Fundos, a distribuição *proporcional* de seus recursos, as diferenças e as *ponderações* quanto ao valor anual por aluno entre etapas e modalidades da educação básica e tipos de estabelecimento de ensino[...]

Agora, para finalizar, destacamos duas decisões recentes do STF que aplicaram a proporcionalidade para resolver casos concretos. Pode-se ver, por aí, que persiste a divergência clássica na Jurisprudência da mais alta Corte do Brasil. Por um lado, há uma corrente jurisprudencial que se filia ao modelo americano de “*balancing*” e “*reasonable*”; por outro, há ministros que a aplicam com apoio teórico no modelo alemão de controle da *finalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de *razoabilidade* traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. *O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade*, com fundamento no art. 5º, IV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira *imoderada*, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade. Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da *proporcionalidade*, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 56/57, itens ns. 18/19, 4. ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) - como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa - adverte que o princípio da *proporcionalidade*, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraíndo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do “*due process of law*.”¹¹⁵

Como precedentemente enfatizado, o princípio da *proporcionalidade* visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto catego-

¹¹⁵ STUMM, Raquel Denize, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, pág 157-170; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. Saraiva, 1995, pág 111-112; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pág 352-355.

ria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Daí a advertência de que a interdição legal “in abstracto”, vedatória da concessão de liberdade provisória, como na hipótese prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento, considerados os múltiplos postulados constitucionais violados por semelhante regra legal, eis que o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal. Igual objeção pode ser oposta ao E. Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento, fundado em juízo meramente conjectural (sem qualquer referência a situações concretas) - no sentido de que “[...] a vedação imposta pelo art. 2º, II, da Lei 8.072/90 é [...] fundamento idôneo para a não concessão da liberdade provisória nos casos de crimes hediondos ou a ele equiparados, dispensando, dessa forma, o exame dos pressupostos de que trata o art. 312 do CPP” (fls. 257 - grifo nosso) -, constitui, por ser destituído de base empírica, presunção arbitrária que não pode legitimar a privação cautelar da liberdade individual.” (STF. Habeas Corpus 96.715-SP Rel. Celso de Mello. 03.02.2009, Informativo 533).

[A] doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, **em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.**

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no **princípio da reserva legal proporcional** (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), **pressupõe** não só a **legitimidade dos meios** utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a **adequação desses meios** para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a **necessidade de sua utilização** (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

O subprincípio da **adequação** (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O **subprincípio da necessidade** (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, **o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.** Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). (Voto vista do Min. Gilmar Ferreira Mendes proferido no Recurso Extraordinário (RE) 466.343-SP, julgado em 13.12.2008, pelo Tribunal Pleno do STF, por unanimidade, com a relatoria

do Min. Cezar Peluso. Discussão sobre Prisão Civil por dívida de depositário infiel em contrato de alienação fiduciária em garantia, p. 1.168)

Conclusão: O texto constitucional prevê o dever de aplicar direitos constitucionais segundo a técnica formal da proporcionalidade. A doutrina brasileira, desde o início da experiência republicana, ao menos, vem utilizando a proporcionalidade como fundamento de justificação de atos jurídicos razoáveis, equitativos e, por isso justos. Nota-se que até a entrada em vigor da Constituição de 1988 o sentido da proporcionalidade era, basicamente, o mesmo que razoabilidade. Esse sentido esteve muito associado ao ideal de *Rule of Law* e também de *Due Substantive Process of Law*. Por isso, a principal influência doutrinária foi a advinda do sistema jurídico dos EEUU. A partir dos anos 90 do século XX a doutrina brasileira, bem como a jurisprudência começam a explorar o sentido e alcance da técnica germânica de avaliação da proporcionalidade de uma intervenção em direitos constitucionais, apoiando-se, sobretudo, em três, das quatro etapas da técnica: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Contudo, apesar do crescente interesse pelo tema nos últimos 20 anos, não se pode afirmar que os tribunais brasileiros *levem a sério* o dever de assegurar proporcional aplicação a direitos. Nem no sentido que o termo assume nos EEUU, nem no sentido dogmático e jurisprudencial da Alemanha. Os critérios canônicos relacionados com a interpretação sistêmica, literal, genética e teleológica seguem sendo os mais influentes. Na doutrina, por seu turno, predomina um debate em torno da natureza normativa da proporcionalidade, ou seja, um debate centrado na preocupação de identificar sua natureza de princípio, de regra ou de um *tercium genus*. Há pouca exploração quanto formas juridicamente seguras de aplicação desse direito constitucional.