

# **Direitos Fundamentais em Estados Compostos**

**Organizadores:  
Carlos Luiz Strapazon  
(PPGD Unoesc, Brasil)**

**Mercè Barcelò i Serramalera  
(GREFA, UAB, España)**

O presente livro assumiu como problema central dialogar sobre alguns temas gerais dos direitos fundamentais nos sistemas do Brasil e da Espanha. As respostas aos problemas comuns foram tratadas de modo a permitir que diferentes olhares pudessem gerar novas provocações, soluções conceituais e organização de informações em torno dos seguintes objetos: a) natureza, estrutura e fundamentos dos direitos fundamentais, b) igualdade e discriminação, c) riscos sociais e garantias de direitos fundamentais, d) comunidades autônomas e solidariedade federativa e, também, e) instituições e mecanismos para garantir a eficácia de direitos fundamentais. A primeira hipótese deste livro é que há um conjunto de temas centrais herdados da história do constitucionalismo que sempre requerem aprofundamentos analíticos, atualização de agenda, e melhor organização de informações, isto é, que demandam exploração constante. Três problemas herdados dessa tradição são especialmente destacados neste livro: 1. Razões para respeitar direitos fundamentais; 2. Âmbito de proteção de um objeto específico, a igualdade; 3. Mecanismos de proteção da eficácia dos direitos fundamentais.



Universidade do Oeste de Santa Catarina  
Rua Getúlio Vargas, 2125 | Bairro Flor da Serra  
89600-000 | Joaçaba | SC  
[www.unoesc.edu.br](http://www.unoesc.edu.br)

Apoio:



ISBN 978-85-87089-89-2



9 788587 108989 2

# **Direitos Fundamentais em Estados Compostos**

**Organizadores:**  
**Carlos Luiz Strapazon**  
**(PPGD Unoesc, Brasil)**

**Mercè Barcelò i Serramalera**  
**(GREFA, UAB, España)**



**Editora Unoesc**

D598      Direitos fundamentais em Estados Compostos / Carlos Luiz Strapazzon, Mercè Barcelò i Serramalera (orgs.) ; tradução de: Débora Diersmann Pereira . – Chapecó: Editora Unoesc, 2013. 530 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia  
ISBN 978-85-87089-89-2

1. Direitos fundamentais. 2. Igualdade perante à lei. 3 . Garantia (Direito). I. Strapazzon, Carlos Luiz. II. Barcelò i Serramalera, Mercè. III. Pereira, Débora Diersmann.

Doris 341.27

Rua Getúlio Vargas, 2125 – Bairro Flor da Serra – CEP 89600-000 – Joaçaba – SC  
Fone: (49) 3551-2000 – Fax: (49) 3551-2004 – www.unoesc.edu.br – editora@unoesc.edu.br

### **Universidade do Oeste de Santa Catarina**

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitor Acadêmico

Nelson Santos Machado

Vice-reitores de *Campi*

*Campus* de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D' Agostini

*Campus* de Videira

Antonio Carlos de Souza

*Campus* de Xanxerê

Genesio Téó

Diretor Executivo

Alciomar Antônio Marin

### **Editora Unoesc**

Coordenação

Débora Diersmann Silva Pereira

Conselho Editorial

Nelson Santos Machado – Presidente

Débora Diersmann Silva Pereira

Dagmar Bittencourt Mena Barreto

Eliane Saete Filippim

Marcelo Zenaro

Jane Mary L. N. Gelinski

Ieda Margarete Oro

Roque Strieder

Claudio Luiz Orço

José Francisco Manta Bragança

Copidesques: Débora Diersmann Silva Pereira, Gilvana Toniélio, Maria Lúcia Gelain

Revisão eletrônica: Talita Varela

Tradução: Débora Diersmann Silva Pereira

Revisor Técnico: Carlos Luiz Strapazzon

Projeto gráfico: Simone Dal Moro

Capa: Daniely Akemi Terao Guedes

Impressão: All Print Produções Ltda.

## SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	7
---------------	---

### I. NATUREZA, ESTRUTURA E FUNDAMENTOS

NATUREZA, ESTRUTURA E ELEMENTOS DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DA ESPANHA... 17	
Miguel A. Aparicio Pérez, Universidad de Barcelona, Espanha	

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: PENSAMENTO CRÍTICO E LÓGICO-JURÍDICO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DO BRASIL..... 53	
Narciso Leandro Xavier Baez, Unoesc, Brasil	
Vinicius Almada Mozetic, Unoesc, Brasil	

### II. IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DA ESPANHA..... 99	
Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, Universidad de Girona, Espanha	

ASPECTOS POLÍTICOS E CULTURAIS CONSTITUTIVOS DOS DI- REITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS DO BRASIL..... 129	
Rogério Gesta Leal, Unoesc, Brasil	
Daniela Menengoti Ribeiro, Unoesc, Brasil	

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DISCRIMINAÇÃO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL ..... 169	
Ilse Marcelina Bernardi Lora, Unoesc, Brasil	
Rodrigo Goldschmidt, Unoesc, Brasil	

### **III. RISCOS SOCIAIS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

ESTADO SOCIAL, DIREITOS SOCIAIS E PRINCÍPIOS NO SISTEMA  
CONSTITUCIONAL DA ESPANHA ..... 205  
Clara Marquet Sardà, Universidad Autonoma de Barcelona, Espanha

NOVA FASE DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL: RECOMEÇO..... 231  
Carlos Luiz Strapazzon, Unoesc, Brasil  
Andressa Fracaro Cavalheiro, UFRGS, UNIOESTE, Brasil

### **IV. COMUNIDADES AUTÔNOMAS E SOLIDARIEDADE FEDERATIVA**

ESTADO AUTONÔMICO E DIREITOS: A CONTRIBUIÇÃO DAS  
COMUNIDADES AUTÔNOMAS AO RECONHECIMENTO E REGU-  
LAÇÃO DOS DIREITOS DOS CIDADÃOS..... 267  
Mercè Barceló i Serramalera, Universidad Autònoma de Barcelo-  
na, Espanha

COMPETÊNCIAS E SOLIDARIEDADE FEDERATIVA: SAÚDE NO  
SISTEMA CONSTITUCIONAL DO BRASIL ..... 303  
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, Faculdade de Direito de Vito-  
ria, ES, Brasil.  
Daury Cesar Fabriz, Faculdade de Direito de Vitoria, ES, Brasil.

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS  
FUNDAMENTAIS: COOPERAÇÃO FEDERATIVA NO SISTEMA  
CONSTITUCIONAL ..... 321  
Rogério Luiz Nery da Silva, Unoesc, Brasil  
Robison Tramontina, Unoesc, Brasil

### **V. INSTITUIÇÕES E MECANISMOS DE GARANTIA**

O SISTEMA EUROPEU DE GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS ..... 359  
Argelia Queralt Jiménez, Universidad de Barcelona, Espanha

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O ASSIM CHAMADO CONTROLE DE CONVENIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS INTERNOS ANALISADOS À LUZ DO CASO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS ..... 379  
Ingo Wolfgang Sarlet, PUC-RS, Brasil

A DENÚNCIA DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DO BRASIL: O ENFOQUE DA ADIN N. 1.625-3/DF ..... 413  
Eduardo Biacchi Gomes, Unibrasil, PR, Brasil  
Moacir Iori Junior, Unibrasil, PR, Brasil

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DA ESPANHA: NOTAS PARA COMPARAÇÕES COM BRASIL ..... 439  
Fernando Domínguez García, Universidad Autónoma de Barcelona, Espanha

A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO E O INSTITUTO DA DENÚNCIA ANÔNIMA: IMPACTO NO SISTEMA JURÍDICO DO BRASIL ..... 471  
Paulo Ricardo Schier, Unibrasil, PR, Brasil

CAPITALISTA COLETIVO IDEAL: O ESTADO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO ..... 507  
Matheus Felipe de Castro, Riva Sobrado de Freitas, Unoesc, Brasil



## PREFÁCIO

Os trabalhos científicos são obras coletivas. Para além do esforço individual de escolha de um tema, de investigação conceitual e empírica, de organização de ideias e de redação de um texto há, sempre, por trás das ideias e dos textos publicados, um sem número de leituras, conversas, debates, concordâncias, discordâncias, surpresas e indignações ligadas à interlocução dos autores com terceiros que formam um conjunto de relações capazes de moldar repertórios e formar um pensamento. Este livro não foge a essa regra.

Um trabalho de pesquisa encontra sempre o momento de ser divulgado. Embora necessário, esse instante é também angustiante visto que a pesquisa é sempre incompleta, aberta, rica de possibilidades, mesmo quando se exige dela um ponto final. Talvez fosse melhor finalizá-las com reticências. É por isso que autores e organizadores costumam explicitar que assumem todas as responsabilidades pelas incorreções e pelos erros ainda presentes numa publicação. É uma praxe do protocolo científico. Este livro não foge também a essa regra. Aliás, foi elaborado com vistas nela.

Aqui estamos diante do primeiro resultado concreto de uma aliança investigativa entre o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc)<sup>1</sup> e o Grup de Recerca, d'Estudis Federals i Autònòmics (GREFA)<sup>2</sup>, da Universidade Autònoma de Barcelona, Espanha. É, ainda, pesquisa em progresso, porém é um importante avanço para o conhecimento da agenda de proteção, promoção e garantia dos direitos fundamentais no Brasil e na Espanha.

---

<sup>1</sup> Com apoio financeiro da CAPES, da FAPESC, da Embaixada da Espanha.

<sup>2</sup> Com patrocínio do Ministerio de Ciencia e Inovación, Projeto DER2011-25066, “Los derechos estatutarios y su desarrollo legislativo. la contribucion de las comunidades autonomas al estado social y democratico de derecho”.

O presente livro assumiu como problema central dialogar sobre alguns temas gerais dos direitos fundamentais nos sistemas do Brasil e da Espanha. O segundo livro, que já está em construção, analisará questões particulares de direitos fundamentais em espécie. Nenhum deles, porém, será trabalho de direito comparado, como o leitor logo percebe. Isso exigiria outra metodologia de estudo. Aqui trazemos um diálogo entre pesquisadores convidados por dois grupos de pesquisa. As respostas aos problemas comuns foram tratadas, por isso, com certa liberdade, de modo a permitir que diferentes olhares pudessem gerar muitas provocações e algumas soluções conceituais mas, sobretudo, organização de informações em torno dos seguintes objetos: a) natureza, estrutura e fundamentos dos direitos fundamentais, b) igualdade e discriminação, c) riscos sociais e garantias de direitos fundamentais, d) comunidades autônomas e solidariedade federativa e, também, e) instituições e mecanismos para garantir a eficácia de direitos fundamentais.

A primeira hipótese deste livro é que há um conjunto de temas centrais herdados da história do constitucionalismo que sempre requerem aprofundamentos analíticos, atualização de agenda, e melhor organização de informações, isto é, que demandam exploração constante pela teoria geral dos direitos fundamentais. Três problemas herdados dessa tradição são especialmente destacados neste livro: *1. Razões para respeitar direitos fundamentais*; *2. Âmbito de proteção de um objeto específico, a igualdade*; *3. Mecanismos de proteção da eficácia dos direitos fundamentais*.

A categoria analítica “*fundamentos*” foi, por isso, dividida em três espécies, a fim de racionalizar o modo de análise e oferecer consistentes respostas relativas às razões morais e jurídicas adotadas por ambos os sistemas constitucionais para justificar o devido *respeito* aos direitos fundamentais. Por isso, o livro aborda, já no início, os *fundamentos estruturais* das normas de direitos fundamentais, *fundamentos valorativos* do ordenamento constitucional da Espanha e do Brasil e também *fundamentos socioculturais* dos direitos fundamentais. A noção de âmbito de proteção foi aplicada para discutir um objeto específico, central no constitucionalismo contemporâ-

neo: a igualdade. Por isso, temas conexos ao problema da igualdade, como a discriminação e a exclusão social constituem uma outra parte da obra. Por fim, o problema dos meios de satisfação foi abordado a partir da categoria analítica dos “*mecanismos de proteção*”. É por isso que a última parte da obra destaca soluções institucionais desenhadas para servir como meio de proteção (contra retrocessos) e realização (contra omissões abusivas) dos direitos fundamentais. Merece destaque, neste ponto, a influência das linhas de pesquisa do Grupo de Pesquisa da Universidade Autônoma de Barcelona, já que por ser um grupo com ampla experiência investigativa no tema das formas autônomas e descentralizadas de Estados nacionais, aportou para a obra importante contribuição sobre a proteção dos direitos fundamentais em Estados compostos. Isso também permitiu um diálogo com vários grupos de pesquisa do Brasil sobre o tema da dimensão federativa como meio institucional de satisfação de direitos fundamentais.

O desenvolvimento da pesquisa permitiu avançar nossas análises sobre contrastes e elementos comuns da tradição constitucional ocidental, e o modo como os temas dessa agenda investigativa repercutem e se desenvolveram nesses dois diferentes sistemas. Ao nosso ver, o livro contribui em pontos importantes do debate contemporâneo sobre o método de análise dos direitos fundamentais, sobre o alcance da dimensão *semântica* e, portanto, dos significados que podem ser atribuídos aos textos jurídicos que protegem direitos humanos e direitos fundamentais, bem como sobre as inovações institucionais e conceituais criativas relativas ao exercício do controle de atos e omissões envolvidos com direitos fundamentais.

Sabe-se que o Brasil, por exemplo, é um sistema dotado de (1) um modelo constitucional rígido; (2) no qual a dignidade da pessoa humana desempenha uma função densificadora do significado de todos os direitos fundamentais específicos (dimensão substantiva) e também uma função de correção de rumos da interpretação sistemática do texto constitucional. Isso quer dizer, entre outras coisas, que a interpretação sistemática do texto constitucional deve orientar-se pela eficácia ótima de seus princípios, sobretudo o da dignidade

da pessoa humana. No sistema constitucional do Brasil “[a] vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico” (STJ. Resp 802.435-PE, 19.10.2006). (3) Os direitos fundamentais no Brasil são, como no sistema internacional de direitos humanos, um complexo *corpus* formado por direitos individuais, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, interrelacionados e interdependentes. Eles estão estabelecidos na Constituição da República ou na Constituição dos Estados. Em boa medida estão escritos, mas não é necessário que seja assim. Podem ser admitidos mesmo se não estão escritos (CRFB. Art. 5º, § 2º). A Constituição brasileira, na realidade, não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais, especificando seu conteúdo e forma de prestação, como “não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos e os direitos sociais, ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. 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).

Sabe-se, além do mais, que (4) no sistema jurídico do Brasil todos os juízes são juízes constitucionais; (5) e que todos os juízes, de qualquer grau de jurisdição, têm ampla competência para controlar a legitimidade constitucional de atos e até de omissões jurídicas. É um sistema jurídico, portanto, que contempla um projeto político no qual a jurisdição (por causa do *ethos* republicano e garantista que a dirige) tem uma função que não é de mero *veto player* da atuação dos demais poderes e dos particulares. É também de controle positivo, na medida em que atua também no controle das omissões e da proteção insuficiente dos direitos fundamentais. Essas são linhas gerais de um sistema constitucional que vem sendo experimentado por uma sociedade historicamente marcada por uma cena social a uma só vez autoritária, desigual e violenta.

Se ao longo de sua história os direitos fundamentais têm sido definidos, preferencialmente, como *direitos negativos* necessários para *defender* liberdades individuais, hoje se sabe que todos os direitos fundamentais têm uma dimensão negativa e outra positiva.

Isto é, se todos os direitos fundamentais são, em alguma medida, *enunciados que proibem* ações, todos são, igualmente, e em certo grau, *enunciados que impõem dever de ação*. Ou ainda mais simplesmente: sabe-se que até mesmo o grau de eficácia das liberdades depende do grau de atuação das variadas formas de segurança.

Por causa do aprofundamento das pesquisas conceituais e empíricas sobre direitos sociais, por exemplo, pode-se dizer que até mesmo a clássica concepção da *segurança jurídica* foi modificada. Se antes era um conceito que bem podia ser explicado em termos restritos de direito a conservar e a proteger bens jurídicos já adquiridos contra a ameaça de leis novas sobre o mesmo objeto, atualmente, e em especial no Brasil, o significado de segurança jurídica também incorpora o direito de conservar e de proteger a eficácia das decisões judiciais (transitadas em julgado) e dos *atos jurídicos perfeitos*, como amplamente demonstrado por Ingo W. Sarlet. Mas além desses três sentidos tradicionais, a segurança jurídica é atualmente um conceito que incorporou novos significados relativos a atuação positiva do Estado. Na medida em que certos tipos de direitos de Seguridade Social passaram a ser reconhecidos como *fundamentais*, o sistema constitucional brasileiro, por exemplo, passou a proteger rigidamente as *expectativas* constitucionais de atuação do Estado e da sociedade para enfrentar as situações de risco social. Ou seja, a constitucionalização da proteção contra riscos sociais gerou um *dever* de atuação do Estado brasileiro, e da sociedade, para garantir (1) condições básicas de saúde, (2) o nível básico de renda para sobrevivência digna e (3) serviços públicos especiais de atenção aos mais necessitados. O direito constitucional brasileiro converteu dever moral de fraternidade (categoria conceitual de natureza moral) em *expectativas imperativas* de atuação positiva do Estado (categoria conceitual de natureza jurídica). Essa virada conceitual trouxe toda uma nova interpretação sobre a tipologia dos direitos subjetivos, no Brasil, agora incluídos os direitos a prestações positivas e, igualmente, sobre o controle constitucional da *proteção insuficiente* e das *omissões*.

No caso da Espanha, como se pode ler nestes escritos, as características históricas políticas e culturais internas são muito di-

ferentes das do Brasil. Enquanto aqui o sistema federativo se constituiu sem grandes clivagens culturais regionais, na Espanha ocorre o oposto, ou seja, é um sistema não federativo, porém com importante reivindicação de autonomia regional em face de marcantes diferenças culturais existentes entre as regiões, com notável destaque para a comunidade autônoma da Catalunha, onde se encontra Barcelona e a UAB. Além disso, nota-se que os dois sistemas estão marcados também pelas diferentes circunstâncias jurídicas decorrentes de suas relações internacionais. A Espanha, que está plenamente inserida no contexto da União Europeia, precisa lidar com um ordenamento jurídico multinível que lhe impõe importantes limitações nacionais de atuação em defesa dos direitos fundamentais, sobretudo em relação à possibilidade de construção de um modelo nacional de desenvolvimento. Nesse ponto se notam diferenças extremamente importantes em comparação com as relações internacionais que o Brasil mantém, seja com o Mercosul, seja com a América do Sul. Todavia, os contrastes não encerram aí. O livro também esclarece que o sistema constitucional da Espanha adota a noção de distintos *regimes jurídicos* para direitos constitucionais, com a clássica distinção entre direitos liberais fundamentais e direitos constitucionais ou estatutários sem natureza *fundamental*. E isso parece ser um importante problema doutrinário e, obviamente, de eficácia e exigibilidade. É por isso, provavelmente, que o Prof. Miguel A. Aparicio Perez afirma que “o adjetivo ‘fundamental’ referido aos direitos no sistema constitucional espanhol introduz mais dúvidas do que certezas”.

Essa distinção, e tais dúvidas da doutrina, repercutem, obviamente, no modo como é desempenhado o poder normativo das comunidades autônomas, no âmbito subnacional da Espanha. As recentes reformas que introduzem em seus estatutos em especial os direitos de natureza social, sofreram um revés com algumas marcantes decisões da Corte Constitucional da Espanha, no ano de 2007 e 2010, profundamente discutidas pela Profa. Mercè Barceló i Serramalera, que, em síntese, sustenta que o “ponto de partida dessa (parcialmente) nova construção [*jurisprudencial*] foi definir o que

não são os direitos *estatutários*: não são *direitos fundamentais*. E não o são porque não estão proclamados na Constituição”.

Essas construções jurisprudenciais recentes da Espanha, bem como as características estruturais daquele ordenamento jurídico revelam diferentes modos pelos quais o sentido e o alcance dos direitos pode ser limitado, no jogo das razões e contrarrazões judiciais, e no jogo político intrafederativo. Se, no Brasil, o problema da conceituação dos direitos fundamentais e da repartição competências entre as unidades federadas já avançou muito, seja pela evolução da doutrina constitucional, da doutrina dos direitos humanos e pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não significa que já haja consensos razoáveis, por exemplo, sobre a devida conexão entre direitos fundamentais e direitos humanos (pense-se, apenas para exemplificar, no caso de *denúncia* de um tratado de direitos humanos, agora com natureza supralegal), sobre a mais adequada metodologia de interpretação e justificação de limitações a esses direitos (pense-se, por exemplo, na ampla variedade de tratamento dada pelo STF aos diferentes tipos de direitos fundamentais) e, sobretudo, sobre a garantia dos direitos fundamentais pelas entidades subnacionais (pense-se que vários Estados praticamente não estabeleceram direitos fundamentais em suas Cartas Constitucionais, apenas por entenderem, à época de suas assembleias constituintes, que este era tema reservado à Constituição da República).

Este livro oferece oportunidade para análise de algumas das principais características, do sistema de direitos fundamentais da Espanha e do Brasil. Países que viveram experiências com regimes autoritários, que avançaram muito na direção da redução das desigualdades (em especial a Espanha), que experimentaram as duras repercussões das crises econômicas sobre a eficácia dos direitos fundamentais e, por fim, que ainda têm sérios problemas de desenho institucional garantidor de direitos fundamentais para superar. Para encerrar, cabe dizer algo sobre o resultado deste diálogo em rede com o Grupo de Pesquisa da Universidade Autônoma de Barcelona (UAB), liderado pela catedrática de direito constitucional, a Profa. Dra. Mercè Barceló i Serramalera, bem como com

outros grupos de pesquisa que aceitaram o convite da Unoesc e da UAB para apresentar nesta obra suas importantes contribuições. Temos em mãos um trabalho que traz ao público brasileiro uma obra a um só tempo ambiciosa e fraterna. É ambiciosa, em termos científicos, na medida em que, apesar de ser uma experiência nova de cooperação internacional para estes grupos de pesquisa em direitos fundamentais aqui envolvidos, já enfrenta temas centrais da agenda investigativa da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, abre muitas veredas para futuros desenvolvimentos de pesquisa, de inovação jurisprudencial e de políticas públicas e, igualmente, estabelece uma frente de trabalho intelectual muito promissora em prol do que é fundamental para todos as pessoas humanas. Mas é também fraterno. Isso porque este projeto aproximou *pessoas* que dificilmente se encontrariam por outros meios senão o da pesquisa científica, *pessoas que convivem* agora como amigos e compartilham suas experiências, seus talentos, suas crenças e suas dúvidas. Acredito que são esses elementos, conjugados, que fazem melhor a vida de todos os que se envolveram seriamente com este projeto. É isso que faz a pesquisa científica prosperar. E a vida valer a pena.

Carlos Luiz Strapazon | PPGD Unoesc  
Coordenador do projeto internacional  
de pesquisa entre PPGD Unoesc e Espanha

Chapecó, SC, nov. 2013

# I. NATUREZA, ESTRUTURA E FUNDAMENTOS



# NATUREZA, ESTRUTURA E ELEMENTOS DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS (SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPANHOL)

Miguel A. Aparicio Pérez\*

## 1 O CONCEITO E A ESTRUTURA FORMAL DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

### 1.1 CONCEITO E DENOMINAÇÃO

Os direitos constitucionais aparecem como uma categoria especial dos direitos subjetivos.<sup>1</sup> Isso quer dizer que, ao igual que estes últimos, são expectativas de ação jurídica que a norma (neste caso, constitucional) outorga a um sujeito individual ou coletivo para que possa dispor de um bem determinado frente a outros sujeitos que têm a obrigação de se comportar de acordo com as exigências que requer o desfrute desse bem por parte de seu titular.

---

\* Catedrático de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona. Espanha.

<sup>1</sup> Utiliza-se aqui o conceito *jus privatista* de direito subjetivo como capacidade jurídica do sujeito na titularidade e exercício de um bem ou interesse, sem entrar em toda a complexa discussão a respeito da procedência ou improcedência dogmática desta categoria. É sabido que Kelsen indicava que a essência do direito subjetivo “se encontra no fato de que uma norma jurídica outorga a um indivíduo o poder jurídico de reclamar, mediante uma ação pelo não cumprimento de uma obrigação” (Em KELSEN, 1986, p. 152). Nessa perspectiva, o direito subjetivo mantinha-se como um poder de ação ante os tribunais mais que como um espaço próprio (subjetivo) de poder garantido pelo ordenamento em seu conjunto. Por isso, na perspectiva que aqui se segue, sem se recusar esta proposta do direito subjetivo como ação (isto é, segundo nossa ótica, como garantia), se entende por direito subjetivo todo espaço de poder que o ordenamento constitucional outorga aos indivíduos e aos grupos em benefício da ordem de bens que o mesmo ordenamento mantém.

Em relação aos demais direitos subjetivos, não obstante, as particularidades dos direitos constitucionais são de extraordinária profundidade tanto no plano de seu regime jurídico quanto no plano de sua relevância social e política: os direitos subjetivos ordinários, por assim os chamar, costumam nascer de negócios jurídicos realizados por seus titulares ou de instituições que têm nascido como consequência de um negócio jurídico que em dado momento levou a cabo uma determinada pessoa; os direitos constitucionais nascem completamente fora de qualquer negócio jurídico e só existem por disposição da Constituição, impondo sua titularidade à margem da vontade da pessoa a quem se destinam. Expressam, mediante seu reconhecimento normativo constitucional, os espaços de liberdade e de dignidade da pessoa humana considerados como indispensáveis para a convivência democrática dentro do espaço estatal. Daí sua vocação universal e o que se proponham como a base da ordem pública constitucional.<sup>2</sup>

Por isso têm sido denominados direitos humanos assim que se entende que surgem das necessidades mais profundas da pessoa como indivíduo e como membro de um grupo social e político. Mas também estes direitos são denominados direitos fundamentais porque se compreende que conformam as bases ou fundamentos do quadro de direitos que o ordenamento jurídico assegura à pessoa. E assim os denomina também o encabeçamento do Título I da Constituição espanhola (Dos direitos e deveres fundamentais), ainda que em sua posterior regulação vá introduzindo outras denominações que criam certa confusão na hora de determinar a natureza das normas reconhecedoras desses direitos; confusão que aumenta porque

---

<sup>2</sup> Sobre o conceito de “ordem pública constitucional” que coincide em seu sentido profundo com as exigências que se desprendem de um Estado democrático, segundo a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, quando esta adverte como limites da atuação estatal e das próprias liberdades públicas que estejam previstos na lei e constituam medidas necessárias, em uma sociedade democrática, para a segurança pública, a proteção da ordem, da saúde ou da moral públicas ou a proteção dos direitos e as liberdades dos demais (vid. a ex. artigos 9. 2 e 10. 2. Do Convênio), pode ver na doutrina espanhola a obra de Alonso García (1984, p. 352 y sigs.)

volta a utilizar a expressão “direitos fundamentais e liberdades públicas” para regular somente aqueles que contam com uma maior proteção constitucional na seção primeira do capítulo II do Título I.<sup>3</sup>

Este dado provoca que o adjetivo “fundamental” referido aos direitos no sistema constitucional espanhol introduza mais dúvidas do que certezas, já que não se compreende por que uns direitos ainda que gozem de maior proteção, podem ser “mais fundamentais” que outros, quando, em princípio, segundo a dicção geral, todos os direitos contidos no Título I são “fundamentais”. Esta é a causa pela qual preferimos designar os direitos reconhecidos na Constituição, independentemente de seu regime jurídico particular, como “direitos constitucionais” para fazer referência àqueles âmbitos de poder jurídico que a Constituição outorga às pessoas mediante normas completas e diretamente exigíveis ou mediante normas incompletas, cuja exigibilidade virá mediada pelo desenvolvimento legislativo correspondente.<sup>4</sup>

E, com essa perspectiva, direitos constitucionais são todos aqueles que a Constituição reconhece tanto dentro do Título I quanto nas demais partes de seu texto.

---

<sup>3</sup> Sobre o conceito de direitos fundamentais, desde um estrito ponto de vista positivo (direitos fundamentais como direitos constitucionalmente declarados com a dupla garantia de contar com um conteúdo essencial e ser diretamente exigíveis pelo mesmo mandato constitucional), vid. Cruz Villalón (1989, p. 35-62).

<sup>4</sup> Dentro das normas constitucionais possui uma marcada relevância a distinção entre normas completas e normas incompletas. As primeiras seriam aquelas que contêm e descrevem um pressuposto de fato ao que necessariamente juntam uma série de consequências jurídicas; as segundas, por outro lado, carecem de algum destes elementos e requerem para ser eficazes o completo desenvolvimento por parte de uma ou várias normas subconstitucionais. Esta distinção não fornece consequências pacíficas quando se aplica aos direitos constitucionais, pois se encontrando muitos deles regulados em normas jurídicas completas, outros, por outro lado, se encontram em normas jurídicas incompletas. E, se sucede isto, cabem duas perspectivas opostas para avaliar tais normas: a de afirmar que a norma incompleta é não aplicável enquanto não tenha norma de desenvolvimento (pense no direito ao trabalho, onde a Constituição não determina quem é o sujeito passivo ou obrigado) ou a de afirmar que sim é aplicável, ao entender que se trata de uma mera lacuna da norma, cuja interpretação corresponde ao aplicador do direito, isto é, ao juiz ordinário e/ou constitucional. Nesta segunda postura se coloca Ferrajoli (2001), enquanto na primeira situa-se a grande maioria da doutrina (vid. a ex. Comanducci (2002, p. 89-112).

## 1.2 A ESTRUTURA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

O elemento central dos direitos constitucionais contidos em normas completas (especificamente os regulados no capítulo II do título I) reside no fato de que operam diretamente da Constituição, que lhes outorga no mínimo um conteúdo essencial que se impõe ao legislador. Em outros termos, conquanto o legislador pode e deve ditar leis sobre os direitos constitucionais não pode, como se verá mais adiante, determinar livremente seu conteúdo. Os direitos possuem uma estrutura que lhes vem dada pela própria Constituição, a qual determina seus titulares ou sujeitos ativos, o objeto ou bem jurídico de que dispõem ditos titulares, o conteúdo de faculdades que lhes correspondem para poder exercer essa disposição sobre o objeto e os sujeitos passivos ou obrigados que devem facilitar aos mencionados titulares a livre disposição sobre dito objeto ou bem jurídico.

É verdade que esses elementos (titular, objeto, conteúdo e sujeito passivo ou obrigado) às vezes não estão claramente delimitados na Constituição, mas uma interpretação sistemática e valorativa de seus preceitos deve conduzir à concretização de suas determinações porque tem de achar no texto constitucional sua configuração completa ou a pré-configuração da que possam se derivar os elementos básicos para que possam ser considerados como direitos.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Aqui surge a diferença entre configuração e pré-configuração constitucionais. Esta distinção exige seu melhor significado quando se aborda a determinação do conceito do conteúdo essencial do direito que, por definição, é um conceito muito frágil, mas que, segundo se indicará, exige seu melhor perfil quando se adota uma perspectiva ampla do que significa esse conteúdo essencial, bastando a simples pré-configuração constitucional deste para poder fazer efetiva a garantia que tal exigência supõe.

## 2 A DIMENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS

Os direitos constitucionais possuem duas facetas que atuam conjuntamente: a de constituir uma pretensão jurídica de seu titular (direito subjetivo) e a de expressar em normas constitucionais que fazem parte do ordenamento jurídico (direito objetivo), e, ao mesmo tempo, ser normas constitucionais. Esta dupla dimensão foi admitida pelo Tribunal Constitucional já em seu primeiro ano de funcionamento:

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais são direitos subjetivos, direitos dos indivíduos não só assim que direitos dos cidadãos em sentido estrito, senão assim que garantem um status jurídico ou a liberdade em um âmbito de existência. Mas, ao próprio tempo, são elementos essenciais de um ordenamento objetivo da comunidade nacional, assim que esta se configura como marco de uma convivência humana justa e pacífica, moldada historicamente no Estado de direito e, mais tarde, no Estado social de direito ou o Estado social e democrático de direito, segundo a fórmula de nossa Constituição (artigo 1.1). (STC 25/1981).

### 2.1 OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS

Em termos gerais, como já se indicou, no conceito de direito subjetivo se entendem compreendidas as expectativas de ação jurídica que uma norma atribui a um ou vários sujeitos, individuais ou coletivos (como titulares), sobre um determinado objeto. Isso gera uma relação jurídica na que um ou vários sujeitos ficam obrigados pelas expectativas de tais titulares. Por isso, na dimensão subjetiva, típica de qualquer direito subjetivo, seja constitucional ou não, o que está em jogo é a pretensão juridicamente protegida do sujeito ativo ou titular. Tal pretensão está unida ao uso e desfrute do conjunto de faculdades que fazem parte do conteúdo do direito e que, no caso dos direitos constitucionais, deve ser garantida

de maneira imediata e permanente pelos poderes públicos. E essa pretensão pode consistir em que um terceiro não atue, que acue ou que permita exercer um poder próprio capaz de incidir em uma relação jurídica determinada (competência).

Em definitivo, a dimensão subjetiva do direito atende, sobretudo, à vontade-pretensão do titular em exercer os âmbitos de poder que o direito lhe confere e normativamente se manifesta por meio do sistema de proteção ou garantia que a faz efetiva: nesse sentido, a principal, ainda que não única garantia do direito constitucional, vem representada pela exigibilidade e eficácia imediatas ante a jurisdição ordinária nos termos que mais adiante se verão. Aqui é, portanto, onde aparecem as vias de satisfação em caso de lesão dos direitos por médio da atuação da jurisdição ordinária em primeiro termo e, se procede, posteriormente da jurisdição constitucional.

## 2.2 OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS COMO SISTEMA OBJETIVO DE VALORES

Ao lado deste aspecto, encontra-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em sua dupla condição de objetos singulares regulados por normas constitucionais e de conjunto normativo constitucional, que encarna uma série de caracteres como tal sistema. Dito em outros termos, tal dimensão objetiva pode se ver na perspectiva individual da cada norma jus fundamental ou na perspectiva sistêmica da totalidade de normas jus fundamentais. Nesta segunda ótica, de caráter sistemático, a jurisprudência constitucional, primeiro na Alemanha e depois no âmbito espanhol, tem destacado a consideração dos direitos fundamentais como um sistema objetivo de valores que se encarnam no ordenamento jurídico como princípios básicos da ordem constitucional.<sup>6</sup> Dessa forma, os direitos constitucionais em bloco

---

<sup>6</sup> Questão relativamente diferente à que se acaba de introduzir é a relativa à estrutura das normas que contêm ou regulam os direitos fundamentais. Se sua consideração como poder do titular nos oferece a visão subjetiva, sua consideração como

convertem-se em normas que fixam valores e fins vinculantes para o resto das normas do ordenamento e para seus órgãos produtores e aplicadores, transcendendo assim o mero sentido subjetivo de cada um deles. Isto é o que se costuma denominar “efeito de irradiação” dos direitos constitucionais, já que se projetam para todo o ordenamento e impõem aos poderes públicos a obrigação de atuar positivamente em favor de sua maior eficácia.

Com essa dupla direção e influência, quando se projetam sobre normas, os direitos constitucionais se convertem em parâmetros de interpretação para sua criação e aplicação, e quando olham aos poderes públicos funcionam como mandatos de otimização frente a eles (atuam, pois, como normas-princípio) para que estes, dentro das possibilidades da cada caso, tentem dotar da maior eficácia possível o direito constitucional afetado. Assim, o legislador dota de eficácia penal a contravenção de determinados direitos ou bens constitucionais e também cria e dispõe de uma organização específica em alguns desses direitos para que possam adquirir sua máxima projeção.

Por outro lado, esse caráter objetivo serve também em ocasiões para legitimar determinadas restrições ao exercício de al-

---

norma, segundo acaba de se afirmar, nos oferece seu aspecto objetivo. Agora, qual é a estrutura dessas normas? E aqui é onde aparece toda a atual teoria dos direitos constitucionais como direitos regulados não por normas-regra senão por normas-princípio ou, ao menos, por normas que ainda sendo externamente regras jogam como princípios. Tal é onde se insere toda a conhecida obra de Alexy (1993), que na atualidade tem uma ampla difusão e aceitação. Como é sabido, esta proposta teórica, que se inscreve dentro das atuais correntes do chamado neoconstitucionalismo, parte da base de entender que as normas jus fundamentais são proposições normativas que adotam a forma de normas-princípio no sentido de que não contêm mandatos de cumprimento ou não cumprimento (regras) senão que contêm unicamente princípios cujo mandato se projeta em dois âmbitos: por um lado prescreve um fim a conseguir e, por outro, exige que esse fim se persiga com os meios mais adequados possíveis, ainda que, por definição, essa finalidade não se consiga plenamente. Esta proposta projeta-se especialmente sobre toda a teoria da interpretação constitucional dos direitos, que exige que seja uma interpretação valorativa, em que o peso dos princípios-valores seja o elemento determinante em caso de conflito pela presença de vários direitos antagônicos; e que esta interpretação valorativa se canalize por meio do princípio ou teste da proporcionalidade como instrumento, a sua vez, para analisar o “quantum” de conteúdo essencial existente em cada momento dentro da cada direito em colisão.

guns direitos; assim, tais restrições são necessárias para proteger outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos (medidas limitadoras do exercício do direito de propriedade, por exemplo, ou da liberdade de circulação para proteger o meio ambiente, etc.) ou impõe aos poderes públicos a obrigação de realizar ações positivas em favor dos direitos constitucionais (pense-se, também, por exemplo, nas medidas necessárias para proteger a vida, a saúde e a liberdade dos cidadãos por meio de toda a rede de serviços públicos, incluídas as próprias forças de segurança). Isto quer dizer que as normas que desenvolvem direitos e as que os limitam atuam de maneira recíproca, e como queiram que os direitos tenham força expansiva este “efeito recíproco” entre normas ocasiona às normas que limitam os direitos constitucionais serem interpretadas com critérios restritivos (STC 159/1986).

### **2.3 OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS COMO NORMAS-GARANTIA INSTITUCIONAIS**

Mas, como se dizia, este caráter objetivo dos direitos também aparece na cada uma das normas constitucionais que os regulam ou reconhecem. E nessa direção todos e a cada um dos direitos constitucionais, qualquer que seja o grau de sua definição ou, em nosso sistema, qualquer que seja a localização sistemática em que esteja atribuído, gozam da superior força normativa da Constituição. Inclusive os princípios reitores da política social e econômica contemplados no capítulo III do título I da Constituição possuem essa força de obrigar e, por mandato do próprio texto constitucional, “informarão a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos” (artigo 53.3 CE). Em tal sentido os direitos constitucionais, singularmente considerados, operam como “garantia institucional”, pois as normas que os reconhecem, ainda que não lhes confirmem um conteúdo essencial, como ocorre aos direitos que aparecem no capítulo III do Título I, e sim que protegem a imagem da instituição regulada a qual, dessa maneira, faz-se tam-

bém inatacável pelo legislador (pense no direito ao meio ambiente, à moradia digna ou à proteção da saúde).

### **3 A EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS**

O artigo 9.1 da Constituição indica que os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico. E, como se acaba de indicar, os direitos constitucionais, ao serem normas inseridas na Constituição, é evidente que participam de sua força normativa e que, dessa forma, obrigam os poderes públicos e os cidadãos nesse sentido geral. Mas quando se fala de eficácia dos direitos não se está aludindo a esse significado amplo; está-se fazendo referência à específica força de obrigar que possuem as normas que estabelecem direitos e os direitos estabelecidos por essas normas.

#### **3.1 A APLICABILIDADE DOS DIREITOS E O REGIME JURÍDICO DE SUAS NORMAS DE RECONHECIMENTO**

Há que partir, pois, do indubitável e conhecido fato de que nem todas as normas inseridas no texto constitucional têm, por si mesmas, idênticos efeitos. E isso é particularmente visível no que se refere às normas que contêm direitos constitucionais porque, como categoria, possuem um regime jurídico próprio derivado de sua posição predominante dentro da estrutura constitucional. Esse regime jurídico encontra-se condensado no artigo 53 da Constituição, quando indica em seu parágrafo primeiro, que “os direitos e liberdades reconhecidos no capítulo II do presente título vinculam a todos os poderes públicos. Só por lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá se regular o exercício de tais direitos e liberdades, que se tutelarão de acordo com o previsto no artigo 161.1.a.” Mas imediatamente acrescenta o mesmo preceito em seu parágrafo segundo: “Qualquer cidadão poderá solicitar a tutela das

liberdades e direitos reconhecidos no artigo 14 e a seção primeira do capítulo II ante os tribunais ordinários por um procedimento baseado nos princípios de preferência e sumariedade e, se for o caso, por meio do recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional.” E o círculo fecha-se com o parágrafo seguinte do mesmo artigo:

O reconhecimento, o respeito e a proteção dos princípios reconhecidos no capítulo III informarão a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos. Só poderão ser alegados ante a jurisdição ordinária de acordo com o que disponham as leis que os desenvolvam.

Tudo isto quer dizer, em termos simples, que a cada direito lhe corresponderá um regime jurídico segundo a localização sistemática da norma constitucional que o reconheça: encontram-se reconhecidos na seção primeira do capítulo II do Título I e lhes acompanhará um regime de eficácia imediata, regulação mediante lei orgânica (artigo 81 CE), existência de um conteúdo essencial intangível e especial proteção jurisdicional (ordinária e constitucional); encontram-se na seção segunda do mesmo capítulo e título e gozarão também de eficácia imediata e conteúdo essencial, mas sua única proteção jurisdicional será a ordinária sem especialidade processual alguma e sem amparo constitucional; por último, reconhecem-se no capítulo III, na verdade já não funcionam como direitos subjetivos diretos senão como princípios a desenvolver mediante lei com possível forma de direitos, com o que sua eficácia não é imediata senão mediata, carecem de conteúdo essencial, não existe reserva específica de lei e autonomamente por sua mera invocação constitucional não são objeto de proteção jurisdicional direta.

Do que se acaba de indicar ressalta o fato de que a grande maioria dos direitos contidos na Constituição possui uma eficácia direta ou, como se indicou tangencialmente, estão regulados por normas completas que determinam todos os elementos do direito (titular, objeto, conteúdo e sujeito passivo) e que, em caso de vulneração pelos sujeitos obrigados, são exigíveis de forma imediata ante a jurisdição ordinária. Por outro lado e em termos gerais, a eficácia

dos direitos constitucionais projeta-se sobre os diferentes âmbitos de sua eficácia normativa: o âmbito pessoal, o espacial e o temporal. No âmbito pessoal, o conceito de eficácia se inclui no de vinculação, que será abordado nas linhas seguintes, e significa que os direitos obrigam tanto aos poderes públicos quanto aos cidadãos. O âmbito espacial faz referência a que a eficácia se circunscreve, sobretudo, ao território do Estado, sem prejuízo de suposições cada vez mais abundantes de eficácia extraterritorial (pense-se, por exemplo, nos direitos de participação política, cuja eficácia pode ter lugar em outros países). E, por último, no que diz respeito ao âmbito temporário é óbvio que a eficácia dos direitos se projeta sobre o futuro, não obstante podem existir determinados efeitos de caráter retroativo como consequência da possibilidade de que existam efeitos pendentes de normas pré-constitucionais que tenham incorrido em inconstitucionalidade superveniente: nestes casos a eficácia do direito fundamental pode projetar sobre essas situações jurídicas provenientes do passado e remediar a lesão que se produz ao direito já vigente e reconhecido.

### 3.2 A VINCULAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Conforme o já indicado, a eficácia de cada um dos direitos constitucionais depende, pois, da natureza jurídica que lhe confere a norma de reconhecimento e da estrutura do próprio direito fundamental reconhecido. E, como também se indicou, quando essa eficácia se projeta sobre os sujeitos passivos do direito ou sujeitos obrigados pelo direito, a Constituição e a doutrina em geral a denominam “vinculação” enquanto expressão do conjunto de obrigações que dele se derivam. Neste aspecto existem dois tipos de sujeitos passivos ou obrigados: os poderes públicos e os particulares, com posições respectivamente diferenciáveis, ainda que os dois se movam na estrutura do direito como tais sujeitos obrigados.

### 3.2.1 A vinculação dos poderes públicos ou eficácia vertical

Segundo observado em linhas anteriores, o artigo 53.1 da Constituição afirma que os direitos e liberdades do capítulo II vinculam a todos os poderes públicos. A primeira questão, portanto, é a falta de menção à vinculação dos particulares. Isso não significa que os particulares fiquem à margem da eficácia jurídica dos direitos constitucionais. O que se quer dizer é que não estão vinculados na plenitude do significado deste termo. E por “vinculação” tem-se de entender a especial sujeição dos poderes públicos a respeito dos direitos constitucionais assim que em uma grande variedade de sentidos não podem lesioná-los ou simplesmente os debilitar (vinculação negativa) e assim que, segundo se acaba de ver, devem protegê-los (vinculação positiva) (é possível consultar, entre outras as SSTC 18/1994 e 53/1985, f.j. 4.; esta última, ditada sobre o processo da descriminalização de determinados supostos de aborto, contém uma alegação muito expressa sobre a vinculação positiva e, de fato, deduziu uma série de obrigações concretas dos poderes públicos não previstas legalmente, que deviam acometer para cumprir de forma adequada com as exigências derivadas de tal vinculação positiva). É este último o sentido em que os cidadãos não estão vinculados aos direitos fundamentais: sua exclusiva obrigação reside em não os vulnerar (vinculação negativa dos cidadãos).

A vinculação positiva aos poderes públicos vem-lhes exigida como consequência dos elementos e princípios que estruturam a ordem pública constitucional. Se, como antes se indicava, os direitos constitucionais em sua vertente objetiva expressam um conjunto de valores que informam o ordenamento (efeito “irradiação”) parece óbvio indicar que as obrigações para os poderes públicos, em qualquer de suas dimensões, derivadas de tais elementos principais ou valorativos têm de expressar os conteúdos próprios

de sua vinculação positiva.<sup>7</sup> Vinculação positiva que se condensa no “princípio de maior eficácia” dos direitos constitucionais.

O princípio de maior eficácia dos direitos significa que o poder público, em cada caso e dentro das variáveis legítimas que se encontram, tem de optar pela decisão que favoreça a maior eficácia do direito constitucional em questão, dotando da organização e ressaltando o conteúdo que lhe seja mais favorável ou, no caso de que proceda uma limitação de seu exercício, aplicando a menor restrição possível (cláusula menos gravosa). Não obstante, esse princípio não significa que todos os poderes públicos se achem nem com a mesma classe nem com a mesma densidade de vinculação positiva em relação aos direitos fundamentais.

Neste segmento da relação quem goza de maior margem de manobra é o legislador porque, conquanto é o primeiro destinatário do mandato constitucional de desenvolver os direitos enunciados na norma fundamental, este desenvolvimento conta com um amplo espaço de liberdade em sua configuração desde que respeite seu conteúdo essencial. Já para a Administração e para quem exercem funções administrativas públicas, bem como para os juízes e tribunais, a vinculação positiva aos direitos opera de maneira muito menos aberta já que, como se acaba de assinalar, impõe-se com uma maior densidade normativa.

Isto significa que, no campo das atuações discricionárias administrativas, os poderes públicos veem restringida sua capacida-

---

<sup>7</sup> Em concreto, o fundamento jurídico 4 da citada STC 53/1985 indicava textualmente: “Da significação e finalidades destes direitos dentro da ordem constitucional desprende-se que a garantia de sua vigência não pode se limitar à possibilidade do exercício de pretensões por parte dos indivíduos, senão que tem de ser assumida também pelo Estado. Portanto, da obrigação da sujeição de todos os poderes à Constituição não somente se deduz a obrigação negativa do Estado de não lesionar a esfera individual ou institucional protegida pelos direitos fundamentais, senão também na obrigação positiva de contribuir à efetiva de tais direitos, e dos valores que representam, ainda que não exista uma pretensão subjetiva por parte do cidadão. Isso obriga especialmente ao legislador, quem recebe dos direitos fundamentais “os impulsos e linhas diretivas”, obrigação que adquire especial relevância ali onde ou direito ou valor fundamental ficaria vazio de não se estabelecer os pressupostos para sua defesa.”

de de opção quando se encontram ante a presença de direitos constitucionais, já que não poderão escolher livremente entre as várias e legítimas opções em presença, senão que deverão inclinar por aquelas medidas que mais favoreçam (ou, se for o caso, menos restrinjam) os direitos constitucionais. E com mais estreita vinculação ainda estão obrigados os juízes e tribunais, os quais, precisamente, têm como essência de sua função a defesa dos direitos vulnerados ou ameaçados de vulneração, dotando-lhes em todos seus aspectos da maior eficácia possível. Este conjunto de obrigações positivas por parte dos poderes públicos vem exigido expressamente pela Constituição, mediante seu artigo 9.2:

Corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.

Mas, também ao lado destas exigências gerais, aparecem técnicas concretas de proteção (todo o sistema de reservas de lei, por exemplo, mediante as quais o legislador se situa em grande parte como guardião dos direitos constitucionais) que evidenciam, pode-se dizer assim, a roupagem protetora que a Constituição dispõe para fazer mais efetivos positivamente os direitos.

Como se vê, positivamente os poderes públicos têm obrigações “de fazer” no que diz respeito aos direitos fundamentais, isto é, se é exigido deles determinados comportamentos “ativos” em seu favor, com maior força estão obrigados negativamente por ditos direitos. Essa obrigação negativa, de “não fazer”, reside essencialmente no dever de não interferir no conteúdo do direito fundamental de que se trate assim que dito conteúdo vem predeterminado pelo correspondente mandato constitucional. Segundo pode se ver e como se indicava anteriormente, esta classe de vinculação enlaça com a perspectiva subjetiva do direito; o que quer dizer que se trata de uma obrigação em relação a todos e a cada um dos di-

reitos subjetivos em todas e a cada uma das possibilidades em que podem se manifestar: tanto no âmbito normativo quanto, sobretudo e muito especialmente, nos momentos em que a cada um desses direitos subjetivos é exercido ou colocado em prática pelo correspondente titular. Em síntese, a vinculação negativa o que proíbe aos poderes públicos é que interfiram no direito e diminuam ou debilizem seu conteúdo constitucional.

### **3.2.2 A vinculação entre os particulares ou eficácia horizontal**

Tem-se de partir da base que a Constituição obriga tanto aos poderes públicos quanto aos cidadãos, segundo expressamente enuncia o mencionado artigo 9.1. A extensão deste preceito ao âmbito que agora se comenta é clara: sendo parte da Constituição as normas que reconhecem direitos; é óbvio que essas normas obrigam também aos particulares. No entanto, como se indicava antes, o que sucede é que não obriga do mesmo modo aos particulares que aos poderes públicos como consequência da diferente posição em que ambos se encontram com respeito ao cumprimento do texto constitucional e também em relação ao cumprimento específico dos direitos constitucionais: os poderes públicos têm uma subordinação ativa em favor da Constituição e de seus direitos, e sua obrigação é a de promovê-los; os particulares acham-se submetidos passivamente e sua obrigação é a de não os vulnerar. Este é o sentido que tem a vinculação expressada no artigo 53.1 da Constituição a que antes se aludiu. Por isso, tem razão Prieto Sanchís, quando indica que:

[...] ainda quando se diz de forma categórica que a Constituição espanhola carece de base textual para entender a eficácia dos direitos fundamentais às relações jurídico-privadas, o verdadeiro é justamente o contrário: a Constituição espanhola não oferece nenhuma base textual que recomende excluir dita eficácia com caráter geral. Nem o artigo 53, nem a natureza dos direitos reconhecidos no Título I impedem que sua garantia se

estenda para os particulares; mais sucede o inverso, essa garantia resulta imprescindível caso se queira proteger determinados direitos que geram obrigações dirigidas preferencialmente a sujeitos não estatais.<sup>8</sup>

Não cabem, portanto, as teses de quem defendem que os direitos constitucionais não podem ter efeitos nas relações entre particulares. Segundo essas posturas, em tais relações predomina de maneira absoluta a autonomia da vontade das partes, de maneira que qualquer acordo entre dois particulares deixaria sem aplicação as normas sobre direitos fundamentais: se houve a formalização de um contrato, por exemplo, no que uma das partes renunciasse à titularidade de seu direito à sindicalização, estas teses defendem que o não cumprimento dessa renúncia não estaria coberto pelo direito constitucional à livre sindicalização e, em consequência, teria de gerar responsabilidade para o trabalhador que não cumpriu sua promessa de renúncia. Mas, por sua própria definição, os direitos constitucionais são irrenunciáveis (ainda que se pode renunciar a seu exercício não se pode renunciar à titularidade, e as renúncias de exercício sempre são anuláveis, como depois se verá).

Suposta esta vinculação negativa dos particulares aos direitos fundamentais, o problema vem pronunciar-se sobre se ela se produz de uma maneira imediata desde a Constituição ou precisa de desenvolvimento legislativo para resultar operativa. A resposta só pode vir dada pela natureza do direito em questão: há direitos (como o direito de greve, o próprio de sindicalização antes citado, o direito à honra, o direito ao trabalho e um longo etcétera) que são direitos constitucionais que se desenvolvem, sobretudo, nas relações jurídico-privadas e é óbvio que nestes casos a eficácia entre particulares tem de ser direta e imediata. Em outros casos, por outro lado, quando, como sujeitos obrigados, os destinatários principais ainda que não exclusivos são os poderes públicos, parece claro que a vinculação entre os particulares terá de remeter à

---

<sup>8</sup> Sanchís (1990, p. 210).

regulação que o correspondente regulamento de desenvolvimento efetue: isso é o que sucede, sobretudo, nos supostos em que se aplica o princípio-direito à igualdade contemplado no artigo 14 da Constituição já que este princípio recai com todo seu peso sobre os poderes públicos e adquire seu molde jurídico permanente mediante a ação do legislador.<sup>9</sup>

## 4 A DELIMITAÇÃO E OS LIMITES DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

### 4.1 NOÇÕES GERAIS

A cada um dos elementos em que se decompõe um direito oferece uma problemática específica. Não obstante, os dois elementos que expressam a essência do direito e, portanto, seu mais alto grau de complexidade, são os representados pelo objeto (bem jurídico protegido) e o conteúdo (conjunto de faculdades que se atribuem ao titular). Estes dois elementos atuam conjuntamente e o segundo (conteúdo) supõe a especificação jurídica do primeiro (objeto): assim, no direito à honra o bem jurídico protegido é o bom nome, estima social e autoestima da cada pessoa, enquanto o conteúdo se compõe do conjunto de proibições de fazer a terceiros e da capacidade de reação do titular do direito diante do não cumprimento dessas proibições. Pois bem, o resultado da determinação do conjunto de todos os elementos que constituem um direito é o que se conhece por delimitação do mesmo, operação que não consiste senão em expor a composição de todos e a cada um deles,

---

<sup>9</sup> Não se pode entrar aqui no complexo e essencial problema do princípio da igualdade constitucional, mas sim convém fazer questão do fato de que sua operacionalidade adquire uma relevância específica mediante o controle de constitucionalidade. Dentro da amplíssima bibliografia existente sobre esta questão, a parte da obra já clássica entre nós de Rodríguez Piñero e Fernández López, (1986), pode consultar-se a interessante obra de González Beilfuss (2000), onde se realiza um minucioso estudo das diferentes formas (e os problemas que isso provoca) que têm o Tribunal Constitucional de abordar o problema das diversas rupturas normativas do princípio de igualdade.

isto é, em deixar sentado onde começa e onde acaba esse direito. E o que um direito comece e termine não quer dizer mais que tem uns limites ou, o que é o mesmo, que nenhum direito é absoluto.

Esta terminologia pode induzir a erros pelos parecidos semânticos (delimitação e limites), mas faz referência a aspectos e questões diferentes, ainda que complementares: a delimitação afeta basicamente à determinação do objeto e o conteúdo, enquanto os limites aludem a todos os referentes de origem diverso que marcam as restrições às que o direito se acha submetido. Pese a isso, existem uns limites ou umas fronteiras, denominados limites imanentes, que não constituem restrições do direito senão simples sinais indicativos de onde acaba o direito por sua própria estrutura (cada direito defende o que defende e não outra coisa) sem que isso suponha diminuição alguma do mesmo. Os autênticos limites são os chamados “limites externos” que operam como restrição do direito, porque a norma constitucional ou os poderes públicos têm introduzido legitimamente alguma redução a esse conteúdo estrutural. Em termos muito simplificadores se poderia dizer que um direito delimitado é o que fica “dentro” do espaço fixado pelos limites com que conta (limites imanentes). E um direito “limitado” seria um direito que tem sido recortado em algum de seus âmbitos pela introdução de restrições alheias à sua própria estrutura.

## 4.2 A DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS

Como se assinalou anteriormente, a delimitação de um direito implica a concretização ou determinação da cada um de seus elementos componentes: titular, objeto, conteúdo e sujeito passivo ou obrigado. Se deixarmos por um lado os problemas de determinação do titular e do sujeito passivo, do que se falará mais adiante, os elementos básicos na delimitação do direito vêm pela especificação, tanto de seu objeto quanto de seu conteúdo em uma relação interdependente. Em tal sentido, para dar vida ao bem jurídico de que se trate (objeto) o direito proporciona ao titular uma série po-

deres, possibilidades de ação, garantias e meios (conteúdo). Este conjunto de poderes jurídicos que o conteúdo compreende tem de vir determinado pela Constituição e, como tal, não devesse poder ser restrito pela intervenção de nenhum poder público (legislativo, executivo ou judicial).

No entanto, esta afirmação esconde uma série de problemas que é necessário enunciar. O primeiro deles vem pelo fato de que em muitas ocasiões não existe uma clara determinação constitucional do conteúdo; o segundo surge quando os direitos por seus respectivos objetos podem entrar em colisão; o terceiro, em fim, é consequência de que dentro da diversidade de poderes e faculdades que o direito confere nem todos eles têm a mesma importância para a própria validade do direito ou, dito de outra forma, uns poderes são mais necessários que outros para que o direito mantenha sua validade e sua eficácia.

Estes três problemas requerem soluções diferentes partindo de uma concepção ampla ou de uma concepção estrita sobre o conteúdo constitucional do direito.<sup>10</sup> Para os partidários da concepção estrita, o conteúdo constitucionalmente garantido de um direito unicamente está composto pelos poderes ou faculdades mínimos ou essenciais que permitem a vida do direito, se deduzem todos eles diretamente da Constituição e, em consequência, sempre são inatacáveis e não modificáveis. Para quem defende a concepção ampla (é a postura maioritária) o conteúdo do direito

---

<sup>10</sup> Sobre as consequências de adotar uma concepção estrita ou uma concepção ampla do conteúdo constitucional (conteúdo essencial) dos direitos, as consequências interpretativas tornam-se completamente antagônicas: no caso da interpretação estrita, qualquer direito constitucional, por sê-lo, conta com um conteúdo essencial que opera com toda sua força desde o próprio mandato da Constituição e não cabe entender que existem espaços intermediários entre conteúdo e conteúdo essencial, com o que em nenhum caso a lei pode restringir um direito constitucional (o conteúdo essencial, aqui figuraria como uma regra que se cumpre ou não se cumpre e não como um princípio cujo cumprimento pode adotar gradações diversas); pelo contrário uma concepção ampla (o conteúdo composto por vários círculos de poderes) admite diversificações de restrição segundo as diversas possibilidades a que se faz referência. Sobre este aspecto, é de consulta necessária a obra de Medina Guerrero (1996).

tem diversos círculos de intensidade que podem ser modelados ou restringidos, se for o caso, até chegar ao núcleo básico, que é o formado por aqueles elementos indisponíveis pelos poderes públicos (conteúdo essencial). Portanto, em seu interior coexistem umas facultades que se derivam da Constituição expressa ou tacitamente e outras que podem provir de disposições legislativas; podendo-se em ambos os casos, salvo no suposto do conteúdo essencial, ser restritas de acordo com determinadas circunstâncias e modalidades.

É esta a posição que também se adota aqui. A Constituição, quando regula um direito, o faz em termos suficientemente amplos, para que possa distinguir nessa regulação zonas de intensidade diversa que vão desde a descrição completa do conteúdo do direito (artigo 16.3 CE: “Ninguém poderá ser obrigado a declarar sobre sua ideologia, religião ou crenças”) até seu enunciado mais aberto (artigo 23.2. “Assim mesmo [os cidadãos], têm direito a aceder em condições de igualdade às funções e cargos públicos, com os requisitos que assinalem as leis.”).

Parece, pois, claro que existem direitos com uma configuração constitucional mais elaborada, outros com conteúdos mais abertos (direito à liberdade de cátedra, por exemplo) e outros que requerem a configuração definitiva do legislador para lhes fazer por completo operativos em sua exigibilidade. A consequência desta constatação é ter de estar ao ditado constitucional para compreender em cada caso os elementos do direito que possam ser extraídos de forma direta (e, mesmo assim, com diversos graus de intensidade em sua importância configuradora) da Constituição e aqueles outros que, como complemento, têm de ser derivados da legislação correspondente.

Em consequência, o conteúdo de um direito é dedutível, em ocasiões, unicamente da Constituição e, em outras, das leis de desenvolvimento tanto no aspecto positivo de concretização e determinação dos demais elementos que não se encontram no texto constitucional quanto, em forma negativa, das possíveis restrições que se tivessem podido introduzir. Por isso, o processo de delimitação do direito e fixação de seu conteúdo é um processo plural em que devem se ter em conta uma multiplicidade de fatores

articulados em torno de duas grandes categorias: por um lado, a configuração do conteúdo em suas diferentes fases e, por outro, suas possibilidades de limitação; em outras palavras: a configuração do conteúdo como determinação dos elementos que fazem parte do conteúdo (delimitação) e as restrições que esse conteúdo assim delimitado podem sofrer em determinadas circunstâncias (limites).

### 4.3 OS LIMITES DOS DIREITOS

Os limites imanes são os que, como se dizia, marcam ou assinalam o conteúdo constitucional do direito e, por isso, fazem parte da definição do conteúdo do direito, ainda que seja de uma perspectiva negativa (o direito não vai para além do limite). Não obstante, o legislador pode optar por introduzir no direito alguma restrição sempre que suponha a defesa de algum bem constitucionalmente protegido (limites externos).

A questão que aqui se propõe possui, ao menos, três dimensões: por um lado, se no sistema constitucional espanhol existe uma habilitação geral para que o legislador possa legitimamente impor limites aos direitos; por outro, até onde pode chegar o legislador na imposição desses limites, e, por último, nos supostos em que se ache habilitado para impô-los que regras devem seguir. Poderia parecer, no primeiro aspecto, que o artigo 53 da Constituição antes citado admite essa habilitação geral, já que adverte em seu parágrafo primeiro que a lei (“só por lei”) regulará o exercício dos direitos contidos no capítulo II do Título I que, “em todo caso, deverá respeitar seu conteúdo essencial.” A dedução imediata desta disposição seria a de que, respeitando o conteúdo essencial do direito em questão, a lei se encontra habilitada para estabelecer as restrições que considere mais convenientes de acordo com a política que sobre direitos fundamentais leve a cabo o legislador de turno. No entanto, isso não é assim. Tanto o Tribunal Constitucional quanto a doutrina constitucionalista têm estimado que a introdução de limites externos aos direitos constitucionais deve contar

com um especial ônus de justificativa referido a três aspectos estruturais: em primeiro termo, o legislador não pode introduzir restrições legítimas ao direito constitucional de que se trate se a Constituição não contém uma habilitação de restrição. Em segundo lugar, por expresse mandato constitucional, nenhum limite externo ou restrição pode afetar o conteúdo essencial do direito. Em terceiro lugar, enquanto princípio dedutível implicitamente da Constituição, qualquer restrição do direito, ainda que não afete ao conteúdo essencial, deve respeitar o princípio de proporcionalidade.

No primeiro aspecto, segundo abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional, qualquer restrição aos direitos constitucionalmente consagrados somente pode se efetuar em defesa de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos (SSTC 2/1982, 201/1997, 161/2001), com os quais o legislador não é livre de introduzir causas de limitação que, ainda que não estejam proibidas, não se achem expressamente determinadas na Constituição e consideradas como bens a proteger.

A exigência do respeito ao conteúdo essencial propõe-se como um mandato vinculante para o legislador e, segundo veremos e com matizes, como um limite aos limites. Isso quer dizer que o legislador poderá ser mais ou menos propenso a estabelecer limites aos direitos dentro do marco que a Constituição lhe permite, mas, em qualquer caso, conta com um limite à sua própria capacidade de estabelecer limites: o do conteúdo essencial, intangível e indisponível por qualquer poder público, incluído o próprio legislador, mas nos termos em que atualmente considera dito conteúdo.

Sobre esta questão, o Tribunal Constitucional pronunciou-se cedo na STC 11/1981, definindo-a como

[...] aquela parte do conteúdo de um direito sem a qual este perde sua peculiaridade ou, dito de outro modo, o que faz que seja reconhecível como direito pertencente a um determinado tipo. É também aquela parte do conteúdo que é inevitavelmente necessária para que o direito permita a seu titular a satisfação daqueles interesses para cuja consecução o direito se outorga.

Daí que o conteúdo essencial de um direito se vulnera “quando o direito fica submetido a limitações que o fazem impraticável, o dificultam para além do razoável ou o despojam da necessária proteção.”

Isto é, o conteúdo essencial, com graus variáveis de concretização, pode chegar a enunciar-se como a expressão dos elementos básicos da natureza jurídica e a expressão básica também dos interesses juridicamente protegidos pelo direito constitucional em questão e que, em qualquer caso, tem de se achar integrado na regulação de capítulo II do Título I da Constituição. Dito em termos mais singelos: para o Tribunal Constitucional, especialmente a partir de sua jurisprudência de finais dos anos 1990 até a atualidade, o conteúdo essencial faz referência à totalidade do direito constitucionalmente definido (e, portanto, a sua titularidade, seu objeto, seu conteúdo como série de poderes e com os limites externos que a própria Constituição preveja e/ou permita).<sup>11</sup>

Mas, se isso é assim, se o conteúdo essencial é o conteúdo dedutível da regulação, o problema que surge é o de interpretar o significado do artigo 53, 1, da Norma fundamental, quando assinala que “Só por lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá se regular o exercício de tais direitos (os regulados no capítulo segundo do Título I) e liberdades [...]” A razão desta necessidade de interpretação deriva-se do fato de que, com tal entendimento jurisprudencial, o conteúdo essencial não funciona em sentido estrito, à diferença do caso alemão, como limite dos limites senão como um mandato ao legislador para que, quando legisle sobre um direito, proceda a concretização do modelo abstrato de direito constitucionalmente declarado dentro do modelo que fixa a própria Constituição: é, se querer, não um limite dos limites ao direito em questão senão o limite jus fundamental básico à ação do legislador quando, valha a redundância, pretende introduzir limitações externas aos direitos constitucionais.

---

<sup>11</sup> Sobre este aspecto, tem de ver-se o cap. 6 (*Los límites de los derechos fundamentales*) da obra *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Bastida et al. (2004, p. 120 e sigs.).

Por seu lado, a proporcionalidade, indicava uma das primeiras sentenças do Tribunal Constitucional nesta matéria (STC 55/1996, de 28 de março) “não constitui em nosso ordenamento constitucional um princípio de constitucionalidade autônomo. É, dizendo assim, um princípio que cabe inferir de determinados preceitos constitucionais e, como tal, opera essencialmente como um critério de interpretação que permite discutir as diversas vulnerações de concretas normas constitucionais” –fundamento jurídico núm. 3. Como se pode ver pela data da Sentença (1996) sua entrada é muito tardia e seu âmbito de operação (como mero princípio interpretativo não autônomo) não é muito amplo, dado que ainda se utiliza com frequência o sistema de ponderação entre bens e, quanto ao conteúdo essencial, costumam-se determinar *a priori* seus elementos antes de aplicar o princípio de proporcionalidade.

Não obstante, dada a influência da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos,<sup>12</sup> o preceito de proporcionalidade tem estendido seu âmbito de aplicação e na atualidade propõe um quadro de exigências normativas com o fim de proteger o respeito e a virtualidade jurídica dos direitos constitucionais. Tem de advertir-se, ademais, que este princípio se incorporou ao ordenamento da União Europeia como critério interpretativo dos direitos por ela reconhecidos: segundo o artigo 52.1 da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia,

Qualquer limitação do exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deverá ser estabelecida pela lei e respeitar o conteúdo essencial de ditos direitos e liberdades. Só se poderão introduzir limitações respeitando o princípio de proporcionalidade, quando sejam necessárias e respondam efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades dos demais.

---

<sup>12</sup> Vid. Queralt Jiménez (2008).

Portanto, se como requisito prévio e imprescindível, o legislador tem respeitado o conteúdo essencial do direito ou conteúdo constitucionalmente declarado, a lei de desenvolvimento de um direito deve respeitar o princípio de proporcionalidade entre a restrição introduzida e a manutenção da força e eficácia do direito regulado.

Essa relação entre duas tensões contrapostas (restrição do direito e efetividade expansiva desse mesmo direito) deve conjugar-se conforme três elementos que podem chegar a medir a legitimidade da restrição: um primeiro elemento vem determinado pelo fato de que a medida adotada se conforme como um instrumento adequado para conseguir o fim legítimo pretendido (julgamento de adequação ou de idoneidade); um segundo, porque tal restrição não tenha outra alternativa ou medida menos agressiva para poder obter a finalidade que se pretende (julgamento de indispensabilidade ou de necessidade); e, um terceiro, porque, em qualquer caso, exista uma proporcionalidade em sentido estrito entre a medida restritiva e o fim perseguido, no sentido de que se produza um equilíbrio razoável entre a porção eliminada do direito e o bem que, por outro lado, se consegue (julgamento de proporcionalidade em sentido estrito). Em consequência, presença de outros direitos ou bens constitucionais a proteger, não prejuízo do conteúdo essencial, adequação da medida restritiva ao fim perseguido, indispensabilidade da mesma e proporcionalidade em sentido estrito são os requisitos que necessariamente têm de exigir a qualquer limitação externa e legítima aos direitos constitucionais.

Para finalizar esta referência aos limites, tem de indicar-se que a doutrina menciona, também, um terceiro tipo de limites: os limites implícitos, para referir àquelas limitações que se deduzem não de uma determinada estrutura do direito em questão, senão da necessidade de defesa de bens gerais não expressamente enunciados na Constituição e que parecem exigíveis como consequência de determinações jurídicas extraconstitucionais. É o que sucede com aqueles limites que vêm reconhecidos como consequência da ratificação de determinados tratados ou convênios internacionais ou pertence a determinadas organizações internacionais: assim tem sucedido com os

limites derivados dos conceitos de moralidade e ordem pública ou as exigências próprias de uma sociedade democrática, presentes no Convênio europeu dos direitos humanos, e que, por meio do artigo 10.2 de nossa Constituição, têm servido de preceito para legitimar determinadas restrições aos direitos, não justificadas em bens expressos constitucionais e não justificadas, também, em um adequado entendimento desses mesmos direitos constitucionais.

## **5 A TITULARIDADE E O EXERCÍCIO DOS DIREITOS**

### **5.1 OS DIVERSOS TIPOS DE TITULARES DOS DIREITOS**

Os titulares ou sujeitos ativos dos direitos constitucionais são, em termos gerais, as pessoas. A Constituição utiliza diversas denominações para referir aos titulares dos direitos (“todos”, “os espanhóis”, “todas as pessoas”, “os cidadãos”), inclusive, em ocasiões omite sua referência expressa mediante a fórmula impessoal “se reconhece o direito”, “se garante a liberdade de”. De qualquer forma, não parece que as diversas expressões linguísticas utilizadas pelo texto constitucional determinem ou possam determinar com certeza quem são os sujeitos titulares dos correspondentes direitos. O que parece claro, como primeira questão, é que o titular do direito, como sujeito sobre o que recai o conjunto de faculdades que são inerentes a seu conteúdo, não é único para todos e a cada um dos direitos, senão que, em razão da natureza dos mesmos, pode ter um ou outro tipo de titular.

Por isso, arrancando da anterior afirmação de que, em geral, os sujeitos ou titulares dos direitos são as pessoas, em princípio se pode fazer girar em torno deste conceito de pessoa as diversas variações que podem se produzir: pessoa física contra pessoa jurídica; individual contra coletiva; nacional contra estrangeira; concreta contra abstrata. Inclusive, diante das pessoas coletivas poderíamos destacar os coletivos que não são pessoa jurídica.

Todas estas variáveis podem ocorrer cumulativamente em um direito ou de maneira seletiva somente uma delas. Por exemplo, a liberdade religiosa (artigo 16 CE) é atributo de qualquer pessoa física, jurídica, individual, coletiva, nacional, estrangeira e inclusive de coletivos não personificados juridicamente. Pelo contrário, a cláusula de consciência, enquanto garantia da liberdade de informação (art. 20.1.d CE) só é atribuída aos jornalistas. Depende, pois, da própria natureza do direito ainda que, em ocasiões, o conteúdo do direito varie em virtude de quem seja o titular que o exerce (voltando ao direito à informação: não tem o mesmo conteúdo quando se manifesta por um meio ordinário de comunicação por titulares da informação que em meios informais — panfletos, por exemplo — por pessoas não profissionais da informação, e um mesmo direito tem maior ou menor conteúdo segundo seja seu titular um nacional ou um estrangeiro). Ademais, a titularidade de qualquer direito subjetivo adquire-se desde o mesmo momento em que surge a personalidade jurídica do sujeito ainda que, de uma parte, tenha alguns direitos não fundamentais que se atribuem também ao nascituro (por exemplo, direitos de herança) e, de outra, se produzam determinados supostos nos que ainda existindo a personalidade jurídica não há reconhecimento da titularidade, como sucede com os estrangeiros para determinados direitos. Isso quer dizer que, em geral, a personalidade jurídica implica a titularidade do direito, ainda que não necessariamente seu exercício, já que, além da capacidade jurídica que atribui à personalidade se requer, também, a capacidade de exercício ou capacidade de fazer para poder produzir os efeitos jurídicos que o direito implica.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Os problemas que acarreta a titularidade dos direitos fundamentais são tão profundos como numerosos. Em princípio, a Constituição espanhola fundamenta a titularidade no fato da existência física da pessoa humana à que se atribuem como derivações “inerentes” os direitos fundamentais. É o que vem a indicar o artigo 10. 1º, quando assinala que “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social.” Propõe-se assim uma conexão direta entre “dignidade da pessoa” e a titularidade dos direitos funda-

## 5.2 A TITULARIDADE E O EXERCÍCIO DO DIREITO

Isto leva a diferenciar com clareza os dois elementos que se acabam de indicar: uma coisa é a titularidade do direito e, outra diferente, o exercício do direito. A titularidade faz referência ao sujeito depositário dos poderes jurídicos que o direito confere; o exercício, por outro lado, supõe o funcionamento desses poderes por parte de seu titular. São dois momentos jurídicos diferentes e duas realidades diferentes e diferenciáveis: a titularidade atribui-se por disposição da norma, enquanto o exercício supõe um ato de disposição desse titular. Isso conduz a que a titularidade, proveniente do mandato constitucional, é irrenunciável, enquanto o exercício, ao menos em determinados supostos, é renunciável.

Esta dupla projeção do direito fundamental (titularidade e seu exercício) se contata ao caracteres que tradicionalmente se pregaram dos direitos fundamentais: o ser imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis e carecer de conteúdo patrimonial. Estes caracteres, com todo o ônus de relatividade que pode contribuir o caráter propriamente histórico e jurídico-positivo de todos e a cada um destes

---

mentais: “É indiscutível que, em linha de princípio, os direitos fundamentais e as liberdades públicas são direitos individuais que têm ao indivíduo por sujeito ativo e ao Estado como sujeito passivo, à medida que tendem a reconhecer e proteger âmbitos de liberdades ou prestações que os poderes públicos devem outorgar ou facilitar àqueles [...] No entanto – a plena efetividade dos direitos fundamentais exige reconhecer que a titularidade dos mesmos não corresponde somente aos indivíduos isoladamente considerados, senão também ao que se encontram inseridos em grupos e organizações, cuja finalidade seja especificamente a de defender determinados âmbitos de liberdade ou realizar os interesses e os valores que formam o último substrato do direito fundamental” (STC 64/1988). Mas a partir desta conexão os problemas estendem-se à determinação do momento da aquisição e perda da personalidade e da capacidade jurídica jus fundamental, a entrada em cena das pessoas jurídicas sem componente personalista (as fundações, por exemplo), o papel que ocupam as pessoas jurídicas públicas, e assim um longo etc. Que não só se apresentam como exceções ao princípio senão também, em muitas ocasiões, como uma negação direta do mesmo. Vid. para os problemas do conceito de dignidade: Gutiérrez Gutiérrez (2005).

direitos, podem ser proclamados assim que se unam a sua titularidade (ninguém pode renunciar a ser titular do direito à liberdade, nem à igualdade nem ao direito à vida nos termos constitucionalmente estabelecidos, nem proceder a vender essa titularidade ou a considerar caducada ou prescrita pelo tempo; e, em consequência, os atos realizados nesse sentido seriam nulos de pleno direito). Mas, pode-se negar a exercer as faculdades que esses direitos lhe conferem, assim que nenhum direito tem para o sujeito um conteúdo de exercício obrigatório (naqueles sistemas em que, por exemplo, o exercício do direito de voto é obrigatório se apresenta não como uma faceta do direito senão, justamente, como uma restrição a este).

Disso se deduzem duas consequências: a primeira é que a decisão de não exercer um direito fundamental pode ser juridicamente válida, e a segunda é que o não exercício de um direito também é uma forma de exercício (negativo) deste. O primeiro aspecto, não obstante, gera diversos problemas, pois nem toda renúncia ao exercício dos direitos é uma renúncia legítima. A este respeito assinala o artigo 2 do Código Civil que as renúncias a direitos (se entende neste caso tanto à titularidade quanto ao exercício) são válidas “[...] quando não contrariem o interesse ou a ordem pública nem prejudiquem a terceiros.” Por isso terá de se ver em cada direito concreto quais são as faculdades que podem deixar de se exercer: é óbvio que se pode renunciar a interpor uma ação judicial em defesa do próprio direito, ou a tolerar a invasão que um terceiro realize em um direito determinado (consentimento ante o direito à inviolabilidade do domicílio ou à intimidação pessoal); mas, por outro lado, por razões de ordem público-constitucional, não é válido o consentimento para sofrer lesões ou receber torturas ou tratos desumanos e degradantes, como também não seria válido o consentimento para sofrer privação de liberdade pessoal ou de qualquer dos direitos de participação reconhecidos constitucionalmente. E, em último extremo, há que deixar claro que ainda nos supostos em que cabe a renúncia ao exercício de um determinado direito, essa renúncia é sempre revogável por decisão direta do sujeito; ou, o que é o mesmo, o titular pode em qual-

quer momento recuperar a totalidade do direito a cujo exercício renunciou, sem prejuízo da obrigação de consertar os danos que possa ter produzido pelo fato de ter revogado a decisão de renúncia.

### 5.3 A PERSONALIDADE JURÍDICA E A CAPACIDADE DE FAZER: A MINORIA DE IDADE NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como se apontava um pouco antes, unidos diretamente à diferença entre titularidade e exercício do direito se encontram os conceitos de personalidade jurídica e capacidade de fazer, pois, como sabido, não basta ser titular de um direito para que o sujeito possa o fazer efetivo. Por isso tradicionalmente no direito civil se vem distinguindo entre capacidade jurídica, como a aptidão para ser titular das relações jurídicas que afetem à pessoa (e neste sentido capacidade jurídica e personalidade jurídica são o mesmo), e capacidade de fazer, como a aptidão dessa mesma pessoa ou titular para fazer efetivas em sua projeção dinâmica essas mesmas relações jurídicas. E, nesta distinção, salvo exceções que não são agora do caso, dentro do âmbito do direito privado a capacidade de fazer das pessoas físicas não se adquire até ter chegado à maioridade.

Não é isto o que sucede em relação aos direitos constitucionais. Salvo em matéria do direito ao sufrágio ativo ou passivo ou em alguns outros em que a capacidade de fazer coincide com a maioridade de dezoito anos (por exemplo, registro do direito de associação), no restante dos direitos fundamentais não existe norma geral que indique a que idade se adquire a plena capacidade de fazer. Por isso, partindo da base que a personalidade se adquire desde o momento do nascimento, o problema será o de determinar a partir de que momento da vida (e à margem de situações de diminuição da capacidade de fazer superveniente por desvantagens ou por sanções penais) as pessoas físicas podem exercer os direitos de que são titulares.

Pois bem, neste ponto parece razoável, sem sentar um princípio absoluto, recolher o critério que se contém no artigo 162 do Código Civil, no relativo aos direitos da personalidade: indica-

-se que os menores poderão atuar por si mesmos de acordo com as leis e com suas condições de maturidade. Como é lógico, não é uma regra que produza uma grande segurança jurídica, mas vem a estabelecer de maneira bem clara que, dada a estreita conexão entre direitos constitucionais e dignidade da pessoa humana (artigo 10.1 CE), a capacidade de fazer virá determinada pela individual capacidade de autodeterminação pessoal, salvo disposição legislativa em contrário. Isso implica, a sua vez, a presunção de legitimidade de validade dos atos realizados por menores em uso das faculdades conferidas pelos direitos constitucionais que, ademais, propõe-se como uma manifestação adicional do já estudado princípio de maior eficácia dos mesmos. Um princípio similar terá de adotar-se para os incapazes, ali onde possuam condições suficientes para poder manifestar autonomamente sua vontade.

Em qualquer caso, suposta a incapacidade por minoria ou por outra causa, funciona a instituição da representação legal ao igual que no resto das relações jurídicas.

#### 5.4 A TITULARIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS

Resulta até verdadeiro ponto notável que o Tribunal Constitucional espanhol reconheceu anteriormente direitos constitucionais a coletivos não dotados de personalidade jurídica que às próprias pessoas jurídicas.<sup>14</sup> Assim sucedeu com a STC 214/1991, em que se reconheceu o direito à honra do povo judeu para entender que um de seus membros tinha visto vulnerado o mencionado direito assim que pertencente a esse coletivo. Mas também nessa resolução se indicava que não se podia excluir desse direito as pessoas jurídicas de base personalista. Por isso, na posterior STC 139/1995, reconheceu-se diretamente esse mesmo direito à honra

---

<sup>14</sup> Sobre a problemática dos coletivos não dotados de personalidade e sua relação com a titularidade dos direitos, é interessante o debate que se contém na obra (precisamente, coletiva) de Ansuátegui Roig (2001).

de uma determinada empresa mercantil por entender que determinadas informações tinham invadido de forma ilegítima o âmbito de honra que, como tal pessoa jurídica, lhe era próprio. A partir disso parece bastante claro que as pessoas jurídicas (no ordenamento constitucional alemão se reconhece de maneira expressa) são titulares de determinados direitos fundamentais. Os limites dessa titularidade virão determinados pela natureza específica do direito em sua conexão com o princípio de dignidade da pessoa e por sua adequação aos elementos específicos de cada uma das pessoas jurídicas de que se trate (caso se trata de pessoas jurídicas de substrato econômico, personalista ou fundacional). O que isso quer dizer é que também os direitos constitucionais se estendem em sua titularidade para além da pessoa física, abarcando em âmbitos diversos tanto aos coletivos sem personalidade quanto às pessoas jurídicas em quaisquer das formas em que o direito as contempla.

## 5.5 O REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DOS ESTRANGEIROS<sup>15</sup>

O artigo 13.1 da Constituição indica que “os estrangeiros gozarão em Espanha das liberdades públicas que garante o presente título nos termos que estabeleçam os tratados e a lei.” Poderia deduzir desta declaração que com este preceito se produzia uma desconstitucionalização dos direitos dos estrangeiros se deixando sua regulação (e, portanto, sua determinação e conteúdo) ao que dispusessem os tratados validamente celebrados por Espanha ou ao que, em último extremo, dispusessem as leis internas.

No entanto esta interpretação é inadequada por várias razões, já que nesse artigo se admite de maneira expressa que os estrangeiros gozarão em Espanha das liberdades públicas garantidas no

---

<sup>15</sup> A bibliografia geral é bastante ampla. Podem consultar-se, *Reflexiones sobre la nueva Ley de extranjería*, *Cuadernos de Derecho Judicial* (2001); López-Muñiz Goñi (2006); Moya Escudero (2001); Santolaya Machetti (2000).

Título I (com a exceção, assinala o parágrafo 2º, do direito de participação política contemplado no artigo 23 da Constituição), com o que não ficam excluídos do regime constitucional dos direitos. Mas, por outro lado, cabem interpretações muito diversas porque a literalidade do texto e sua própria localização sistemática assim o permitem.

O Tribunal Constitucional, em seus SSTC 107/1984 e STC 115/1987, deixou determinados como princípios de interpretação geral, não modificados em sua essência pelas mais recentes SSTC 236, 259, 260 e 262/2007: em primeiro lugar, a referência às liberdades públicas tem de entender-se compreensiva de todos os direitos fundamentais, e, em segundo lugar, tem de se entender que, aos efeitos de sua titularidade, existem três tipos de direitos:

[...] existem direitos que correspondem por igual a espanhóis e estrangeiros e cuja regulação tem de ser igual para ambos — fariam parte deste grupo todos os diretamente vinculados à dignidade da pessoa —; existem direitos que não pertencem em modo algum aos estrangeiros (os reconhecidos no artigo 23 da Constituição, com a condição que contém o 13.2 CE); existem outros que pertencerão ou não aos estrangeiros segundo disponham os tratados e as leis, sendo então admissível a diferença de trato com os espanhóis quanto a seu exercício.

O problema, não obstante, reside em determinar em que grupo se encontra cada um dos direitos fundamentais reconhecidos em nosso texto constitucional. Para proceder esta sinalização ou diferenciação é preciso considerar a regulação infraconstitucional atualmente vigente e que está representada pela Lei orgânica 4/2000, modificada pela Lei orgânica 8/2000, sobre direitos e liberdades dos estrangeiros na Espanha e sua integração social. O conteúdo desta regulação e da doutrina fixada pelo Tribunal Constitucional poderia determinar os seguintes grupos de direitos:

- a) Direitos comuns a espanhóis e estrangeiros, com independência de sua situação legal: direito à vida e à integridade física e moral (artigo 15 CE), liberdade ideo-

lógica e religiosa (artigo 16 CE); liberdade e segurança pessoal (artigo 17 CE); direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, inviolabilidade do domicílio e segredo das comunicações (artigo 18 CE); liberdade de expressão e informação (artigo 2 CE); tutela judicial efetiva (artigo 24 CE); direito à educação (artigo 27 CE).

- b) Direitos comuns a espanhóis e estrangeiros com residência legal: liberdade de residência e circulação (artigo 19 CE); direito de greve e liberdade sindical (artigo 28 CE); direito de reunião e associação (artigo 22 CE e arts. 7 e 8 LO 8/2000). Não obstante, a STC 236/2007 tem declarado que os estrangeiros, independentemente de sua condição ou não de residentes, são titulares dos direitos de reunião, associação, sindicalização e greve, sem prejuízo de que o legislador possa introduzir restrições em seu exercício.
- c) Direitos comuns a espanhóis e estrangeiros nas condições que determinem os tratados e a lei interna: para os estrangeiros, o direito a entrar na Espanha, o direito ao trabalho e as liberdades de empresa e de eleição de profissão e ofício dependerá em seus respectivos conteúdos e existência do que disponham os tratados internacionais subscritos ou a lei interna.
- d) Direitos exclusivos dos espanhóis: os direitos de participação política contidos no artigo 23, de acordo com o disposto no artigo 13, ambos da Constituição. Por último, cabe indicar que ainda que a Lei orgânica 8/2000 assinala que, como critério interpretativo, os estrangeiros gozarão dos direitos constitucionais nas mesmas condições que os espanhóis, e que regula as liberdades e direitos que se acabam de mencionar e classificar, acrescentando ademais o direito à assistência sanitária, à educação primária e à assistência jurídica gratuita, o exercício da maioria destes direitos

se subordina a que sua situação responda à condição jurídica de residente. Também regula, como é lógico, todas as situações em que pode se encontrar a pessoa estrangeira em sua condição de tal: entrada e saída do território nacional, estância, residência temporária, residência permanente, permissão de trabalho e infrações e sanções por contravenções das diversas exigências que a lei contém nesta matéria.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: CEC, 1993.
- ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1984.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J (Ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madri: Dykinson, 2001.
- BASTIDA, F.J et al. *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madri: Tecnos, 2004.
- COMANDUCCI, P. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Rev. Isonomía*, México, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.
- CRUZ VILLALÓN, P. Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 25, p. 35-62, 1989.
- FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2001.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madri: CEC, 2000.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madri: Marcial Pons, 2005.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. México, 1986.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel. *La nueva Ley de extranjería*. 4. ed. Madri: Colex, 2006.

MEDINA GUERRERO, M. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madri: Mc-Graw-Hill, 1996.

MOYA ESCUDERO, Mercedes (Coord.). *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*. Granada: Comares, 2001.

QUERALT JIMÉNEZ. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madri: CEC, 2008.

REFLEXIONES sobre la nueva Ley de extranjería. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madri: Conselho Geral do Poder Judicial, n. 8, 2001.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. *Igualdad y discriminación*. Madri: Tecnos, 1986.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coord.). *Comentarios a la nueva Ley de extranjería*, Valladolid: Lex Nova, 2000.

# PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: PENSAMENTO CRÍTICO E LÓGICO-JURÍDICO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DO BRASIL

Narciso Leandro Xavier Baez\*  
Vinicius Almada Mozetic\*\*

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

As considerações aqui descritas têm por objetivo analisar os primeiros artigos da Constituição Brasileira de 1988, que dedicou um Título inteiro aos princípios fundamentais, com alguns conjuntos de normas, principalmente naquilo que se refere ao tratamento diferenciado proposto pelo constituinte.

Nesses termos, primeiramente se abordará, ainda que de forma rápida, os artigos iniciais que irradiam todos os valores da democracia sobre os elementos constitutivos do Estado e também sobre a ordem jurídica, pois o Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito.

---

\* Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; estágio com bolsa PDEE Capes, no Center for Civil and Human Rights da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

\*\* Advogado; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Mestre em Direito – Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Especialista em Direito Constitucional (FIE); Especialista em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Especialista em Gestão Ambiental pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Especialista pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina; Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenador do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; [vinicius.mozetic@unoesc.edu.br](mailto:vinicius.mozetic@unoesc.edu.br)

Posteriormente, os princípios constitucionais fundamentais são aqueles que guardam os valores mais importantes da ordem jurídica, pois o Texto Constitucional deve ser interpretado de acordo com tais objetivos, fundamentos e formas de convívio do Estado, estabelecidos de acordo com estes princípios; e da sociedade brasileira.

Este é, pois, o texto que agora se apresenta.

## **2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO BRASILEIRO**

Nota-se, nos dias atuais, uma discussão cada vez maior sobre a estrutura do Estado brasileiro, dos seus princípios fundamentais e da conquista social por uma melhor qualidade de vida, para as gerações atuais e, sobretudo, para as gerações futuras.

A Constituição, considerada a lei fundamental de uma Nação, aplicada ao Estado, o termo, em sua acepção geral, pode designar a sua organização fundamental total (social, política, jurídica e econômica) e atribui grande parte dessa postura a um estudo aprofundado do constitucionalismo moderno; portanto, a proposta de abordar tais fundamentos e seus princípios como real garantia dos direitos humanos fundamentais se faz necessária.

Assim, um constitucionalismo que inicia motivado por ideias sistematizadas das regras jurídicas relativas à forma do Estado, à forma de Governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação, constitui-se claramente na base da democracia brasileira.

A Constituição Federal de 1988 inicia o seu art. 1º descrevendo que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa  
V - o pluralismo político  
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que  
o exerce por meio de representantes eleitos ou dire-  
tamente, nos termos desta Constituição.

O art. 1º da Constituição Federal traz importantes definições que estabelecem os traços e princípios fundamentais formadores do Estado brasileiro,<sup>1</sup> como a forma de governo, a forma de Estado, os Entes que integram a federação, o regime de governo e quais serão as matérias dentro da Constituição consideradas essenciais à existência da República. Esses parâmetros materializam opções políticas, jurídicas, sociais e ideológicas do constituinte brasileiro que devem ser observadas para a interpretação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais integrantes do ordenamento jurídico nacional.<sup>2</sup>

O primeiro aspecto que se destaca no *caput* do artigo é que o legislador constituinte originário adotou expressamente a forma de governo republicana. A expressão tem origem latina, *res pública*, ou seja, coisa do povo. Isso significa que no Brasil os governantes terão mandatos eletivos periódicos e por tempo certo e determinado e que o poder será exercido pelo povo, diretamente ou mediante representantes eleitos, sendo inadmissível o exercício do poder em nome próprio.<sup>3</sup> Além disso, todos os governantes e governados são submetidos aos ditames da ordem jurídica vigente, não podendo praticar atos a ela contrários.

O artigo também define que o Brasil adota a forma de Estado complexa ou composta, ou seja, que descentraliza o poder em seu território, em vários níveis, utilizando a federação para perpetrar esse intento. Por tais motivos é que se têm no território pátrio três níveis de governo: um federal, outro estadual/distrital e, ainda, um municipal, cada qual com autonomia e competências próprias.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Leal (2000, p. 165).

<sup>2</sup> Barroso (2005, p. 273).

<sup>3</sup> Bastos e Martins (1988, p. 414).

<sup>4</sup> Ferreira Filho (1990, p. 17-18).

Nesse sentido, ressalta-se que os Estados federados possuem três características básicas. A primeira delas é a descentralização política, caracterizada pela existência de Entes Estaduais, que se autogovernam e possuem independência para se autoadministrar e legislar dentro das competências estabelecidas pela Constituição Federal. Além disso, eles têm o poder de autoconstituição, o que significa dizer que promulgam Constituições Estaduais disciplinadoras de toda a sua estrutura político-jurídica, dentro dos limites estabelecidos na Constituição Federal. Por fim, outra característica essencial nas federações é a possibilidade de os Entes Federados participarem na formação da vontade política nacional. Isso ocorre pela eleição de representantes estaduais que formam o Senado Federal e que têm por missão constitucional representar os interesses dos Estados, votando todos os atos legislativos que irão vigorar no país.

No caso da República Federativa do Brasil, formada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, vê-se que atende a esses três requisitos característicos dos Estados compostos, pois os Estados e o Distrito Federal têm o seu próprio Governo e Constituição e possuem senadores que manifestam seus interesses para a formação da vontade nacional. Contudo, possuem duas peculiaridades que não são encontradas em qualquer outra federação do mundo. Primeiro, a federação brasileira é singular, pois inclui municípios como os Entes Federados. Essa opção política cria dificuldades técnicas porque, embora eles sejam partes expressamente formadoras da federação brasileira, não possuem participação na formação da vontade nacional, haja vista que estão desprovidos de representantes (senadores) que possam manifestar seus interesses com o Governo Federal. Logo, eles são Entes Federados incompletos e estranhos à forma federada de Estado. Outra peculiaridade está na origem da federação brasileira, posto que nosso Estado era inicialmente unitário, com um único centro de poder, na época da monarquia, que se descentralizou, com o advento da Proclamação da República, dividindo o território nacional para formar uma federação. A singularidade dessa situação está no fato de que uma federação normalmente é criada a partir da junção de vários Esta-

dos soberanos que abrem mão de sua soberania para formarem um novo Estado, de forma federada.

O artigo primeiro define ainda o regime de governo adotado no Brasil, frisando que será o democrático de direito. Isso quer dizer que dentro do território nacional o poder emana do povo, o qual exerce esse múnus diretamente ou mediante representantes eleitos, fato reforçado pelo parágrafo único. Quanto à expressão “de direito” significa que nossa democracia se fulcra na lei, a qual deve expressar a vontade nacional e estar acima de todos. Desse modo, amoldam-se dois pilares: a submissão do Estado à lei, por isso chamado Estado de direito, ao mesmo tempo que deve atender às exigências democráticas de respeito e garantia da liberdade e segurança das pessoas.<sup>5</sup>

Outro aspecto importante encontrado no art. 1º da Constituição está no rol dos fundamentos que embasam a República Federativa do Brasil. A relevância desse conjunto de princípios está no fato de que eles funcionam como a base material e formal<sup>6</sup> de todo o ordenamento jurídico brasileiro e do restante dos artigos da Constituição. Eles formam a fonte primária da legislação pátria.<sup>7</sup> Além disso, como estes princípios são os *fundamentos* da República brasileira, funcionam também como indicativos de quais artigos da Constituição podem ser ou não considerados como essenciais à existência do Estado brasileiro. Dentro dessa lógica, todas as matérias tratadas na Lei Fundamental que disciplinem um dos cinco fundamentos previstos no art. 1º serão consideradas *essenciais*, pois estão relacionadas aos fundamentos do Estado brasileiro. Veja-se o exemplo do primeiro fundamento: a soberania. Todos os artigos da Constituição que asseguram e disciplinam a soberania são cláusulas pétreas, pois especificam um dos fundamentos da República brasileira, logo, não poderão ser objeto de emenda constitucional. Outro exemplo está nos artigos que regulamentam a cidadania, ou seja, os direitos de votar e

---

<sup>5</sup> Bastos e Martins (1988, p. 421).

<sup>6</sup> Rocha (1994, p. 24).

<sup>7</sup> Bonavides (1997, p. 287).

ser votado. Igualmente não poderão ser restringidos ou suprimidos, por disciplinarem outro fundamento de nosso Estado.

O entendimento do alcance dos princípios que formam os fundamentos da República Federativa do Brasil permite ao intérprete da Constituição brasileira compreender quais os artigos do Texto Constitucional são cláusulas pétreas, por especificarem os incisos do art. 1º, e quais não se encaixam nessa premissa, por não se enquadrarem nas bases de nosso ordenamento.

## 2.1 DA FORÇA DOS PODERES JURIDICAMENTE CONSTITUÍDOS

A soberania pode ser definida como a qualidade atribuída a determinado Ente Estatal, o qual exerce autoridade suprema dentro de um território e sobre uma comunidade determinada que não admite outro poder superior ou concorrente no mesmo espaço geográfico.<sup>8</sup> Nas relações internacionais ela revela a inexistência de qualquer outra autoridade ou entidade que possa subjugar o Ente Soberano nas suas decisões, situação que lhe permite construir livremente o seu ordenamento jurídico interno, desde a Constituição até as leis infraconstitucionais.

A soberania é um poder de fato exercido pelo Estado, uma vez que não depende de nenhuma outra ordem jurídica prévia para existir. O fato de ser relacionada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, não altera essa característica, uma vez que a sua origem não está na Constituição, mas em uma série de circunstâncias históricas<sup>9</sup> que propiciaram ao Ente Político assumir o *status* de autoridade suprema e independente dentro de seu território.

A função da soberania Estatal é a de fundamentar as bases do poder e da autoridade que o exerce, dando-lhes apoio e justificação, além de impor-lhes limites e condições à sua atuação. Para Hobbes<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Argueles (2006, p. 763).

<sup>9</sup> Cretella Júnior (1989, p. 137).

<sup>10</sup> Hobbes (1979).

o Estado soberano é uma construção racional dos seres humanos decorrente de um contrato ajustado com o objetivo de criar uma ficção jurídica com poder suficiente para atuar em nome de todos e assegurar a paz e a estabilidade necessárias para a vida em sociedade.

Com a globalização, todavia, a soberania Estatal desmoronou<sup>11</sup> e várias de suas competências se esvaziaram ou relativizaram, passando a ser condicionadas e reguladas pelas leis do mercado e por forças externas, como as exercidas pelo Banco Mundial, pelo Fundo Monetário Internacional, pela Organização Mundial do Comércio, pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, entre outros.<sup>12</sup> Isso provocou uma crise no direito nacional dos Estados, uma vez que a impotência e a falta de recursos econômicos desses países fizeram com que vários bens jurídicos constitucionalmente assegurados assumissem a forma de mera figura textual, sem força normativa.<sup>13</sup>

Um exemplo disso pode ser encontrado no caso dos direitos ao trabalho, à proteção contra o desemprego e à remuneração satisfatória, que permita uma existência digna, previstos no art. 23 da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU e repetidos em praticamente todas as constituições internas dos países. Dentro da lógica do processo da globalização, estes direitos têm sido considerados óbices ao bom funcionamento do mercado, à produtividade e à competitividade das organizações econômicas, razão pela qual restam descumpridos e violados na maioria dos países, pois, não possuem autonomia e lastro socioeconômico suficiente para a sua completa efetivação.<sup>14</sup>

Além disso, a globalização alcançou um nível tal de imposição que os Estados não possuem mais força para fazer valer sua ordem jurídica interna para as empresas transnacionais. Ao contrário, são essas corporações que estabelecem a quais tipos de legislações

---

<sup>11</sup> Morais (2004, p. 127).

<sup>12</sup> Müller (2003, p. 263).

<sup>13</sup> Flores (2004, p. 96).

<sup>14</sup> Faria (1998, p. 49).

nacionais estão dispostas a se submeter, como forma de contrapartida para os investimentos que farão para sediar suas linhas de produção. Desse modo, vê-se que a globalização, ao suprimir os mecanismos decisórios dos Estados, gera a própria involução de diversos direitos constitucionalmente assegurados, uma vez que esses Entes Públicos não possuem mais condições de protegê-los e concretizá-los.

Nessa nova realidade, muitos direitos passam a existir, portanto, somente no plano formal dos textos jurídicos internos dos Estados, sem possuírem mais força normativa diante dos constantes processos de desconstitucionalização, deslegalização e desregulamentação perpetrada pelos conglomerados econômicos multinacionais.

No que se refere às instâncias judiciais do Estado, que poderiam ser a última salvaguarda de preservação dos direitos assegurados nas Constituições desses territórios, vê-se que sua atuação está também esvaziada e absorvida pelo trabalho cada vez mais volumoso de punição e repressão dos delitos cometidos pelos excluídos do sistema, por causa do desenvolvimento de um direito penal mais abrangente e rigoroso.<sup>15</sup>

## 2.2 DA CONDIÇÃO DE “CIDADÃO BRASILEIRO”

A cidadania significa o direito que cada pessoa possui de poder definir os destinos do Estado em que vive, por meio do gozo de prerrogativas políticas, as quais lhe permitirão votar, escolhendo os seus representantes para o exercício do poder político dentro do Estado, ou ser votado, exercendo diretamente, em nome de seus eleitores, os cargos políticos da nação.

Ela configura a habilitação do indivíduo para o gozo e o exercício de direitos políticos, desde que cumpridos os requisitos legais.<sup>16</sup> No Brasil a cidadania é adquirida a partir do alistamento

---

<sup>15</sup> Faria (1998, p. 262-263).

<sup>16</sup> Cretella Júnior (1989, p. 138).

eleitoral e é mantida à medida que se cumpram as obrigações de voto durante as eleições.

Ao colocar a cidadania como um dos fundamentos do Estado brasileiro, o legislador constituinte culminou por enfatizar a importância da participação popular na formação das decisões políticas.

## 2.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Explicar o significado da dignidade da pessoa humana é tarefa bastante complexa, uma vez que embora a sua compreensão seja relativamente fácil, é uma expressão carregada de sentimentos.<sup>17</sup> Essa afirmação é sentida quando se começa a jornada em busca da definição dessa categoria, uma vez que não há consenso<sup>18</sup> acerca do significado e da extensão do seu conteúdo. Além disso, encontram-se diferentes respostas para a sua conceituação nas esferas religiosa, filosófica e científica.<sup>19</sup>

Outro elemento complicador está na confusão que frequentemente se faz entre dignidade da pessoa humana e dignidade humana, haja vista que essas duas expressões, embora tenham significados distintos, constantemente são tratadas como sinônimos. Por tais motivos, estabelece-se, desde já, a diferença entre elas, a fim de evitarem-se dissonâncias no alcance que se pretende emprestar a essas categorias nesse trabalho. Desse modo, compreende-se por dignidade da pessoa humana o atributo de uma pessoa, individualmente considerada, enquanto a dignidade humana representa abstratamente um atributo reconhecido à humanidade como um todo.

---

<sup>17</sup> Carvalho (2006, p. 21-22).

<sup>18</sup> Sarlet (2001, p. 38).

<sup>19</sup> Comparato (2001, p. 1).

Sarlet<sup>20</sup> afirma que a maior parte dos doutrinadores contemporâneos tem buscado identificar as bases da fundamentação e até mesmo a conceituação da dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant.<sup>21</sup> Isso é compreendido quando se analisam as ideias desenvolvidas por Kant em sua obra: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, na qual, ele defende que o ser humano, por ser possuidor de razão, mantém autonomia de vontade, ou seja, possui a faculdade de autodeterminação e consciência para agir de acordo com a representação de certas leis que ele próprio faz. Por isso, afirma que o homem é um fim em si mesmo, pois não se constitui em meio para o uso arbitrário de vontades alheias, como é o caso dos seres irracionais, que têm valor relativo e, por isso, recebem o atributo de coisa. Desse modo, sustenta que a pessoa humana possui uma qualidade peculiar e insubstituível: a dignidade. Reforça essa argumentação lembrando que, se uma coisa possui preço, pode ser substituída por qualquer outra equivalente, ao passo que, quando algo não tem preço, por não admitir substituição, então é provido de dignidade. É por esse motivo que a dignidade está acima de qualquer preço e é atributo exclusivo da pessoa humana.<sup>22</sup>

A base teórica de Kant merece referência por evidenciar que a dignidade da pessoa humana impossibilita a coisificação e a instrumentalização dos seres humanos, já que eles são considerados fins e não meios. Disso se extrai que a dignidade é uma qualidade congênita, irrenunciável e inalienável, inerente a todos os seres humanos e que os qualifica como tal. Assim, ela não pode ser concedida ou retirada das pessoas, porquanto constitui valor inerente à própria qualidade humana. Ela decorre da razão, fato que permite ao indivíduo ter consciência da sua dimensão como ser livre, autônomo e qualificado por sua autodeterminação.<sup>23</sup> É por isso que a escravidão caracteriza uma violação da dignidade da pessoa

---

<sup>20</sup> Sarlet (2001, p. 38).

<sup>21</sup> Sarlet (2001, p. 34).

<sup>22</sup> Kant (1980, p. 134-141).

<sup>23</sup> Miranda (1998, p. 49-59).

humana, pois materializa o rebaixamento do homem à objeto, a mero instrumento, a coisa desconsiderada como sujeito de direitos. Assim, quando ocorrem situações em que não há respeito à auto-determinação de um ser humano, estar-se-á diante de uma situação de violação de sua dignidade.

Esses argumentos preliminares permitem a constatação de que a dignidade da pessoa humana não decorre do ordenamento jurídico, ou seja, não existe somente onde é reconhecida pelo direito,<sup>24</sup> já que é anterior a ele e constitui um bem inato que não pode ser concedido ou retirado das pessoas. Ela é, ao contrário, ontológica,<sup>25</sup> ou seja, tem origem na natureza comum que é inerente a todos e a cada um dos seres humanos. Por tais motivos, está acima das especificidades culturais, ainda que alguns valores afetos a ela não façam parte de certas culturas de nosso planeta. A prova disso está no fato de que, mesmo dentro das culturas nas quais os valores relacionados à dignidade da pessoa humana não são respeitados, há vozes das minorias oprimidas, que buscam nestes valores inerentes aos seres humanos a guarida para uma sobrevivência digna. Basta lembrar a luta das mulheres muçulmanas e dos homossexuais,<sup>26</sup> entre outros excluídos sociais, que têm buscado proteção e salvaguarda nos valores relacionados à dignidade da pessoa humana para se oporem a Estados, a governos, e até mesmo a religiões e a culturas em que estão inseridos. Para tanto, atribuem aos direitos relacionados à dignidade humana uma validade objetiva que independe de reconhecimento pelo regime político, social, religioso ou cultural em que se encontram.

Salienta-se que, para aceitar o argumento de que a dignidade da pessoa humana, em sua essência, deva se adaptar às peculiaridades das diversas culturas existentes, segundo critérios que variam conforme o local e a época, ter-se-ia que encontrar sociedades nas quais não haja, em seu interior, vozes dissonantes e contrárias ao

---

<sup>24</sup> Martinez (1996, p. 21).

<sup>25</sup> Sarlet (2007, p. 215).

<sup>26</sup> Donnelly (2003, p. 211-229).

sistema ali vigente. Todavia, esse tipo de sociedade não existe e, por conseguinte, a negativa do reconhecimento do direito à dignidade às minorias implica o não reconhecimento do próprio atributo da capacidade racional de autodeterminação do ser humano e da sua característica natural de ser livre. Por isso é que se pode concluir que a dignidade da pessoa humana, em seu núcleo básico, resiste às diversidades culturais, colocando-se como valor universal.

Registra-se, ainda, que a dignidade da pessoa humana, embora seja um instituto bastante destacado a partir da modernidade, encontra registros de gestação e desenvolvimento em período histórico muito anterior, desde os séculos VIII e II a.C., época em que, segundo Comparato,<sup>27</sup> exprimiram-se os grandes princípios e se edificaram as bases fundamentais de vida, até hoje celebradas, pois “[...] coexistiram alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsê e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel.” Desse modo, verifica-se que o conteúdo valorativo que forma a categoria da dignidade da pessoa humana vem se ampliando, gradativamente, por influências históricas e culturais, passando a assumir novas dimensões. Isso acarretou o desenvolvimento de uma dupla acepção para esta categoria:

- a) ela representa um limite à atividade dos Poderes Públicos, a qual se nomeia, neste trabalho, dimensão básica em que estão inclusos os valores mínimos e fundamentais para a existência humana e que são representados pela autonomia e autodeterminação que se reconhece a cada pessoa, razão pela qual estão acima das especificidades culturais;
- b) também significa uma tarefa, uma prestação positiva, a qual se confere o nome, nesta pesquisa, de dimensão cultural na qual estão inseridos os valores que historicamente foram e estão sendo construídos no sentido de impor ao Estado e à sociedade o dever de preservarem a dignidade

---

<sup>27</sup> Comparato (2001, p. 8-16).

de cada pessoa em sua dimensão básica e, ao mesmo tempo, efetivarem prestações positivas no sentido de propiciar condições que facilitem o completo exercício e fruição da dignidade da pessoa humana, conforme as necessidades e possibilidades de cada momento histórico. Nessa segunda dimensão, ela engloba valores mutáveis no tempo e no espaço, conforme as exigências culturais de cada sociedade.

Assim, vê-se que a dignidade da pessoa humana tem como núcleo (dimensão básica) o direito que cada indivíduo possui de se autodeterminar, conforme a sua razão, no que diz respeito às decisões essenciais relativas à sua própria existência.<sup>28</sup> Esse é um atributo inerente a todos os seres humanos, mesmo para aqueles que não são capazes de se autogerirem (como os indivíduos acometidos de demência, crianças de tenra idade, entre outros), visto que, nesse caso, terão o direito de ser tratados com dignidade.<sup>29</sup> Por outro lado, a dignidade também pode ser entendida em outra dimensão (cultural), fruto da história e da diversidade cultural, à qual vão se agregando valores morais que variam no tempo e no espaço e que representam a especificação daquilo que se considera uma vida digna dentro de cada cultura. Isso ocorre, contudo, com respeito aos elementos básicos da dignidade, ou seja, detalham-se novas formas que complementam e, ao mesmo tempo, respeitam a capacidade que cada pessoa tem de se autodeterminar, de acordo com as suas convicções.

Diante desses dados, pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente e distintiva de cada indivíduo que exige do meio em que ele vive (Estado e sociedade) o respeito pela sua vida, integridade física e moral, liberdade, autonomia e igualdade,<sup>30</sup> de forma que não venha a se tornar mero objeto do arbítrio e de injustiças alheias.

---

<sup>28</sup> Sarlet (2001, p. 49).

<sup>29</sup> Dworkin (2003, p. 309-310).

<sup>30</sup> Sarlet (2005, p. 37).

Registre-se, contudo, que, embora essa categoria seja um valor comum a todos os indivíduos, a avaliação sobre as condutas que podem ou não ser consideradas ofensivas a ela é bastante difícil, em razão das especificidades culturais que formam a sua dimensão cultural. Desse modo, para garantir uma efetividade intercultural do princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se trabalhar com conteúdos e significados que possam ser entendidos interculturalmente<sup>31</sup>, renunciando-se a qualquer concepção que seja específica ou pretenda ser absoluta. Isso quer dizer que os valores nucleares dessa categoria (dimensão básica) devem ser preservados em todos os tipos de sociedades, mas as condições de aplicação deles poderão ser ajustadas de acordo com as peculiaridades culturais.

Para ilustrar essa sistemática usa-se, para análise, o valor autonomia na liberdade de locomoção, uma vez que é reconhecido em praticamente todas as culturas como um bem maior dos seres humanos, sendo consenso que qualquer ato atentatório a ele constitui afronta à dignidade da pessoa humana. A liberdade de locomoção, um dos corolários do livre-arbítrio de cada indivíduo, admite, entretanto, nas diversas culturas do planeta, restrição imediata sempre que ela seja usada para atingir a vida ou a integridade física de outros membros da sociedade. Assim, se uma pessoa, em razão de um estado de embriaguez, por exemplo, inicia atos que colocam em risco a integridade física dos demais integrantes do grupo em que vive, pode ter sua autonomia de locomoção temporariamente suspensa, por imposição deste próprio grupo, até que esteja em condições de retornar à convivência coletiva. A especificação de como essa suspensão temporária da autonomia de locomoção do indivíduo embriagado será efetuada, sem macular a sua dignidade, dependerá, no entanto, dos elementos culturais que compõem a moral coletiva em que está inserido, uma vez que se atuará na dimensão cultural da dignidade.

---

<sup>31</sup> Höffe (2005, p. 77-78).

Assim, a resposta axiológica do Ocidente para o caso citado será concretizada pela condução da pessoa embriagada até uma delegacia de polícia, e lá, respeitando-se a sua dignidade, mantê-la detida por algum tempo até que se cumpram as formalidades legais para a sua posterior liberação. Todavia, ao se dispor a mesma situação para ser resolvida à luz da cultura indígena kaingang, uma comunidade de silvícolas que vive em reservas do Governo federal na região Sul do Brasil, as tradições dessa etnia vão determinar que o índio ébrio seja amarrado em uma árvore até que os efeitos do álcool estejam expurgados. Logo que ele recupere a consciência de seus atos e, mediante o seu compromisso de se abster de agredir os demais integrantes da tribo, a comunidade promove a sua soltura e ele passa a ter novamente a sua liberdade de autodeterminação.<sup>32</sup>

Note-se que a noção de dignidade em sua dimensão básica é a mesma nos dois tipos de sociedades acima descritas, mas as soluções foram distintas, em razão das especificidades culturais. Em ambos os casos preservou-se a dignidade dos demais membros das comunidades, por meio da restrição da autonomia de locomoção do ébrio. Perante cada uma das culturas, a solução é moralmente aceita e a dignidade do indivíduo embriagado, em suas dimensões básica e cultural, restou preservada, uma vez que, dentro de uma ponderação de bens jurídicos, atingiu-se, da menor forma possível, a sua autonomia de locomoção, utilizando-se as formas adequadas à luz dos limites valorativos de cada cultura.

Esse exemplo mostra que a garantia da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana ocorre à medida que se possam estabelecer conteúdos e significados que permitam um entendimento intercultural. Nesse sentido, a tentativa de criação de qualquer concepção que seja específica ou pretenda ser absoluta culmina por se tornar ineficaz, já que não terá força de ir além dos muros da cultura na qual foi concebida. Isso é demonstrado pela análise do mesmo exemplo anteriormente descrito. Se a solução da tribo kaingang

---

<sup>32</sup> Fernandes (2007).

fosse transposta para as sociedades ocidentais, como uma representação de um valor absoluto da dignidade, instaurar-se-ia um choque cultural, em razão dos valores cultivados no Ocidente. Isso culminaria na conclusão, sob a ótica ocidental, de que estaria havendo uma elevada afronta à dignidade da pessoa humana, uma vez que a prática de amarrar pessoas em árvores para que se abstenham de atingir os demais integrantes da sociedade não é aceita à luz do conjunto axiológico historicamente construído dentro desse tipo de sociedade. Todavia, para os índios kaingang e para o silvícola que foi amarrado, não há violação à dignidade da pessoa humana, visto que, na dimensão cultural desta tribo, a dignidade foi preservada, pois essa é a prática moralmente aceita por aquele grupo social.

Essas constatações comprovam a importância da adoção de uma visão intercultural da dignidade da pessoa humana. É que dentro desta ótica não se abre mão da manutenção dos valores básicos para a existência humana, ao contrário, ajusta-se às peculiaridades culturais para garantir o efetivo gozo de uma vida digna e plena, detalhada dentro de uma dimensão cultural.

## 2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFIRMATIVOS NA ORDEM JURÍDICO-CULTURAL BRASILEIRA

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa foram consignados nos fundamentos da República Federativa do Brasil e detalhados no restante do Texto Constitucional, com o objetivo de destacar o equilíbrio que deve existir entre a força laborativa e o capital.<sup>33</sup> Para garantir essa existência harmônica, o constituinte brasileiro detalha os direitos sociais individuais e coletivos dos trabalhadores (arts. 6º e 7º), protegendo-lhes contra os abusos do capital, ao mesmo tempo que estabelece os princípios de regência da atividade econômica (art. 173, § 4º), rechaçando o abuso do poder financeiro.

---

<sup>33</sup> Chimenti (2004, p. 34).

O princípio da livre iniciativa também está especificado no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, pois expressa tanto a liberdade de trabalho quanto a de criação de associações, colaborando para a construção de uma sociedade justa e solidária, à medida que possibilita aos indivíduos a realização pessoal, pelo desenvolvimento de atividades socialmente úteis às quais se dediquem livremente.<sup>34</sup>

Destacar, por fim, que respeitados os limites constitucionais impostos à atividade econômica, vê-se que ela deve ser desenvolvida e explorada sem embaraços ou intervenções por parte do Estado, o qual assume o papel supletivo de amparo e proteção do direito à livre iniciativa.

## 2.5 DIREITO DE OPOSIÇÃO POLÍTICA “PLURALISMO POLÍTICO”

Para a caracterização efetiva de um regime democrático, a Constituição assegura a realização de formas plurais de organização social. O alcance dessa expressão não se limita à pluralidade de partidos políticos,<sup>35</sup> uma vez que a democracia não existe somente por meio desse tipo associativo, mas significa o incentivo ao pluralismo de ideias e opiniões, de sindicatos, de organizações culturais, de associações e de todos os tipos de coletividades que possam se opor e auxiliar no controle do Estado.

O pluralismo político significa, portanto, a possibilidade de convivência pacífica de interesses conflitantes e de diferentes ideologias, servindo de base para os direitos fundamentais à informação, à religião, à crença, entre outros. O papel do Estado dentro dessa diversidade é o de harmonizar<sup>36</sup> os conflitos que eventualmente possam surgir da competição desses diferentes grupos.

<sup>34</sup> Cretella Júnior (1989, p. 141).

<sup>35</sup> Bastos e Martins (1989, p. 426).

<sup>36</sup> Cretella Júnior (1989, p. 142).

### 3 SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

A separação dos poderes é uma forma de limitação do poder estabelecida por meio de um sistema de freios e contrapesos, sob o qual pode vicejar a liberdade individual. A separação de poderes, por ser base da estrutura normal do Estado contemporâneo, fornece um razoável critério para a classificação dos sistemas políticos. Assim, o art. 2º da Constituição Federal especifica o conjunto de órgãos que detém o poder dentro do Estado brasileiro: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, salientando a independência e a harmonia quem deve existir entre eles.

Destaca-se que não é o poder que é dividido pela Lei fundamental, visto que, por sua própria natureza, ele é uno e indivisível.<sup>37</sup> O que são detalhadas pelo constituinte originário são as funções exercidas pelos órgãos estatais, chamados de Poderes. Para a melhor compreensão dessa peculiaridade, lembra-se a relevante distinção elaborada por Cretella Júnior,<sup>38</sup> o qual explica que o vocábulo *poder*, escrito em letras minúsculas, significa uma força que emana de certa fonte. No caso do Brasil, a origem do *poder* está no povo (art. 1º, parágrafo único). Já a palavra *Poder*, iniciada por letra maiúscula, significa o conjunto de órgãos da soberania nacional (Legislativo, Executivo e Judiciário) que exercerá o *poder* representando o povo.

Desse modo, vê-se que o artigo em comento, ao utilizar a expressão *poder*, está se referindo à divisão de funções realizada entre os órgãos Estatais e não do *poder* propriamente dito.

Feito esse esclarecimento, vê-se que o Texto Constitucional atribui à União a detenção dos três Poderes, ao mesmo tempo que garante a atuação independente de cada um deles na consecução de suas funções institucionais. Dentro dessa lógica, a harmonia é obtida pela partilha constitucional de atribuições, em que se detalha o que cada órgão de poder irá realizar e de que forma poderá

---

<sup>37</sup> Temer (2002, p. 118).

<sup>38</sup> Cretella Júnior (1989, p. 148).

ser controlado e fiscalizado pelos demais, com o objetivo de evitar o desequilíbrio de forças.

#### 4 DO SISTEMA PRESIDENCIALISTA ADOTADO NO BRASIL

O sistema presidencialista adotado no Brasil é a criação racional e consciente, de uma assembleia constituinte. Extrai-se ainda da presente norma a definição sobre o sistema de governo adotado no Brasil, o presidencialismo, o qual tem como característica básica a divisão das funções estatais em três partes independentes e harmônicas entre si: a Executiva, que tem a missão de administrar o Estado e cumprir fielmente a Constituição e as leis; a Legislativa, incumbida de criar o ordenamento jurídico em nome do povo; e a Judiciária, que exerce o importante serviço da jurisdição, dirimindo os conflitos existentes entre os particulares, ou entre eles e o próprio Estado, mantendo a paz social.

A teoria da tripartição dos Poderes foi idealizada desde Aristóteles,<sup>39</sup> que agrupava as funções do Estado em três diferentes partes: *deliberação sobre os assuntos de interesse comum, organização de cargos e magistraturas e atos judiciais*. Contudo, ela ganhou popularidade e aplicação prática a partir das formulações teóricas de Montesquieu,<sup>40</sup> nos séculos XVII e XVIII, o qual idealizou em sua obra *O espírito das leis* um sistema de governo no qual um poder pudesse controlar o outro, por meio de um conjunto de freios e contrapesos, de forma a evitar situações de abuso e autoritarismo. Para o autor, as funções de administrar, legislar e julgar deveriam ser exercidas por órgãos independentes e autônomos, sem qualquer tipo de vínculo de subordinação.

Esse sistema de governo foi adotado no Brasil desde a sua primeira Constituição,<sup>41</sup> em 1824. Contudo, embora nosso orde-

<sup>39</sup> Bastos e Martins (1988, p. 479-480).

<sup>40</sup> Montesquieu (2004).

<sup>41</sup> Embora a Constituição Brasileira de 1824 tenha adotado expressamente o sistema de tripartição de poderes, em seu art. 101, desvirtuou o instituto ao prever

namento atribua a cada um dos órgãos do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) uma função precípua, seguindo a teoria de Montesquieu, admite que além do exercício típico de cada Poder, possam ser exercidas, secundariamente, funções atípicas. Desse modo, a Constituição de 1988 admite que o Poder Executivo legisle, ao conferir-lhe a faculdade de edição de medidas provisórias (art. 62), e até mesmo julgue, no caso de processos administrativos. O Legislativo, por sua vez, se autoadministra e julga os crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 52, I e II). O Poder Judiciário também se autoadministra e exerce atividade legislativa quando elabora o seu regimento interno (art. 96, I, *a*).

## 5 A IDEIA DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS

A ideia de objetivos difere da de fundamentos. Os fundamentos são inerentes ao Estado, fazem parte de sua estrutura. Quanto aos objetivos, estes consistem em algo exterior que deve ser perseguido.

Assim descreve a Constituição Federal:

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 objetivos fundamentais da República brasileira constituem um conjunto de ações que deve ser buscado e implementado

---

a existência de um quarto Poder, chamado *Moderador*, exercido pelo rei e que na prática subjugava os demais Poderes, os quais não possuíam a independência necessária para cumprirem as suas funções.

por todos os Entes Federados para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que seja capaz de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza.

Estes objetivos são normas constitucionais de eficácia plena, ou seja, têm aplicação imediata, não dependendo de qualquer norma infraconstitucional para a sua aplicação. A prova dessa afirmação está no fato de que eles foram inseridos, pelo legislador constituinte originário, no título dos princípios fundamentais, os quais formam a base de todo o ordenamento jurídico pátrio, com o intuito de nortear os atos perpetrados pelo Estado, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Tais objetivos vinculam todos os Poderes do Estado, impedindo quaisquer deliberações contrárias aos seus preceitos.

Esse conjunto de princípios aponta para os caminhos que os agentes públicos e a própria sociedade devem seguir na tomada de qualquer decisão. Não há, portanto, a necessidade de qualquer ato legislativo para a compreensão dessa determinação. Veja-se por exemplo, que quando a Constituição estabelece como princípio maior que um dos objetivos do Estado brasileiro é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, não está remetendo à concretização dessa aspiração ao legislador infraconstitucional, mas indicando o caminho que deve ser perseguido por todos. Desse modo, qualquer ato que esteja em desacordo com estes objetivos fundamentais viola o art. 3º da Lei Fundamental.

Isso prova que essa é uma norma constitucional de eficácia plena e não programática como equivocadamente defendem alguns doutrinadores. A descaracterização da natureza programática desta norma está no fato de que se assim fosse, ela somente teria força para vincular os Poderes públicos a partir de sua regulamentação infraconstitucional. Contudo, mesmo os autores que defendem a sua natureza programática, admitem, paradoxalmente, que os objetivos fundamentais vinculam a administração pública e impedem atos contrários aos seus preceitos. Ora, se a norma realmente fosse

programática não alcançaria tal grau de eficácia. Portanto, pode-se afirmar com convicção que os objetivos traçados no art. 3º são normas constitucionais de eficácia plena.

## 6 O CRITÉRIO BRASILEIRO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Além de anunciar os fundamentos, os objetivos e a forma de convívio entre os Poderes, a Constituição aponta os critérios da República Federativa do Brasil nas relações internacionais.

O art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

O art. 4º norteia o Estado brasileiro nas suas relações internacionais, inserindo princípios que devem ser observados nos seus atos externos e que se não forem cumpridos geram o vício de inconstitucionalidade.

Destaca-se que dos quatro Entes que compõem a Federação brasileira, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, foi o primeiro quem recebeu do constituinte a legitimidade para representar o país no cenário internacional.

Outro aspecto que desperta atenção nesse dispositivo está no fato de que ele não estabelece a posição hierárquica que deve

existir entre a ordem jurídica interna e a internacional. Essa omissão faz com que os tratados internacionais e as normas externas, ainda que firmados pelo Estado brasileiro, não vinculem internamente a nação. A obrigatoriedade de cumprimento dos acordos internacionais somente ocorre para o povo brasileiro depois que eles sejam inseridos na ordem jurídica nacional por atos legais internos, que os coloquem em vigor.

## 6.1 INDEPENDÊNCIA NACIONAL

A independência nacional tem como base a garantia da autonomia do Estado brasileiro nas suas relações diplomáticas, econômicas, militares, culturais, entre outras, com os demais atores internacionais.<sup>42</sup> Contudo, também se inclui nesse conceito a execução de atos necessários à preservação da unidade nacional.

## 6.2 PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

A busca da formulação de uma conceituação para os direitos humanos, por meio do estudo das diversas teorias existentes sobre o tema, leva à constatação preliminar de que não existe uma concepção ou fundamentação pacífica na teoria política, ética e jurídica contemporânea.<sup>43</sup> Essa imprecisão conceitual decorre de diversos fatores. Primeiro, pelo uso indiscriminado e alargado da expressão direitos humanos, empregada em vários níveis, que vão desde as manifestações políticas, jurídicas, sociais, até as manifestações culturais. Segundo, porque o instituto muitas vezes é usado para externar o sentimento de indignação frente a situações de injustiça e violência. Terceiro, porque não existem fundamentos comuns que possam so-

---

<sup>42</sup> Bastos (2002, p. 251).

<sup>43</sup> Perez-Luño (1999, p. 22).

lidificar e garantir a sua concepção e prática, uma vez que as teorias existentes são, em sua maioria, contraditórias.<sup>44</sup>

Acrescenta-se a essas dificuldades o fato de que, muitas vezes, na busca de operar-se com realidades tangíveis, alguns pesquisadores definem os direitos humanos com a apresentação de uma série de objetos ou coisas que têm relação com esse instituto, mas que não representam uma conceituação. Buscam simplificar a concepção aduzindo que, na prática, os direitos humanos são aqueles estabelecidos nos instrumentos jurídicos internacionais, como, por exemplo, o texto da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (Organização das Nações Unidas). Essa postura, no entanto, mostra-se limitada e insuficiente para explicar a conceituação do instituto. Isso ocorre porque o rol de objetos catalogados nas declarações internacionais sobre direitos humanos é incompleto, pois não engloba todas as categorias que podem ser incluídas nesse conceito. Ademais, para se chegar à conclusão de que estes objetos são direitos humanos, é necessária uma reflexão sobre o texto desses tratados, o que mostra a existência de uma ideia previamente estabelecida ou, ao menos, intuída, sobre o significado dessa expressão. Esses fatos demonstram a existência de algumas propriedades, comuns a todos estes objetos e anteriores a eles, que formam o real conceito deste instituto.<sup>45</sup>

Assim, a busca de uma concepção deve partir não da exemplificação de casos práticos que são considerados direitos humanos, mas da identificação das notas constitutivas daqueles elementos que formam e identificam essa categoria. Perez-Luño adverte que nessa jornada não se deve cair na armadilha da criação de definições nominais *estipulativas* (simples convenções sobre usos futuros de um termo) ou *lexicais* (noções que tendem a abranger todos os possíveis significados de uso de uma palavra a partir da experiência de seus usos linguísticos), pois essas técnicas criam concepções arbitrárias e fragmentadas e que

---

<sup>44</sup> Barreto (1998, p. 343).

<sup>45</sup> Perez-Luño (2001, p. 48).

não são adequadas para delimitar categorias éticas e jurídicas, como são os direitos humanos, as quais atuam em múltiplos e diferentes contextos linguísticos que se modificam no tempo e no espaço.<sup>46</sup>

Não obstante essas dificuldades, boa parte dos doutrinadores que pesquisam essa temática sustenta que o ponto de partida para a construção de uma conceituação deste instituto está no reconhecimento de que “[...] *os direitos humanos são direitos que as pessoas possuem pelo simples fato de serem seres humanos;*”<sup>47</sup> “*Eles consistem em direitos morais que os indivíduos compartilham entre si, em igualdade e independentemente de sexo, raça, nacionalidade ou condição econômica,*”<sup>48</sup> e que “[...] *são atribuídos sem a necessidade de uma prévia existência de pactos pessoais ou de preceitos legais*”.<sup>49</sup> Bobbio<sup>50</sup> opõe-se a este ponto de partida defendendo que a busca de qualquer fundamento absoluto é uma ilusão. Embasa sua assertiva apontando para o vazio de significado dessa definição “[...] *direitos humanos são os que cabem ao seres humanos enquanto seres humanos*” que considera tautológica, pois está desprovida de qualquer elemento que permita caracterizar tais direitos. Critica também as conceituações formais “[...] *os direitos humanos são os direitos que pertencem aos seres humanos e dos quais nenhum ser humano pode ser privado*” que se limitam a apresentar mais um estatuto desejado ou proposto para estes direitos do que apontar o real significado de seu conteúdo. Por fim, o autor rejeita as concepções teleológicas “[...] *direitos humanos são aqueles imprescindíveis para o desenvolvimento do homem e da civilização*” que utilizam valores suscetíveis de diversas interpretações. Nesse sentido, vê-se a pertinência da crítica de Bobbio,<sup>51</sup> visto que as definições combatidas esboçam tão somente a representação de categorias genéricas, sem indicar, entretanto, o conteúdo destas categorias. Isso é facilmente verificado quando, a partir das conceituações atacadas, procura-se

<sup>46</sup> Perez-Luño (2001, p. 49).

<sup>47</sup> Donnelly (2003, p. 7).

<sup>48</sup> Ishay (2004, p. 3).

<sup>49</sup> Dias (2006, p. 246-247, grifo nosso).

<sup>50</sup> Bobbio (1992, p. 17).

<sup>51</sup> Bobbio (1992).

descobrir quais seriam os direitos que os indivíduos possuem pelo simples fato de serem seres humanos. Os conceitos propostos não respondem a essa questão, mostrando-se, por conseguinte, desprovidos de um sentido concreto.

Deve-se salientar, contudo, que mesmo a busca do conteúdo valorativo dessa concepção é árdua, uma vez que as categorias normalmente utilizadas para referenciar os direitos humanos possuem, por sua própria natureza, valores éticos e morais, o que acarreta uma pluralidade de significados. Observe-se o exemplo da inclusão da categoria dignidade humana no conteúdo do conceito de direitos humanos. O raciocínio no sentido de que deve existir um conjunto mínimo de direitos (direitos humanos) que permitam às pessoas gozarem de uma vida digna é amplamente aceito na doutrina como um dos valores nucleares dos direitos humanos.<sup>52</sup> Contudo, a utilização desta categoria (dignidade humana) traz consigo a dificuldade no sentido de que não há consenso acerca do significado e da extensão do seu conteúdo.<sup>53</sup> Isso ocorre porque os elementos considerados fundamentais para uma vida digna em algumas culturas, como as das sociedades do Ocidente, por exemplo, podem ser tidos como não essenciais para outras, como nas sociedades orientais, criando polêmicas muito ricas sob o aspecto acadêmico, mas que materializam um paradoxo de difícil solução para a sua efetivação prática.

Essa abstração das categorias que compõem o conteúdo dos direitos humanos desencadeia outro problema extremamente polêmico: é possível desenvolver um conteúdo moral universal, aplicado a todas as culturas, para o fim de se construir um conceito de direitos humanos? A busca de uma resposta para essa questão gerou o desenvolvimento de duas propostas teóricas antagônicas: a *universalista* e a *relativista*.

---

<sup>52</sup> Fernandez (1991, p. 78).

<sup>53</sup> Sarlet (2001, p. 38).

A *proposta universalista dos direitos humanos* defende, em síntese, a aplicação e respeito dos conteúdos morais dessa categoria por todos os tipos de Estados e culturas, independentemente dos valores que ali sejam praticados, uma vez que os direitos humanos são inatos, fundamentais e conferidos aos indivíduos pelo simples fato de serem seres humanos.<sup>54</sup> Um dos argumentos mais fortes utilizados pelos defensores dessa tese está no fato de que somente a universalização dos direitos humanos será capaz de resguardar as vítimas de práticas estatais ou sociais autoritárias e antidemocráticas que hoje estão em situação de total desamparo e desespero.<sup>55</sup> A *proposta relativista*, por sua vez, resiste a essa ideia, sustentando que é impraticável um monismo moral/cultural, haja vista que os valores morais são variáveis e peculiares a cada cultura e porque uma sociedade somente pode ser interpretada e julgada em seus valores, sob o prisma desses próprios valores.<sup>56</sup> Ademais, acusa os defensores do universalismo de utilizarem o discurso dos direitos humanos como forma de imposição do imperialismo cultural do Ocidente, que tenciona uniformizar alguns valores de seu interesse, sem respeitar as outras culturas e crenças, que têm o direito à não intromissão.<sup>57</sup> Como se vê, tanto a corrente universalista quanto a relativista apresentam fortes argumentos que têm acirrado cada vez mais o debate e dificultado o consenso acerca da definição dos direitos humanos. Essa complexidade, no entanto, não deve ser vista como um elemento impeditivo no desenvolvimento desse instituto, mas como um desafio de gerenciamento de paradoxos, como refere Luhmann,<sup>58</sup> que deve ser enfrentado e superado para que se alcance a compreensão e a efetivação dos direitos humanos.

Por tais motivos é que surgiram diversas formulações teóricas, de matizes jusnaturalistas, historicistas, éticos, entre outros,

<sup>54</sup> Goffredo (1989, p. 110).

<sup>55</sup> Souza e Kretschmann (2003, p. 122-124).

<sup>56</sup> Boot (2003, p. 47-64).

<sup>57</sup> Höffe (2000, p. 172-173).

<sup>58</sup> Luhmann (2000, p. 154).

todos desenvolvidos com o intuito de fundamentar e superar os entraves complicadores do estabelecimento de uma definição.

A análise das diferentes proposições sobre a concepção dos direitos humanos torna claro que a fundamentação dessa categoria, com vistas à sua efetiva concretização e preservação, deve partir de formulações objetivas que não sofram limitações ou condicionamentos que possam relativizar o seu alcance. Por isso, embora as teorias estudadas sigam caminhos distintos, têm em comum o fato de reconhecerem que a razão de ser dos direitos humanos está na realização da *dignidade da pessoa humana*, em suas diversas dimensões. Além disso, comungam da compreensão de que essa categoria de direitos tem existência supralegal, pois é constituída de valores morais inerentes aos seres humanos, cabendo ao ordenamento jurídico, nessa sistemática, o importante papel de proteção e efetivação destes direitos. A prova dessas afirmações está no fato de que, para os *jusnaturalistas*, os seres humanos possuem direitos naturais inatos diretamente relacionados à sua *dignidade* e que, por isso, estão acima do direito positivo. Para os historicistas, os direitos humanos decorrem das necessidades humanas, relativas à *dignidade* dos indivíduos, variáveis e dependentes de cada conjuntura histórica e de acordo com os desafios sociais de um dado momento. Por fim, para os defensores da fundamentação ética, os direitos humanos decorrem de uma *moralidade básica*, constituída de valores axiológicos indispensáveis para a garantia de uma vida *digna*.

Acrescenta-se a isso o fato de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas, em 1948, reconhece, em dois momentos distintos, a dignidade da pessoa humana como valor nuclear dos direitos humanos. Primeiro, em seu preâmbulo, ao proclamar: “*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...] Os povos das Nações Unidas proclamam, [...] a sua fé [...] na dignidade e no valor da pessoa humana*”; e, logo após,

no art. 1º, ao estabelecer que: “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.*”<sup>59</sup>

Em razão do que foi visto até aqui e com base nos argumentos teóricos trabalhados, têm-se, agora, elementos para iniciar o exame da relação existente entre a dignidade da pessoa humana (incluindo os respectivos valores morais a ela inerentes) e os direitos humanos. A primeira conclusão a que se pode chegar é a de que os valores morais, pilares dos direitos humanos, são aqueles que se identificam como imprescindíveis para uma vida digna, ou seja, externam uma qualidade inerente e distintiva de cada indivíduo. Isso exige do meio em que ele vive (Estado e sociedade) o respeito pela sua vida, integridade física e moral, liberdade, autonomia e igualdade. Além disso, deduz-se também que os valores morais nucleares dos direitos humanos (dimensão básica da dignidade da pessoa humana) englobam todas as pessoas e não se restringem ao espaço social ou ao tempo histórico, visto que caracterizam traços comuns à humanidade, independentemente da cultura. Essa constatação, todavia, não impede que se reconheça a existência de outros valores morais, em constante evolução e que vêm sendo construídos historicamente para a efetivação de uma vida digna, os quais variam no tempo e no espaço e representam a especificação dos direitos humanos dentro de cada cultura.

Ressalta-se, ainda, que, como os direitos humanos têm na dignidade da pessoa humana o elemento nuclear de sua formação, também devem ser concebidos em duas dimensões: uma *básica*, na qual estão inseridos os valores mínimos e fundamentais para a existência humana e, por isso, universais, e outra *cultural*, formada por influências históricas que se ampliam gradativamente na busca da concretização de condições que possam facilitar o completo exercício e a fruição da dignidade da pessoa humana, conforme as necessidades e possibilidades de cada época. Por isso a pertinência da lição de Arendt<sup>60</sup> ao reconhecer que os direitos humanos, quando

<sup>59</sup> Organização das Nações Unidas (2007, grifo nosso).

<sup>60</sup> Arendt (2004, p. 332-333).

compreendidos em sua dimensão cultural, não nascem de uma só vez: correspondem a uma categoria em constante processo de construção e reconstrução que não admite uma conceituação estanque ou um fundamento absoluto. Por isso, não se pode imaginar um momento histórico em que todos estes direitos estarão dados, postos, restando somente o cuidado com a sua efetivação, pois sempre estarão surgindo novas dimensões culturais da dignidade da pessoa humana que acarretarão a ampliação desta categoria, com o desafio de encontrar respostas para novas questões dela decorrentes.

### 6.2.1 Direitos do Homem, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Outro problema que se enfrenta na definição e fundamentação dos direitos humanos está relacionado à sua precisão terminológica, uma vez que, com as diferentes expressões que se utilizam para referenciar esse instituto, agregam-se novas teorias,<sup>61</sup> fato que causa ainda mais confusão a respeito do tema. Assim, costumam-se empregar as expressões *direitos humanos*, *direitos do homem* e *direitos fundamentais*, ora como sinônimos ora com sentidos antagônicos, criando uma desordem semântica que deve ser esclarecida para a compreensão adequada deste importante instituto.

A diferenciação entre as categorias *direitos do homem*, *direitos humanos* e *direitos fundamentais* constitui tarefa complexa, visto que existe uma ampla discussão doutrinária acerca desses conceitos e não há um consenso teórico a respeito de seus significados. Assim, adotar-se-á, neste trabalho, a postura científica de relatar, de forma simplificada, as diferentes proposições sobre esses institutos, a fim de se compreender, acima dos seus significados, as relações existentes entre eles, bem como identificar o porquê da confusão semântica e conceitual.

---

<sup>61</sup> Fernandez (1991, p. 77).

A relevância dessa investigação está no fato de que essas três expressões são constantemente confundidas ou usadas como sinônimos, situação que, em alguns casos, acarreta a redução dos seus reais conteúdos e alcances. Como se verá na sequência, existem diferenças não meramente nominais entre estas categorias, além de uma relação estreita e interdependente, motivo pelo qual o seu entendimento se torna relevante para uma correta aplicação prática. Um exemplo da importância desse estudo pode ser encontrado na Constituição Federal brasileira de 1988, na qual se contempla um rol de *direitos fundamentais* que têm aplicação imediata,<sup>62</sup> ao mesmo tempo que se admite a possibilidade de ingresso em seu texto, de *direitos humanos* decorrentes de tratados internacionais.<sup>63</sup> A não compreensão adequada destes institutos pode levar um intérprete que não compreende a relação existente entre eles a concluir, equivocadamente, que, como a previsão constitucional de aplicação imediata se refere somente aos *direitos fundamentais*, os *direitos humanos* não teriam essa eficácia. Esse exemplo evidencia que existem imprecisões de ordem prática que podem ser evitadas quando se tem claras a distinção e a relação existentes entre os três institutos referidos.

Sarlet<sup>64</sup> procura definir estas categorias aduzindo que os *direitos do homem* nada mais são do que direitos naturais ainda não positivados, concebidos como um ordenamento universal, superior e anterior ao direito positivo, extraídos da própria natureza humana. Dessa forma, representam, segundo o autor, uma “*pré-história*” dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, haja vista que precederam o reconhecimento destes pelo direito positivo internacional e interno. Ele rechaça ainda a possibilidade de equiparação entre os direitos humanos e os direitos naturais,

<sup>62</sup> Art. 5º, § 1º - *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.* Brasil (2005, p. 13).

<sup>63</sup> Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134, e 168 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A, e 130-A e dá outras providências. Brasil (2005, p. 13).

<sup>64</sup> Sarlet (2006, p. 62-63).

em razão da dimensão histórica dos primeiros, característica que afasta qualquer possibilidade de vinculação ao jusnaturalismo. No que se refere aos *direitos humanos*, defende que surgem quando os direitos do homem são positivados no âmbito internacional. A diferenciação estabelecida por Sarlet, embora tenha o mérito de ser bastante objetiva, merece algumas observações. A primeira delas diz respeito à sustentação que faz no sentido de que os direitos humanos são aqueles positivados nos tratados e declarações internacionais. Essa assertiva não se sustenta, visto que o texto da lei não tem um fim em si mesmo, pois decorre de uma discussão anterior que culminou pela produção daquela norma. Assim, para se chegar à conclusão de que um tratado internacional contempla em seu bojo direitos humanos, é necessário que o intérprete analise o seu conteúdo e, partindo de uma concepção preestabelecida, chegue à conclusão de que o texto inclui essa ordem de direitos. Logo, não é a positivação que dá vida aos direitos humanos, mas um conjunto de valores morais,<sup>65</sup> preexistentes, relacionados à dignidade da pessoa humana em suas diversas dimensões. Por isso, equivoca-se o autor ao pretender reconhecer como direitos humanos somente aqueles bens jurídicos contemplados nos tratados internacionais, uma vez que o papel do ordenamento não é o de criar tais direitos, mas de declará-los e protegê-los.

Para reforçar essas afirmações, verifique-se o texto da Declaração de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. As normas ali inseridas constituem um rol exemplificativo, não definitivo,<sup>66</sup> de direitos humanos. Desse modo, não se pode realizar uma interpretação restritiva para afirmar que somente podem ser considerados como direitos humanos os valores morais contemplados nesse tipo de instrumento internacional. O que justifica e dá vida a essa categoria de direitos não são as leis que os positivam, mas a própria existência humana e sua característica inconfundível

---

<sup>65</sup> Höffe (2000, p. 168).

<sup>66</sup> Bobbio (1992, p. 32-33).

de racionalidade e autonomia. O papel da lei, aqui, seja interna ou externa, é o de declarar, proteger e efetivar estes direitos que são anteriores e superiores aos ordenamentos jurídicos.

Outro autor que trabalha a expressão *direitos do homem* é Bobbio.<sup>67</sup> Ele a utiliza, contudo, como sinônimo de *direitos humanos*. Defende que os direitos do homem foram concebidos inicialmente como direitos naturais que tinham como meio de defesa a resistência dos indivíduos diante dos atos de opressão. Posteriormente, estes direitos foram sendo positivados pelos Estados e as pessoas passaram a utilizar as ações judiciais para garantir a sua concretude e proteção. A tese de Bobbio, acertadamente, reconhece que o papel das leis não é o de criar os direitos do homem (expressão que ele emprega como sinônimo de direitos humanos), mas o de garantir a sua efetividade, por meio de mecanismos utilizados para o seu respeito e reparação. Por isso, pode-se concluir ele que os direitos humanos são os direitos do homem, no sentido de que representam um conjunto de valores morais, reconhecidos aos indivíduos como imprescindíveis para a efetivação de uma vida digna.

No que se refere à expressão *direitos fundamentais*, surgiu, pela primeira vez, na história da humanidade, como decorrência dos movimentos políticos e sociais que culminaram com a Revolução Francesa de 1789, espalhando-se rapidamente por toda a Europa.<sup>68</sup> Essa categoria representava os direitos e as garantias individuais que as pessoas possuíam em relação ao Estado em que viviam, como: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Posteriormente, passou-se a concebê-los como aquele rol de *direitos humanos*, positivados internamente pelas constituições dos Estados,<sup>69</sup> reconhecidos por intermédio da previsão de uma norma válida de direito fundamental que lhes outorgasse existência.<sup>70</sup> Em síntese,

---

<sup>67</sup> Bobbio (1992, p. 31-32).

<sup>68</sup> Perez-Luño (1999, p. 30-31).

<sup>69</sup> Leal (2000, p. 51).

<sup>70</sup> Alexy (1993, p. 47).

os *direitos fundamentais* materializam o resultado da junção entre os direitos naturais do homem e da própria ideia de Constituição.<sup>71</sup>

Assim, pode-se afirmar que os *direitos fundamentais* são o corolário dos *direitos humanos*, já que incorporam os valores morais destes últimos aos ordenamentos jurídicos dos Estados, funcionando como instrumentos de efetividade e garantia da concretização de uma vida digna, aos indivíduos que estão sob a égide desse Ente público. A importância dos direitos fundamentais está no fato de que a sua inserção nas constituições das diversas nações do mundo viabiliza a concretude dos direitos humanos, pois obrigam e vinculam os Poderes Públicos estatais, ao mesmo tempo que fornecem aos indivíduos uma gama de ações judiciais para a defesa e a realização dessa categoria de direitos. Além disso, a maior ou menor incorporação desse rol de direitos nos ordenamentos jurídicos dos Estados tem servido como parâmetro de medida do grau de democracia ali existente.<sup>72</sup> Desse modo, os direitos fundamentais assumem o papel de termômetro da democracia dos países modernos, exercendo a função de um poderoso instrumento de realização dos direitos humanos.

### 6.3 AUTODETERMINAÇÃO DOS POUOS

O princípio da autodeterminação dos povos teve papel relevante nas relações internacionais do século XX, marcadas por diversos conflitos decorrentes de processos de descolonização. Por ele garantia-se que cada nação absorvida compulsoriamente por outras comunidades políticas pudesse alcançar a independência e constituir Estados soberanos e autônomos.

No contexto contemporâneo, o princípio não tem a relevância que possuía no século passado, uma vez que os povos colonizados praticamente desapareceram. Preserva, contudo, a assertiva no sentido de que cada povo tem o direito de escolher livremente e

---

<sup>71</sup> Sarlet (2006, p. 62-63).

<sup>72</sup> Höffe (2000, p. 168).

com independência o regime jurídico que entender mais adequado às suas necessidades.<sup>73</sup>

## 6.4 DA NÃO INTERVENÇÃO

O princípio da não intervenção veda ao Estado brasileiro interferir nas atividades dos Poderes Públicos estrangeiros. Com isso, ele fica impedido de tentar impor sua vontade aos atos internos de outros países, haja vista que qualquer atitude nesse sentido configuraria um desrespeito à soberania do Estado atingido.

## 6.5 DA IGUALDADE ENTRE OS ESTADOS

Este princípio acolhe o preceito internacional estabelecido na Conferência de Gênova de 1922, segundo o qual os Estados, nas suas relações internacionais, possuem igual dignidade, independentemente do seu tamanho ou da sua riqueza.<sup>74</sup>

## 6.6 DA DEFESA DA PAZ E DA SOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS

A Constituição brasileira proclama, ao estabelecer como base norteadora das relações internacionais do nosso Estado, a solução pacífica dos conflitos, que nosso país não poderá apoiar as guerras de conquistas. A norma, contudo, é incompleta, uma vez que não indica de que forma se pode buscar a perpetração de meios para o alcance da paz.

---

<sup>73</sup> Cretella Júnior (1989, p. 173).

<sup>74</sup> Bastos (1988, p. 504).

## 6.7 REPÚDIO AO TERRORISMO E AO RACISMO

O legislador constituinte originário assumiu a postura política de frisar expressamente que o Estado brasileiro assume o papel de combatente dos atos de terrorismo e de defensor da igualdade racial.

Esse compromisso de cunho ético foi supervalorado pela Constituição assumindo o *status* de princípio essencial, qualificando o terrorismo, internamente, como crime hediondo e inafiançável. Assim, não está o terrorista imune à extradição, como ocorre com aqueles que são acusados de crimes políticos em seus países de origem.<sup>75</sup>

## 6.8 COOPERAÇÃO ENTRE OS POUOS PARA O PROGRESSO DA HUMANIDADE

No inciso IX do art. 4º, a Constituição Federal oportuniza ao Estado brasileiro a colaboração internacional, tanto bilateral quanto multilateral, para atuar em questões de importância mundial importantes não somente para o progresso, mas para a própria preservação da humanidade.

## 6.9 CONCESSÃO DE ASILO POLÍTICO

O asilo político é um ato administrativo de competência do Poder Executivo pelo qual se acolhe no território nacional o estrangeiro que sofre de perseguição política em seu país de origem.<sup>76</sup>

Esse benefício não é concedido, contudo, segundo estabelece a Lei n. 9.474/1997, quando os refugiados tenham praticado crimes contra a paz, a humanidade, de guerra, hediondos, participado de atos terroristas<sup>77</sup> ou de tráfico de drogas.

---

<sup>75</sup> Brasil (2005).

<sup>76</sup> Barroso (2002, p. 28).

<sup>77</sup> A tipicidade do que venha a ser crime de terrorismo no Brasil está delimitada no art. 20 da Lei n. 7.170/1983, chamada de Lei de Segurança Nacional.

## 6.10 INTEGRAÇÃO ECONÔMICA COM OS POVOS DA AMÉRICA LATINA

A permissão constitucional expressa no sentido de que o Brasil deve buscar uma integração econômica com os povos da América Latina revela a intenção do constituinte em abrir espaço para a formação de uma comunidade latino-americana de nações de forma a poder enfrentar os desafios do mercado mundial globalizado.

Deve-se destacar que o fato de o parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal abrir a possibilidade de uma integração e a formação de uma comunidade latino-americana de nações, não dispensa o Estado brasileiro de cumprir as formalidades constitucionalmente estabelecidas para a internalização dos Tratados que se firmarem nesse desiderato.

Tanto é, assim, que após a promulgação da atual Carta Magna foi assinado o Tratado do Mercosul, internalizado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 350, de 21 de novembro de 1991, o qual promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Além disso, em 1996, firmou-se o Protocolo de Ouro Preto, posto em vigor no Brasil pelo Decreto n. 1.901, de 09 de maio de 1996, o qual promulgou o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios fundamentais do Estado brasileiro representam uma das formas de realização constitucional moderna. A Constituição atual privilegia os princípios fundamentais e seus primeiros artigos, sendo das mais importantes formas de realização do Estado Democrático de Direito e de inserção social.

Portanto, a busca pela efetividade da Constituição caracteriza um marco jurídico importantíssimo de reinserção do Estado de

Direito no sistema jurídico pátrio e; o pensamento crítico e lógico-jurídico na ordem constitucional brasileira representa a possibilidade de construção de uma justiça social com possibilidade de identificação clara das ações norteadoras de uma melhor aplicação do direito.

Dessa forma, as construções democráticas das decisões que efetivam os direitos humanos fundamentais consequentemente estarão reconhecendo os princípios do nosso sistema jurídico em consonância com os demais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1993.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2004.

ARGUELES, Diego Werneck; Soberania. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARRETO, Vicente (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Os fundamentos éticos dos direitos humanos. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 343, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOOT, Ken. Three Tyrannies. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholar. *Human Right in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradicação n. 855. Relator: Ministro Celso de Melo. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 01 jul. 2005.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de. *Processo Penal e Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. v. 1.

DIAS, Maria Clara. Direitos Humanos. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2. ed. New York: Cornell University Press, 2003.

DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jerferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIA, José Eduardo. Declaração Universal dos Direitos Humanos: um cinquentenário à luz da globalização econômica. *Revista CEJ*, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, v. 2, n. 6, p. 49 set./dez. 1998.

FERNANDES, Idalino. *A cultura Kaigang: depoimento do cacique da tribo Kaigang da Reserva Indígena Toldo Chimbangué, Chapecó, SC, jun. 2007*. Entrevista concedida ao Juiz Federal Narciso Leandro Xavier Baez. Fita cassete (60 min.), estéreo.

FERNANDEZ, Eusébio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

FLORES, Joaquín Herrera. Los derechos humanos em El contexto de La globalización: três precisiones conceptuales. In: RÚBIO, Davis Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOFFREDO, Gustavo Sénéchal et al. *Direitos Humanos: um Debate Necessário*. São Paulo: Brasileira, 1989.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).

HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HÖFFE, Otfried. *Derecho Intecultural*. Tradução Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

ISHAY, Micheline. *The history of human rights: from ancient times to the globalization era*. California: University of California Press, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Coleção Os Pensadores, v. 2).

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. *Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 154, 2000.

MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León, 1996.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução Maria de Lurdes Sigado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1998.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAIS, José Luis Bolgan de. *Direitos Humanos, Estado e Globalização: Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MÜLLER, Friedrich. A democracia, a globalização e a exclusão social. CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS: CIDADANIA, ÉTICA E ESTADO, 18., 2003, Brasília, DF. Anais... Brasília, DF: OAB, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS: BANCO DE DADOS. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em: 09 jun. 2007.

PEREZ-LUÑO, Antônio Enrique. *Concepto y concepción de los derechos humano*: anotaciones a la ponencia de Francisco Laporta. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001.

\_\_\_\_\_. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização*: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico – constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Dimensões da dignidade*: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel et al. (Coord.). *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Dimensões da dignidade*: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 62-63, jan./mar. 2006.

SARMENTO, Daniel et al. (Coord.). *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo; KRETSCHMANN, Ângela. A universalidade dos direitos humanos no discurso internacional: o debate continua. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinus, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.



## II. IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO



# O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DA ESPANHA

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez\*

## 1 INTRODUÇÃO

### 1.1 APROXIMAÇÃO HISTÓRICA E EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO PRINCÍPIO

O princípio de igualdade introduzido pelo liberalismo consistiu essencialmente em que as leis se aplicassem a todas as pessoas por igual. Isto supôs um avanço indubitável a respeito da situação anterior própria do Antigo Regime (em que se podia estar submetido a uma norma diferente em razão do estado social ao qual se pertencesse), mas este entendimento da igualdade não analisava o conteúdo da norma, que, por exemplo, tanto podia excluir do gozo de determinados direitos a uma parte de seus destinatários (as leis que dispunham o sufrágio censitário são uma boa demonstração disso) como podia prescindir por completo as desigualdades sociais que existissem entre os cidadãos.

A norma, pois, não tinha obrigação de contribuir a superar tais desigualdades, senão unicamente de se dirigir a todos. O artigo 6º da Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 é significativo do dito: a lei “deve ser igual para todos, seja para castigar ou para premiar [...], sendo todos iguais ante ela”, mas a igualdade proclamada não vai para além dessa garantia de que a lei terá carácter geral.

Que este entendimento da igualdade resultava insuficiente e encerrava uma ficção foi se pondo de manifesto progressivamente ao longo do século XIX: a lei pode ser a mesma para todos, mas seus destinatários se acham em situações pessoais, sociais e econômicas

---

\* Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de Girona.

muito diferentes, e na medida em que a lei aparte os olhos desta constatação, estará contribuindo a que dita desigualdade subsista.

Por isso, à medida que o estado liberal se foi transformando em estado democrático ao mesmo tempo que o movimento operário cobrava força até chegar a concretizar-se a forma social do estado, também se foi modificando o princípio de igualdade. De forma que, nos momentos atuais, acabou-se aceitando que o legislador não tem de tratar a todos por igual, senão que tem de tratar igual aos que estão em igual situação e diferenciar entre os que partem de situações desiguais.

Por isso, se entende também que esta forma de entendimento da igualdade na lei, isto é, em seu conteúdo, mas também em sua aplicação, é o primeiro passo para que o legislador e os demais poderes públicos distingam entre quem não são iguais em suas condições reais de existência, e se envolvam na consecução da igualdade real entre pessoas e grupos, que é o que constitui o núcleo do Estado social.

Contudo, a diferença do caso dos Estados Unidos, onde o controle do respeito ao princípio de igualdade por parte das normas e de seus aplicadores começou a ser uma realidade, ainda com limites, já no século XIX, na Europa não será até bem entrado no século XX, particularmente depois da Segunda Guerra Mundial e o estabelecimento de tribunais constitucionais, quando se começa a controlar efetivamente esse princípio, em coerência com a afirmação do valor da Constituição como norma suprema do ordenamento. Ao mesmo tempo, os convênios internacionais em matéria de direitos e os textos constitucionais surgidos depois da segunda grande guerra começaram a assinalar de modo expreso as causas de discriminação, que tradicionalmente têm levado em maior medida à ruptura do princípio de igualdade, e a construir o direito à igualdade como direito a não ser discriminado, e os tribunais constitucionais começaram a elaborar o conjunto de critérios que aplicaríamos em cada caso para controlar o respeito ao princípio de igualdade nos termos que se verão mais adiante.

## 1.2 RECEPÇÃO EM NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL E DE DIREITO COMUNITÁRIO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, assinala em seu artigo 7 que “todos são iguais ante a lei e têm, sem distinção, direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra toda discriminação que infrinja esta declaração e contra toda provocação a tal discriminação.” Previamente, o artigo 1º tem assinalado que todos nascem iguais em dignidade e direitos, e o artigo 2º tem enumerado as causas de discriminação que ficam proscritas (raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição). Também o artigo 23.2 contém outra projeção da igualdade, ao estabelecer o direito a igual salário por igual trabalho.

O Convênio europeu de direitos humanos de 1950 faz girar seu artigo 14, sob a rubrica “proibição de discriminação”, em torno desta última noção, ao assinalar que “o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos no presente convênio tem de ser assegurado sem distinção alguma, especialmente por razões de sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, pertencimento a uma minoria nacional, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação.”

Por sua vez, o Pacto internacional de direitos civis e políticos de 1966, em seu artigo 3º, ordena aos estados garantir “a igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente pacto”, e assim mesmo não praticar sobre os cidadãos “distinção alguma de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social” (artigo 2.1), e o artigo 26 reitera, já dentro da lista de direitos, o princípio de igualdade e a proibição de discriminação.

Finalmente, no âmbito do Direito comunitário, a Carta de direitos fundamentais da União Europeia, de 2000, dedica seu capítulo III à igualdade, reunindo nele a proclamação da igualdade ante a lei, a proibição de discriminação pelas causas que enumera (sexo, raça, cor, origens étnicas ou sociais, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou de qualquer outro tipo, pertencimento a uma minoria nacional, património, nascimento, falta de capacidade, idade ou orientação sexual); a proclamação do respeito à diversidade, uma referência concreta à igualdade entre homens e mulheres, e diversos preceitos relativos aos menores, à terceira idade e aos não capacitados, conformando assim um capítulo heterogêneo, e incompleto em alguns aspectos.

Como pode se ver, as diversas normas até agora examinadas seguem essencialmente um esquema semelhante no que diz respeito à proclamação da igualdade dos cidadãos, uma vez que se acompanha da explicitação, em numeração ampla e aberta, das causas que se consideram mais inclinadas a dar lugar à discriminação. Ademais, na última das normas citadas, a Carta de direitos fundamentais da UE, alude-se, ainda sem as citar expressamente, às noções de ação positiva e discriminação inversa em um âmbito concreto, ao dispor em seu artigo 23, que se aceitará “a manutenção ou a adoção de medidas que ofereçam vantagens concretas em favor do sexo menos representado.” Tudo isso será retomado mais adiante.

## **2 AS DIMENSÕES DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA**

### **2.1 A IGUALDADE COMO VALOR**

Um dos valores superiores do ordenamento jurídico que a Constituição Espanhola recolhe em seu artigo 1.1 é o da igualdade que, dessa forma, integra-se no quadro de valores que o texto constitucional proclama e que, como assinalou o Tribunal Constitucional em sua sentença 9/1981, estão chamados a ordenar a con-

vivência e a informar o ordenamento jurídico, exercendo sobre ele uma função interpretativa.

## 2.2 A IGUALDADE MATERIAL COMO OBJETIVO A PROMOVER

O artigo 9.2 da Constituição estabelece que “corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social”, em formulação inspirada no texto do artigo 3.2 da Constituição italiana de 1947.

Esta previsão, que consagra a igualdade em sua vertente material ou real, se relaciona diretamente com a prévia proclamação da igualdade como valor superior do ordenamento, enquanto constitui um de seus desenvolvimentos mais relevantes, ao mesmo tempo que reflete um dos elementos configuradores do Estado social, e está na base do reconhecimento constitucional de direitos sociais e princípios reitores da política social e econômica.

O mandato aos poderes públicos para que promovam as condições que façam real a igualdade dos indivíduos e dos grupos em que estes se integram, recolhe, pois, um entendimento da igualdade claramente distinguível da noção de igualdade em sentido meramente formal, e que parte da constatação de que, como já se disse ao início, as pessoas se encontram em diferentes situações socioeconômicas de partida, e os poderes públicos não devem ser indiferentes a esse estado de coisas senão, pelo contrário, se implicar ativamente em sua superação.

Certamente, segundo o artigo 14 da Constituição os espanhóis são iguais ante a lei e, depois de indicar isto, a norma se cuida especialmente de assinalar uma série de circunstâncias nas que não poderá prevalecer discriminação alguma; surge a dificuldade de saber como poderiam os poderes públicos perseguir a consecução da igualdade real se isso, precisamente, exige tratar de modo desigual àqueles

que estão em situação desigual, a fim de proteger em maior medida a quem esteja em pior situação e contribuir a que saiam dela.

Neste ponto surge, pois, a necessidade de interpretar o princípio de igualdade que contém o artigo 14 de modo coerente com o mandato do artigo 9.2. Como se disse ao princípio, o correto entendimento do princípio de igualdade na lei implica a aceitação do tratamento desigual entre aqueles que são desiguais, sempre que, como se verá no item 3.4, se cumpram os requisitos que garantem que não passa do tratamento desigual legítimo à discriminação ilegítima. Pois bem, precisamente esse tratamento desigual legitimamente estabelecido pode servir à consecução da igualdade real ou, dito de outro modo, esse mandato de consecução da igualdade real pode justificar que os poderes públicos introduzam em suas normas diferenças de trato. Portanto, ambas as noções da igualdade, contidas em preceitos diferentes, se complementam e devem se interpretar sistematicamente.

### 2.3 A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO E COMO DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO

O artigo 14 da Constituição contém, como já se disse, a formulação mais tradicional do princípio de igualdade, assinalando que os espanhóis são iguais ante a lei, sem que possa prevalecer discriminação pela série de causas que indica (nascimento, raça, sexo, religião, opinião), série que, pelo demais, não constitui uma lista fechada enquanto termina aludindo a “qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.” Esta referência aberta resulta tão útil como necessária, tida conta da concisão do preceito constitucional caso se compara com outras normas como as examinadas no item 1.2.

A formulação do princípio de igualdade que se contém no artigo 14 não pode se interpretar de modo tal que, como se tem visto que ocorria nos primórdios do liberalismo, se entenda que o artigo 14 prescreve meramente que a lei tem de ser a mesma para todos e os tratar sempre igual. Pelo contrário, o mencionado pre-

ceito contém tanto a igualdade na lei (também chamada igualdade no conteúdo da lei) quanto a igualdade na aplicação da lei.

A primeira fixa-se em se a norma (pois o termo lei não deve se tomar aqui em sentido literal, senão como sinônimo de norma jurídica) trata ou não de modo \*respetuoso com o princípio de igualdade a seus destinatários; exige, pois, examinar seu conteúdo. A igualdade na aplicação da lei, por outro lado, fixa-se em se os aplicadores da norma (poder judicial, Administração) aplicaram-na a seus destinatários do mesmo modo que o fizeram em ocasiões anteriores, ou se a aplicaram de modo diferente; exige, pois, examinar como se aplicou a norma.

Quanto à primeira (igualdade na lei) já se indicou que não pode significar uma obrigação de tratamento uniforme em todos os casos e uma impossibilidade de fundamentar diferença de trato alguma, senão que a diferença é aceitável sob determinadas condições, e do que se tratará precisamente será de distinguir entre aqueles casos em que um trato diferente ou desigual será legítimo (porque os tratados partiam de uma situação prévia de desigualdade, entre outros requisitos que se estudarão) e quando, de outro modo, a desigualdade não será aceitável e gerará discriminação.

Quanto à segunda (igualdade na aplicação da lei) também não pode se entender, segundo se dirá mais adiante, como uma obrigação de aplicar sempre a norma de idêntico modo, pelo que terá de ver em que casos a diferença na aplicação é legítima e quando, pelo contrário, gera discriminação.

O artigo 14, não somente prescreve o tratamento igual dos cidadãos, que tem de entender nos termos que se acabam de indicar, senão que identifica algumas das causas que tradicionalmente têm servido para fazer discriminações, dispondo de modo expresso a proibição destas. Terá de estabelecer quais são a significação e as consequências desta proibição expressa, mas em qualquer caso o que interessa destacar é que o artigo 14, além de estabelecer o princípio de igualdade, constrói um direito à igualdade entendido como direito a não ser discriminado, isto é, como direito a não ser tratado de modo

desigual em relação a outro que se ache em situação equivalente, salvo que exista uma justificativa objetiva e razoável para isso.

E, finalmente, enquanto compreensivo de tal direito, a Constituição inclui em seu artigo 14 entre os protegidos mediante o recurso de amparo, ao mesmo tempo em que lhe dota do resto de mecanismos de tutela próprios dos direitos fundamentais mais protegidos. Mas deve se avançar que, para demandar sua proteção, o direito à igualdade não pode se considerar de modo isolado senão que, por seu caráter relacional, tem de se invocar em relação a outro direito ou interesse legítimo, em cujo desfrute ou exercício o recorrente considere ter sido discriminado em relação a outro ou outros sujeitos, como se verá no seção 3.

## 2.4 A IGUALDADE DO PONTO DE VISTA TERRITORIAL

A igualdade também se projeta sobre a organização territorial do Estado. A tal efeito interessa pôr de relevo dois dos preceitos do título VIII da Constituição, em que a referência à igualdade dos cidadãos se manifesta de modo expresso.

Em primeiro lugar, o artigo 139.1 dispõe que todos os espanhóis têm os mesmos direitos e obrigações em qualquer parte do território do Estado. Compreende-se de imediato que, literalmente este preceito seria incompatível com o resto do título VIII: se neste se possibilita que se criem comunidades autônomas, e que estas cheguem a assumir concorrências em diversas matérias, algumas das quais estão diretamente relacionadas a direitos e deveres, dificilmente poderia se pretender que estes não variem, quando menos em uma parte de seu regime jurídico, desde o momento em que as comunidades ditam suas próprias normas em torno destes.

Não é possível agora examinar detidamente a jurisprudência constitucional a respeito (veja-se, por exemplo, a STC 25/1981, que interpreta o preceito em um sentido muito literal, e a 37/1981, que enfatiza a anterior). Mais recentemente, a STC 247/2007, acolhendo uma prévia orientação doutrinal, estabeleceu que em reali-

dade o preceito “encontra virtualidade e projeção no território de cada uma das comunidades autônomas”, de modo que o que faria o artigo 139.1 seria obrigar à cada comunidade a tratar igual a seus cidadãos e aos que, pertencendo a outras comunidades, se achem por qualquer causa nela, exceto quando, pela natureza do direito de que se trate, a normativa reguladora do mesmo disponha o trato diferente entre os residentes da comunidade e os que não o são (por exemplo, em matéria de direito de sufrágio).

Em segundo lugar, o artigo 149.1.1 outorga concorrência exclusiva ao Estado para regular “as condições básicas que garantam a igualdade de todos os espanhóis no exercício dos direitos e no cumprimento dos deveres constitucionais.” Com mais motivo que no caso anterior, considerada a quantidade de jurisprudência e doutrina gerada em torno do preceito, deve se renunciar aqui a fazer outra coisa que não seja assinalar que o Tribunal não analisou de modo detido seu alcance até a STC 61/1997, onde estabeleceu o tipo de questões que podem ser ditadas pelo Estado como condições básicas, mas de um modo genérico que, na prática, não tem resultado excessivamente útil. Ao mesmo tempo, estabeleceu o Tribunal que o preceito não está aludindo a que o Estado deva ditar umas bases, senão umas condições, não suscetíveis de desenvolvimento, que sirvam para estabelecer determinadas premissas do exercício dos direitos em todo o território estatal, premissas que, portanto, serão iguais ao longo do mesmo. O caráter genérico deste título tem favorecido na prática que o Estado tenha ditado normas em âmbitos relacionados com direitos, como, entre outros, assistência social ou urbanismo, onde, em princípio, as comunidades autônomas tinham reconhecida concorrência exclusiva.

### **3 O PRINCÍPIO DE IGUALDADE DO ARTIGO 14**

#### **3.1 NATUREZA ENQUANTO PRINCÍPIO, DIREITO E LIMITE AOS PODERES PÚBLICOS**

Como se indicou no item anterior, o artigo 14 formula o princípio de igualdade (e nele se menciona, como se disse, duas dimensões da igualdade: na lei, e na aplicação da lei) e ao mesmo tempo configura um direito a não ser discriminado. Por tudo isso, ademais, o princípio de igualdade constitui um limite aos poderes públicos enquanto impede a estes introduzir diferenciações entre os cidadãos (tanto quando ditam normas como quando as aplicam) que não resultem admissíveis.

#### **3.2 TITULARIDADE DO DIREITO**

O artigo 14 refere-se “aos espanhóis” como titulares do direito. Isso propõe, em primeiro lugar, a questão de poder se entender aos estrangeiros e, em segundo lugar, a dessa menção aludir tanto às pessoas físicas como às jurídicas.

Quanto aos estrangeiros, a menção literal aos espanhóis poderia fazer pensar a simples vista que não são titulares do direito. Diante disto, a jurisprudência, em uma série de sentenças que começaram com a 107/1984 (completada a sua vez, especialmente no sentido de reforçar as garantias jurídicas dos estrangeiros, por outras posteriores, como a 115/1987, ou a 94/1993), se encarregou de aclarar que isso não é assim, porque não é o artigo 14 da Constituição, com sua menção exclusiva aos espanhóis, o único que deve ser considerado no momento de dar resposta a essa questão, senão também o 13, que se refere aos direitos dos estrangeiros.

Assim, o Tribunal entende que há direitos que por sua conexão direta com a dignidade da pessoa correspondem por igual a espanhóis e estrangeiros (como, por exemplo, os direitos à liberdade e à segurança, à vida e integridade física e moral, à intimidade, à

liberdade ideológica, ou à tutela judicial efetiva); direitos dos que não poderão gozar os estrangeiros (o direito de sufrágio, salvo o disposto no artigo 13.2); e direitos que, por disposição do mencionado artigo 13, se lhes reconhecerão aos estrangeiros em virtude do que disponham os tratados e as leis, de maneira que terá de estar ao que tais normas disponham, abrindo-se em tais casos a possibilidade de que se outorgue um trato idêntico ou bem que se preveja alguma diferença de trato dos estrangeiros a respeito dos espanhóis.

Portanto, os estrangeiros são titulares do direito à igualdade em relação com quantos direitos e interesses legítimos pretendam exercer, sempre que não se correspondam com aqueles âmbitos em que a Constituição tem disposto por si mesma sua exclusão (direito de sufrágio, nos termos indicados). A isso se acrescenta a garantia também exposta de que em determinados direitos poderão se prever modulações ou limites pelos tratados ou a lei, segundo se indica na já citada STC 94/1993, sem que, em nenhum caso, tais modulações possam ser despropositadas e incorrer em discriminação (STC 137/2000).

Quanto às pessoas jurídicas, o Tribunal Constitucional tem assinalado que a menção genérica aos espanhóis as compreende tanto a elas como às pessoas físicas, sem prejuízo, no entanto, de que sendo as primeiras uma criação do legislador, este possa introduzir, ao as regular, alguma condição ou limite. Com esta garantia, em todo caso, o que está claro é que o artigo 14 compreende também às pessoas jurídicas, mas isso com uma exceção: as pessoas jurídicas públicas, isto é, os entes públicos, que o Tribunal entendeu que não podem ser titulares (a diferença das pessoas jurídicas privadas) do direito a não ser discriminado (AATC 135/1985 e 106/1988), ainda que sim do direito à igualdade em aplicação da lei como garantia processual (SSTC 100/1993 e 114/1993).

### 3.3 O CARÁTER RELACIONAL DO DIREITO: O TERMO DE COMPARAÇÃO

Já se indicou que não existe um direito à igualdade em abstrato, senão que se tanto faz em algo e a respeito de alguém. A STC 76/1983 refere-se a isso indicando que “a igualdade reconhecida no artigo 14 não constitui um direito subjetivo autônomo, existente por si mesmo, pois seu conteúdo vem estabelecido sempre a respeito de relações jurídicas concretas. De aqui que possa ser objeto de amparo à medida que se questione se tal direito tem sido vulnerado em uma concreta relação jurídica e, por outro lado, não possa ser objeto de uma regulação ou desenvolvimento normativo com caráter geral.”

Por isso, para reclamar a plena eficácia do direito, quem sustente que se lhe trata de modo diferente ou desigual no exercício de um determinado direito ou interesse legítimo deverá, em primeiro lugar, indicar a respeito de que situações jurídicas correspondentes a outros sujeitos ou grupos (e que considera equiparáveis à sua) se lhe dá dito trato. Deverá contribuir, pois, um *tertium comparationis*, isto é, um termo de comparação com o que se considere em situação equivalente (pese ao qual se lhe tem tratado de modo diferente e prejudicial). Tal necessidade de contribuir esse elemento comparativo é consequência direta do caráter relacional do direito à igualdade, e reveste matizes diversas em razão de se vulnerar a igualdade na lei ou na aplicação da lei (conceitos que se analisarão nos itens 3.4 e 3.5), como em seu momento se verá.

A função do *tertium comparationis* é, pois, assegurar que quem pretende ser tratado igual que outro (e ao tempo denuncia estar sendo pior tratado que ele) está realmente em uma situação equiparável a respeito deste, que atua, assim, como termo de comparação. Centrando-se em primeiro lugar na igualdade na lei, a STC 125/2003 resume de modo preciso a necessidade e utilidade deste elemento:

[...] o próprio do julgamento de igualdade é seu caráter relacional conforme o qual se requer como

orçamento obrigado, de um lado, que, como consequência da medida normativa questionada, se tenha introduzido direta ou indiretamente uma diferença de trato entre grupos ou categorias de pessoas [...] e, de outro, que as situações subjetivas [daqueles grupos ou categorias de pessoas] que queiram trazer à comparação sejam, efetivamente, homogêneas ou equiparáveis, isto é, que o termo de comparação não resulte arbitrário ou caprichoso [...]. Só uma vez verificado um e outro orçamento resulta procedente determinar a licitude constitucional ou não da diferença contida na norma [...]. Por conseguinte, o julgamento de igualdade ex artigo 14 da Constituição exige a identidade dos pressupostos fáticos que se pretendem comparar, pois o que se deriva do citado preceito é o direito a que pressupostos de fato substancialmente iguais sejam tratados identicamente em suas consequências jurídicas.

Por isso, quando se alega o direito à igualdade há que contribuir o *tertium comparationis* frente ao que a desigualdade se produza.

Em ocasiões, e como exceção, não será no entanto necessário contribuir o *tertium*; é o caso das discriminações indiretas. Assim o indicou a STC 240/1999 para aqueles casos em que “o direito que se diz vulnerado não é o direito à igualdade in gere, senão sua concretização no direito a não ser discriminado por algum dos motivos expressamente proscritos no artigo 14 CE.” Dessa forma,

[...] não resulta em todo caso necessário contribuir um *tertium comparationis* para justificar a existência de um tratamento discriminatório e prejudicial, especialmente naqueles casos nos que o que se denuncia é uma discriminação indireta. Efetivamente, nestes pressupostos os termos de comparação, o que se compara, não são os indivíduos, senão grupos sociais nos quais se ponderam estatisticamente seus diversos componentes individuais; isto é, grupos entre os que algum deles está formado majoritariamente por pessoas pertencentes a uma das categorias especialmente protegidas pelo artigo 14 CE, em nosso caso as mulheres.

Estava-se referindo o Tribunal a uma norma que negava aos servidores públicos interinos a possibilidade de pedir uma exceção para se dedicar ao cuidado de um filho, o que lhes deixava unicamente a saída de renunciar a seu trabalho se queriam o cuidar. Naturalmente, a norma afetava por igual aos servidores públicos interinos varões e mulheres. Uma servidora pública interina em tal situação, pois, não podia contribuir como *tertium comparationis* a seus parceiros varões, porque estes recebiam o mesmo trato. Mas, ao mesmo tempo, não é menos verdadeiro que estatisticamente esse tipo de exceções são utilizadas majoritariamente pelas mulheres, que serão as principais prejudicadas pela norma. A discriminação, pois, é indireta (não se lhes trata diretamente de modo desigual frente a seus parceiros varões, mas na prática serão elas as que acabam deixando o trabalho) e não há um *tertium comparationis* frente ao que recebam um regime jurídico diferente e pior. Em tais casos, por tal causa, este não resulta exigível.

Em referência à ruptura da igualdade na aplicação da lei, por exemplo, pelos tribunais, o *tertium comparationis* levará a comparar a sentença recebida com outras prévias do mesmo órgão judicial nas que, em casos substancialmente iguais, tenham sido resolvidos de forma diferente (vd. entre outras muitas, a STC 27/2006). Se o aplicador da norma tem sido a Administração, terá de contribuir as resoluções administrativas precedentes em outros casos iguais, nos termos que se indicarão mais adiante.

### 3.4 A IGUALDADE NA LEI

#### 3.4.1 Conceito

Como já se disse, a igualdade na lei opera frente ao legislador e ao poder regulamentar, e prescreve que se trate igual aos iguais e, pelo contrário, desigualmente aos que estejam em situação desigual. Finque-a, pois, para determinar se se respeitou o princípio de igualdade na vertente que agora se estuda, será estabelecer se realmente os

destinatários da norma se encontram em igual situação ou se, por outro lado, ocorrem circunstâncias que os diferenciam; circunstâncias que, pelos demais, deverão guardar relação com o objeto da norma e ter a relevância suficiente como para justificar que esta deva introduzir um trato desigual entre os diversos destinatários. E, ademais, tal trato desigual deverá cumprir uns determinados requisitos, pois não é qualquer trato desigual que será admissível.

### 3.4.2 Igualdade, diferença e discriminação

Como já se indicou, a igualdade na lei não impede a diferença, senão que, do contrário, a exige quando seus destinatários se acham em situação desigual, de maneira que nem todo tratamento desigual será discriminatório e, portanto, censurável, senão que pode resultar perfeitamente legítimo e coerente com o princípio de igualdade na lei. Assim, se ocorrem determinados requisitos a desigualdade será aceitável, e somente se algum deles não coincidissem se poderia falar de discriminação. Corresponde, portanto, examinar quais são esses requisitos que, de se dar, convertem o trato desigual em legítimo e coerente, e que de não se dar levarão automaticamente a considerar esse trato desigual como discriminatório.

Em primeiro lugar, segundo se viu, deve se estabelecer se coincide ou não um *tertium comparationis* admissível (no sentido de que para que seja finalmente aceito deverá reunir as características que se indicaram no item anterior). Mas a seguir devem coincidir outros requisitos.

A STC 112/2006, sistematizando a jurisprudência do Tribunal sobre esta questão ditada desde o início dos anos 1980, assinala que para que a diferenciação introduzida pela norma não se considere discriminatória, deve existir uma “justificativa objetiva e razoável” de tal diferenciação, e essa justificativa, acrescenta, se dará quando se cumparam os seguintes requisitos:

- a) Uma finalidade constitucionalmente admissível: em tais diferenciações normativas deve poder se discernir uma finalidade não contraditória com a Constituição. Deve existir, pois, ausência de contradição entre o fim perseguido e a norma constitucional, e em particular com os valores e direitos que esta recolhe e protege. Portanto, o trato desigual deve ter por finalidade a proteção de valores ou direitos constitucionais ou, ao menos, se não é esse o caso, não ser contrário a eles.
- b) Congruência entre as normas sujeitas à comparação. Tais normas devem mostrar uma estrutura coerente. Dita estrutura coerente aponta à adequação ou congruência entre o tratamento desigual que se dispõe e a finalidade constitucionalmente legítima cuja consecução se persegue mediante o estabelecimento da diferença. Não seria aceitável, pois, um trato desigual que não tenha nada que ver com a finalidade que se persegue, e que não sirva, em definitivo, para sua consecução.
- c) Proporcionalidade com o fim perseguido. Tal coerência tem-se de ver acompanhada de uma razoável proporcionalidade com o fim assim perseguido. Este requisito exige que os meios adotados para conseguir o fim (o trato desigual de uns a respeito de outros, com a conseguinte limitação que para os direitos ou interesses legítimos dos piores tratados possa se seguir) sejam proporcionados em relação à consecução de dito fim ou, dito de outro modo, que tais meios que se traduzem em um trato desigual não sejam exagerados, desproporcionados, com relação ao que seria necessário para conseguir o fim.

Finalidade constitucionalmente legítima, congruência (ou coerência) normativa e proporcionalidade. Tais são os três elementos que têm de coincidir obrigatoriamente para que o tra-

to desigual tenha uma justificativa objetiva e razoável e não seja constitutivo de discriminação.

### 3.4.3 Discriminação inversa e ação positiva

Enquanto a igualdade na lei supõe tratar de modo igual aos iguais, e desigualmente aos desiguais, este trato desigual também pode servir à consecução da igualdade material ou real do artigo 9.2 e ser apto para reinstaurar a igualdade tradicionalmente inexistente, desde que se superem os requisitos mencionados. Se um deles era a finalidade constitucionalmente legítima da diferenciação introduzida, não podem existir dúvidas de que a consecução da igualdade real a que se refere o artigo 9.2 da Constituição é uma de ditas finalidades.

Pois bem, as medidas de discriminação inversa e de ação positiva não são senão duas formas de levar o anterior a suas últimas consequências e de pôr a ação dos poderes públicos a serviço da tarefa de acabar progressivamente com situações historicamente enraizadas de discriminação de determinados coletivos, levando à prática o mandato do citado artigo 9.2. Como se verá depois, as causas de discriminação que enumera expressamente o artigo 14 não impedem de modo absoluto que se possa introduzir uma diferenciação com base nelas, senão que fazem que esta diferenciação deva se justificar de modo particularmente intenso. Tanto a discriminação inversa quanto a ação positiva o que pretendem é, precisamente, introduzir um trato diferente baseado nos critérios do artigo 14 para favorecer aos coletivos que, tradicionalmente, estão sendo discriminados por razão de nascimento, sexo, raça, religião, opinião, etc., e deverão satisfazer os requisitos que se estudaram no item anterior, examinados inclusive com maior rigor, considerados de que se trata expressamente do âmbito das causas enumeradas pelo artigo 14 como tradicionalmente fundamentadoras de discriminação.

Em primeiro lugar, as medidas de ação positiva são aquelas que, mediante ajudas, subvenções, incentivos e estímulos diversos, se dirigem a melhorar diretamente a situação dos membros de co-

letivos tradicionalmente discriminados por qualquer das causas do artigo 14, mas sem entrar em uma comparação com outros coletivos ou estabelecer uma regulação diferenciada de uns e outros. Quanto a este tipo de medidas, é importante que se formulem cuidadosamente e com conhecimento preciso de seus objetivos e de seus efeitos, pois caso contrário podem gerar o efeito de potenciar a percepção que a sociedade ou amplos setores desta possam ter de um coletivo como diferente ou desfavorecido; ou inclusive, paradoxalmente, gerar efeitos contrários aos que se buscavam: por exemplo, uma excessiva superproteção de um coletivo no âmbito trabalhista pode dar lugar a que seus membros tenham mais dificuldades para ser contratados.

Em segundo lugar, as medidas de discriminação inversa, por outro lado, consideram ambos coletivos, o tradicionalmente desfavorecido e o que tradicionalmente tem gozado de uma situação ou trato favorável e, ao regular uma situação que afeta a ambos, reservam expressamente para o desfavorecido uma determinada quota ou posição, o que, portanto, restringe as possibilidades do outro coletivo. Seriam exemplos deste tipo de medidas uma norma que previsse a reserva às mulheres de uma quota determinada de presença nas listas eleitorais, ou, se passamos do critério do sexo à cláusula final do artigo 14 (circunstâncias pessoais ou sociais), a que reserve uma determinada quota de postos de trabalho nas empresas às pessoas com falta de capacidade, que naturalmente terão de contar com o perfil acadêmico ou profissional próprio da cada posto, pois a reserva de uma quota a um coletivo não pode se fazer prescindindo das capacitações, requisitos ou méritos que em cada caso resultariam exigíveis, como se o pertence a um determinado coletivo fosse uma via de acesso automática e absoluta.

Sublinhou-se que ao examinar estas medidas de discriminação inversa deve-se extremar a precaução na análise da proporcionalidade destas, pois a reserva que se faça a favor do coletivo beneficiado não pode levar a restringir de tal modo as possibilidades do outro coletivo que se gere uma incapacidade total ou substancial para este de atuar ou exercer seus direitos. Também tem de acrescentar

nestes casos o elemento da temporalidade, no sentido de que esse desequilíbrio corretor da discriminação tem de durar somente até que esta tenha sido corrigida (o que evitará ao mesmo tempo os riscos que se mencionaram ao falar das medidas de ação positiva relativas à perpetuação de determinadas percepções ou estereótipos sociais).

Em ocasiões tais medidas de discriminação inversa são formuladas de modo neutro, isto é, não garantindo específica e unicamente ao coletivo desfavorecido determinada posição ou quota, senão considerando a todos os coletivos concorrentes, desfavorecidos ou não, prevendo a quota ou presença de cada um, mas, de modo tal que, como efeito disso, assegura-se ao desfavorecido uma presença ou peso que não tinha. Por exemplo, a Lei orgânica 3/2007, para a igualdade efetiva de homens e mulheres, introduziu na Lei orgânica de regime eleitoral geral, entre outros preceitos, um novo artigo 44 bis, no que se dispõe que as candidaturas que se apresentem às eleições ao Congresso, municipais, autonômicas e europeias “deverão ter uma composição equilibrada de mulheres e homens, de forma que no conjunto da lista os candidatos da cada um dos sexos suponham no mínimo quarenta por cento.” Aqui não se está ditando uma norma dirigida apenas às mulheres, reservando-lhes uma quota, senão uma norma dirigida a homens e mulheres, regulando determinado equilíbrio entre ambos os sexos. Mas, ao mesmo tempo, não cabe dúvida de que se está assegurando, e essa é a finalidade última da lei, ao menos uns quarenta por cento de presença às mulheres, tradicionalmente infrarrepresentadas nas listas. É, portanto, em última instância, uma medida de discriminação inversa, não obstante sua formulação neutra (sobre esta questão podem ver-se as SSTC 12/2008 – que proclama a constitucionalidade do artigo 44 bis LOREG e 13/2009, bem como o voto particular concorrente do magistrado Pérez Tremps nesta última).

Não devem se confundir as medidas de discriminação inversa com as normas protetoras que se baseiam implicitamente na consideração de um grupo ou coletivo como inferior ou mais débil que outro e que por isso lhe submetem a um regime protetor que não faz mais que perpetuar a situação de desigualdade desse grupo. Por exem-

plo, a STC 229/1992, examinava a proibição pela que se impedia às mulheres o trabalho no interior das minas, o reservando unicamente aos homens, em atenção à periculosidade para a saúde de dito trabalho. Aqui não se está ante uma norma favorecedora da igualdade real, senão ante um tipo de medidas que, como diz o Tribunal

[...] ainda que historicamente respondessem a uma finalidade de proteção da mulher [...] supõem reforçar ou reforçar uma divisão sexista de trabalhos e funções mediante a imposição às mulheres de limites aparentemente vantajosos, mas que lhes supõem um impedimento para seu acesso ao mercado de trabalho. Em muitos casos esta legislação originariamente protetora responde a preconceitos, a opiniões preconcebidas, que têm um papel importante na formação e manutenção de discriminações. Neste caso esse preconceito é a menor fortaleza física e maior debilidade da mulher em relação ao varão.

### 3.5 A IGUALDADE NA APLICAÇÃO DA LEI

#### 3.5.1 Conceito

Se a noção de igualdade na lei remete ao exame do conteúdo da norma para ver se nela se trata de modo igual ou diferente a seus destinatários e se isso está ou não justificado, a noção de igualdade na aplicação da lei exige dar um passo a mais e examinar como a norma, independentemente de seu conteúdo, é aplicada por aqueles que estão chamados ao fazer: em concreto, a Administração e o Poder Judicial. Corresponderá examinar, deste ponto de vista, se a mesma norma tem sido aplicada de modo diferente em casos iguais, ou se pelo contrário o aplicador aplicou-a de modo diverso, e por que razões.

### 3.5.2 Pela Administração

A Administração deve tratar igual a quem se acha em situações igual, e também neste caso quem pretende sustentar que se quebrou dita regra deve contribuir o termo de comparação que o demonstre, isto é, um caso precedente em que se tenha tratado a outro, em igual situação que o agora reclamante, de um modo diferente a como se tratou a este.

Mas é importante destacar que nem em todos os casos a invocação de um precedente será suficiente, pois além da igualdade objetiva de situações deverá ocorrer o que o TC tem denominado “igualdade de cobertura jurídica” dos precedentes invocados a respeito da atuação que se combate. Assim, a STC 62/1987 estabelece que um precedente administrativo não confirmado posteriormente por uma resolução judicial “não pode prevalecer em frente ao que tem obtido a força que gera a sanção judicial”, de modo que “a mudança de critério administrativo carece de relevância jurídica quando este é confirmado por resoluções dos tribunais, que são os competentes para realizar a interpretação e aplicação da legalidade ordinária.” Portanto, que a administração tivesse aplicado primeiro a norma de uma determinada maneira e após outra não permitirá invocar uma ruptura da igualdade na aplicação da lei, no caso de que a segunda maneira de aplicar a norma tenha sido dada por boa pelos tribunais, confirmação que não tem recebido a primeira, que por isso não goza da “cobertura jurídica” que tem a posterior.

### 3.5.3 Pelo Poder Judicial

Os juízes não estão vinculados ao precedente, nem têm proibido mudar sua doutrina sobre determinada questão quando tenha razões suficientes para fazê-lo. Do que se trata é de que tal mudo não seja arbitrário ou não seja realizado somente referente a um caso singular, pois em tais casos se gerará discriminação. Por isso, a jurisprudência constitucional, em reiteradas ocasiões, tem

especificado o conjunto de requisitos que devem acontecer necessariamente para que uma mudança de critério na aplicação de uma norma por um juiz não resulte atentatória contra o princípio de igualdade na aplicação da lei.

Seguindo a STC 13/2004, que sistematiza a jurisprudência anterior, pode-se comprovar que o Tribunal exige:

- a) Em primeiro lugar, que se contribua o *tertium comparationis*, ao que já se fez referência, em forma de resolução judicial anterior que permita comprovar que ocorreram soluções diferentes a casos substancialmente idênticos.
- b) Em segundo lugar, a alteridade: tal resolução prévia deve ser alheia a quem agora reclama. A sentença fala por isso de existência de alteridade nos pressupostos contrastados, porquanto não se admite “a comparação consigo mesmo.”
- c) Em terceiro lugar, a identidade de órgão judicial. As resoluções a comparar devem ter sido emitidas pelo mesmo órgão, em sentido estrito, de maneira que se exige: “não só a identidade de sala, senão também a de seção”. Isso permite valorizar “se a divergência de critério expressada pelo julgador é fruto da liberdade de apreciação do órgão jurisdicional no exercício de sua função julgadora [...], consequência de uma diferente ponderação jurídica dos pressupostos submetidos a sua decisão, ou uma mudança de valoração do caso puramente arbitrário, carente de fundamentação suficiente e razoável.” Em definitiva, somente é possível comparar atuações diversas do mesmo órgão, o que, como se vê, restringe bastante a aplicação desta vertente da igualdade.
- d) Por último, exige-se argumentação, e a vocação de perdurar do novo critério: como se disse, do que se trata não é de que um órgão judicial não possa mudar de critério, estando condenado a seguir para sempre o que tivesse empregado no passado, senão de que se muda,

tem do fazer de modo fundamentado, e não para uma sozinha vez. Por isso exige o Tribunal: “uma argumentação fundamentada” da mudança de critério, “que justifique que a solução dada ao caso responde a uma interpretação abstrata e geral da norma aplicável, e não a uma resposta *ad personam*, singularizada.” Justificativa que também se admite que não vingue explicitada expressamente sempre que possa “deduzir de outros elementos de julgamento externos que indiquem uma mudança de critério, como poderiam ser posteriores pronunciamentos coincidentes com a linha aberta na sentença [que mudou de critério].”

Em definitivo, como expõe a STC 27/2006,

[...] o que proíbe o princípio de igualdade em aplicação da Lei é a mudança irreflexiva ou arbitrária, o qual equivale a manter que a mudança é legítima quando é fundamentada, razoável e com vocação de futuro; isto é, destinada a ser mantida com certa continuidade com fundamento em razões jurídicas objetivas que excluam todo significado de resolução *ad personam*, sendo ilegítimo se constitui tão somente uma ruptura ocasional em uma linha que se vem mantendo com normal uniformidade antes da decisão divergente [e] que se continua com posterioridade.

### 3.6 A IGUALDADE NA ILEGALIDADE

Não cabe alegar o princípio de igualdade quando o que se pretende é ser tratado igual que outro que gozou de um trato contrário às normas. Caso contrário, quando os poderes públicos, por negligência ou má-fé, tomassem uma decisão (por exemplo, em uma sentença, ou em um ato administrativo) contrária ao Direito, se geraria de cara ao futuro uma espécie de direito em favor de qualquer a que se vulnere em seu favor a mesma norma. A STC 51/1985 explica-o de modo claro: quando a lei é infringida ou in-

devidamente aplicada, se tivesse de se aplicar daqui por diante o princípio de igualdade, “se chegaria inexoravelmente ao resultado de que ficassem impunes quaisquer condutas ilícitas, pela mera razão de que outros culpados de fatos análogos não tivessem sido sancionados [antes], o que é inadmissível, pois, do ponto de vista jurídico, toda falta deve acarretar a sanção correspondente, e se isto não ocorre em alguns casos, o reprochable não é que se sancione ao posterior culpado, senão que não se tivesse sancionado aos que o foram antes.” A desigualdade de tratamentos que possa gerar nestes casos “está meridianamente desligada da discriminação constitucionalmente proibida.”

### 3.7 A QUESTÃO DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DE IGUALDADE NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

A questão da vinculação dos direitos constitucionais nas relações entre particulares, seu alcance e seus mecanismos de proteção têm sido objeto tradicionalmente de debate doutrinal, especialmente desde que nos anos 1950 do século passado a doutrina e a jurisprudência alemãs começaram a discutir sobre a *Drittwirkung* (eficácia frente a terceiros) dos direitos.

A dúvida que se propõe em relação ao princípio de igualdade é a de se, estando as relações entre particulares regidas pelo princípio de autonomia da vontade (artigo 1255 do Código Civil), é admissível que tenham que submeter ao respeito do princípio de igualdade; isto é, se é tão aplicável aos particulares em suas relações entre eles como o é aos poderes públicos o mandato de tratar igual aos iguais e desigualmente aos desiguais ou se ao contrário o mencionado princípio de autonomia da vontade ampara que os particulares em seus negócios jurídicos privados não estejam sujeitos às regras derivadas do princípio de igualdade, salvo que tenha uma lei que assim o disponha expressamente.

A jurisprudência tem concluído que o princípio de igualdade não está unicamente dirigido aos poderes públicos, mas que

também é verdadeiro que os particulares não estão vinculados a ele de maneira igual como estão os mencionados poderes públicos em sua relação com os cidadãos. Por isso, tem considerado que o respeito ao princípio de igualdade “se impõe aos órgãos do poder público, mas não aos sujeitos privados, cuja autonomia está limitada só pela proibição de incorrer em discriminações contrárias à ordem pública constitucional, como são, entre outras, as que expressamente se indicam no artigo 14 CE” (STC 108/1988).

Em consequência, e salvo que uma norma disponha expressamente outra coisa, os particulares, quando estabelecem relações jurídicas entre eles (pense-se, por exemplo, em contratos de trabalho ou do âmbito civil) podem o fazer com que desejem, e lembrando (dentro do que o ordenamento permite) o que desejam, sempre que com isso não estejam discriminando pelas razões que enuncia o artigo 14 da Constituição (por exemplo: vulneraria o princípio de igualdade e incorreria em discriminação uma empresa que por igual trabalho pagasse menos a suas trabalhadoras que a seus trabalhadores). Trata-se, em definitivo, de uma questão na qual é preciso analisar caso por caso quando coincide uma discriminação proibida por tais razões e quando a autonomia da vontade ampara o trato desigual que não incorra em tal circunstância.

Do dito, não obstante, deve separar-se o caso, a cada vez mais frequente, dos particulares que exercem funções públicas (pense-se, por exemplo, em qualquer tipo de entidade privada colaboradora da Administração que realiza inspeções em nome desta: por exemplo, de veículos, de instalações ou no âmbito meio ambiental). Em tais pressupostos, ao tratar com os cidadãos destinatários de sua atuação, sua posição a respeito da observância do princípio de igualdade é equivalente à da própria administração para a que atuam.

## 4 AS PROIBIÇÕES DE DISCRIMINAÇÃO DO ARTIGO 14

### 4.1 CIRCUNSTÂNCIAS ENUNCIADAS NO ARTIGO 14

O artigo 14 contém uma enumeração aberta que, depois de se referir ao nascimento, raça, sexo, religião e opinião, acaba se referindo a “qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.” Como tem recordado a jurisprudência, o que com dita enumeração se pretende é realizar uma explícita proibição “de determinadas diferenças historicamente muito arraigadas e que têm situado, tanto pela ação dos poderes públicos como pela prática social, a setores da população em posições, não só desvantajosas, senão contrárias à dignidade da pessoa que reconhece o artigo 10.1 CE.” (STC 128/1987, entre outras).

Quanto a que deva se entender por “qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social”, a jurisprudência constitucional tem incluído nesta referência genérica circunstâncias, como a idade (SSTC 69/1991 e 37/2004), o parentesco (STC 79/1991), o ter contraído casal (STC 45/1989) ou, pelo contrário, o ter convivido mediante união de fato (STC 222/1992 ou 47/1993).

### 4.2 CONSEQUÊNCIAS DA PROIBIÇÃO

A consequência da proibição de discriminação fundada nas causas enunciadas não é (como já temos visto no item 3.4.3) a impossibilidade de realizar alguma diferenciação quando estas coincidam. O Tribunal, pelo contrário, em reiterada jurisprudência que sintetiza a STC 200/2001, tem admitido que “os motivos de discriminação que dito preceito constitucional proíbe possam ser utilizados excepcionalmente como critério de diferenciação jurídica [...], conquanto em tais pressupostos a regra de controle, ao julgar a legitimidade da diferença e as exigências de proporcionalidade resulta bem mais estrita, bem mais rigoroso o ônus de assegurar o caráter justificado da diferenciação.” Esse agravamento do rigor

com que terá de aplicar a regra de controle se manifesta em que “a diferença do princípio genérico de igualdade, que não postula nem como fim nem como meio a paridade”, isto é, que não obriga a tratar sempre igual senão que tolera a diferença de trato quando esta seja razoável, as proibições de discriminação contidas no artigo 14 da Constituição implicam *a priori* um julgamento de não razoabilidade de toda diferenciação estabelecida com base nesses critérios proibidos, de maneira que a possibilidade de diferenciar com base neles será admitida somente excepcionalmente, e quando se verificarem, de um modo mais rigoroso que no resto dos casos, os requisitos que, como se viu, devem se exigir para que o trato desigual seja admissível. Por conseguinte, a proibição de discriminação por razão de determinadas circunstâncias tem como primeira consequência a maior dificuldade (ainda que não impossibilidade) de diferenciar com base diretamente em tais critérios, pois o exame ou averiguação dos elementos que se anunciavam como constitutivos do teste de igualdade terá que ser mais estrito.

Ao mesmo tempo, é relevante assinalar também que se investe o ônus da prova: não é quem manifesta ter sido discriminado por alguma das circunstâncias do artigo 14 quem tem de provar dita discriminação, senão que é quem a nega (aquele a quem se acusa de ter discriminado) o que tem de provar que tal discriminação não coincide. Esta circunstância tem-se moldado também no regulamento: assim, o Real Decreto Legislativo 2/1995, que aprova o texto refundido da Lei de Procedimento Trabalhista, em seu artigo 96 dispõe que:

Naqueles processos em que das alegações da parte autora [isto é, demandante] se deduza a existência de indícios fundados de discriminação por razão de sexo, origem racial ou étnico, religião ou convicções, falta de capacidade, idade ou orientação sexual, corresponderá ao demandado a contribuição de uma justificativa objetiva e razoável, suficientemente provada, das medidas adotadas e de sua proporcionalidade.

## **5 OS DESENVOLVIMENTOS NORMATIVOS DO PRINCÍPIO DE IGUALDADE**

### **5.1 AS PECULIARIDADES DO DESENVOLVIMENTO NORMATIVO E A CONCORRÊNCIA PARA REGULAR A IGUALDADE**

Como já se indicou, a STC 76/1983 assinalava que a igualdade “não constitui um direito subjetivo autônomo, existente por si mesmo, pois seu conteúdo vem estabelecido sempre a respeito das relações jurídicas concretas” e que por isso “não pode ser objeto de uma regulação ou desenvolvimento normativo com caráter geral.” Não caberia, pois, uma espécie de lei geral sobre o direito à igualdade, que regule e desenvolva este direito com caráter universal, senão que é a cada lei concreta a que, ao regular um direito ou outro, e partindo das previsões constitucionais correspondentes, estabelecerá as prescrições necessárias para assegurar a igualdade na titularidade e no seu exercício. E isto não corresponderá sempre fazer ao legislador estatal, senão ao legislador competente em cada caso, sem que em modo algum possa se considerar que o artigo 149.1.1 outorga ao Estado um título para regular com caráter geral a igualdade dos cidadãos, senão unicamente que lhe permite introduzir certos elementos de igualdade, em relação aos direitos que o preceito se vincula, nos termos que se mencionaram no seção 2.4.

### **5.2 ÂMBITOS MATERIAIS DE PROJEÇÃO DA IGUALDADE**

Do anterior deduz-se que as normas reguladoras de cada direito incidirão direta ou indiretamente na regulação do alcance da igualdade. Não sendo possível uma lei geral de igualdade não significa que não o seja uma lei setorial de amplo alcance que tenha a consecução da igualdade em uma série de âmbitos como objetivo central de sua regulação. É o caso de normas como a Lei Orgânica

3/2007, para a igualdade de homens e mulheres, cujo artigo 1º descreve como objeto da lei

[...] fazer efetivo o direito de igualdade de trato e de oportunidades entre mulheres e homens, em particular mediante a eliminação da discriminação da mulher, seja qual for sua circunstância ou condição, em quaisquer dos âmbitos da vida e, singularmente, nas esferas política, civil, trabalhista, econômica, social e cultural [...], em desenvolvimento dos artigos 9.2 e 14 da Constituição [...]

A lei tem um alcance transversal, no sentido de que incide sobre uma multiplicidade de subsetores nos que, mediante diversas medidas, persegue a consecução da mencionada igualdade. No âmbito autonômico, praticamente todas as comunidades autônomas têm aprovado já leis com conteúdo e finalidade equiparáveis à anterior.

Também, com objeto mais concreto, várias leis autonômicas têm introduzido em sua respectiva legislação eleitoral medidas facilitadoras da paridade de sexos nas listas eleitorais, a semelhança do que, como se viu anteriormente, faz por sua vez a mencionada Lei orgânica 3/2007 reformando o artigo 44 bis da Lei orgânica do regime eleitoral general.

## REFERÊNCIAS

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Igualdad y Constitución Española*. Madrid: Tecnos, 2010.

GIMÉNEZ GLÜCK, David. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2004.

OLLERO TASSARA, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: CEPC, 2005.

RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Fernanda M. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986.

RUBIO LLORENTE, Francisco. La igualdad en la aplicación de la ley. In: GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (Ed.). *El principio de igualdad*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 47-56.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In: GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (Ed.). *El principio de igualdad*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 155-197.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. La igualdad en la diversidad. Forma de Estado y derechos fundamentales. Madrid: CEPC, 2012.

# ASPECTOS POLÍTICOS E CULTURAIS CONSTITUTIVOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS DO BRASIL<sup>1</sup>

Rogério Gesta Leal\*  
Daniela Menengoti Ribeiro\*\*

## 1 AS DEMARCAÇÕES CONCEITUAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

É possível concordar com as ideias defendidas por Sarlet<sup>2</sup> quando sustenta que os direitos fundamentais se apresentam hoje no sistema jurídico brasileiro – notadamente o constitucional – com

---

\* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito; Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor visitante da *Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires*; Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM); membro da Rede de Direitos Fundamentais (Redir) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em Brasília, DF; Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM) em Brasília, DF; membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira; Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; rleal@unisc.br

\*\* Doutora em Direito – Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com período de pesquisa (Doutorado sanduíche) na *Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne*; Mestre em Direito – Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora e pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; daniela.menengoti@gmail.com

<sup>1</sup> Este ensaio é fruto do projeto de pesquisa intitulado *A decisão judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos direitos fundamentais*, desenvolvido com o Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, bem como com o Grupo de Pesquisa sobre Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, desta Instituição.

<sup>2</sup> Sarlet (2007, p. 73). O autor adverte, também, que esse catálogo de direitos fundamentais aberto, que vige com o sistema jurídico brasileiro, não pode ser confundido com uma espécie de supercodificação em face ao restante dos orde-

parâmetros hermenêuticos e valores superiores da ordem constitucional e jurídica do país, e reforçados tanto pelas suas disposições do art. 5º, § 1º e 3º, em face de sua autoaplicabilidade, bem como pelo disposto no seu art. 60, § 4º, outorgando-lhes condição de cláusulas pétreas, impedindo sua supressão ou erosão.

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, isso em face tanto da ausência do que se poderia chamar de uma *vontade de constituição*,<sup>3</sup> ou *patriotismo constitucional*,<sup>4</sup> 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 à medida 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 por meio de 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? Esse é um debate contemporâneo no país.

De qualquer sorte, em face do debate filosófico, político e jurídico dos direitos fundamentais no Brasil, um dos grandes desafios a ser enfrentado é o do âmbito da concretização destes direitos, que envolve, inevitavelmente, pressupostos e requisitos de múl-

---

mentos jurídicos, mas deve ser analisado considerando a unidade da Constituição (SARLET, 2007, p. 82).

<sup>3</sup> Como quer Hesse (1991).

<sup>4</sup> Sternberger (2002, p. 106 e ss.).

tiplas variáveis (econômicas, orçamentárias, de políticas públicas, deliberações parlamentares, ações do Poder Executivo, etc.). Tais fatores têm impulsionado alguns desdobramentos teóricos e práticos na abordagem destes direitos, entre os quais se destaca a reflexão sobre as condições e possibilidades de realização das chamadas *posições normativas fundamentais constitucionalizadas*.

Há consenso entre os autores no sentido de que, para poder ser realizado qualquer direito, ao menos na perspectiva dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos e operando com a lógica da *Teoria da Argumentação Jurídica*,<sup>5</sup> importa contar com razões válidas *prima facie*.<sup>6</sup>

Não se pretende compreender o sistema jurídico tratando o direito enquanto objeto independente que pertence à esfera do normativo, atribuindo-lhe à condição de disciplina autônoma, que deverá ser construída e se manter afastada de todo e qualquer outra disciplina com objetos alheios e heterogêneos a ela,<sup>7</sup> o que caracteriza a noção de sistema em Kelsen<sup>8</sup> como um corpo fechado e autossuficiente de normas jurídicas encadeadas por competências originárias e delegadas, a partir da norma fundamental-constitucional. Neste sistema, as infiltrações de outras ambiências de sistemas (político, cultural e econômico) não ocorrem, haja vista a

---

<sup>5</sup> De pronto se afirma que a premissa de qualquer direito ou discurso sobre direitos não pode prescindir da perspectiva posicional que sujeitos de direito ocupam dentro do sistema político, social e econômico ao qual pertencem. Remete-se essa discussão à abordagem feita por Arango (2005, p. 298 e ss.).

<sup>6</sup> Corrobora-se das afirmações feitas por Young (2004, p. 49 e ss.), no sentido de que os direitos são relações e não coisas; são posições normativas definidas institucionalmente que especificam o que as pessoas (não) podem fazer em sua relação com seus semelhantes, formas e sanções em face desse agir ou omitir. Por essa razão, estas posições normativas resultam de imputações de *status* deôntico às razões válidas (direito *prima facie*) de comportamentos e condutas sociais que permanentemente dependem do reconhecimento legitimador dos sujeitos envolvidos e do sistema ordenado. Tal reconhecimento reforça a assertiva de que tais posições normativas são sempre também o resultado de processos argumentativos morais e jurídicos.

<sup>7</sup> Como na perspectiva kelseniana, tratando o objeto da ciência do direito como uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regula o comportamento humano.

<sup>8</sup> Conforme os textos de Kelsen (1989) e Kelsen (1984).

especificidade de comunicação formal deles com o direito (espaço do processo legislativo), apresentando-se, pois, como axiomático, no sentido mais arbitrário possível do termo.

Ao revés dessa perspectiva, entende-se o sistema jurídico como uma ordem racional, concatenada e lógica de normas jurídicas (posições normativas), que não perde em momento algum sua performática natureza política e plural, sempre voltada à integração dos seus elementos constitutivos, todos vinculados pelas razões de justificação e fundamentação previamente dadas pelo plexo axiológico-normativo que informa o próprio sistema, e as relações sociais a que se destinam e das quais se originam, por meio de processos transmutacionais de sentimentos, interesses e necessidades em princípios e regras validamente cogentes.<sup>9</sup>

Mas como se constituem as razões de justificação e fundamentação válidas suficientes sustentadoras das posições normativas em geral (fundamentais e constitucionais em particular)?<sup>10</sup>

Em primeiro plano, concorda-se com Arango,<sup>11</sup> que se uma posição normativa é também uma posição constituída por um sistema ordenado de normas, haverá de existir argumentos de justificação e fundamentação extraídos do próprio sistema (formais). Tais argumentos, por sua vez, constituídos que estão por elementos axioló-

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, ver o trabalho de Marcic (1998, p. 109 e ss.). Ver igualmente Leal (2002). Lembra Arango (2005, p. 303) que “[...] mediante razones válidas, los sentimientos, intereses o necesidades son elevados a posiciones normativas. Este cambio de niveles solo puede garantizarse por medio de reglas constitutivas que tornan los enunciados sobre emociones, intereses y necesidades (hechos brutos) en razones válidas (hechos institucionales).”

<sup>10</sup> Isso se aplica de forma direta na doutrina abalizada dos Direitos Fundamentais no Brasil; para Sarlet (2007, p. 107), há um conceito preliminar de Direitos Fundamentais em sentido material, como aqueles que, por sua substância (conteúdo) e importância, possam ser equiparados aos constantes do catálogo formal de direitos fundamentais. Tais direitos seriam decorrência de operação hermenêutica, ao que Alexy chama de “[...] direitos fundamentais interpretativamente deduzidos.” A questão aqui é sabermos quais os critérios e pressupostos para demarcar a importância da substância do direito envolvido, quem os determina, etc? Como definir tais questões? No meu juízo esses problemas devem ser enfrentados a partir de procedimentos argumentativos publicamente controláveis, o que vou explorar mais tarde.

<sup>11</sup> Sarlet (2007) e Arango (2003).

gicos positivados, objetivos e finalidades a serem alcançados e ordenados no âmbito do próprio sistema normativo, formam um código linguístico próprio – mas não necessariamente fechado, haja vista a natureza plural e aberta dos seus signos formativos (soberania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político, sociedade justa, livre e solidária,<sup>12</sup> desenvolvimento nacional etc.) –, demandando, pois, processos interpretativos de atribuição de sentido permanentes.<sup>13</sup>

Associado a essas razões válidas para justificar direitos subjetivos definitivos (individuais, coletivos, transindividuais, individuais homogêneos e públicos incondicionados), mister é que se constituam mecanismos de enfrentamento destes direitos entre si, pois é em tal situação (em cada caso concreto) que vamos ter a necessidade de densificação material dos interesses e bens envolvidos e o cotejamento das condições e possibilidades das suas efetivações. Então a conclusão acertada de Arango no sentido de que a adequação das razões válidas para justificar um direito somente pode ser determinada por meio do equilíbrio entre os argumentos a favor e contra em cada caso. Tal é, em suma, o caráter deontológico dos direitos: eles podem ser definidos apenas por ponderação e razão suficiente, não por razões pragmáticas ou de conveniência.

*La suficiencia de las razones válidas para justificar un derecho definitivo, sólo puede determinarse balanceando las razones a favor y en contra en cada caso concreto. Tal es, en definitiva, el carácter deontológico de los derechos: estos pueden ser delimitados únicamente mediante la ponderación*

<sup>12</sup> Destaca-se aqui a assertiva de Arango (2005, p. 316) no sentido de que “[...] el derecho moderno parte de una premisa: la autonomía de la persona. Este principio implica otros dos: el principio de la responsabilidad personal y el principio de subsidiariedad. La familia, la comunidad nacional o la comunidad humana son posibles obligados subsidiarios cuando el peso de las cargas es de tal dimensión (deberes superogatorios) para el individuo o el grupo, que no sea razonable exigir su cumplimiento.”

<sup>13</sup> Sarlet (2007, p. 93) destaca, e com ele se concorda, que, no caso brasileiro, nossa Constituição, ao reconhecer como direitos os decorrentes do regime e dos princípios, consagrou a existência dos direitos fundamentais não escritos, que podem ser deduzidos pela via da hermenêutica e da interpretação (chamada por ele de extensiva, o que demanda mais detalhamento), a partir daquilo que está previsto no catálogo formalmente fundamental.

*de razones válidas y suficientes, no mediante razones pragmáticas o de conveniencia.*<sup>14</sup>

Ao lado dessas questões fundacionais, em face do consenso de que os direitos fundamentais se revestem de autoaplicabilidade diante de sua importância em todo o sistema normativo, há ainda a convicção de que estes (individuais e sociais) dependem sempre e em certa medida de ações prestacionais – os individuais demandam infraestrutura de garantias e os sociais prestações concretizantes –, razão pela qual apresentam o problema de definir como irão se cumprir e quem está obrigado ao seu cumprimento (e em que medida), ao mesmo tempo que também se problematiza o fato de que eles não configurariam um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam tratamento uniforme, mas um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, direito discriminatório com propósitos compensatórios de relações sociais de exclusão social.<sup>15</sup>

Tem-se que enquanto os níveis de validade e vigência dos direitos fundamentais foram bem constituídos até aqui – notadamente diante de sua internalização cogente aos sistemas normativos dos Estados Nacionais –, a sua eficácia igualmente tem ganhado atenção no intento de ser aumentada em máxima extensão, todavia, avaliando-se como isso é possível, quem é competente para fazê-lo e com que procedimentos, isso porque tais posições normativas definitivas (*prima facie*) demandam condições objetivas (caso concreto) capazes de elucidar/resolver a indeterminação do conteúdo abstrato estatuído, a partir exatamente de critérios e razões públicas justificatórias e fundamentais do seu atendimento (judicial, administrativo e legislativo).

Por tais razões é que não se pode imaginar uma radical subjetivação exauriente dos conteúdos objetivos dos direitos fundamentais sociais, pois se afigura complexo imaginar que cada dever objetivo deva ser absoluta e permanentemente subjetivado, mas otimizado em face das circunstâncias que o constituem como dever não isolado

---

<sup>14</sup> Arango (2005, p. 309).

<sup>15</sup> Verificar nesse ponto a abordagem pontual de Faria (1994).

do seu entorno de aplicação/concreção. Tal otimização indica que a subjetivação se apresenta unicamente como um mandato *prima facie* que, em caso de colisão, reclama por uma delicada ponderação.<sup>16</sup>

Uma das formas para enfrentar o problema da indeterminação da posição normativa definitiva – direito subjetivo –, é a atribuição da urgência de uma situação ponderando-se o que poderia acontecer se a necessidade demandada não fosse satisfeita, utilizando-se, para tanto, argumentos contrafáticos (as consequências empíricas decorrentes da situação cotejada), considerando, inclusive, a advertência de Luhmann<sup>17</sup> de que o direito enfrenta hoje uma quantidade de expectativas normativas que se afiguram como *pretensões de direito* (subjetivas), fora das quais dificilmente se poderia ter valorações mensuráveis, razão pela qual a função do processo de decisão jurisdicional (constitucional) consiste, não raro, na *seleção do direito* em face da dignidade da pessoa humana.

Segundo Habermas,<sup>18</sup> o processo de atribuição de sentido às próprias necessidades deve observado a cabo mediante os termos de uma linguagem pública cooperativamente veiculada em debates que valorem equilibradamente e com razões de justificação e fundamentação controláveis o maior número de pretensões de validade e correção possíveis (os direitos humanos e fundamentais de toda a sociedade, por exemplo).

Tais argumentos contrafáticos induzem à aplicação do princípio da desigualdade de trato, justificado por situações de diferenciação social que se impõem no cotidiano das comunidades espacial e temporalmente localizadas, a partir da explicitação de razões justificatórias e fundamentalizantes capazes de serem controladas publi-

---

<sup>16</sup> Queiroz (2010, p. 90). Por certo que se aceita a perspectiva alexyana de ponderação de argumentos na densificação material de direitos.

<sup>17</sup> Luhmann (2001, p. 111) lembra que a função dos Tribunais, por exemplo, em face das características que atribui aos sistemas jurídicos contemporâneos é a de desparadoxizar estes pela via da interpretação e do poder judiciais, exercendo importante função de moderação e legitimação das decisões tomadas pelo Legislativo, sem representar qualquer distorção da vontade popular.

<sup>18</sup> Habermas (2000).

camente. Isso implica o reconhecimento de que as possibilidades de respeito e concretização dos direitos sociais fundamentais dependem da correspondente concepção política que se atribui a tais direitos, até porque certo grau mínimo de realização deles é necessário inclusive para viabilizar a prática de outros direitos.

Tal contexto foi bem apanhado por Rawls,<sup>19</sup> no sentido de que esse universo de diversidades culturais, sociais, religiosas e políticas gera uma *pluralidade de esferas particulares de valores*, que põem em causa a universalidade do consenso constitucional pressuposto, demandando o que o autor americano nomina da necessária equalização dos *desacordos razoáveis* das comunidades cada vez mais complexas e distintas, demandando não consensos pressupostos e unidimensionais (na forma da lei abstrata e geral), mas consensos intersubjetivos, ou por sobreposição (*overlapping consensus*), capazes de gerar o que pode ser chamado de *esferas públicas de valores compartilhados*, como base e fundamento da ordem jurídico-constitucional, exigindo de cada membro da comunidade dedicação e participação constitutiva na formatação e execução cotidiana destes consensos.<sup>20</sup>

A própria história da jurisdição constitucional americana, mediante a atuação da Suprema Corte, aponta quatro momentos distintos de sua atuação:

- a) Corte Vinsom (1946-1952), favorável à ponderação dos direitos fundamentais com o interesse público de preservar a repressão política;
- b) Corte Warren (1953-1968), que evita a ponderação para forjar uma jurisprudência constitucional a qual expande a força dos direitos fundamentais;

---

<sup>19</sup> Rawls (1993, p. 231).

<sup>20</sup> Tratei disso em meu livro Leal (2006). Esse debate trata igualmente da discussão sobre o reconhecimento da igualdade (em abstrato) como desigualdade (em concreto) no quadro das prestações do Estado Social, segundo a fórmula dworkiana de uma *igualdade preferente* (DWORKIN, 2000), igualmente abordado com Cohen (2000), ou a fórmula contemporânea de um *direito igual à desigualdade* (ou diferença), na abordagem de Denninger (1994, p. 110).

- c) Corte Burger (1969-1985), que torna a recorrer à ponderação para revitalizar formas de controle da força progressiva dos direitos fundamentais;
- d) Corte Rehnquist (1986 até 2005), na qual a maioria conservadora quer restituir o predomínio da jurisprudência mecânico-formalista, com refutação ontológica da ponderação, recorrendo de forma mais frequente ao *original intent*.<sup>21</sup>

O debate ganha destaque quando aborda as noções de justiça distributiva e compensatória, considerando a primeira como responsável pela distribuição de bens e encargos – ajuda social e impostos, enquanto a segunda se apresenta como relação entre castigo e culpa, dano e restituição, prestação e contraprestação, passando a serem cotejadas para o atendimento maximizado dos Direitos Fundamentais Sociais. Estas noções serão importantes para auxiliar a reflexão e a ação sucessivas de efetivação destes Direitos, chegando Alexy a afirmar que a justiça é o critério de avaliação mais importante para julgar o correto da distribuição e o equilíbrio, pois quem afirma que algo é certo significa que pode se justificar. A relação intrínseca entre a justiça e a justificação abre a porta para a teoria discursiva da justiça.<sup>22</sup>

Assim é que, diferente de Arango,<sup>23</sup> para quem a justiça distributiva tem protagonismo social e histórico no âmbito dos Direi-

<sup>21</sup> Pereira (2006, p. 260).

<sup>22</sup> Tradução livre do original: “[...] *la justicia es el criterio de valoración más importante para juzgar lo correcto de la distribución y el equilibrio, pois quien afirma que algo es correcto, implica que puede justificarse. La relación intrínseca entre justicia y justificación abre la puerta a la teoría discursiva de la justicia.*” (ALEXY, 2002, p. 332). Nesse ponto, Torres (1997, p. 144) sustenta que “[...] Höffe formulou com clareza o conceito de justiça pública, que para ele é o contrário da “justiça pessoal” (*personal Gerechtigkeit*), derivando do direito e do ordenamento estatal (*Staatsordnung*). A justiça é política porque depende das instituições e, sobretudo, da Constituição. A justiça na modernidade parte do pressuposto da justiça das formas do Estado e da organização estatal da sociedade.”

<sup>23</sup> Arango (2005, p. 341).

tos Fundamentais Sociais, deve haver um necessário balanceamento entre esta e a justiça compensatória, uma vez que, constituídas as possibilidades de exercício de direitos e dos direitos propriamente ditos, mister é que se conte com ferramentas e instrumentos que possam garantir constância a eles – atribuindo responsabilidades e sanções por suas violações.

Mas como se tem projetado no campo da *Teoria da Constituição*, da *Teoria dos Direitos Fundamentais* e da *Teoria da Democracia*, efetivamente, essas noções da justiça distributiva e compensatória em nível de direitos humanos e fundamentais? É o que se passa a examinar a partir de agora.

## 2 AS NOÇÕES DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E COMPENSATÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história mais recente tem revelado que os Direitos Fundamentais Sociais se apresentam como direitos a prestações (atividades positivas de Estado), a despeito de serem também aqui albergados os chamados *direitos de natureza negativo-defensiva*<sup>24</sup> como o direito à iniciativa privada, o direito de propriedade privada, que não carecem, como tal, de conteúdo prestacional, mas demandam toda uma estrutura estatal de segurança pública que garanta a concretude destes direitos notadamente quando ameaçados.

Por tais razões é que – em face da infinitude das demandas sociais e da 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 destes direitos dos recursos econômicos existentes e, designadamente, relevar a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira. Esta cobertura não exclui, porém, a garantia de um mínimo social, que decorre, por sua vez, do princípio da *dignidade da pessoa humana*

---

<sup>24</sup> Como quer Baratta (2007, p. 49 e ss.).

como valor constitucional supremo. É com base nesse princípio constitucional que Canotilho<sup>25</sup> extrai, por exemplo, o reconhecimento da *garantia do rendimento mínimo*.

A abalizada doutrina brasileira tem aprofundado esta discussão de igual sorte, merecendo destaque a assertiva no ponto de Sarlet,<sup>26</sup> lembrando a tese de Alexy,<sup>27</sup> no sentido de que apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária e se tiver como consequência uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais, ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo à determinada prestação social. Tenha-se presente que há um pressuposto teórico por detrás dessa aceção, apresentado pelo próprio autor alemão, quando sustenta que a universalidade dos direitos fundamentais torna imperativa sua limitação, eis que atribuídos a todas as pessoas, afigurando-se, em face disso, ser impossível a fruição de todos eles por todos ao mesmo tempo, sendo necessária uma disciplina ordenadora que viabilize suas harmonizações.

---

<sup>25</sup> Canotilho (1999, p. 451) adverte que é preciso ter critérios firmes na garantia dos Direitos Fundamentais Sociais, como: a) uma interpretação das normas legais conforme a Constituição social, econômica e cultural, por exemplo; em caso de dúvida sobre o âmbito da segurança social, deve seguir-se a interpretação mais conforme à realização efetiva destes Direitos, a uma sua “efetividade ótima”; b) a inércia do Estado pode ceder lugar à inconstitucionalidade por omissão, considerando-se que as normas constitucionais consagradoras desse tipo específico de direitos implicam a inconstitucionalidade de normas legais que não desenvolvam a realização do direito fundamental ou a realizem diminuindo a efetivação legal anteriormente atingida; c) e, por último, a proibição do retrocesso social (ou *evolução reacionária*), querendo, com isso, significar que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais” (v.g., de assistência social), o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Ver sobre o tema o trabalho de Barcellos (2002, p. 11-49).

<sup>26</sup> Adverte Sarlet (2007, p. 371-372) que: “[...] como se pode constatar nos exemplos referidos, a dependência, da realização dos direitos sociais prestacionais, da conjuntura socioeconômica é tudo menos pura retórica. Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para ao limites do real.”

<sup>27</sup> Alexy (1999, p. 160).

Nessa direção, vai Echavarría,<sup>28</sup> ao sustentar que os direitos fundamentais são constitucionalizados como um conjunto, e não isoladamente, o que implica reconhecer o cenário complexo e plural no qual estão inseridos e a necessidade de compatibilizá-los com o universo correspondente de garantias existentes, em nome exatamente da integridade do sistema jurídico.

É essa compreensão que autoriza o entendimento de que não existe relação necessária entre o conceito de direito fundamental e o de restrição a tal direito, isso porque os elementos restritivos se impõem por uma necessidade externa ao sistema jurídico, no sentido de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos bem como os direitos individuais e os bens coletivos.<sup>29</sup>

A experiência norte-americana, em um dos seus mais sólidos fundamentos e tradições, que são os direitos civis e políticos, admite a possibilidade de restrição exógena de alguns destes direitos em situações-limite:

*Most civil and political rights are not absolute. They are in some cases overridden by other considerations and rightly set aside in those cases. For example, some civil and political rights can be restricted by public and private property rights by restraining orders related to domestic violence, and by legal punishments. Further, after a disaster such as a hurricane or earthquake free movement is often appropriately suspended to keep out the curious, to permit Access of emergency vehicles and equipment, and to prevent looting. The International Covenant on Civil and Political Rights permits rights to be suspended during times “of public emergency which threatens the life of the nation” (article 4). But it excludes some rights*

---

<sup>28</sup> Echavarría (1991, p. 112).

<sup>29</sup> Aqui vale a advertência de Pereira (2006, p. 153), no sentido de que para a chamada Teoria Externa dos Limites aos Direitos Fundamentais, a autonomia externa das pessoas é tida como valor fundamental não ilimitado, eis que pode ser restringida na medida necessária à preservação das liberdades dos outros e de valores comunitários, razão pela qual “Se diferencia da filosofia liberal mais radical, que entende que os direitos individuais só podem ser restringidos por outros direitos individuais, mas não por valores comunitários”, como querem Rawls (2000, p. 348), Niño (1992, p. 481), Dworkin (1978, p. 364 e ss.) e Waldron (1990, p. 153-167).

*from suspension including the right to life, the prohibition of torture, the prohibition of slavery, the prohibition of ex post facto criminal laws, and freedom of thought and religion.*<sup>30</sup>

Quanto aos direitos sociais, concorda-se com o fato de que tal perspectiva

[...] contribui na demarcação de um claro limite ao reconhecimento de direitos originários a prestações sociais, de tal sorte que, mesmo em se tratando da garantia de um padrão mínimo (no qual a perda absoluta da funcionalidade do direito fundamental está em jogo), o sacrifício de outros direitos não parece ser tolerável.<sup>31</sup>

Porém, não é possível assentir que se outorgue compreensão restritiva ao catálogo formal de direitos fundamentais sociais constitucionalizados, haja vista o projeto político – presente e futuro – que eles representam, postos como objetivos e finalidades permanentes que todos devem perseguir, e não somente em situações de periclitación dos direitos que asseguram.

Por outro lado, mesmo como projeto de sociedade no presente e no futuro, os direitos fundamentais não demarcam de forma exaustiva a ordem social, deixando espaços para outros interlocutores agirem, representando um projeto civilizatório no qual, por ser democrático, cabem distintos programas de potencialização voltados à dignidade da pessoa humana, pautados por critérios materiais e substantivos que estão impondo certa racionalidade passível de ser controlada publicamente.<sup>32</sup>

Decorre daqui que aqueles direitos econômicos, sociais e culturais, garantidos por normas constitucionais, dispõem de vin-

---

<sup>30</sup> Nardullo (1992, p. 82). Ou seja, mesmo em situações-limite, cumpre notar que os chamados direitos fundamentais que constituem o núcleo duro da pessoa humana devem ser preservados, eis que dizem respeito à proteção da própria existência.

<sup>31</sup> Pereira (2006, p. 153).

<sup>32</sup> No ponto, ver o trabalho de Sanchís (2003). Dessa forma, ver o texto de Abramovich e Curtis (2002).

culatividade normativa geral, e, por isso, não se apresentam como meros apelos ao legislador, programas ou linhas de direção política. Como normas constitucionais, ao contrário, apresentam-se como parâmetros de controle social, administrativo e judicial permanentemente, e, principalmente quando, por exemplo, esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares que os restrinjam ou contradigam.<sup>33</sup>

Ocorre que esse *fórum da razão pública* rawlsiano,<sup>34</sup> além de fazer colocar em marcha o sistema jurídico em nível de solução de controvérsias, tem produzido discursos legitimadores na esfera da política constitucional e de seus objetos sociais, e esta é uma nova atribuição à judicatura que deve ser bem executada sob pena de excessos desestabilizadores das instituições democráticas, isso porque, se cabe efetivamente ao Judiciário demarcar, nos casos em que decide oficiosamente, valores e princípios constitucionais permanentes, hauridos do sistema jurídico como um todo, fora do quadro da luta política, não se acredita que isso possa ocorrer de forma *neutra e objetiva* como preconiza Rawls, com a limitação dos seus próprios valores sociais, haja vista que não são seres insensíveis à tradição e conjuntura que os identifica no tempo e espaço que ocupam.

Disso a importância de se ter presente a advertência de Habermas,<sup>35</sup> no sentido de que aceitar a racionalidade ilimitada da

---

<sup>33</sup> Queiroz (2010, p. 151). Em outro texto, a autora lembra que, por tais razões, “[...] os tribunais de justiça constitucional vêm assumindo, cada vez mais, de forma significativa, funções de legislador positivo, oportunidade em que a decisão do Tribunal Constitucional não se limita unicamente a suprimir o preceito legal contrário a Constituição, antes incorpora uma “nova” norma (“norma sub-constitucional”) na ordem jurídico-constitucional.” (QUEIROZ, 2000, p. 162).

<sup>34</sup> Rawls (1993, p. 231). Importa referir que não discordo da tese em si que sustenta essa argumentação, até porque, com Pisarello (2001, p. 92) tenho que a Constituição e o Constitucionalismo hodiernos precisam ser compreendidos como “[...] instrumento de auto-contención política, económica y ecológica de desaceleración de la acumulación de poderes y de reconstrucción de la solidaridad entre los miembros más vulnerables de la sociedad.” O problema é demarcar, mesmo que genericamente, quais são os limites e a extensão dessas competências no âmbito operacional do cotidiano.

<sup>35</sup> Habermas (2000, p. 283). Novamente Bercovici (2008, p. 157), de forma percuciente, sustenta que, nessa linha de argumentação, “[...] os juízes, e não

decisão judicial como objetiva e neutral pressupõe uma racionalidade distinta da do legislador (associada a interesses e objetivos ideológicos e de determinada concepção de mundo e sociedade, construída no embate cotidiano da arena política), mas que tem legitimidade para atribuir, no caso concreto, sentidos e possibilidades normativas, o que transforma o discurso jurídico em discurso legislativo, sem, entretanto, passar pela mesma arena democrática de deliberação pública.

Exemplificação disso é a experiência de alguns países no Ocidente que, preocupados em evitar expropriações jurisdicionais extremadas de competências dos demais poderes e da própria Sociedade Civil, ameaçando com isso as instituições da *democracia representativa*, têm-se utilizado de controles mais preventivos e que possibilitem a revisão de comportamentos violadores de direitos, como no direito francês,<sup>36</sup> ou recomendações jurisdicionais ao legislado, instando-o para que, em um determinado prazo, enfrente a ausência ou retificações de normativas de casos em que se tenha concedido privilégios ou compensações insuficientes em matéria de direitos fundamentais, como na experiência italiana.<sup>37</sup>

No caso brasileiro de igual sorte tem-se desenvolvido esse tema, ao menos no plano informal, a partir de institutos como o do Mandado de Injunção<sup>38</sup> – art. 5º, LXXI, da Constituição Federal –,

---

mais a política partidário-parlamentar vão se arrogar a função de concretizar a constituição [...] e isto porque [...] a supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o cume da soberania, da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Dessa forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano.”

<sup>36</sup> Tenzer (1998).

<sup>37</sup> Ferrara (2006, p. 44 e ss.) lembra dos institutos das sentenças de inconstitucionalidade sem nulidade integral de texto, na Alemanha; das sentenças aditivas de princípios, na Itália, todas resultando em vias alternativas à promoção do controle e efetivação de direitos fundamentais, impulsionando e expandindo, sem sufocar, o debate sobre quem são os atores responsáveis pela garantia destes direitos.

<sup>38</sup> O Mandado de Injunção está fundamentado nas disposições do art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, e na Lei n. 8.038/90, no seu art. 24, visando assegurar, coletiva ou individualmente, o exercício de um direito

e as próprias ações de inconstitucionalidade (sem redução de texto, por exemplo.)<sup>39</sup> Dessa forma, a jurisdição brasileira tem-se posicionado prospectivamente à proteção dos direitos sob comento, *ex vi*:

- a) O caso evidenciado pela Súmula n. 364,<sup>40</sup> do Superior Tribunal de Justiça, aprovada pela sua Corte Especial, ampliando as situações em que se pode usar a proteção do bem de família, em face da Lei n. 8.009, de 1990, que o define como o imóvel residencial do casal ou unidade familiar que se torna impenhorável para pagamento de dívida. O projeto que originou a nova súmula foi relatado pela Ministra Eliana Calmon e estendeu a proteção contra a penhora para imóveis pertencentes a solteiros, viúvos ou casados. Entre os precedentes da Súmula n. 364, estão os recursos especiais n. 139.012, n. 450.989, n. 57.606 e n. 159.851. Sob o ponto de vista econômico, é inevitável que a decisão do STJ trará ao mercado imobiliário verdadeira reeducação comercial e mercadológica;
- b) O caso do *Habeas Corpus* n. 76.874,<sup>41</sup> decidido pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Ministro Hamilton Carvalhido, sustentando

---

declarado pela Constituição, mas que, todavia, não é efetivamente gozado, visto que ainda pendente de norma infraconstitucional regulamentadora. Em tese, ele não cabe quando o direito não for garantido pela Constituição; contra a 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 nesse ponto).

<sup>39</sup> Dispondo a Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, em seu art. 27, que: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

<sup>40</sup> A súmula n. 364 tem a seguinte redação: “[...] o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.” Atuou aqui o STJ como legislador positivo, eis que ampliou o próprio objeto da Lei Federal n. 8.009/90.

<sup>41</sup> A decisão extinguiu, por falta de justa causa, a ação penal que condenou o ex-dono de uma casa noturna à pena de um ano e dois meses de reclusão por estelionato.

- que o cheque pré-datado, como ordem de pagamento à vista, emitido sem fundos, não caracteriza ilícito penal qualquer, uma vez que, aquele que recebe título para desconto futuro, à falta de provisão de fundos em poder do sacado no tempo da emissão, não está sendo induzido nem mantido em erro, mas aceitando promessa de pagamento futuro, sendo, pois, sujeito passivo, pura e simplesmente de obrigação descumprida, matéria que tem de ser solvida na área cível. São grandes os impactos dessa decisão para as relações comerciais tradicionais até então vigentes no país, haja vista que a caracterização do cheque como título de crédito de pagamento mediante apresentação vinha reforçando a figura típica do estelionato como verdadeira forma de pressão à sua liquidação por parte do emitente;
- c) O caso do direito social à greve dos servidores públicos, abordados pelos Mandados de Injunção 670, 708 e 712<sup>42</sup> com o Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que a Egrégia Corte se manifestou no sentido de estender ao funcionalismo à Lei de Greve do setor privado (Lei Federal n. 7.783/89), haja vista a inexistência de Lei própria regulamentando a matéria. Ocorre que, em se aplicando tal dispositivo ao funcionalismo público, o que se fará é inibir consideravelmente as manifestações e reivindicações de milhares de trabalhadores, estimando o próprio Governo Federal que a aplicação da Lei no setor público acabará com 90% das greves, já que as regras autorizam o corte do ponto dos grevistas. O interesse público de continuidade de serviços indispensáveis à sociedade pode chegar a esse ponto de tolher o exercício de direito fundamental social?;

---

<sup>42</sup> O Plenário do STF decidiu, nesses Mandados de Injunção, por unanimidade, declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado.

- d) O caso do Recurso Especial n. 244.847, do Superior Tribunal de Justiça, julgado pela 3ª Turma dessa Corte, em que o Relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro declarou nula, por considerá-la abusiva, a cláusula de contrato de seguro-saúde que exclui expressamente o tratamento de doenças infectocontagiosas, no caso específico, a AIDS. Embora reconhecendo o relator que a jurisprudência do STJ seja tranquila no sentido de que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos anteriores à sua vigência, no caso concreto foi possível aplicá-lo, considerando que se trata de negócio celebrado por tempo indeterminado, com perspectiva de longa duração e com execução continuada. Essa decisão vai trazer, igualmente, impacto ao sistema de saúde no país;
- e) O caso do Recurso Especial n. 395.904,<sup>43</sup> julgado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do saudoso Ministro Hélio Quaglia Barbosa, no sentido de garantir a um homossexual o direito a receber pensão previdenciária pela morte do companheiro com quem viveu por 18 anos. A decisão considerou *discriminatório* pretender excluir parte da sociedade – àqueles que têm relações homoafetivas – da tutela do Poder Judiciário sob o argumento de não haver previsão legal para a hipótese. O Relator manteve o entendimento da segunda instância de que a Lei Federal de regência se preocupou em desenhar o conceito de entidade familiar contemplando a união estável, sem excluir as relações homoafetivas. Também a própria

---

<sup>43</sup> Esclareça-se que no recurso especial o INSS alegou que a Lei n. 8.213/91 foi afrontada pela decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgou o caso, uma vez que a norma atinente à espécie considera “[...] *companheira ou companheiro a pessoa que, mesmo sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada*”, não contemplando os homossexuais.

Constituição Federal não excluiu tais relacionamentos, deixando uma lacuna que deve ser preenchida a partir de outras fontes do direito. Aqui, a natureza constitutiva de direito sem o devido processo legislativo, trará, por certo, impactos incalculáveis à previdência social.

Correta, pois, é a conclusão de Queiroz (2010), ao sustentar que os direitos sociais fundamentais induzem *pretensões subjetivas jusfundamentais* em face tanto do Estado, quanto do âmbito das relações subjetivas privadas – eficácia horizontal dos direitos sociais – (densificados materialmente pelas regras constitucionais consagradoras dos direitos econômicos, sociais e culturais).

Segundo a autora,

O que ocorre, pura e simplesmente, é que o intérprete se encontra agora limitado, para além da “reserva do possível”, por “exigências metódicas mais exigentes” que o forcem a procurar uma “relação de adequação” entre o “texto da norma” e a “situação concreta” a que se aplica. Isto implica, entre outras coisas, a verificação da existência de recursos orçamentais e financeiros disponíveis que garantam a “efectividade óptima” desses direitos e pretensões no quadro de uma “liberdade de conformação” a favor do legislador.<sup>44</sup>

A jurista discorre exatamente sobre a dimensão eficaz destes direitos, à medida que a que se atentar para o fato de que as suas concretizações se relacionam a um universo de variáveis que se comunicam diretamente com tais possibilidades (orçamentárias,

---

<sup>44</sup> Queiroz (2010, p. 185). É muito feliz a advertência da autora no sentido de que a característica central do sistema jurídico situa-se agora na “[...] actividade judicial. É no poder judicial, na prática dos tribunais que o direito desenvolve a sua função de garantia da paz social. Na passagem do Estado de direito ao Estado social de direito, com efeito, o juiz não se limita unicamente a uma exegese puramente formal dos textos jurídicos, antes deve justificar (fundamentar) o significado da norma jurídica e pô-la em harmonia com a nova realidade social, voltando a desenvolver a antiga função de “mediador” entre grupos e interesses entre o direito e a justiça.” Ver também o texto de Cotta (1978, p. 23 e ss.).

econômicas, envolvendo políticas públicas de outros segmentos sociais e institucionais, etc.), razão pela qual ganham força as razões de justificação e fundamentação das decisões políticas ou judiciais que contemplam direitos (notadamente os sociais fundamentais), constituindo a argumentação que irá sustentar os dispositivos vinculantes e concretos dessas deliberações (políticas públicas concretas, partes dispositivas das decisões administrativas e judiciais, etc.).

Pode-se falar, então, sobre a natureza e eficácia *preceptiva* daquelas decisões, não meramente descritivas, eis que, mesmo naquelas que não acolhem direitos ou são meramente interpretativas da postulação de direitos, elas vão constituir um conjunto de direitos e princípios gerais (elaborados na fundamentação), outorgando justificação material às normas individuais e coletivas expressas no sistema jurídico vigente.<sup>45</sup> Por isso esta correta a assertiva de Queiroz,<sup>46</sup> ao sustentar que o núcleo da decisão (administrativa, legislativa ou judicial) sobre direitos – notadamente os fundamentais sociais –, o seu conteúdo normativo, não se encontra na conclusão (*decisium*), que possui os efeitos característicos de uma *res judicata*, mas nas razões de justificação e fundamentação que estão presentes nos argumentos que conduziram a esta. É nessa decisão assim concebida que se estabelece a *regra de direito*, que contém não apenas a deliberação sobre a validade ou invalidade da norma, mas ainda o raciocínio jurídico em que se baseou, genericamente, o *conteúdo relevante da norma*.

Entra exatamente aqui o problema da delimitação do âmbito dos Direitos Fundamentais Sociais – e suas restrições –, como

---

<sup>45</sup> Ver o texto de Guastini (2001, p. 113).

<sup>46</sup> Queiroz (2000, p. 169-203) vai reconhecer que a questão da ordenação dos direitos em caso de conflito prático implica problema de interpretação, devendo-se perguntar se o âmbito normativo do preceito em causa inclui ou não certa situação ou um modo concreto de exercício do respectivo direito, decorrendo disso, em sua opinião, a necessidade de delimitação de uma doutrina do *conteúdo essencial* (ou alcance central de aplicação dos direitos), exatamente com o fito de torná-los mais compatíveis uns com os outros, e para que se possa falar de restrições ao exercício de direitos (sob pena de arbitrariedades interpretativas destituídas de fundamentos racionais e jusfundamentais).

quer Canotilho e Moreira,<sup>47</sup> até como critério de proteção destes Direitos quando cotejados com as possibilidades de suas concretizações, necessitam ser viabilizados observando o universo de outros direitos que podem ser impactados com a solução do caso concreto, gerando o que se tem chamado de restrições ao *exercício* dos Direitos Fundamentais Sociais, ou seja, tais Direitos colocam quase sempre um problema quantitativo, relacionado ao fato de saber: quantos meios de subsistência? Quanta instrução? Quanto trabalho? Quanta (e que) habitação? *No limite, a questão constitucional refere-se estritamente a um problema de delimitação: como traçar os limites de um direito subjetivo sem violar o princípio da igualdade?*<sup>48</sup>

*E isso é assim em face das características especiais destes direitos, como bem lembra Canotilho,*<sup>49</sup> a saber e exemplificativamente, pela:

- a) graduação de sua realização;
- b) dependência financeira do orçamento do Estado;
- c) liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização de tais Direitos;
- d) por serem insuscetíveis de controle jurisdicional os programas político-legislativos, exceto quando se apresentam explicitamente inconstitucionais ou irrazoáveis.

Por certo que tal restrição não é puramente discricionária, mas está assentada na base normativa fundamentalizante da ordem constitucional e infraconstitucional, razão pela qual se afigura indispensável que os pressupostos de fato, e as consequências jurídicas das

---

<sup>47</sup> Canotilho e Moreira (2003, p. 152). Em outro texto, estes autores lembram que deve prevalecer, no âmbito da interpretação e aplicação do sistema normativo, atribuições de sentido que restrinjam menos os direitos fundamentais, que lhes deem mais proteção. No caso dos direitos de liberdade, essa regra equivale ao princípio *in dubio pro libertate*; no caso dos direitos de participação, significa que, na dúvida, deve-se optar pela participação mais ampla e mais intensa; no caso dos direitos sociais, traduz-se em eleger o sentido que em maior medida e para mais pessoas lhes der satisfação (CANOTILHO; MOREIRA, 2000, p. 146).

<sup>48</sup> Queiroz (2010, p. 67).

<sup>49</sup> Canotilho (1998, p. 42).

normas consagradoras de direitos fundamentais, sejam determinadas – no máximo possível – de forma a garantir validade, efetividade e vinculatividade desses direitos e pretensões no seu conjunto.

Em face disso, os autores portugueses alertam para os cuidados que se tem de ter sobre os limites imaneses não escritos dos direitos fundamentais, exigindo que, ao demarcá-los:

- a) A lei deve limitar-se a revelar ou a concretizar limites de algum modo presentes na Constituição. Não deve admitir-se a criação autónoma de limite supostamente imaneses;
- b) A definição desses limites deverá mostrar-se como único meio de resolver conflitos de outro modo insuperáveis entre direitos constitucionais de idêntica natureza;
- c) Essa limitação de direitos, em caso de conflito prático, deve ser reduzida ao estritamente necessário à superação do conflito.<sup>50</sup>

Disso decorre, inexoravelmente, o questionamento que Queiroz<sup>51</sup> apresenta de forma percuciente, envolvendo a natureza absoluta ou relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, perquirindo se a proteção de tais direitos somente ocorre a

---

<sup>50</sup> Canotilho (1998, p. 153). Advertem os autores ainda que “[...] deve-se ter presente que os limites imaneses não deixam de ser restrições ao âmbito do exercício dos direitos fundamentais. Tais limites não são originários. Surgem diante da necessidade de configurar ou compatibilizar direitos fundamentais com outros direitos ou princípios constitucionais.” Como contraposição a essa perspectiva, ver o texto de Gurrero (1996), no sentido de que toda a atividade legislativa reguladora dos Direitos Fundamentais somente pode ser de *delimitação*, ou seja, de fixação de seus contornos – ou limites internos –, uma vez que seus conteúdos constitucionais são intangíveis; que a atividade judiciária de interpretação não pode importar em restrições, ou afastamento de direitos, devendo-se limitar a buscar o enquadramento da situação fática posta em juízo na definição constitucional do direito. Nessa direção também o texto de Pereira (2006, p. 140 e ss.).

<sup>51</sup> Queiroz (2002, p. 213). Refere que as chamadas cláusulas restritivas dos direitos fundamentais devem efetivamente ser interpretadas restritivamente, pelo fundamento de que “[...] esta necessidade de interpretação restritiva das cláusulas restritivas dos direitos, liberdades e garantias, implica um teste forte de proporcionalidade, pois só a partir deste se poderá determinar, no caso, se uma restrição específica resulta ou não compatível com a natureza do direito em causa.”

conhecer em cada caso concreto, mediante uma ponderação de bens ou interesses concorrentes (conteúdo relativo), ou se, pelo contrário, possui substancialidade própria, delimitável e independentemente da colisão de interesses verificada no caso concreto (conteúdo absoluto).

### 3 A NATUREZA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Não há dúvidas de que a natureza dos Direitos Fundamentais Sociais é absoluta, em face do bem da vida que eles alcançam, indisponíveis e necessários ao exercício de uma vida digna, possibilitando ainda a efetividade dos direitos individuais em máxima extensão. O que ocorre, no particular, é que o processo de efetivação destes direitos pode possuir dimensões diferidas e exógenas, em face do universo de demandas e interesses igualmente protegidos juridicamente que potencialmente podem ser atingidos na espécie.<sup>52</sup>

Diante disso, Piovesan<sup>53</sup> tem dito que, se os direitos civis e políticos devem ser garantidos de plano pelo Estado e de pronto, em face de sua autoaplicabilidade, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, consoante o tratamento que lhes dão os documentos internacionais, *apresentam realização progressiva*.

Disso a advertência de Queiroz<sup>54</sup> no sentido de que, nesse tema, é preciso reconhecer que o Estado toma função nodal: pri-

---

<sup>52</sup> E com essa posição quero explicitar minha divergência em relação àqueles que acreditam que estes Direitos Fundamentais Sociais estariam ainda dependendo de futuras e complementares disposições legais, retirando sua força constitucional imediata, haja vista constituírem *pretensões legalmente reguladas*, ou seja, direitos criados por leis – nesse sentido a reflexão de Andrade (2004, p. 391). Na página 406, o autor chega a afirmar que: “Só uma vez emitida legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa (isto é, relativos aos Direitos Fundamentais Sociais) é que os direitos sociais se consolidarão como direitos subjectivos plenos, mas, então, não valem nessa medida conformada, como direitos fundamentais constitucionais, senão enquanto direitos criados por lei.” Nesse sentido: Bassham (2006, p. 82 e ss.).

<sup>53</sup> Piovesan (2003, p. 244-247).

<sup>54</sup> Na dicção de Queiroz, com o que concordo, “[...] o que importa não será já distinguir as “garantias institucionais” dos “direitos fundamentais”, concebendo estes últimos como direitos subjectivos destinados a proteger as esferas de liber-

meiramente porque se tratam os direitos fundamentais sociais de competência institucional e constitucional a ele outorgada; depois porque tanto a sociedade civil quanto o mercado não estão estruturadas e/ou interessadas em tal mister. No exercício desse encargo, o Estado contemporâneo precisa, pois, considerar que é a própria natureza social dos direitos fundamentais que exigem *ações concretizantes equalizadas ao universo de demandas que precisam ser atendidas*, o que implica estratégias distributivas de direitos não esvaziadoras de outros direitos (individuais *versus* sociais; individuais *versus* individuais; sociais *versus* sociais).

Sob tal proposição, discorda-se da tese dworkiniana no sentido de que no processo de aplicação do sistema jurídico se impõe uma ponderação de bens a partir da lógica de que os direitos individuais, enquanto definitivos e não *prima facie*, não podem ser contrapesados em face de direitos coletivos gerais, eis que não se afigura como meio de realização de um interesse ou bem coletivo geral, mas é autônomo e como tal tem de ser tratado.<sup>55</sup>

Como lembra Queiroz,<sup>56</sup> o que Dworkin está propondo é que, nos chamados casos difíceis constitucionais, *a intervenção do po-*

---

dade individual face ao Estado e, nesse sentido, declará-los, unicamente, com exclusão das garantias institucionais, como “direitos fundamentais no sentido forte e rigoroso do termo”, mas de reconhecer aos direitos fundamentais em si mesmos “garantias institucionais objectivas”, independentemente da natureza “objectiva” ou “subjectiva” do direito em causa. A esta luz, os direitos fundamentais devem ser analisados a partir de uma compreensão que vá para além do seu carácter tradicional como “direitos jurídico-subjectivos” ou “direitos de defesa” em prol de uma “compreensão constitucional” que tenha em conta o “sentido jurídico-objectivo” desses direitos e pretensões no seu conjunto. Que os compreenda, em suma, na sua “função” como expressando um “sistema” ou “ordem concreta de valores” com todas as conseqüências daí decorrentes.” Stern (1988, p. 207, 226 apud QUEIROZ, 2002).

<sup>55</sup> Dworkin (1985, p. 359 e ss.). Isso significa que igualmente não se pode aceitar a tese de que há uma regra de precedência *prima facie* geral dos direitos individuais face aos bens coletivos, incorporada, por exemplo, na premissa de que *in dubio pro libertate*, ratificada pela teoria norte-americana das *preferred freedoms*, conforme Agresto (2004, p.118 e ss.), porque isso significaria não valorar como condição de possibilidade do direito individual o impacto que ele provoca no universo de direitos que se encontram ao seu entorno.

<sup>56</sup> Queiroz (2000).

*der judicial, que não lida com argumentos finalísticos de preferências subjetivas, mas com argumentos de princípios, referentes aos direitos fundamentais (notadamente individuais), é superior à própria intervenção legislativa.<sup>57</sup> Tal intervenção, que ocorre notadamente pela via da interpretação do sistema na sua aplicação à solução de casos concretos, vai transferindo a soberania do legislador para o intérprete-julgador, o que é positivo e negativo, dependendo da forma como isso é feito e os impactos que pode causar nas estruturas institucionais e sociais vigentes.<sup>58</sup>*

Tal postura da filosofia liberal norte-americana referida tem como consequência:

- a) a afirmação da prioridade dos direitos fundamentais individuais sobre a ideia de bem público (coletivo), colocando a Declaração dos Direitos e os Direitos em geral fora do alcance da maioria;
- b) o Governo, em face disso, não pode impor uma concepção particular de bem comum (um projeto político para o presente e o futuro, pela via Constitucional), já que o indivíduo se apresenta como prioritário em relação aos fins públicos.<sup>59</sup>

Por certo que tais premissas se estribam na perspectiva rawlsniana de uma sociedade absolutamente desenvolvida e equilibrada (sociedade justa), em que os direitos fundamentais estejam contemplados com altos níveis de satisfação social, na qual:

<sup>57</sup> Dworkin (1986, p. 339).

<sup>58</sup> Nesse ponto assenta Fisher (2001, p. 72): “*Awareness of the potential creativity within the judicial function has been heightened by two main factors: a different approach to the method of interpretation and the radical transformation of the role of law and government in modern “welfare” societies. The new interpretative approach was called the “revolt against formalism”, and it is characterized by two innovative elements, which both display elements of judicial creativity: the method of systematic interpretation and the relevance of the choice element for the judges*”.

<sup>59</sup> Ver a crítica procedente de Aileen Regan (1998). Nessa direção, Horwitz (1992).

- a) não se deve tentar cultivar a virtude nem impor aos seus concidadãos fins particulares;
- b) deve-se facultar a estes cidadãos um esquema de direitos neutral perante os fins, no quadro do qual as pessoas possam livremente cultivar as suas próprias concepções de bem comum,<sup>60</sup> o que por certo não alcança uma sociedade como a brasileira, com profundos déficits individuais e sociais atinentes ainda aos direitos fundamentais de igualdade.

De qualquer sorte, um bom aprendizado da jurisdição norte-americana é no sentido de que cada caso envolve e demanda do julgador um equilíbrio de interesses sociais, constante e inevitável, o que implica contrapesar harmonizadamente o ajustamento do caso concreto ao universo em que ele se encontra,<sup>61</sup> operando-se, para tanto, necessária ponderação de argumentos voltados a direitos, bem como os próprios interesses do caso, enquanto procedimento racional que conduz a uma única solução (como objeto finalístico). Mas não apenas isso. Também se faz necessário o que Dworkin<sup>62</sup> chama de *Teoria Político-Normativa* do sistema jurídico e de sua inserção social, geradora de esquema interpretativo conforme os parâmetros constitutivos da concepção de democracia constitucional, que por ser complexa, demanda igual teoria constitucional complexa, capaz de considerar todas essas variáveis debatidas, entre as quais, a da corresponsabilidade comunitária na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais.

---

<sup>60</sup> Rawls (1971, p. 187).

<sup>61</sup> Cardozo (2001, p. 72-73). Decorre dessa compreensão as teses de Rawls (1991, p. 173, 289, 294 e ss.), bem como Sunstein (1990, p. 181, 186 e ss.), no sentido de que surge em face desses cenários uma ordenação de princípios de *prioridade e harmonização*, os primeiros conduzindo a uma *hierarquia de princípios interpretativos*; os segundos, a um princípio de *conciliação* em caso de conflito prático, variando o grau de proteção da norma segundo as circunstâncias do caso a que se aplicam. Ver igualmente o texto de Sunstein (2001).

<sup>62</sup> Dworkin (1996, p. 296).

A pragmática norte-americana tem tratado isso na perspectiva da necessária passagem de um *Welfare State* para um *Workfare*, isto é, urge associar ao Estado Social de Direito um Estado Social Contributivo, de deveres compartilhados entre Estado, Sociedade e Mercado, concebendo os *Direitos Dfundamentais Sociais* também como *deveres fundamentais sociais*, para os quais todos os potencialmente titulares sujeitos de direitos têm responsabilidades na gestão racional de suas efetivações, fazendo com que se equilibre na máxima potência a infinitude de demandas com a finitude dos recursos para atendê-las.<sup>63</sup>

A autora faz, nesse ponto, acertada advertência:

A existência de uma regra de “proporcionalidade” apela a um cálculo de “otimização” segundo o modelo da “teoria dos jogos”, visível na ordenação dos dois “princípios de justiça” formulados por Rawls:<sup>64</sup> o que vai do “princípio da diferença” até a exigência de uma “igualdade de oportunidades”. Estes critérios correspondem ao princípio da “proporcionalidade” do direito constitucional alemão. Este afirma que a intervenção do legislador, limitativa dos direitos fundamentais, deve resumir-se a uma intervenção “necessária”, “adequada” e “proporcional”, uma espécie de “limite dos limites” (*Schranken-Schranke*), funcionando a proporcionalidade como “método de racionalização” da limitação dos direitos fundamentais. Desse modo, quanto mais um direito resulte limitado em função

<sup>63</sup> Ver o texto de Pateman (2000, p. 87). Lembra o autor que historicamente os constitucionalistas dos países industrializados e com crescimento econômico mais associado ao desenvolvimento social se têm perguntado por que os países que têm se comprometido, inclusive em documentos internacionais, com os direitos sociais, insistem na tese da necessidade de se pensar suas concretizações de forma progressiva: “*Why did the Social Covenant opt for progressive implementation and thereby treat its rights as being somewhat like goals? The main reason, I think, is that more than half of the world’s countries were in no position, in terms of economic, institutional, and human resources, to realize these standards fully or even largely. For many countries, noncompliance due to inability would have been certain if these standards had been treated as immediately binding.*”

<sup>64</sup> Rawls (1979, p. 82 e ss.).

do contrapeso efectuado pelos tribunais tanto mais se justificaria um “controle de razoabilidade”.<sup>65, 66</sup>

Ganha força novamente aquela discussão anteriormente apresentada feita por Rawls quanto a determinados conteúdos constitucionais essenciais que não podem jamais periclitar sob pena de colocar em risco um mínimo existencial tão vital que, sua ausência compromete a própria vida humana (sequer estou falando de vida digna – é algo anterior a tal adjetivação, porque diz com a sobrevivência humana). Os limites a tais direitos, pois, apenas serão admissíveis quando se mostrarem *wesensmäßig*, isto é, conformes ao conteúdo substancial dos direitos fundamentais – em especial nos seus processos de equalização concreta.<sup>67</sup>

Tais estratégias equalizadoras de direitos – superado o prévio processo de dimensionamento de pesos que tomam diante do caso concreto – têm sido objeto de preocupação reflexiva em diversos países e culturas jurídicas, como a dos EUA, em que a problematização dessas questões se traduz em metodologias de abordagem dos casos concretos envolvendo direitos subjetivos de estatura jurídica simila-

---

<sup>65</sup> Shefold (1994, p. 126 e ss.).

<sup>66</sup> Queiroz (2002, p. 255). Adverte a autora, em outro texto, que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito respeita a justa medida ou relação de adequação entre os bens e interesses em colisão ou, mais especificamente, entre o sacrifício imposto pela limitação e o benefício por ela prosseguido, ou, em outras palavras, representa a otimização em face aos princípios que jogam em sentido contrário. Tal raciocínio vem ao encontro da necessidade de se cotejar, na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, da forma mais ampla possível, todos os interesses envolvidos, individuais e sociais. (QUEIROZ, 2010, p. 41). Advirto que não vou entrar, ao longo deste trabalho, na discussão se esta proporcionalidade se afigura como regra, princípio, norma metodológica (SILVA, 2002, p. 23-50), ou, como quer Ávila (2002, p. 81), *postulado aplicativo normativo*, eis que ela é, a meu sentir, de todo infrutífera à solução de casos concretos envolvendo Direitos Fundamentais Sociais.

<sup>67</sup> Queiroz (2002, p. 216). A autora se refere ao trabalho de Härbele (1993, p. 242 e ss), Peter advertindo que este “[...] conteúdo” ou “essência” do direito fundamental transcende a esfera da liberdade individual do respectivo titular para se apresentar como uma espécie de “barreira última” na concretização do direito. Essa “função positiva” ou “objectiva” do “conteúdo essencial” impõe, por fim, a “exigibilidade”, a “adequação” e a “proporcionalidade” em “sentido estrito” dos actos do poder público face aos fins que estes se propõem legitimamente prosseguir.”

res. Aqui, tem competido essencialmente aos poderes públicos, no difícil trato de direitos que colidem entre si, o ônus de provar:

- a) que é preciso avaliar sempre e em primeiro lugar se existe um interesse público relevante ou extraordinário (*compelling state interest*), que deverá tomar precedência sobre o direito individual ou social postulado;
- b) que há uma conexão estrita entre este interesse público relevante ou extraordinário alegado e a proteção deste no caso concreto;
- c) que de nenhum outro modo poderia o legislador, o administrador ou o judiciário proteger este interesse por outra via de menor impacto discriminatório.<sup>68</sup>

É óbvio que uma boa parte da doutrina mais conservadora do constitucionalismo norte-americano trabalha ainda com a ideia de que os Direitos Fundamentais Sociais: (1)[...] *they do not serve truly fundamental interests*; (2) *they are too burdensome on governments and taxpayers*; and (3) *they are not feasible in less-developed countries*.<sup>69</sup>

Na própria jurisdição alemã, resguardadas as críticas que se possam fazer de tal posicionamento, igualmente em épocas passa-

---

<sup>68</sup> O Estado (Administrador, Legislador ou Juiz) vê-se obrigado a justificar (fundamentar) essa limitação, demonstrando e provando, no *caso concreto*, não apenas uma relação próxima (*close fit*) entre a justificação oferecida e os meios de que se serviu para promover direitos, mas ainda que de entre os meios possíveis escolheu não apenas os menos drásticos ou discriminatórios, mas ainda os *mais constitucionais*, os únicos que no confronto com a Constituição e os órgãos politicamente conformadores *resultam constitucionais* porque menos gravosos (*less restrictive*) para o direito fundamental apreciado no caso. Nesse sentido, ver os textos de Tribe (2002), Sunstein (1993, p. 30, 31, 291 e ss.) e Gunther (1991, p. 608 e ss.).

<sup>69</sup> Nickel (2007, p. 49). Ver também o texto de Vespaziani (2002, p. 27). É preciso ter presente aqui que nos EUA, em especial ao longo das décadas de 1960 e 1970, com a Corte Warren, ocorreu significativa expansão conceitual e protetiva dos direitos sociais, notadamente com a aplicação da cláusula da equal protection, traduzida na XIV Emenda, havendo impactante retrocesso logo em seguida com a Corte Burger, no sentido de reduzir o ativismo judicial concretizador daqueles direitos sociais, operando com a lógica do minimal protection.

das sustentou a tese da *cláusula da comunidade* como noção de limite imanente dos direitos fundamentais, tomando como pressuposto que tais direitos não poderiam ser invocados quando seu exercício colocasse em risco bens jurídicos relevantes à comunidade.<sup>70</sup>

Todos esses novos cenários acarretam uma mudança de função (e significado) na Constituição. Esta não representa, como quer Queiroz, a fronteira entre o Estado e a Sociedade, como no modelo constitucional liberal, nem tampouco se apresenta como um sistema de regras para a luta política que o legislador se encontra obrigado a respeitar. “A Constituição hodierna compreende a mais um projecto político, um modelo de desenvolvimento para o futuro, um futuro que não se pode prever, mas apenas construir.”<sup>71</sup> Constitui, nesses termos, um projeto inacabado, na dicção de Habermas.<sup>72</sup>

Mas o que significa compreender a Constituição como veiculadora de um projeto político inacabado (no presente e prospectivo do futuro)? Significa que sua efetivação não tem termo de conclusão e, por isso, não pode exaurir o presente sob pena de inviabilizar o futuro. Todas as possibilidades de concretização do projeto político e social da Constituição precisam considerar sua abrangência universal e integral do tecido social, não criando armadilhas que façam sucumbir interesses legítimos comunitários (direitos subjetivos coletivos ou difusos), em face do atendimento de interesses legítimos individuais (direitos subjetivos individuais).

Vem em boa hora a advertência de Alexy<sup>73</sup> nesse sentido, quando assevera que no que tange ao conceito de ordem fundamental, ela se revela como um problema de compatibilidade entre a ideia de ordem quadro e a de otimização, razão pela qual parte da Teoria Constitucional contemporânea tem concebido a ordem constitucional sob a perspectiva quantitativa e qualitativa. Em sua

---

<sup>70</sup> Cara (1994, p. 274 e ss.).

<sup>71</sup> Queiroz (2002, p. 230).

<sup>72</sup> Habermas (2000, p. 465).

<sup>73</sup> Alexy (2002, p. 13 e ss.). Recorda o autor que esta é a ideia de Forsthoff, quando defende ser a Constituição como um *ovo jurídico originário*, que não deixa nada por decidir aos atores políticos cotidianos.

perspectiva quantitativa, a ordem constitucional pouco tem a ver com a discricionariedade dos agentes e instituições públicas e privadas, haja vista que para tudo haveria ou mandatos ou proibições. Já na perspectiva qualitativa, uma ordem constitucional seria substantiva se mediante ela se decidissem assuntos fundamentais à comunidade, configurando-se uma verdadeira ordem no quadro da Constituição, deixando questões abertas à política.

É essa compreensão qualitativa da ordem constitucional que autoriza as seguintes conclusões:

- a) que a Constituição deve ordenar e proibir algumas coisas, estabelecendo um *quadro*;
- b) que a Constituição deve confiar outras coisas à discricionariedade dos poderes públicos, deixando abertas margens de ação.<sup>74</sup>

Estas margens de ação seriam de duas ordens para Alexy:<sup>75</sup> cognitiva e epistêmica. A primeira surge a partir da ausência de certeza quanto ao conhecimento do que está ordenado ou proibido pelos direitos fundamentais e do que estes confiam à discricionariedade legislativa, reconhecendo-se, então, ao Legislador e ao Executivo, uma margem de ação cognitiva de caráter normativo (solvendo o caso concreto – seja ele de natureza individual ou transindividual (coletivo ou difuso)). Já a margem de ação epistêmica, se encontra relacionada ao problema da divergência entre o que os direitos fundamentais ordenam, proíbem ou confiam à discricionariedade do legislador ou executor de políticas públicas, e o que razoavelmente se pode reconhecer como o que estes ordenam, proíbem ou autorizam *per si*.

Veja-se que quando o legislador ou o executivo, no âmbito de seus misteres constitucionais e infraconstitucionais, ultrapassam

---

<sup>74</sup> Ver o texto de Queiroz (2010, p. 14). Dessa forma, ver o texto de Miranda (2000, p. 311 e ss.).

<sup>75</sup> Alexy (2002, p. 50 e 51.)

ou extravasam de forma clara e manifesta suas margens de ações (ordinárias ou cognitivas), restaria autorizado o Judiciário, pela via do que o Tribunal Constitucional Alemão chama de *controle de evidência*, a afastar o ato, ou limitá-lo ao âmbito do razoavelmente admitido no ponto, respeitada a margem de ação epistêmica para o caso. Na dicção de Queiroz<sup>76</sup>: “O Tribunal só pode afastar o acto quando aqueles que têm o direito de fazer as leis não apenas incorreram em erro, como incorreram ainda num erro claro, tão claro que não pode ser objecto de uma questão racional.”

A despeito disso, lembra a autora, com acerto, que, em um sistema constitucional pluralista, como é o da maioria dos países ocidentais, as normas consagradoras dos Direitos Fundamentais Sociais devem se configurar como abertas de modo a possibilitar diversas concretizações, todavia, considerando que:

A ordenação de uma tutela estrita e rigorosa dos direitos fundamentais estende-se não apenas ao direito subjectivo qual tal, mas ainda ao círculo de situações juridicamente protegidas (Rechtsslage, Rechtszustand). Traduz não apenas uma forte limitação da liberdade política do legislador (substantive due process) como ostenta ainda uma outra dimensão: a de que os direitos fundamentais se concebem hoje mais como uma questão de justiça do que como uma questão de política.<sup>77</sup>

Vai nessa direção a advertência de Böckenförde quando sublinha a ultrapassagem do conceito de Constituição como ordem quadro

---

<sup>76</sup> Queiroz (2010, p. 58). Disso sua acertada afirmação de que “[...] a interpretação e a aplicação de direitos, e sobretudo de Direitos Fundamentais Sociais, tem mais a ver com uma ciência do caso (case Law, fallnorm), do que uma ciência da regra, mas não deixa de apontar para uma solução de congruência entre o pressuposto de facto do direito e o âmbito de protecção ou âmbito de garantia efectiva do mesmo”. Por óbvio sempre atentando para o pressuposto de que as diferentes posições jurídicas constituídas por aqueles direitos não desçam abaixo de um nível que periclite o que vou chamar de mínimo existencial fisiológico na próxima seção, não violando, pois, o dever de protecção a que o Estado se encontra obrigado (*princípio da proibição de insuficiência*) (QUEIROZ, 2002, p. 75).

<sup>77</sup> Queiroz (2002, p. 31).

(*Rahmenordnung*) para uma *ordem fundamental da comunidade* (que compreende o Estado e a sociedade com os seus fundamentos básicos).<sup>78</sup> De acordo com essa concepção, os direitos fundamentais deixariam de ser percebidos, basicamente, em uma relação meramente vertical Estado/cidadãos para se conceberem ainda a partir de mecanismos horizontais de garantia e proteção,<sup>79</sup> nos quais a tônica é, fundada em concepções de política republicanas, a participação no autogoverno dos interesses sociais, o que implica deliberar conjuntamente com os outros concidadãos e suas instituições sobre objetivos, finalidades e interesses comunitários. Na dicção de Queiroz,<sup>80</sup> isso tudo:

Tem a ver com o conhecimento dos assuntos públicos e um sentido de pertença, uma preocupação pelo todo, um vínculo moral com a comunidade cujo destino está em causa. Quer dizer, partilhar o auto-governo requer certas qualidades e características, isto é, virtudes cívicas. Isto significa que a política republicana não pode ser neutra no que concerne aos valores e fins que expõem os seus concidadãos. A concepção republicana de liberdade, ao contrário da concepção liberal, requer uma política formativa, uma política que cultive nos cidadãos as qualidades de carácter necessárias ao auto-governo.

Por outro lado, a percepção de constituição como *ovo jurídico originário* na definição de ForsthoFF<sup>81</sup> não atende à natureza complexa das demandas e direitos envolvidos hodiernamente, eis que,

---

<sup>78</sup> Queiroz (2002, p. 10), alertando de forma muito procedente que o conceito de constituição como ordem quantitativa se transformou em uma bandeira comum dos mais diversos opositores da ideia de otimização dos direitos fundamentais, com forte acento ideológico-liberal, no qual *os direitos fundamentais quedariam reduzidos a um padrão ou standard mínimo*.

<sup>79</sup> Böckenförde (1991, p. 174 apud QUEIROZ, 2002, p. 237).

<sup>80</sup> Böckenförde (1991, p. 174 apud QUEIROZ, 2002, p. 288).

<sup>81</sup> ForsthoFF (1973 apud QUEIROZ, 2010, p. 11). O debate americano também tem aprofundado o tema, no sentido de que não se pode tomar a constituição como exauriente do universo normativo das relações sociais, até pelo fato de se reconhecer que tais relações são marcadas por altos índices de conflituosidade e diferenças, impondo-se deixar espaço às ações políticas dos demais setores da

[...] devido à pressão constitucional de otimização, se eliminaria a liberdade de configuração política do legislador. Uma circunstância incompatível com os princípios do Estado de Direito e da divisão de poderes. Quer do ponto de vista quantitativo, quer do ponto de vista qualitativo, que daria eliminada a margem de acção legislativa.

## 4 CONCLUSÃO

Por tais razões, os elementos da tomada de decisões envolvendo Direitos Fundamentais Sociais precisam ser radicalmente transparentes e públicos, propiciando o controle comunitário de temas tão relevantes e de impactos significativos no cotidiano dos sujeitos de direitos que são alcançados ativa e passivamente por eles.<sup>82</sup>

Nesse sentido, uma das formas de se fazer isso é explorando no que consiste o denominado núcleo constitucional essencial garantidor do mínimo existencial a qualquer cidadão no âmbito do constitucionalismo contemporâneo e, mais especialmente, na Constituição brasileira de 1988, especialmente em suas dimensões materiais, para que então se tenha, ao menos, parâmetros normativos e argumentativos à solução de casos concretos que envolvam tais questões.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

---

Sociedade Civil organizada e suas instituições representativas, por certo que não violando os marcos constitucionais. (JONES, 1979).

<sup>82</sup> Na discussão americana sobre o tema, tem-se como parâmetro a antiga polémica entre a percepção republicana e liberal, notadamente no âmbito do debate sobre o tema da democracia deliberativa, asseverando, por exemplo, Aeckerman e Fishkin (2006, p. 16), que: “[...] *deliberative democracy has been given considerable attention during the past decade. Many see the ‘deliberative turn’ as a groundbreaking attempt to balance liberal and republican strands in political theory. It is thought that the deliberative model correctly integrates the priority of the right over the good, as defended by liberals, and the priority of citizenship over neoliberal consumerism, as advocated by republicans.*”

ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, J. S. Deliberation Day. In: FISHKIN, J. S.; LASLETT, P. (Ed.). *Debating Deliberative Democracy*. Oxford: Blackwell, 2006.

AGESTO, John. *The Supreme Court and Constitutional Democracy*. Ithaca: Cornell University Press, 2004.

ALEEN, Anita; REGAN, Milton C. *Debating Democracy's Discontent. Essays on American Politics, Law and Public Philosophie*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, 1999.

\_\_\_\_\_. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, nov. 2002.

ANDRADE, J. C. Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ARANGO, Rodolfo. Basic social rights, constitutional justice, and democracy. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 141-154, jun., 2003.

\_\_\_\_\_. *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: legiz, 2005.

ÁVILA, Humberto Bermann. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARATTA, Antoniello. *Diritti Fondamentali*. Milano: Feltrinelli, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASSHAM, Gregory. *Original Intent and the Constitution: a philosophical study*. Pensylvania: Rowman and Littlefield, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? 20 anos de Constitucionalismo Democrático – E agora? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, 2008.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Grundrechte als Grundstatznormen. Zur gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik. In: \_\_\_\_\_. *Staat, Verfassung, Demokratie: studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt, 1991.

CANOTILHO, Joaquim J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “Fuzzy” y “Camaleones Normativos”. Problemática Actual de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Derechos y Libertades*, Madrid, n. 6, 1998.

CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

CARDOZO, Benjamin N. *The Paradox of Legal Science*. New York: Columbia University Press, 2001.

COHEN, G. A. *If You're an Egalitarian, How come You're so Rich?* Cambridge: Harvard University Press, 2000.

COTTA, Sergio. Il giudice e la política: um rapporto da decifrare. In: COTTA, S.; BENDA, R.; MALINERVI, A. (Ed.). *Richter und Politik*. Heidelberg, 1978.

DENNINGER, Ernst. *Sicherheit/Vielfalt/Solidarität: Ethisierung der Verfassung?* In: PREUSS, Ulrich K. (Ed.). *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*. Frankfurt, 1994.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

\_\_\_\_\_. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Law's Empire*. London: The Fontana Press, 1986.

\_\_\_\_\_. *Sovereign Virtue: the Theorie and Practice of Equality*. Cambridge: Mass: Harvard University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ECHAVARRÍA, Juan Jose Solozabal. Algunas cuestiones basicas de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*, n. 71. Madrid: Nueva Epoca, 1991.

FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRARA, G. *La Corte Costituzionale*. Bologna: Giuffrè, 2006.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

GUASTINI, Ricardo. II Diritto come linguaggio, il linguaggio del diritto. In: \_\_\_\_\_. *Problemi di Teoria Del Diritto*. Bolonha: Daltriccce, 2001.

GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law: cases and Materials*. Nova Iorque: The Foundation Press, 1991.

GURRERO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

HÄRBELE, Peter. *La liberta fondamentali nello Stato costituzionale*. Roma: Feltrinelli, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HORWITZ, Morton. *The transformation of american law 1870-1960: the crises of legal orthodoxy*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

JONES, Harry W. The Brooding Omnipresence of Constitutional Law. *Vermont Law Review*, n. 4. New Jersey: Vermont University Press, 1979.

KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría del Derecho*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1989.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e Direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002.

LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bologna: Giuffrè, 2001.

MARCIC, Rudolph. *Rechtsphilosophie*. Frankfurt: Meinnarth, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 4.

NARDULLI, Peter F. *The Constitution and American Political Development: an institutional perspective*. Illinois: University of Illinois Press, 1992.

NICKEL, Robert. *Are Social Rights Genuine Human Rights?* New York: Fellow Editors, 2007.

NIÑO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

PATEMAN, Carole. The Patriarcal Welfare State. In: \_\_\_\_\_. *The Disorder of Women*. Cambridge: United Kingdom, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: \_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PISARELLO, Gerardo. Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. *Revista Isonomia*, Madrid, n. 15, oct. 2001.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*. Lisboa: Coimbra, 2002.

\_\_\_\_\_. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. *O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard, 1979.

\_\_\_\_\_. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

SANCHÍS, Luis Pietro. El Juicio de Ponderación. In: \_\_\_\_\_. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo W. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHEFOLD, Dian. *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca: Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*. Milão, 1994.

SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: III, 1 "Allgemeine Lehren der Grundrechte"*. Munique, 1988.

SUNSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

\_\_\_\_\_. *Designing Democracy: What Constitutions Do*. New York: Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. *The Partial Constitutional*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

TENZER, Nicolas. *La société dépolitisée: essai sur les fondements de la politique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. Justiça distributiva: social, política e fiscal. *Revista de Ciências Sociais*, v. 2, n. 2, dez. 1997.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. New York: Mineola, 2002.

VESPAZIANI, Alberto. *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*. Padova: Antonio Milani, 2002.

YOUNG, Martin Jordan. *Justice and the Politics of Difference*. London: Farrell, 2004.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E DISCRIMINAÇÃO NO BRASIL: UM ESTUDO DE CASOS A PARTIR DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Ilse Marcelina Bernardi Lora\*  
Rodrigo Goldschmidt\*\*

“Lutar pela igualdade sempre que as diferenças nos discriminem. Lutar pelas diferenças sempre que a igualdade nos descaracterize.”  
Boaventura de Sousa Santos

## 1 INTRODUÇÃO

As complexidades e ambiguidades que cercam a temática relativa aos direitos humanos revelam sua riqueza e sua importância para a consolidação de valores que viabilizem a construção de sociedade que, não obstante multicultural, promova o respeito aos atributos essenciais do ser humano.

A doutrina empenha-se, com afinco e determinação, na árdua tarefa de dissecar os múltiplos e intrincados meandros envolvidos no estudo da questão. Sua arduidade constitui desafio, máxime diante da relevância da função dos direitos humanos como instrumentos de defesa das liberdades e da não discriminação no momento histórico atual, que se distingue pelas perplexidades e contradições, e que não está imune ao ambiente laboral.

Com o intuito de contribuir para as reflexões que cercam a instigante temática, decidiu-se proceder à análise dos direitos fun-

---

\* Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Juíza do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Francisco Beltrão, PR; [ilselora@trt9.jus.br](mailto:ilselora@trt9.jus.br)

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Juiz do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Joaçaba, SC, [rgoldschmidt@trt12.jus.br](mailto:rgoldschmidt@trt12.jus.br)

damentais com vistas ao problema da discriminação em razão da origem nas relações de trabalho, realidade perversa que subverte a premissa essencial da gênese do Direito do Trabalho, qual seja, a proteção da força de trabalho do homem e de sua dignidade.

Para cumprir o desiderato, inicialmente serão apresentados os problemas semânticos que envolvem as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, além da celeuma que cerca seus fundamentos, para em seguida examinar as funções dos direitos humanos, com destaque para aquela de não discriminação, de significativo relevo para o presente estudo, em decorrência de seu objetivo central, qual seja, o de examinar o papel dos direitos fundamentais como instrumento de combate à discriminação nas relações de trabalho.

Em virtude da profunda imbricação entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana, em especial no âmbito trabalhista, no qual representam meios para a asseguaração a quem trabalha em ambiente de respeito e de tolerância, o estudo desses aspectos merecerá distinta atenção, buscando-se, à mercê de incursão minudente pela doutrina, encontrar definição da dignidade humana que permita melhor entendê-la.

O exame da eficácia dos direitos fundamentais, com destaque para a sua irradiação também para as relações privadas, especialmente no âmbito trabalhista, será alvo de detalhamento, pois se trata de providência importante para compreender sua revelância na luta contra todas as formas de discriminação.

Chegar-se-á, em seguida, a tema proeminente da pesquisa, que diz respeito à discriminação em razão da origem nas relações de trabalho, e que exige prévio e indispensável exame do princípio da igualdade.

Por último, será objeto de análise o direito à diferença e ao reconhecimento, perscrutando-se ainda o potencial dos direitos humanos como instrumento para a promoção do respeito às diferenças, em especial no ambiente laboral, em que os processos relacionados à globalização inspiram condutas segregacionistas, que subvertem a premissa básica da criação do Direito do Trabalho de resguardo da força de trabalho do homem e de sua dignidade.

## 2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 OS PROBLEMAS SEMÂNTICOS

A inquietação com os direitos humanos é tema central da hermenêutica constitucional contemporânea e também da filosofia do direito, em decorrência da relevância e da complexidade do tema. Os problemas alcançam o próprio significado semântico da expressão direitos fundamentais, consoante demonstra a análise da legislação e da doutrina. São utilizadas diversas expressões – inclusive pela Constituição Federal Brasileira<sup>1</sup> –, não raro de forma indistinta, como direitos humanos, direitos do homem, direitos humanos fundamentais, direitos humanos dependentes de fatores culturais, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas e direitos das personalidade, entre outros. A arduidade da tarefa agiganta-se quando a ela se agrega a dificuldade para se encontrar um fundamento último para os direitos humanos.

A expressão direitos humanos, preferida pelos autores ingleses, americanos e latinos, sofre críticas, sob a alegação de que sua vagueza determina definições tautológicas e estéreis, a par de conduzir a conceitos que, por demasiadamente abertos, pouco dizem ou representam.<sup>2</sup> Essa terminologia é preferencialmente utilizada para designar direitos naturais insertos nas declarações e convenções internacionais.

Sarlet<sup>3</sup> salienta a necessidade de critério unificador, seja em razão do dissenso doutrinário seja pela importância prática, em especial no que se refere à interpretação e à aplicação das normas relativas a tais

---

<sup>1</sup> Consta no art. 4º, II, da Constituição Federal: “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos *direitos humanos*;”. Na epígrafe do título II está escrita a expressão “*Dos direitos e garantias fundamentais*”. O art. 60, §4º, inciso V, por sua vez, menciona “*direitos e garantias individuais*.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

<sup>2</sup> Mendes, Coelho e Branco (2007).

<sup>3</sup> Sarlet (2008, p. 33-35).

direitos. Para o doutrinador, direitos humanos seriam os atributos reconhecidos, em documentos internacionais, ao ser humano como tal, independentemente do direito constitucional do Estado, aspirando, assim, à validade universal, para todos os povos e tempos e ostentando inequívoco caráter supranacional, enquanto os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados pelo direito constitucional de um determinado Estado. Realiza, ainda, distinção de caráter acentuadamente didático entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Os primeiros são os direitos naturais não, ou ainda não positivados; os segundos, os direitos inseridos em normas de direito internacional, enquanto os últimos são aqueles direitos introduzidos no direito constitucional positivo de cada Estado. Assinala que a expressão direitos fundamentais, por ele eleita, contempla acepção mais exata e restrita, em razão de que diz respeito ao complexo de direitos e liberdades proclamados e assegurados pelo direito positivo de determinado Estado. Tratam-se, assim, “[...] de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do estado de Direito.”<sup>4</sup>

Embora as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” sejam continuamente usadas como sinônimos, podem ser distinguidas segundo a sua procedência e o seu significado. Direitos do homem, segundo a dimensão jusnaturalista-universalista, são aqueles válidos para todos os povos e em todas as épocas. Direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos do homem garantidos jurídica e institucionalmente, e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem são próprios da natureza humana “[...] e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”<sup>5</sup>

Todos os seres humanos possuem, por natureza, direitos humanos, independentemente de circunstâncias eventuais, como

---

<sup>4</sup> Sarlet (2008, p. 36-38).

<sup>5</sup> Canotilho (1999, p. 393).

raça, gênero, nacionalidade ou religião. São direitos que decorrem do ser-homem de cada indivíduo. Não podem ser concedidos ou outorgados pelo Estado, cabendo a este apenas positivá-los, efetivá-los e protegê-los.<sup>6</sup> Direitos fundamentais, por sua vez, “[...] são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.”<sup>7</sup> A positivação dos direitos fundamentais, que não têm natureza constitutiva mas declaratória, ocorre, como regra geral, por meio da Constituição, o ato normativo mais relevante de cada nação.<sup>8</sup> O reconhecimento expresso dos direitos humanos pela autoridade política confere maior segurança às relações sociais, a par de exercer função pedagógica no meio comunitário, à medida que atribui prevalência aos importantes valores éticos, facilitando sua assimilação pela coletividade.<sup>9</sup> Após ter considerações sobre as dificuldades que permeiam o significado semântico da expressão direitos fundamentais, Coelho<sup>10</sup> afirma que o conceito destes tende a ser absorvido pelo de direitos humanos, como reação natural das nações que se consideram civilizadas diante das experiências, em especial do nazismo e do fascismo, caracterizadas pelo total desprezo à dignidade humana.

Para Baez,<sup>11</sup> os direitos humanos são um complexo de valores éticos, inseridos ou não nos textos normativos, cujo objetivo é resguardar e efetivar as dimensões básica (defendendo os indivíduos contra atos que possam reduzi-lo a mero objeto ou que provoquem restrição a seu estado de sujeito de direitos) e cultural (resguardando as dessemelhanças morais, que dizem respeito às diversas maneiras de que se valem as sociedades para pôr em prática o plano básico) da dignidade humana. Não estão subordinados ao reconhecimento jurídico, existindo independentemente de leis ou tratados.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> Hahn (2010, p. 15-160).

<sup>7</sup> Bonavides (2007, p. 560).

<sup>8</sup> Martins Filho (2012), p. 283).

<sup>9</sup> Comparato (2013, p. 71).

<sup>10</sup> Coelho (2007, p. 181).

<sup>11</sup> Baez (2011, p. 37).

<sup>12</sup> Baez (2011, p. 37).

Os direitos humanos destinados à efetivação básica da dignidade humana recebem a denominação de direitos humanos fundamentais.<sup>13</sup> Não toleram, na sua realização, condicionamentos políticos ou culturais.<sup>14</sup> Os direitos humanos que visam à realização da dignidade humana, em sua dimensão cultural, são chamados de direitos humanos dependentes de fatores culturais.<sup>15</sup> Seu desenvolvimento reflete a transformação progressiva das sociedades, reconhecendo, por isso, particularidades culturais e admitindo diferentes formas de efetivação, consoante a realidade política, econômica ou social. As duas dimensões explicitadas não desnaturam o caráter indivisível dos direitos humanos, em razão de que os preceitos desses dois planos de ação se entrelaçam.<sup>16</sup> Direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos humanos inseridos na legislação interna dos Estados.

Após examinar as diversas expressões utilizadas para designar tais direitos, Silva<sup>17</sup> conclui que direitos fundamentais do homem constituem a mais apropriada, porque, a par de dizer respeito a princípios que resumem a concepção do mundo e indicam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no âmbito do direito positivo, as prerrogativas e instituições concretizadas em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Segundo o autor, o qualificativo *fundamentais* indica que se tratam de situações jurídicas imprescindíveis à realização, à convivência e à própria sobrevivência da pessoa humana. São, também, fundamentais *do homem* – entendido como *pessoa humana* – no sentido de que a todos, sem distinção, devem ser reconhecidos e concreta e materialmente efetivados. Não significam simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas “[...] limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.”<sup>18</sup> Os direitos fundamentais podem ainda ser definidos como aqueles que

---

<sup>13</sup> Baez (2011, p. 39-40).

<sup>14</sup> Baez (2011, p. 44).

<sup>15</sup> Baez (2011, p. 40).

<sup>16</sup> Baez (2011, p. 44).

<sup>17</sup> Silva (2008, p. 178).

<sup>18</sup> Romita (2005, p. 36).

“[...] em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça.”<sup>19</sup>

## 2.2 OS FUNDAMENTOS

Celeuma semelhante àquela encontrada em torno do significado semântico da expressão direitos fundamentais existe no aspecto dizente com a fundamentação ou justificação para tais direitos. Miranda<sup>20</sup> assinala que são múltiplas e até mesmo contraditórias as compreensões filosóficas sobre o tema. Segundo as concepções jusnaturalistas, os direitos do homem são imposições de Direito natural, que precedem a vontade do Estado e a ela se sobrepõem. Conforme os positivistas, os direitos do homem são permissões outorgadas e reguladas pela lei. Para os idealistas, os direitos do homem são entendidos como ideias acolhidas gradativamente pela realidade, enquanto para os realistas seriam resultado da experiência ou das lutas políticas, econômicas e sociais. Para os contratualistas, os direitos do homem resultam do contrato social, como compensação pela integração do homem na sociedade, enquanto os institucionalistas os entendem como instituições próprias da vida comunitária.

Para Bobbio,<sup>21</sup> o problema do fundamento varia conforme se busque fundamento de um direito já positivado ou de um direito que se gostaria de ver reconhecido. Na primeira situação, procede-se à identificação da norma que o reconhece, enquanto na segunda se apontam as razões para defender a necessidade de sua proclamação formal. Em razão do objetivo da busca do fundamento, surge a ilusão do fundamento absoluto, que ninguém poderá refutar ou questionar. Essa concepção enganosa grassou-se durante séculos entre os jusnaturalistas, fundamentada no argumento de

<sup>19</sup> Romita (2005, p. 36).

<sup>20</sup> Miranda (2012, p. 59-61).

<sup>21</sup> Bobbio (2004, p. 16-17).

que tais direitos irresistíveis derivavam diretamente da natureza do homem, raciocínio que se mostrou frágil, à medida que muitos direitos, inclusive os mais diversos entre si e mesmo os menos fundamentais, resultam da natureza do homem. Kant<sup>22</sup> reduziu os direitos insuperáveis a apenas um, qual seja, a liberdade.

Para o doutrinador italiano Bobbio,<sup>23</sup> a ilusão presentemente não se sustenta e toda busca do fundamento absoluto é infundada, sendo apontadas, para corroborar a afirmação, quatro razões: a expressão “direitos do homem” é muito vaga, não tendo havido êxito na tentativa de defini-la, acentuando-se as dificuldades na sua interpretação e aplicação e mostrando-se impossível apresentar fundamento, absoluto ou não, de direitos dos quais não se tem noção precisa; os direitos do homem constituem classe variável, sujeita a modificações segundo as condições históricas; os direitos do homem são marcados pela heterogeneidade, havendo na própria Declaração pretensões diversas e até mesmo incompatíveis, do que deriva a necessidade de falar não em fundamento, mas em diversos fundamentos dos direitos do homem, conforme o direito que se quer defender; há antinomia entre os direitos invocados pelas mesmas pessoas, pois as declarações de direitos contemplam, além dos direitos individuais tradicionais (liberdades), que exigem obrigações negativas, inclusive de parte do Estado, também os chamados direitos sociais (poderes), os quais impõem obrigações positivas (prestações), que não podem ser desenvolvidos simultaneamente nas mesmas proporções, pois, à medida que aumentam os poderes do indivíduo, decrescem suas liberdades. Disso deriva que dois direitos fundamentais antinômicos não podem ter ambos fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torna um direito e o seu oposto ao mesmo tempo inquestionáveis e irrefutáveis. A ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos foi usada para evitar o reconhecimento de novos direitos incompatíveis com aquele. Cita, a título de exemplo, a oposição contra

---

<sup>22</sup> Kant (2003).

<sup>23</sup> Bobbio (2004, p. 21-22).

a introdução de direitos sociais justificada pelo fundamento absoluto dos direitos de liberdade.

Quer-se saber se a busca do fundamento absoluto, ainda que exitosa, é capaz de garantir o pleno reconhecimento e realização dos direitos do homem, sendo necessário, para tanto, enfrentar o segundo dogma do racionalismo ético, também segunda ilusão do jusnaturalismo, qual seja, de que basta demonstrar os valores últimos para que seja garantida sua realização. Este dogma é desmentido pela experiência histórica, pelas seguintes razões: os direitos humanos não foram mais respeitados na época em que os pensadores consideravam haver encontrado um fundamento absoluto para eles, ou seja, que derivavam da natureza do homem; apesar da crise dos fundamentos, houve a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o que demonstra que os diversos governos encontraram boas razões para fazê-lo, não havendo necessidade de fundamento absoluto, mas de condições para realizar os direitos do homem; muitas destas condições não dependem da boa vontade ou das boas razões indicadas para demonstrar a bondade absoluta destes direitos e sim da situação econômico-social. O problema fundamental dos direitos do homem atualmente não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los, o que revela a natureza política da questão.<sup>24</sup>

A crise de fundamentos existe. Sua superação não será encontrada mediante a busca de fundamento absoluto como substituto para o que se perdeu. A tarefa, mais modesta, embora também mais difícil, é buscar, em cada caso, os vários fundamentos possíveis, mister que deverá ser acompanhado pelo exame das condições, dos instrumentos e das situações propícias à realização deste ou daquele direito. O aspecto filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado dos demais ângulos (históricos, sociais, econômicos e psicológicos) que influenciam sua realização, sob pena de se condenar a filosofia à esterilidade.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Bobbio (2004, p. 22-23).

<sup>25</sup> Bobbio (2004, p. 23-24).

## 2.3 A FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

São múltiplas e diversificadas as funções dos direitos fundamentais na ordem jurídica apontadas pela doutrina, elegendo-se a classificação preconizada por Canotilho,<sup>26</sup> em razão de sua precisão e objetividade.

### 2.3.1 Função de defesa ou de liberdade

Esta primeira função compreende dupla perspectiva: proíbe as ingerências dos Poderes Públicos na esfera de autodeterminação do indivíduo (normas de competência negativa); em um plano jurídico-subjetivo, implica “[...] o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por partes dos mesmos (liberdade negativa).”<sup>27</sup>

Segundo Alexy,<sup>28</sup> os direitos a ações negativas dividem-se em três grupos de direitos: que o Estado não impeça ou dificulte ações do titular do direito; que o Estado não afete certas características ou situações do titular do direito; que o Estado não faça desaparecer certas posições jurídicas do titular do direito.

Os direitos de defesa impõem ao Estado o dever de abstenção, não lhe sendo permitido praticar ingerências indevidas na liberdade pessoal e na propriedade. Também protegem o indivíduo contra atos do Estados que afetem bens jurídicos.

---

<sup>26</sup> Canotilho (1999, p. 407-411).

<sup>27</sup> Canotilho (1999, p. 408).

<sup>28</sup> Alexy (2011, p. 196).

### 2.3.2 Função de prestação social

Enquanto os direitos de defesa determinam a abstenção do Estado, os direitos à prestação exigem o agir deste para suprir as necessidades dos indivíduos. A ação do Estado, determinada pelo direito à prestação, compreende a prestação jurídica e a material. A primeira implica o dever de o Estado editar as normas relativas ao bem jurídico protegido como direito fundamental, e a segunda alcança os direitos sociais.<sup>29</sup>

Segundo Alexy,<sup>30</sup> os direitos a ações positivas dividem-se em dois grupos: aquele que tem por objeto uma ação fática e aquele que tem por objeto uma ação normativa. O critério para distingui-los é a desimportância da forma jurídica na execução da ação para a satisfação do direito. Como exemplo de ação positiva fática, tem-se o direito de proprietário de escola privada a auxílio do Estado por meio de subvenções. Direitos a ações normativas são direitos a atos do Estado de criação de normas. As ações positivas fáticas são chamadas de direitos a prestações em sentido estrito e as ações positivas normativas de direitos a prestações em sentido amplo.

Para Canotilho,<sup>31</sup> a função prestacional dos direitos fundamentais sempre está associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais: ao problema dos direitos sociais originários, ou seja, se a norma constitucional permite imediata exigência prestacional pelo indivíduo; ao problema dos direitos sociais derivados, que diz respeito ao direito de exigir do Estado a normação necessária para a concretização do bem jurídico protegido pelo direito fundamental e ao direito de demandar e obter igual participação nas prestações criadas pelo legislador; ao problema de saber se as normas que consagram direitos fundamentais sociais vinculam os Poderes Públicos, obrigando-os a políticas sociais ativas.

<sup>29</sup> Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 248-249).

<sup>30</sup> Alexy (2011, p. 201-203).

<sup>31</sup> Canotilho (1999, p. 408-409).

Incumbe ao Estado, em razão da função de proteção dos direitos fundamentais, promover o bem-estar dos cidadãos, garantindo-lhes os meios básicos indispensáveis à sobrevivência digna.

### **2.3.3 Função de proteção contra terceiros**

Outra relevante função dos direitos fundamentais, baseada no dever geral de efetivação que compete ao Estado, a par da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, é aquela relativa ao dever de proteção, não somente em face dos Poderes Públicos, mas igualmente diante de investidas de particulares e até mesmo de outros Estados.<sup>32</sup>

Compete ao Estado tomar medidas positivas com o fito de proteger os direitos fundamentais em face de atos lesivos praticados por terceiros. Diversamente do que ocorre com a função prestacional, “[...] o esquema relacional não se estabelece aqui entre o titular do direito fundamental e o Estado (ou uma autoridade encarregada de desempenhar uma tarefa pública) mas entre o indivíduo e outros indivíduos [...]”<sup>33</sup>

### **2.3.4 Função de não discriminação**

Trata-se de uma das funções mais salientadas pela doutrina, em especial a norte-americana, e de particular interesse ao presente estudo. A partir do primado da igualdade, é função básica e elementar dos direitos fundamentais garantir que o Estado trate seus cidadãos como iguais, o que alcança todos os direitos. Esse papel dos direitos fundamentais sustenta as ações afirmativas, a implantação de cotas para minorias e com base nele, “[...] alguns grupos minoritários defendem a efectivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicul-

---

<sup>32</sup> Sarlet (2008, p. 165).

<sup>33</sup> Canotilho (1999, p. 409).

tural e hiperinclusiva ('direitos dos homossexuais', 'direitos das mães solteiras', direitos das pessoas portadoras de HIV)".<sup>34</sup>

Os direitos fundamentais asseguram a proteção de círculo de igualdade pessoal, não permitindo intervenções decorrentes de atos discriminatórios, o que gera, como consequência, direito subjetivo de defesa em face de qualquer ataque ao princípio da igualdade.<sup>35</sup>

### 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana entrelaçam-se de forma vigorosa. O último é apontado como elemento fundante, informador e unificador dos direitos fundamentais e uma das bases do Estado de Direito Democrático, conforme previsto no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal, servindo também como elemento orientador do processo de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Segundo Nunes, trata-se de "[...] verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais."<sup>36</sup>

Para Sarlet,<sup>37</sup> a dignidade da pessoa humana é atributo peculiar e distintivo de cada ser humano e que o faz merecer igual respeito e deferência por parte do Estado e da comunidade. Implica, assim, o conjunto de deveres e direitos fundamentais que garantem a pessoa contra quaisquer atos degradantes e desumanos. Tais deveres e direitos fundamentais também determinam a garantia de condições existenciais mínimas para a vida salutar e viabilizam à pessoa tomar parte ativamente e com responsabilidade nos destinos da própria existência e na vida coletiva. Ao abordar a dimensão ontológica da dignidade, o autor afirma que esta é qualidade inerente à pessoa humana, que qualifica o ser humano e dele não pode

<sup>34</sup> Canotilho (1999, p. 409-410).

<sup>35</sup> Sarlet (2008, p. 187).

<sup>36</sup> Sarlet (2010, p. 65).

<sup>37</sup> Sarlet (2004, p. 59-60).

ser destacada. Não pode, por isso, ser criada, concedida ou retirada, mas pode e deve ser promovida e respeitada. Existe até mesmo onde não é reconhecida expressamente pelo Direito e independe das circunstâncias concretas, não podendo ser desconsiderada mesmo nas situações em que as pessoas cometem ações indignas ou infames, justamente por se tratar de atributo intrínseco da pessoa humana. O conteúdo do art. 1º da Declaração Universal da ONU e o entendimento da jurisprudência constitucional e da doutrina demonstram que o elemento central da noção da dignidade humana se ancora na autonomia, considerada em abstrato, e no direito de autodeterminação de cada pessoa, como defendido por Kant.<sup>38</sup>

Abbagnano<sup>39</sup> esclarece que o princípio da dignidade é entendido como a exigência manifestada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “[...] Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio.” Tal imperativo implica considerar que todo o homem, como fim em si mesmo, tem valor não relativo, mas peculiar, ou seja, a dignidade.

Complak<sup>40</sup> tece críticas às definições correntes sobre dignidade, em especial à kantiana, sob o argumento de que pecam pela subjetividade. Propõe-se a definir a dignidade do homem “[...] como o conjunto (o todo) das únicas qualidades que o distinguem do reino animal e vegetal, as quais asseguram a ele um lugar excepcional no universo.”<sup>41</sup> Assevera que a mais acertada qualificação do homem seria a dignidade do *ser humano*, pois permite mostrar melhor a dignidade do homem. Essa locução faculta estender o conceito de homem até o feto humano, desde os primeiros instantes da sua evolução.<sup>42</sup>

Ao examinar a epistemologia do gênero direitos humanos, Baez<sup>43</sup> informa que a dignidade humana, reconhecida no

---

<sup>38</sup> Sarlet (2009, p. 20-23).

<sup>39</sup> Abbagnano (2000, p. 276).

<sup>40</sup> Complak (2008, p. 119-120).

<sup>41</sup> Complak (2008, p. 109).

<sup>42</sup> Complak (2008, p. 111).

<sup>43</sup> Baez (2011, p. 26-27).

preâmbulo das Declarações de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e da Organização das Nações Unidas, representa valor primordial e elemento essencial de todos os direitos consagrados nas referidas Declarações. O doutrinador afirma, ainda, que no âmbito filosófico as várias teorias que se ocupam da construção dos fundamentos dos direitos humanos destacam, não obstante, a diversidade de raciocínios, que a dignidade humana, segundo a ótica ocidental, é o elemento ético central dessa categoria de direitos. Adverte, entretanto, com propriedade, que tanto não representa achado da civilização ocidental, à medida que tradições sociais que remontam aos tempos que antecedem o cristianismo já adotavam essa base moral. Cita, entre outros esclarecedores exemplos, o confucionismo, sistema filosófico chinês que teve início há mais de 2.500 anos, e cujo núcleo é a humanidade, esta entendida como apanágio de cada ser humano e que o dignifica, inspirando o respeito de parte dos semelhantes e o cuidado com seu bem-estar. Salienta a arduidade apontada pela doutrina para encontrar definição da dignidade humana e propõe tese inovadora como instrumento para melhor compreendê-la. Separa a dignidade em dois planos de exame: o primeiro, denominado dimensão básica, em que se situam os bens jurídicos basilares para a vivência humana, indispensáveis para a autodeterminação dos indivíduos e que impedem sua coisificação; o segundo, designado dimensão cultural, no qual se encontram os valores mutáveis temporal e espacialmente, que buscam satisfazer as necessidades de cada sociedade, segundo os diversos momentos históricos e em consonância com os recursos financeiros, políticos e culturais.

Na seara laboral, a simbiose entre direitos fundamentais e princípio da dignidade ganha realce e proeminência. O respeito aos atributos do trabalhador, atendida à sua condição de pessoa humana, é elemento fundamental para que não seja visto apenas como mera peça da engrenagem e passe a ser reconhecido como homem, valorizando-se sua integridade física, psíquica e moral, o que alcança, indiscutivelmente, entre outros, o direito de não ser discriminado.

A exaltação da dignidade humana e dos direitos fundamentais não pode se circunscrever à esfera teórica, devendo transpor esse âmbito para alcançar efetividade, traduzida na efetiva asseguuração, a quem trabalha, de tratamento respeitoso e igualitário, condição indispensável para viabilizar a existência digna. Para Goldschmidt,<sup>44</sup> o direito fundamental ao trabalho digno compreende o complexo de normas jurídicas que visem não somente garantir o posto de trabalho como fonte de rendimentos e de sustento, mas também fomentar condições dignas de labor, preservando a higidez física e mental do trabalhador.

#### 4 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são, simultaneamente, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Em face de sua condição de direitos subjetivos, facultam a seus titulares impor seus interesses em face dos órgãos que a eles se vinculam. Como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, estabelecem a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.<sup>45</sup>

Os direitos fundamentais foram concebidos originariamente como direitos de defesa, para proteger o cidadão de interferências indevidas do Estado. Atendida a essa dimensão, ao Poder Público era atribuída competência negativa, o que determinava a obrigação de respeitar o núcleo básico de liberdades do cidadão. Trata-se da chamada eficácia vertical, necessária, diante da manifesta desigualdade do indivíduo perante o Estado, a quem são atribuídos poderes de autoridade. Para Canotilho,<sup>46</sup> a função de direitos de defesa dos cidadãos, exercida pelos direitos fundamentais, compreende dupla perspectiva: no plano jurídico-objetivo representa nor-

---

<sup>44</sup> Goldschmidt (2010, p. 209).

<sup>45</sup> Mendes, Coelho e Branco (2007).

<sup>46</sup> Canotilho (1999, p. 383).

mas de competência negativa para os Poderes Públicos, proibindo sua interferência na esfera jurídica individual; no plano jurídico-subjetivo significa o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir abstenções do Estado, a fim de evitar ações lesivas por parte deste (liberdade negativa).

Entretanto, com o evoluir das relações sociais e o incremento de suas necessidades, observou-se a insuficiência desse mero dever de abstenção. Surgiu então a chamada vinculação positiva dos Poderes Públicos, que pressupõe a ação do Estado, o qual deve adotar políticas e ações aptas a fomentarem a preservação dos direitos e garantias dos indivíduos, concretizando, assim, o ideário do Estado Social.

A vinculação positiva do Estado alcança os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Do primeiro, exige-se o incremento de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos e garantias do cidadão, além de interpretação e aplicação das leis em conformidade com os direitos fundamentais. Ao Judiciário cabe tarefa relevante na defesa dos direitos fundamentais, em especial diante do preceito insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que consagra a inafastabilidade da jurisdição, incumbindo-lhe, no exercício de suas atribuições, conferir a estes direitos a máxima eficácia possível, a par de recusar aplicação a preceitos que desrespeitem os direitos fundamentais.

Historicamente, conferiu-se especial proeminência à proteção dos direitos fundamentais em face do Estado, em razão de que estes surgiram e se afirmaram justamente como reação ao poder das monarquias absolutistas.

Entretanto, em razão da manifesta superação do tradicional conceito de que direito constitucional e direito privado ocupavam posições estanques, divorciadas entre si, e diante da progressiva assimilação da força normativa da Constituição, fez-se necessário refletir sobre o problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Mendes<sup>47</sup> informa que esse tema marcou a discussão doutrinária dos anos 1950 e do início dos anos 1960 na Alemanha. Também é objeto de intensos debates nos Estados Unidos, sob o rótulo da *state action*. Sarlet<sup>48</sup> assinala que a eficácia irradiante (*Austrahlungswirkung*), consoante denominação utilizada pela doutrina alemã, configura o primeiro desdobramento do efeito jurídico objetivo autônomo dos direitos fundamentais. Dita eficácia embasa a técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição e desencadeia a questão ligada à chamada eficácia horizontal – *Drittwirkung*, na doutrina alemã –, que significa a irradiação de efeitos dos direitos fundamentais também nas relações privadas, tema considerado uma das mais importantes consequências da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Segundo a doutrina tradicional, dominante no século XIX, os direitos fundamentais tinham por objetivo proteger o indivíduo contra eventuais ações do Estado e, como tal, não apresentavam relevância nas relações entre particulares. Entretanto, o reconhecimento de que os direitos fundamentais não se limitam ao direito de defesa, para conter o poder estatal, mas também compreendem postulados de proteção, conferiu supedâneo à teoria que defende sua aplicação no âmbito do direito privado.

Com efeito, o desenvolvimento da sociedade pulverizou o poder, antes concentrado nas mãos do Estado. As diversas formas de organização surgidas na órbita privada passaram a assumir relevantes funções, desenvolvendo-se também entre elas o fenômeno do poder, que deixou de ser atributo exclusivo do Estado. Existe na sociedade contemporânea, marcada pela complexidade, relações jurídicas entre particulares em que não impera o dogma da igualdade, verificando-se amiúde verticalidade, desigualdade e sujeição, com manifesta superioridade de uma das partes sobre as outras: o justificar a adoção da teoria da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

---

<sup>47</sup> Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 120-121).

<sup>48</sup> Sarlet (2008, p. 164).

Ao explicar a tese que advoga a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, Pereira<sup>49</sup> afirma que esta considera, principalmente, a dimensão funcional dos direitos fundamentais. Quando se examinam os direitos fundamentais a partir de sua finalidade – que é, precipuamente, garantir níveis máximos de autonomia e dignidade aos indivíduos –, mostra-se razoável defender sua aplicação em todas as hipóteses onde possa haver comprometimento dessa esfera de autogoverno. Para esse efeito, é irrelevante que a redução do âmbito da autonomia decorra de ato de um poder privado ou de um poder público. “Se uma das partes encontra-se em situação de sujeição, seu poder de autodeterminação resta aniquilado, não havendo como cogitar-se de aplicação do princípio da liberdade.”<sup>50</sup> Acrescenta que, conforme registra Bilbao Ubillos, não causa surpresa constatar que a fértil teoria da eficácia privada tenha nascido e se desenvolvido no âmbito das relações trabalhistas.<sup>51</sup>

A experiência demonstra a pertinência da observação. O âmbito laboral, em razão de suas particularidades, em especial da subordinação jurídica do empregado, é propício à chamada horizontalização dos direitos fundamentais, ou seja, à aplicação destes direitos a relações entre particulares. Como consequência imediata da celebração do contrato de trabalho, surge para o empregador os poderes de organização, fiscalização e disciplina do trabalho, que encontram fundamento no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual empregador é “[...] a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.” Consequência do poder diretivo assegurado ao empregador é a sujeição do empregado, que assume dependência hierárquica perante o empregador. Há, portanto, manifesta assimetria de poder, circunstância que pode fomentar a exacerbação das faculdades próprias dos poderes de direção e disciplinar enfeixados nas mãos do empregador. In-

<sup>49</sup> Pereira (2006, p. 148).

<sup>50</sup> Pereira (2006, p. 148).

<sup>51</sup> Pereira (2006, p. 149).

dispensável, assim, o recurso aos direitos fundamentais justamente para coarctar eventuais abusos de parte do empregador, o que alcança, inescandivelmente, as atitudes discriminatórias.

## 5 A DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

### 5.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O judaísmo, religião monoteísta mais antiga do mundo e que se originou por volta do século XVIII a.C., ofereceu relevante contribuição para a ideia de igualdade perante a lei, intensamente exaltada por ocasião das Revoluções Burguesas dos séculos XVII e XVIII, ao sustentar que todos os homens têm direito ao tratamento isonômico, tanto em face das leis religiosas quanto diante das leis humanas.<sup>52</sup> O Cristianismo, que surgiu há mais de 2.000 anos, a partir dos ensinamentos de Jesus de Nazaré, escritos no Novo Testamento por seus apóstolos, destacava, entre outros princípios, a igualdade entre os homens.<sup>53</sup> Entre as vertentes filosóficas, destaca-se a contribuição da civilização egípcia (3150 a.C.), que não admitia diferenciação entre pessoas com base na posição por elas ocupada. O Código de Hamurabi, instituído pelo Rei da Babilônia, Khammu-rabi (1792-1750 a.C.), estabelecia expressamente a igualdade diante da ordem jurídica.<sup>54</sup>

A Revolução Industrial do século XIX demonstrou a insuficiência da igualdade formal perante a lei, que permitia a exploração dos mais fracos pelos mais fortes economicamente, gerando e exacerbando as desigualdades sociais.<sup>55</sup> As reações a esse estado de coisas, que originaram o socialismo e as organizações de trabalhadores, ensejaram o aprimoramento da noção de igualdade e da

---

<sup>52</sup> Baez (2012, p. 19).

<sup>53</sup> Baez (2012, p. 20).

<sup>54</sup> Baez (2012, p. 22-23).

<sup>55</sup> Baez (2012, p. 44).

participação do Estado na execução de ações visando à justiça social, nascendo, então, o conceito de igualdade real ou material.<sup>56</sup>

O sentido primário do princípio da igualdade é negativo, pois se estriba na proibição de privilégios e de discriminações; os primeiros entendidos como situações de vantagem não fundada e as segundas como situações de desvantagem.<sup>57</sup> A igualdade é princípio que tem dupla finalidade: de um lado, corporifica garantia individual contra perseguições e, de outro, impede favoritismos.<sup>58</sup>

Na Constituição brasileira, o princípio da igualdade, em seu sentido jurídico-formal, acha-se insculpido no art. 5º, *caput*,<sup>59</sup> que abre o capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos. O princípio é fortalecido à mercê da inserção de outras diversas normas acerca da igualdade, a par daquelas que contemplam regras de igualdade material. Cita-se, a título de exemplo, o art. 7º, inciso XXX, que proíbe qualquer distinção de salários, de exercício de funções e de critério de admissão em razão de sexo, idade, cor ou estado civil. A enfática oposição a qualquer força de discriminação, prevista no inciso IV,<sup>60</sup> do art. 3º (que trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil), representa, aliada a outros dispositivos de finalidades análogas, a preocupação com o alcance da igualdade material.

## 5.2 A DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: O PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA ORIGEM

Consoante se observa da redação conferida ao inciso IV, do art. 3º, da Constituição Federal, é vedado preconceito e discrimi-

<sup>56</sup> Baez (2012, p. 44).

<sup>57</sup> Miranda (2012, p. 280).

<sup>58</sup> Mello (1999, p. 23).

<sup>59</sup> Art. 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: [...]

<sup>60</sup> O inciso IV, do art. 3º, da Constituição Federal, tem a seguinte redação: “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

nação com base na origem, raça e cor. Origem representa o ponto de partida da pessoa. Este pode ser o local de nascimento (naturalidade), a identificação com uma cidade, Estado ou país de onde a pessoa é originária, a procedência de um grupo social, de um povo ou etnia. A origem como critério diferenciador interdita, portanto, o preconceito, ou a discriminação, em razão da origem da pessoa, o que alcança o local de proveniência, a classe social de onde procede, ou a sua origem étnica/racial.<sup>61</sup>

Meyer-Pflug<sup>62</sup> afirma que o preconceito “[...] é uma opinião equivocada que é considerada por determinadas pessoas como verdadeira.” Acrescenta que, para Bobbio,<sup>63</sup> os preconceitos podem ser classificados em individuais, aqueles relacionados a superstições e crenças, e sociais, aqueles empregados por um determinado grupo social em relação a outro, sendo este o mais perigoso, em razão de que pode conduzir a conflitos severos entre grupos sociais, inclusive ao uso da violência e até a guerras. Para este autor, os preconceitos de grupo são muitos, destacando-se, no ambiente mundial, o preconceito nacional e o de classe. A discriminação é a principal consequência do preconceito de grupo, sendo mais intensa do que a simples diferença, à medida que é usada em sentido depreciativo, alicerçando-se em critérios desarrazoados, em geral ligados à ideia de primazia de um grupo em relação ao outro. Pode alcançar opiniões políticas, raça, sexo, religião, etnia, nacionalidade, situações pessoais e sociais.

O princípio da igualdade é aplicável tanto às relações dos cidadão frente ao Estado quanto às relações entre particulares, com destaque para o âmbito laboral, no qual predomina a assimetria de forças entre as partes, em razão do poder de direção inerente ao empregador e do estado de sujeição do trabalhador, que decorre da subordinação jurídica, traço característico do contrato de emprego.

---

<sup>61</sup> Coutinho (2013, p. 85).

<sup>62</sup> Meyer-Plug (2009, p. 104-110).

<sup>63</sup> Bobbio (2004).

As práticas discriminatórias em razão da origem e que alcançam, entre outros, o estrangeiro, presentes no Brasil e continuamente denunciadas pela imprensa<sup>64</sup> e pelos defensores de direitos humanos, não constituem novidade. O matemático iraniano, conhecido como Alberumi, responsável por escrever o primeiro livro geral a respeito da Índia, no início do século XI, constatou, em seus estudos, a discriminação de que eram alvo os estrangeiros em distintas nações do mundo, registrando seus protestos diante da prática e estimulando atitudes de entendimento recíproco e tolerância.<sup>65</sup>

Baumann<sup>66</sup> assinala que “[...] *as cidades se transformaram em depósitos de problemas causados pela globalização,*” acrescentando que a onipresença de estrangeiros adiciona considerável dose de inquietação aos desejos e ocupações de seus habitantes, sendo fonte inesgotável de ansiedade e agressividade dissimulada e muitas vezes manifesta.

Considera-se estrangeiro quem nasceu fora do território nacional e que não adquiriu, por qualquer das formas previstas na Constituição Federal, a nacionalidade brasileira. Os estrangeiros podem ser residentes ou não residentes. Os primeiros, como regra geral, desfrutam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres dos brasileiros. Admitem-se, contudo, as limitações expressamente previstas em lei.<sup>67</sup> No que se refere ao trabalho, não é permitida, segundo se extrai do disposto no art. 5º, *caput*, e do inciso XIII, do mesmo artigo da Constituição Federal, qualquer discriminação, mesmo que indireta, contra os estrangeiros residentes no país, ressalvadas as restrições inscritas na própria Constituição, destacando-se aquela contida no art. 37, inciso I.<sup>68</sup>

A discriminação, entretanto, no que diz respeito à origem, não se limita ao estrangeiro. Alcança também, no Brasil, os trabalha-

<sup>64</sup> Lima (2011).

<sup>65</sup> Baez (2012, p. 33).

<sup>66</sup> Baumann (2009, p. 36).

<sup>67</sup> Lei n. 6.815/80, arts. 95 a 110.

<sup>68</sup> Dispõe o inciso I, do art. 37: “[...] os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.”

dores nordestinos, que, oriundos de região menos desenvolvida e pobre, enfrentam dificuldade de acesso ao trabalho em razão do estigma da desqualificação, da indolência e da indisciplina. Coutinho<sup>69</sup> alerta para o conteúdo discriminatório dos critérios de seleção de vaga que incluem a “boa aparência”, que evidencia racismo, à medida que a aparência da pessoa demonstra sua raça, sua e também origem.

A dimensão básica da dignidade humana, consoante alhures foi dito, significa atributo ínsito a todos os indivíduos, que não permite sua coisificação ou restrição de seu estado de sujeito de direitos. A dimensão cultural da dignidade humana se refere à maneira e às circunstâncias em que a dimensão básica da dignidade humana é colocada em prática pelos diversos grupos sociais ao longo do tempo.<sup>70</sup> A discriminação do trabalhador, em razão de sua origem, fere as dimensões básica e cultural da dignidade humana, à medida que limita sua condição de sujeito de direitos e desrespeita a diversidade, as peculiaridades culturais e sociais. Também revela descaso diante do direito à diferença e ao reconhecimento e ignora função básica dos direitos fundamentais, supra-analisada, dizente com a não discriminação.

### **5.3 O DIREITO À DIFERENÇA E AO RECONHECIMENTO: OS DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DO RESPEITO ÀS DIFERENÇAS**

O confucionismo, sistema filosófico idealizado pelo filósofo chinês K'ung-Fu-Tzu (Confúcio), entre 551 e 478 a.C., destacava, entre outros valores, o direito à integridade moral e física, manifestado pela necessidade de respeito e proteção pelo outro, com vistas à harmonia das relações sociais, fundada na solidariedade com o outro. O direito fundamental de proteção à diversidade, defendido enfaticamente no século XXI, encontra suas raízes primárias no Taoísmo,

---

<sup>69</sup> Coutinho (2013, p. 86).

<sup>70</sup> Baez (2011, p. 36-37).

escola filosófica fundamentada nos textos de Tao Te Ching, da lavra de Lao Tzu (entre os anos 460 a.C. e 380 a.C.). Essa doutrina defendia o respeito às tendências naturais individuais. Afirmava que os seres humanos são capazes, naturalmente, de eleger e observar suas inclinações interiores e estas permitem conciliação coletiva, desde que exista acatamento recíproco às diferenças disso resultantes.<sup>71</sup>

Miranda<sup>72</sup> ressalta que vem se tornando comum nas sociedades contemporâneas, que se distinguem pela pluralidade, heterogeneidade e, por vezes, pela multiculturalidade, a busca de equilíbrio entre bem comum e necessidades de grupo, bem como entre a igualdade e o chamado direito à diferença.

Tramontina<sup>73</sup> examina os direitos humanos e a justiça social. Indaga se a última é uma questão de distribuição ou de reconhecimento. Aduz que um dos representantes mais destacados do paradigma da distribuição é John Rawls e do paradigma do reconhecimento Axel Honneth, acrescentando que o propósito de seu estudo é realizar um comparativo entre os dois paradigmas e examinar a possibilidade de sua compatibilização, consoante a proposta de Fraser. Segundo este, há reconhecimento quando os padrões institucionalizados de valoração cultural colocam os atores sociais como iguais e não há reconhecimento quando determinam relações de subordinação e exclusão. As demandas por reconhecimento têm por finalidade retirar do contexto institucional padrões de valoração cultural que não permitem a paridade de participação e trocá-los por outros que a promovam. Conclui que a proposta de Fraser, não obstante alguns aspectos problemáticos, é instigante e suscita novas investigações.<sup>74</sup>

Hann<sup>75</sup> assinala que os estudiosos pós-modernos reconhecem que os direitos humanos são construção social e cultural.

<sup>71</sup> Baez (2012, p. 19-20).

<sup>72</sup> Miranda (2012, p. 264).

<sup>73</sup> Tramontina (2010, p. 117-144).

<sup>74</sup> Tramontina (2010, p. 136).

<sup>75</sup> Hann (2013).

Por tal razão, estão sujeitos a conceituações diversas, não obstante o fundamento repouse em noção supostamente comum de dignidade da pessoa humana como princípio ético-filosófico. Para avançar no exercício da nova cidadania cosmopolita, é necessário considerar a necessidade de diálogos entre as culturas, respeitando o pluralismo cultural. A dignidade humana, fundamento dos direitos humanos, ostenta caráter de reivindicação, de lutas para ocupar um lugar com reconhecimento e respeito. Nunca a humanidade viveu momento histórico com tantas perplexidades e contradições. Para um segmento, os grandes avanços da tecnocultura apontam para a realização feliz da humanidade, enquanto a ética e a antropologia filosófica nos olham com reservas. Por isso, a indispensabilidade de compromisso com um referencial crítico dos direitos humanos em sua dimensão de resistência, de reconhecimento da alteridade, de emancipação, portanto, de interculturalidade. Inegável, ainda, o dilema acerca da compreensão dos direitos humanos em uma perspectiva universal diante dos desafios das diversidades culturais. Não obstante seja prudente a existência de valores que devam ser considerados universais, não se pode fechar os olhos para as diferenças. Impende efetuar reconstrução acerca do atual paradigma dos direitos humanos. Menciona que, para Boaventura de Sousa Santos, os direitos humanos somente encontrarão sua efetividade à medida que não mais forem considerados universais, mas interculturais. Todos são convidados a acolher o outro e com ele entrar em diálogo.

Lucas<sup>76</sup> acentua que a globalização, que não é fenômeno exclusivo da sociedade contemporânea, desafia as formas conhecidas de promover a identidade cultural, esta havida como o lugar particular do homem no mundo, dependente de um conjunto de fatores sociais específicos. Cria singularidade coletiva e esta passa a apresentar necessidades. A identidade sempre diz respeito à cultura e é marcada pela diferença, somente percebida quando comparada a outras culturas. Cultura é entendida como as particularidades com-

---

<sup>76</sup> Lucas (2010, p. 165-170).

portamentais, de costumes, imagens, regras e saberes que unem determinado grupo e o distingue de outros. A cultura, os usos e os costumes sociais definem identidades e representam reação à padronização do mundo global, que uniformiza, mas não universaliza. A ideia de comunidade é retomada. A lealdade e o sentido de pertencimento são recuperados.

Para o doutrinador,<sup>77</sup> as novas tecnologias interligam o mundo, reduzem distâncias e relativizam a noção de tempo. Particularidades locais e manifestações próprias de determinadas culturas são transmitidas ao mundo e passam a ser avaliadas pelo outro diferente. Como reação à igualização imposta pelo fenômeno globalizante, levanta-se a defesa das diferenças. Ao ser conhecida mundialmente, a cultura de uma certa comunidade provoca estranhamento e determina a delimitação, por outras comunidades, de suas particularidades. A identidade precisa, portanto, da diferença para se formar. A globalização ensejou intensa convivência entre as culturas e, em consequência, o exame recíproco e a percepção das diferenças. São inegáveis as exigências de igualdade e diferença em todo o mundo, com a consequente luta por reconhecimento local e global, o que determina fundamentalismos de toda a ordem. Para minimizar a tensão entre direitos humanos universais e particularismo cultural, é preciso encontrar uma maneira de administrar as singularidades de cada cultura, afirmadoras da identidade do grupo, mostrando-se mais adequadas medidas compensatórias que igualitárias. É preciso, diante da sociedade multicultural, promover o diálogo, que conduza os indivíduos a se engajarem em projeto comum de responsabilidades. Cumpre aos direitos humanos, diante do cenário de diferenças, muitas concorrentes, produzir cultura de respeito e de responsabilidades comuns para a humanidade, sem eliminar as características próprias de cada identidade cultural.

As lições podem ser transpostas para a seara laboral. Nesta, a discriminação encontra terreno fértil, consoante demonstra a expe-

---

<sup>77</sup> Lucas (2010, p. 176-185).

riência diária, notadamente em razão da desigualdade ditada pelo estado de subordinação do trabalhador e pela dificuldade para conviver com as dessemelhanças, notadamente no panorama globalizado, em que o crescente deslocamento de pessoas e os intercâmbios culturais acentuam as diferenças. Nesse cenário, os direitos humanos, com destaque para a categoria direitos fundamentais e para a dignidade, têm potencial para cumprir importante papel, definido na promoção de cultura de inclusão, de proteção e de respeito às diferenças.

## 6 CONCLUSÃO

A preocupação com os direitos humanos vem recebendo dos vários segmentos formadores do pensamento jurídico nacional e mundial particular atenção, em especial da hermenêutica constitucional e da Filosofia do Direito. O cuidado é justificado pela importância e pela complexidade do tema. As reflexões que permeiam o assunto envolvem o próprio significado semântico das expressões direitos humanos e direitos fundamentais. Verifica-se significativa diversidade terminológica, inclusive na própria Constituição Federal brasileira.

A doutrina empenha-se em dissecar as múltiplas facetas da temática, sem, contudo, encontrar univocidade, ademais aspiração irrealizável em razão da realidade cambiante e multiforme do mundo contemporâneo. Não obstante, mostrou-se possível identificar ponto de consenso acerca da acepção das expressões direitos humanos e direitos fundamentais, significando os primeiros os direitos válidos para todos os povos e em todas as épocas, que os homens possuem por natureza e cuja finalidade é proteger e realizar a dignidade humana, enquanto os segundos dizem respeito aos direitos humanos inseridos no direito constitucional positivo de cada Estado.

Controvérsia semelhante àquela que alcança o significado das expressões direitos humanos e direitos fundamentais é encontrada no aspecto pertinente à fundamentação de tais direitos. Destaca-se a lição

de Bobbio,<sup>78</sup> para quem o problema principal dos direitos humanos atualmente não se encontra em sua justificação, mas em sua proteção.

No se refere às funções dos direitos fundamentais, entre os múltiplos papéis apontados pela doutrina, elegeu-se, em razão de sua objetividade e precisão, a classificação preconizada por Canotilho,<sup>79</sup> assim estruturada:

- a) função de defesa ou de liberdade;
- b) função de prestação social;
- c) função de proteção contra terceiros;
- d) função de discriminação, esta de particular interesse ao estudo, em razão de seu objetivo central, qual seja, examinar o papel dos direitos fundamentais como instrumento de combate à discriminação das relações de trabalho.

Fez-se, ao longo da pesquisa, o indispensável exame dos direitos fundamentais em paralelo com o princípio da dignidade humana, em razão de seu vigoroso entrelaçamento. O último é havido elemento fundante, informador e unificador dos direitos fundamentais e uma das bases do Estado Democrático de Direito, como disposto no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal. Trata-se de supraprincípio constitucional que inspira e orienta todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. Constatou-se a dificuldade enfatizada pela doutrina para encontrar definição da dignidade humana, destacando-se, por seu ineditismo e acuidade, a tese proposta por Baez<sup>80</sup> para melhor entendê-la. O doutrinador separa a dignidade em dois planos de exame, denominando o primeiro de dimensão básica, que protege o indivíduo contra toda e qualquer forma de coisificação ou de redução de seu *status* como sujeito de direito, e o segundo de dimensão cultural, que preserva a diversidade moral, representada pelas

---

<sup>78</sup> Bobbio (2004).

<sup>79</sup> Canotilho (1999).

<sup>80</sup> Baez (2012).

diferentes formas escolhidas pelas diversas sociedades para implementar o nível básico da dignidade humana.

Relativamente à eficácia dos direitos fundamentais, colheu-se que foram concebidos originariamente para proteger o cidadão das ingerências indevidas do Estado. A evolução das relações sociais e o incremento de suas necessidades exigiram a chamada vinculação positiva dos Poderes Públicos, que significa o agir do Estado, obrigando-o à prestação jurídica e material. A progressiva assimilação da força normativa da Constituição determinou a compreensão acerca da necessária irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais também nas relações privadas, com destaque para a seara laboral. Nesta a assimetria de forças reclama a chamada horizontalização dos direitos fundamentais, mostrando-se estes instrumentos relevantes para coarctar eventuais abusos por parte do empregador, em especial as práticas discriminatórias.

À compreensão da temática central se mostrou indispensável o exame do princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constitucional Federal, e fortalecido à mercê da inserção, no Texto Constitucional, de outras diversas normas que contemplam a igualdade formal e material, cujo conteúdo configura a veemente oposição a todas e quaisquer formas de discriminação.

O inciso IV, do art. 3º, da Carta Magna, veda expressamente o preconceito e a discriminação com base na origem, raça e cor, alcançando a primeira o local e a classe social de proveniência e significando as últimas a origem étnica e racial.

São múltiplas as práticas discriminatórias em razão da origem na seara laboral, destacando-se as fundadas em questões raciais, aquelas que atingem o estrangeiro e os trabalhadores oriundos de regiões menos desenvolvidas e pobres. Tais condutas ofendem as dimensões básica e cultural da dignidade humana do trabalhador, à medida que limitam sua condição de sujeito de direitos e desrespeitam a diversidade e as peculiaridades culturais e sociais.

Os direitos humanos representam construção social e cultural, estando sujeitos a conceituações diversas. Seu fundamento, entretanto, repousa na noção comum de dignidade humana como

princípio ético-filosófico. A dignidade humana, como alicerce dos direitos humanos, ampara o direito à diferença e ao reconhecimento.

Incumbe aos direitos humanos, no cenário contemporâneo, marcado pelas diferenças, não raro concorrentes, sedimentar cultura de respeito e de tolerância. Sua missão agiganta-se no âmbito das relações trabalhistas. Nestas, as desigualdades ínsitas ao estado de subordinação do trabalhador fomentam a discriminação. A globalização enseja o crescente deslocamento de trabalhadores e os intercâmbios culturais conferem realce às diferenças. Nesse ambiente, os direitos humanos, com destaque para a categoria direitos fundamentais e para o princípio da dignidade, mostram-se instrumentos imprescindíveis para promover cultura de inclusão, de proteção e de respeito às diferenças.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A expansão multicultural dos Direitos Humanos Fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo (Org.). *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Unoesc, 2012.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais – novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). *A Realização e a Proteção dos Direitos Humanos Fundamentais – Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Unoesc, 2011.

BAUMANN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Almedina, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPLAK, Krystian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. *Revista da ESMESC*, Florianópolis, Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina, v. 15, n. 21, p. 107-120, 2008.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. *Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdades de Oportunidades*. Disponível em: <[www.oitbrasil.org.br/sites/default/.../oit\\_igualdade\\_racial\\_05\\_234.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/.../oit_igualdade_racial_05_234.pdf)>. Acesso em: 18 jul. 2013.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Saúde mental do trabalhador: direito fundamental social, reparação civil e ações afirmativas da dignidade humana como forma de promoção. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBBA, Orides (Coord.). *Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

HANN, Paulo. *Filosofia Intercultural e Teoria Crítica dos Direitos Fundamentais*. Chapecó. 2013. Transparências.

\_\_\_\_\_. Repensar os Direitos Humanos no Horizonte da Pluralização e da Interculturalidade. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Direitos fundamentais: desafios e perspectivas*. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2010.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LIMA, Eduardo Sales de. Imigrantes criticam discriminação e restrição a direitos no Brasil. *Brasil de Fato: uma visão popular do Brasil e do mundo*. São Paulo, 27 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos Humanos e Interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Unijuí, 2010.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*. Portugal: Princípia, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TRAMONTINA, Robison. Direitos Humanos e Justiça Social. In: HANN, Paulo (Org.). *Direitos fundamentais: desafios e perspectivas*. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2010.

### III. RISCOS SOCIAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS



# ESTADO SOCIAL, DIREITOS SOCIAIS E PRINCÍPIOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DA ESPANHA

Clara Marquet Sardà\*

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta conferência é expor as características fundamentais dos direitos sociais no sistema constitucional espanhol. Estes direitos constituem a expressão mais visível do Estado social, mas situam-se em um marco constitucional que contém outras normas relevantes para o Estado social, com as que se acham estreitamente relacionados. Por isso se partirá das normas que conformam este marco constitucional (seção 2), para indagar depois a noção de direitos sociais (seção 3) e expor seu reconhecimento positivo na Constituição espanhola (seção 4) bem como sua relação com outras fontes (seção 5). Seguidamente se exporá a problemática que propõem os titulares e destinatários destes direitos (seção 6), bem como a vinculação do legislador a eles (seção 7) e sua exigibilidade judicial (seção 7). Tudo isso permitirá se ter uma ideia das possibilidades e debilidades que apresentam os direitos sociais na Constituição espanhola.

## 2 PRINCÍPIOS QUE DETERMINAM O RECONHECIMENTO DE DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA

Os direitos sociais se situam no Estado espanhol em um marco constitucional que contém normas relevantes quanto à configuração do poder público como Estado social. De forma similar a outras constituições da Europa continental, a norma fundamental espanhola estabelece um poder público dotado de tarefas e objeti-

---

\* Doctora en Derecho por la UAB y abogada.

vos específicos em relação à ordem social e econômica, onde deve intervir para realizar uma série de valores e elementos materiais – entre outros, os direitos sociais. O Estado espanhol define-se como um Estado social e democrático de Direito (artigo 1.1 CE), orientado à realização de uma série de valores superiores do ordenamento (artigo 1.1 CE), e em especial à consecução de uma maior igualdade real (artigo 9.2 CE). Estas normas determinam e orientam a atividade pública em todo momento, sendo os direitos sociais considerados expressão concreta destes princípios.

O artigo 1.1 CE define o Estado espanhol como “Estado social e democrático de Direito”. Deste preceito deduz-se o princípio de Estado social, cujo caráter jurídico se encontra hoje aceito, tendo reconhecido o Tribunal Constitucional a natureza jurídica da Constituição em sua totalidade (STC 4/1981, fundamento jurídico 1). Este princípio não gera diretamente pretensões subjetivas, mas tem uma notável incidência na interpretação do resto de normas do ordenamento, condicionando por meio de seu efeito irradiador a conduta do poder público. Assim por exemplo, estabeleceu-se que este princípio supõe que “os direitos fundamentais deixam de ter por si um alcance meramente negativo e delimitador, para ser garantido seu exercício mediante prestações sociais ou de outra índole a cargo do Estado” (STC 86/1982, voto particular do Magistrado Díez de Velasco). Assim mesmo, em relação ao direito à greve, considerou-se que o princípio de Estado social tem entre outras significações a de “legitimar meios de defesa aos interesses de grupos e estratos da população socialmente dependentes”, recusando o Tribunal a igualdade de armas entre trabalhadores e empresários (STC 11/1981, fundamento jurídico 9). E em relação ao controle das distinções efetuadas pelo legislador em matéria de pensões, este princípio tem fundamentado uma interpretação da igualdade que deve ser a mais conforme com o princípio reitor do artigo 50 CE (STC 18/1982, fundamento jurídico 6). O princípio de Estado social determina, portanto, o significado de outras normas, sendo

utilizado de forma não unicamente retórica senão com efeitos concretos pelo Tribunal Constitucional.<sup>1</sup>

Por outra parte, o artigo 1.1 CE estabelece como valores superiores do ordenamento a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político. Estes valores constituem critério de legitimidade do Direito e do Estado, e inserem-se no âmbito jurídico, de forma que a Constituição, para além de estabelecer procedimentos, contém uma construção material valorativa do Estado, não sendo válidas as normas jurídicas se não se inscrevem no marco que proporcionam ditos valores.<sup>2</sup> Os valores superiores constituem os objetivos máximos a realizar pelo Direito, estabelecendo-se como objetivos éticos com os que se supera a antítese entre jus naturalismo e positivismo. Este artigo não contém uma proposta positivista, já que fala dos valores, mas também não jus naturalista, porque se trata de valores positivados.<sup>3</sup> A cláusula do Estado social projeta-se em todo o articulado da Constituição, por intermédio da assunção constitucional do valor igualdade (artigos 9.2 e 14 CE), da regulação do processo económico e seus protagonistas – tanto com o reconhecimento de direitos económicos (artigos 33, 38 CE) quanto das faculdades públicas de intervenção na economia (artigos 128 a 133 CE) –, e da transformação funcional e estrutural do Estado, que se dota de uma função de procura existencial e de remodelagem social, ao mesmo tempo que adquire um grande aparelho burocrático para sua realização.<sup>4</sup> Supera-se assim a visão perfeita da separação entre Estado e sociedade, estabelecendo-se em mudança constantes interações entre ambas as esferas, e atribuindo ao Estado a responsabilidade pela estruturação da ordem social.<sup>5</sup>

Isso se reflete especialmente no princípio de igualdade real, que se prevê no artigo 9.2 CE estabelecendo que “corresponde

<sup>1</sup> Pérez Royo (1984, p. 180).

<sup>2</sup> Parejo (2001, p. 38).

<sup>3</sup> Peces-Barba (1984, p. 53).

<sup>4</sup> Garrorena (1984).

<sup>5</sup> García-Pelayo (1977, p. 27).

aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.” Esta cláusula, que se inspira amplamente no artigo 3.2 da Constituição italiana, supõe a obrigação do poder público de atuar na ordem social e econômica para criar condições de igualdade efetiva entre os indivíduos, para além de uma mera proclamação formal da igualdade. Não obstante, a virtualidade do preceito tem sido posta em questão, já que em realidade implica uma contradição com a consagração constitucional das instituições do sistema capitalista, que geram as desigualdades que ao mesmo tempo querem se erradicar.<sup>6</sup>

O artigo 9.2 CE tem operado não obstante como critério interpretativo, que se utiliza na jurisprudência constitucional em relação a outros preceitos. Este artigo não se aplica de forma autónoma, nem o Tribunal pode impor aos poderes públicos a realização de atuações positivas que contribuam a realizar a igualdade real – já que não pode julgar a oportunidade de suas medidas –, mas o preceito se utiliza para determinar o conteúdo de outras normas constitucionais, e especialmente, em relação ao princípio de igualdade do artigo 14 CE, para a avaliação das distinções efetuadas pelo legislador. No primeiro sentido, o artigo 9.2 CE reforça a obrigação de fazer que deriva, para os poderes públicos, de certos direitos de prestação: assim se afirmou em relação ao direito à educação (STC 86/1985, fundamento jurídico 3), com a dimensão prestacional da liberdade de informação (STC 6/1981, fundamento jurídico 4),<sup>7</sup> e com a assistência jurídica (STC 42/1982, fundamento jurídico 2). No segundo sentido, o artigo 9.2 CE contribui a determinar que desigualdades normativas introduzem discriminação, e aí outras podem se considerar justificadas em elementos objetivos e razoá-

---

<sup>6</sup> Aparicio Pérez (1983, p. 95).

<sup>7</sup> Ainda assim, no caso concreto o Tribunal recusou a exigibilidade do apoio de recursos públicos para a criação de meios de comunicação.

veis, contribuindo o ponto de conexão teleológico à diferenciação normativa.<sup>8</sup> Assim sucede, por exemplo, com as medidas de discriminação positiva em favor da mulher, que podem ser justificadas do ponto de vista do artigo 9.2 CE quando seu fim seja promover a real e efetiva equiparação das mulheres, devendo o Tribunal Constitucional valorizar então seu razoabilidade (SSTC 128/1987, 28/1992, 109/1993).<sup>9</sup>

Além destes preceitos, que determinam o reconhecimento de direitos sociais na Constituição espanhola, deve-se mencionar assim mesmo o princípio de dignidade humana e de livre desenvolvimento da personalidade (artigo 10.1 CE), que se situa como fundamento axiológico do Título I, CE, e do reconhecimento de todos os direitos constitucionais. A dignidade humana não constitui no sistema espanhol propriamente um direito fundamental, senão que se situa como um valor absoluto, que é fonte dos demais direitos, unidos ao núcleo da existência humana. O reconhecimento de direitos sociais, ainda que alguns deles tenham um sistema de garantias diferente, põe de relevo a concepção destes direitos como ligados à dignidade humana, enquanto condições imprescindíveis para o gozo real da liberdade e para a igualdade dos indivíduos.

### 3 A NOÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E SEUS ENVOLVIMENTOS

A expressão “direitos sociais” não aparece explicitamente na Constituição espanhola. Trata-se de uma categoria dogmática que tem apresentado diversas definições na doutrina, destacando-se em cada caso suas verdadeiras características configuradoras.

<sup>8</sup> Montilla Martos (1997, p. 447).

<sup>9</sup> Assim, o Tribunal tem aceitado a existência de normas que atribuem um adicional de segurança às mulheres casadas que trabalham, e não aos homens (STC 128/1987); ou a concessão de um período de lactância artificial só para a mulher (STC 109/1993). Em mudança, consideraram-se inaceitáveis, enquanto perpetuavam a situação da mulher fosse do mercado trabalhista, as normas que limitavam o trabalho noturno das mulheres em virtude de sua inferioridade física (STC 229/1982), ou as que proibiam o trabalho nas minas (STC 28/1992).

Assim, por exemplo, o termo se relacionou com o conflito social que se integra no Estado mediante a Constituição do trabalho, e que dá lugar ao reconhecimento de certos direitos constitucionais – direitos, em essência, dos coletivos no âmbito trabalhista.<sup>10</sup> Para outros autores, o termo identifica-se com direitos prestacionais, que dão lugar fundamentalmente a atuações positivas por parte do Estado.<sup>11</sup> Ainda para outros setores, entendeu-se como aqueles direitos dos grandes coletivos que ficam fora dos habituais mecanismos de distribuição de riqueza.<sup>12</sup>

Todas estas definições estão no verdadeiro, o que mostra a amplitude da categoria de direitos sociais. Em essência, são direitos sociais todos aqueles que têm uma função unida à realização da igualdade real, estabelecendo condições da ordem social que devem ser realizadas pelos poderes públicos em sua tarefa de conformação da sociedade. A categoria direitos sociais, portanto, agrupa normas muito diversas, que não necessariamente têm uma mesma estrutura, e que podem ter características e regimes jurídicos diferentes. Sua qualificação como direitos sociais, portanto, não separa no ordenamento espanhol uma qualidade específica quanto às suas garantias ou regime normativo, senão que designa unicamente sua especial função no marco do Estado social.

A noção de direitos sociais, no entanto, é útil para destacar certas características jurídicas que costumam ter estes direitos, não de forma imperativa ou exclusiva, mas de forma majoritária. A dogmática tem distinguido, seguindo à doutrina alemã, entre direitos sociais de liberdade, e direitos sociais a atuações positivas, dentro dos quais cabe falar assim mesmo de direitos a atuações fáticas (prestações) e direitos a atuações normativas.<sup>13</sup> Isso permite destacar que nem sempre os direitos sociais são estruturas que impliquem atuações positivas, e que em todo caso têm também uma dimen-

---

<sup>10</sup> Maestro Buelga (2002, p. 134).

<sup>11</sup> Cossío Díaz (1989, p. 44) e Prieto Sanchís (1995, p. 14).

<sup>12</sup> Cascajo Castro (2009, p. 36).

<sup>13</sup> Alexy (2009, p. 50).

são negativa na que devem ser protegidos – em alguns casos, esta dimensão de liberdade é preponderante, como, por exemplo, na liberdade sindical, mas seguem servindo a uma função de realização da igualdade real. Ao mesmo tempo, isso relativiza as diferenças entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, à medida que podem se achar em todos eles dimensões prestacionais e defensivas – se pense, por exemplo, no conteúdo defensivo do direito à saúde, intimamente relacionado com o direito à integridade física.<sup>14</sup>

Em um nível teórico, portanto, as afirmações a respeito da menor virtualidade constitucional dos direitos sociais perdem seu sentido se considerar a pluralidade de formas e dimensões que oferecem todos os direitos. O enquadramento de um direito dentro da categoria de direitos sociais não diz nada a respeito de suas possibilidades de exigência judicial ou do conteúdo que impõe ao legislador. Isso dependerá em concreto da cada enunciado e da formulação que adquira a cada um deles. Por exemplo, o direito à educação constitui um direito social prestacional, que adquire uma formulação muito clara na Constituição espanhola, estabelecendo que “o ensino básico é obrigatório e gratuito” (artigo 27.4), e obtendo o máximo nível de garantias.

#### **4 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA**

O regime jurídico dos direitos que se enquadram na categoria genérica de direitos sociais depende de seu concreto reconhecimento na Constituição espanhola. A norma fundamental parte de uma organização sistemática muito precisa dos direitos constitucionais, que se estruturam, não em virtude do tipo de direitos de que se trate – direitos civis, políticos ou sociais –, senão em virtude das garantias que o constituinte tem querido lhes atribuir. Assim,

---

<sup>14</sup> Pisarello (2007).

dentro do Título I CE, que reconhece os “Direitos e deveres fundamentais”, os direitos se distribuem em diferentes grupos, segundo sua localização sistemática no Capítulo II “Direitos e liberdades” – seja na Seção Primeira ou na Seção Segunda –, ou no Capítulo III, relativo aos “princípios reitores da política social e econômica”. Nos três grupos de direitos acham-se direitos sociais, que se reconhecem, portanto, com diferentes garantias, segundo o caso.

Os direitos da Seção Primeira do Capítulo II são os que têm um nível mais elevado de garantias. Entre eles se acham direitos sociais, que contêm majoritariamente estruturas de liberdade, como a liberdade sindical (artigo 28.1 CE) e o direito de greve (artigo 28.2 CE). Unicamente reconhece-se nesta Seção um direito social de caráter prestacional, que vem constituído pelo direito à educação (artigo 27 CE), ainda que se possa acrescentar, em relação aos direitos do condenado à pena de prisão, a referência a seu direito a um trabalho remunerado, aos benefícios da Segurança Social e ao acesso à cultura (artigo 25.2 CE). Os direitos sociais da Seção Primeira gozam das mesmas garantias que os demais direitos fundamentais: em relação ao legislador, seu desenvolvimento reserva-se à lei orgânica (artigo 81.1 CE), e deverá respeitar em todo caso seu conteúdo essencial (artigo 53.1 CE); em relação ao poder judicial, há plena exigibilidade ante os Tribunais ordinários, que deverá ocorrer ademais mediante um recurso preferencial e sumário, e ante o Tribunal Constitucional, pelo recurso de amparo constitucional (artigo 53.2 CE) – nestas garantias inclui-se também o direito à igualdade (artigo 14 CE).

Os direitos sociais da Seção Segunda do Capítulo II compreendem direitos essencialmente do âmbito trabalhista, ainda que não sejam unicamente direitos de liberdade. Reconhecem-se, em concreto, o direito ao trabalho e à livre eleição de profissão (artigo 35 CE), o direito de negociação coletiva trabalhista (artigo 37.1 CE) e o direito à adoção de medidas de conflito coletivo (artigo 37.2 CE). Estes direitos têm um regime de garantias de menor intensidade que os da Seção Primeira, mas se acham também garantidos diante do legislador e do poder judicial: com respeito ao primeiro, estão sujeitos

à reserva de lei ordinária, que deve respeitar seu conteúdo essencial (artigo 53.1 CE); com respeito ao segundo, têm plena exigibilidade judicial, apesar de que não poderão gozar dos procedimentos especiais ante a jurisdição ordinária nem ser reclamados diante do Tribunal Constitucional (artigo 53.2 CE). Seu controle poderá acontecer não obstante pelo Tribunal Constitucional pela via objetiva do recurso de inconstitucionalidade (artigos 53.1, 161.1.a CE).

Finalmente, o Capítulo III do Título I CE contém a maior parte de conteúdos prestacionais. Apesar da rubrica do Capítulo, “Princípios reitores da política social e econômica”, alguns destes conteúdos se reconhecem expressamente como direitos, enquanto outros se estabelecem como mandatos aos poderes públicos. Entre os primeiros, acham-se o direito à proteção da saúde (artigo 43.1 CE), o direito de acesso à cultura (artigo 44.1 CE), o direito a desfrutar de um meio ambiente adequado (artigo 45.1 CE), e o direito a desfrutar de uma moradia digna (artigo 47 CE). Entre os segundos, um amplo espectro de mandatos que vão desde a proteção a determinados grupos sociais,<sup>15</sup> ao estabelecimento de diretrizes de política econômica<sup>16</sup> e à garantia de determinadas instituições do Estado social.<sup>17</sup>

As garantias destes direitos diante do legislador deduzem-se, ao contrário, do artigo 53.1 CE, que não os inclui na obrigação de respeito ao conteúdo essencial nem na reserva de lei. Ademais, o artigo 53.3 CE estabelece expressamente que “o reconhecimento, o respeito e a proteção dos princípios reconhecidos no Capítulo

---

<sup>15</sup> Reconhece-se a proteção da família e dos menores (artigo 39 CE), a promoção das condições para a participação da juventude (artigo 48 CE), a realização de uma política de tratamento e reabilitação dos diminuídos (artigo 49 CE), a garantia de pensões adequadas e periodicamente atualizadas às pessoas da terceira idade (artigo 50 CE) e a defesa dos consumidores e usuários (artigo 51 CE).

<sup>16</sup> Estabelece-se a promoção de condições favoráveis ao progresso social e econômico, a redistribuição da renda pessoal de forma mais equitativa, e a realização de uma política orientada ao pleno emprego (artigo 40.1 CE), o fomento da formação e readaptação profissionais e a garantia de certas condições trabalhistas (artigo 40.2 CE).

<sup>17</sup> Por exemplo, faz-se referência à manutenção de um regime público de Segurança Social para todos os cidadãos que garanta prestações suficientes ante situações de necessidade (artigo 41 CE).

III informará a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos. Só poderão ser alegados ante a jurisdição ordinária de acordo com o que disponham as leis que os desenvolvam.” Isso implica que, apesar de que vinculam aos poderes públicos em suas atividades, a eficácia subjetiva direta destes preceitos se acha condicionada a seu desenvolvimento legislativo, o que lhes atribui, com os matizes que se verão posteriormente, uma menor possibilidade de exigência judicial. Toda a análise dos direitos sociais na Constituição espanhola se acha impregnada por esta divisão entre os direitos do Capítulo II e os princípios reitores do Capítulo III.

## **5 O COMPLEMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS COM OUTRAS FONTES**

O reconhecimento positivo dos direitos sociais na Constituição vem complementado por outras fontes. O artigo 10.2 CE cita expressamente a Declaração Universal de Direitos Humanos e os Tratados e acordos sobre as mesmas matérias ratificados por Espanha, como normas conforme as quais se interpretarão os direitos fundamentais e as liberdades que a Constituição reconhece. Segundo o Tribunal Constitucional, os Tratados não constituem parâmetro de constitucionalidade, senão unicamente fonte interpretativa que configura o alcance e sentido dos direitos (STC 24/1993) ou os perfis exatos de seu conteúdo (STC 28/1991). Mas na prática, esta distinção entre ser parâmetro interpretativo e não parâmetro de validade se torna dificilmente aplicável, já que, obrigando a interpretar os direitos constitucionais de acordo com o conteúdo de ditos Tratados, este conteúdo se converte em verdadeiro modo no conteúdo constitucionalmente declarado (STC 36/1991).

Esta abertura da Constituição ao Direito internacional obriga, portanto, a interpretar o conteúdo dos direitos conforme os acordos internacionais. Isso se produz, não obstante, unicamente em referência “aos direitos fundamentais e às liberdades” reconhecidas na Constituição, o que propõe a dúvida com respeito a que

direitos devem se considerar incluídos. Considerou-se que a referência aos direitos fundamentais deve entender em um sentido amplo, compreendendo os direitos do Capítulo II CE – também os direitos sociais nele reconhecidos.<sup>18</sup> Mas isso leva a excluir os preceitos do Capítulo III CE, que não se consideram propriamente direitos fundamentais, uma vez que não teriam um conteúdo constitucional próprio. O Tribunal Constitucional tem feito referência em ocasiões ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), conquanto as referências a ele tenham sido menores que ao Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (1961), e se deram em todo caso com respeito a direitos sociais do Capítulo II.<sup>19</sup>

Por outra parte, a regulação constitucional dos direitos sociais complementa-se no Estado espanhol com as declarações estatutárias de direitos, naqueles Estatutos de Autonomia que têm sido reformados a partir de 2006. Estes incluem amplas declarações de direitos sociais, que se configuram como direitos públicos subjetivos ante os poderes públicos, estabelecendo o conjunto de obrigações que lhes correspondem. No que aqui interessa, é importante assinalar a relação de complemento destes direitos com os preceitos constitucionais: à medida que as Comunidades Autônomas ostentam a maior parte de concorrências em matéria social, o reconhecimento de direitos sociais nos Estatutos de Autonomia adquire relevância, concretizando as obrigações dos poderes autonômicos nestas matérias, e desenvolvendo ademais os preceitos do Capítulo III do Título I CE. Como tem assinalado a doutrina, estes preceitos atuam ampliando o conteúdo dos direitos constitucionais, transformando em direitos subjetivos as regulações abertas contidas no Capítulo III do Título I CE, ou reconhecendo novos direitos não contemplados na Constituição.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Aparicio Pérez (1989, p. 10).

<sup>19</sup> O Tribunal tem utilizado este pacto em relação com a interpretação do direito de greve (STC 259/2007), e à liberdade sindical (STC 23/1983).

<sup>20</sup> Aparicio e Barceló (2008).

## 6 TITULARES E DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA ESPANHOL

A norma fundamental faz referência aos titulares dos direitos sociais com diferentes expressões em cada preceito – “todos”, “os espanhóis”, “todas as pessoas”, os cidadãos”. No entanto, as diversas expressões linguísticas não são determinantes da titularidade, senão que isso depende dos princípios gerais estabelecidos nesta matéria pelo Tribunal Constitucional. Em princípio, os titulares dos direitos constitucionais são as pessoas, conquanto, atendendo à natureza do direito, podem existir particularidades que determinam a possibilidade de atribuir às pessoas físicas, às pessoas jurídicas, às pessoas coletivas, aos nacionais, ou aos estrangeiros. Em relação aos direitos sociais, adquire especial relevância a existência de direitos de titularidade coletiva, bem como as condições em que os estrangeiros poderão gozar deles.

O reconhecimento dos sujeitos coletivos constitui uma característica indissociável do Estado social, que considera, não somente ao indivíduo como ser abstrato, mas suas circunstâncias concretas e os grupos aos quais pertence. O artigo 9.2 CE faz referência precisamente à promoção da igualdade real “do indivíduo e dos grupos nos que se integra”, reconhecendo a importância dos grupos na esfera social. Ademais, a Constituição reconhece a função dos sujeitos coletivos que operam no marco das relações trabalhistas, estabelecendo que “os sindicatos de trabalhadores e as associações empresariais contribuem à defesa e promoção dos interesses econômicos e sociais que lhes são próprios” (artigo 7 CE). Se aceita, portanto, a existência destes sujeitos coletivos, reconhecendo a relevância de sua função e do exercício conjunto de atividades dos indivíduos em defesa de seus interesses.

Por isso, certos direitos do âmbito trabalhista têm também uma dimensão coletiva, cujo exercício se atribui aos sindicatos ou organizações de trabalhadores. Assim, a liberdade sindical (artigo 28.1 CE), apesar de constituir um direito de titularidade individual, com-

preende certas faculdades que correspondem aos sindicatos, como o livre exercício da atividade sindical ou o direito dos sindicatos a formar confederações ou a fundar organizações internacionais e se afiliar a elas (STC 70/1982). O direito de greve, por sua vez, corresponde individualmente a cada trabalhador, que poderá decidir aderir ou não a uma greve, mas esta requer sempre um exercício coletivo, de forma que as faculdades que compreende este direito não correspondem apenas ao trabalhador senão também a seus representantes ou organizações sindicais. Estes poderão convocar a greve, estabelecer as reivindicações, dar publicidade ou projeção exterior, negociar e decidir dar a greve por terminada (STC 11/1981, fundamento jurídico 11). E os sindicatos poderão ademais iniciar uma ação contra a vulneração destes direitos, por meio do procedimento preferencial e sumário que prevê a Lei 36/2011, de 10 de outubro, reguladora da Jurisdição Social (artigo 177.1 CE), e também do recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional (artigo 162.1.b CE).

Por outra parte, a Constituição espanhola reconhece a existência de outros coletivos, que aparecem como objeto de necessárias políticas de proteção. No Capítulo III do Título I CE faz-se referência à proteção dos filhos e os menores (artigo 39 CE), da juventude (artigo 48 CE), dos com diminuição física, sensoriais e psíquicas (artigo 49 CE), dos cidadãos da terceira idade (artigo 50 CE), e dos consumidores e usuários (artigo 51 CE). Estes grupos não ostentam o exercício de direitos próprios de caráter coletivo, mas se tomam em conta pela Constituição como merecedores de uma especial consideração pelos poderes públicos. Ademais, em relação aos consumidores e usuários, admitiu-se o exercício de ações coletivas, outorgando legitimidade a certas associações dos mesmos para isso.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> O Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de novembro, pelo que se aprova o texto reformado da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários, outorga legitimidade às associações destes que se tenham constituído conforme a lei para atuar em nome e representação dos interesses gerais dos consumidores e usuários. As demais organizações só poderão representar os interesses de seus sócios, mas não os interesses gerais, coletivos ou difusos, dos consumidores (artigo 24.1).

Em relação à titularidade dos estrangeiros, os direitos sociais seguem os critérios estabelecidos pelo Tribunal Constitucional para determiná-la. O artigo 13.1 CE estabelece que “os estrangeiros gozarão na Espanha das liberdades públicas que garante o presente Título nos termos que estabeleçam os tratados e a lei”, mas isso não implica uma completa liberdade do legislador para determinar o regime de titularidade dos estrangeiros, senão que o Tribunal Constitucional tem estabelecido critérios que este deve cumprir, distinguindo entre três tipos de direitos (SSTC 107/1984, 115/1987, 236/2007): em primeiro lugar, existem direitos que correspondem por igual a espanhóis e estrangeiros e cuja regulação tem de ser igual para ambos, já que se acham diretamente vinculados à dignidade da pessoa; em segundo lugar, existem direitos que não pertencem nunca aos estrangeiros (os reconhecidos no artigo 23 CE); por último, existem outros que pertencem ou não aos estrangeiros segundo o que disponham os tratados e as leis, sendo então admissível a diferença de trato com os espanhóis. Inclusive, neste último caso, não obstante, o legislador acha-se sujeito aos limites constitucionais. As condições adicionais que estabeleça para seu exercício aos estrangeiros somente serão válidas se respeitam seu conteúdo essencial e se dirigem a preservar outros bens ou direitos constitucionalmente garantidos (STC 236/2007, fundamento jurídico 4).

A determinação sobre que grupo pertence a cada direito depende de sua concreta natureza e conteúdo, que determinam seu grau de conexão com a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade. Em relação aos direitos sociais, por exemplo, considerou-se que o direito à educação não pode se condicionar pelo legislador a requisitos de residência, e isso não somente no ensino básico senão também na educação superior (STC 236/2007, fundamento jurídico 6). O mesmo afirmou-se em relação à liberdade sindical e ao direito de greve, que se consideram direitos indissociáveis da dignidade humana (STC 236/2007, fundamento jurídico 9). Por outro lado, considerou-se que o legislador pode estabelecer restrições ao exercício de outros direitos sociais pelos estrangeiros, como o direito ao trabalho (STC 107/1984, fundamento jurídico 4), o direito à saúde (STC 95/2000, fundamento

jurídico 3)<sup>22</sup>, ou o direito a perceber uma prestação de desemprego (STC 130/1995, fundamento jurídico 2). No entanto, isso deve se entender referido unicamente aos estrangeiros que não sejam cidadãos da União Europeia, já que no âmbito da União o princípio de não discriminação e a Diretriz 2004/38/CE, sobre direitos dos cidadãos europeus obrigam aos Estados membros a incluir como beneficiários das prestações sociais a todos os nacionais de outro Estado membro em condições de igualdade com os próprios nacionais.<sup>23</sup>

No que diz respeito aos destinatários dos direitos sociais, estes se situam principalmente nos poderes públicos que devem realizar o corpo de obrigações que implicam, e que podem ser tanto os órgãos estatais, como os das Comunidades Autônomas ou, em nível administrativo, os entes locais. Isso virá dado pela distribuição competencial, que contém a Constituição e os Estatutos de Autonomia em cada matéria. Assim mesmo, certos direitos sociais têm como destinatários, por sua natureza, a outros particulares, que ficam vinculados em forma negativa a seu conteúdo (artigo 9.1 CE). Em especial no âmbito trabalhista, o Tribunal Constitucional tem estabelecido que a liberdade sindical e o direito de greve podem resultar vulnerados pelo comportamento do empresário, por exemplo, quan-

---

<sup>22</sup> Em relação ao direito à saúde, o recente Real Decreto Lei 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantir a sustentabilidade do Sistema Nacional de Saúde tem modificado a Lei 16/2003, de 28 de maio, de coesão e qualidade do Sistema Nacional de Saúde, restringindo a titularidade dos estrangeiros, quando não estejam filiados à Segurança Social, à posse de uma autorização para residir em território espanhol e a homologação de que não superam o limite de rendimentos determinado regulamentarmente (artigo 3.3). Isso se excetua nos casos de assistência de urgência por doença grave ou acidente, e por gravidez, parto e pós-parto, que se atribuem também aos estrangeiros não residentes (artigo 3º). Esta configuração tem sido impugnada ante o Tribunal Constitucional, que ainda não se pronunciou a respeito. No entanto, o Conselho de Garantias Estatutárias da Catalunha, em sua função de órgão consultivo do Parlamento catalão, tem considerado que esta redação vulnera o princípio de igualdade, quando se compara com os requisitos exigidos aos beneficiários de nacionais espanhóis, que não requerem mostrar um nível determinado de recursos (Ditame 6/2012, fundamento jurídico 4.2).

<sup>23</sup> A Diretriz admite não obstante a imposição de certas condições àqueles cidadãos da UE que não exerçam uma atividade econômica, quando solicitem o acesso a prestações de assistência social (artigo 7.1.b).

do a empresa estabelece interferências à atuação dos representantes sindicais (STC 78/1982), ou quando diminui o poder de negociação coletiva de um sindicato (STC 137/1991). A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais requer, não obstante, ser valorizada caso a caso, variando o conteúdo destes direitos e devendo se ponderar com o direito que por sua vez tem o particular destinatário.

## **7 A VINCULAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS AO LEGISLADOR**

A vinculação dos direitos sociais ao órgão parlamentar depende do tipo de direito de que se trate e de sua localização sistemática no gradualismo de garantias que contém a Constituição. Como se viu, os direitos sociais reconhecidos no Capítulo II do Título I CE vinculam ao legislador – seja o legislador orgânico ou ordinário –, que se acha sujeito à obrigação de respeitar seu conteúdo essencial (artigo 53.1 CE). Nestes direitos, que podem ter também dimensões prestacionais, o desenvolvimento do legislador fica estritamente limitado pelo conteúdo que se desprende da Constituição. Ainda que se deva reconhecer que a maior parte de direitos sociais do Capítulo II constituem direitos de liberdade – cuja vinculação ao legislador não apresenta problemas –, o Tribunal Constitucional tem controlado também os desenvolvimentos legislativos dos direitos sociais prestacionais do Capítulo II, como o direito à educação (artigo 27 CE) ou o direito ao trabalho (artigo 35 CE).

Assim, por exemplo, em relação ao direito à educação e à livre criação de centros docentes (artigo 27.6 CE), o Tribunal tem controlado a constitucionalidade de uma norma que permitia a criação de centros com um ideário próprio, e a organização do gerenciamento e controle dos centros públicos pelos pais, professores e alunos (STC 5/1981). O Tribunal considerou, em relação aos centros sustentados com fundos públicos, que a redação da lei quanto à participação de pais, professores e alunos em seu gerenciamento não era conforme o conteúdo constitucional, tanto é que restringia o significado deste controle e gerenciamento a aspectos econômicos e re-

metia sua organização concreta a um regulamento de regime interior da cada centro, sem suficientes garantias (STC 5/1981, fundamento jurídico 15). Sobre o direito ao trabalho, o Tribunal tem controlado um regulamento que estabelecia diferenças no salário mínimo por razão de idade, considerando que, a igual trabalho, o estabelecimento destas distinções era contrário ao mandato constitucional de igualdade de remunerações do artigo 35.1 CE e ao princípio de igualdade do artigo 14 CE (STC 31/1984, fundamento jurídico 11).

O Tribunal Constitucional controla, portanto, os desenvolvimentos do legislador em relação aos direitos sociais do Capítulo II, inclusive nos casos em que se trata de direitos prestacionais. É verdadeiro que, nestes direitos, a estrutura alternativa que apresentam, que admite com frequência diferentes modos de realização pelos poderes públicos, faz mais complexo isolar o conteúdo constitucional que se impõe aos mesmos se o preceito não concreta exatamente quais são as atuações que devem se realizar. Mas a inclusão destes direitos no Capítulo II atribui aos Tribunais, e em especial ao Tribunal Constitucional, uma maior possibilidade de realizar esta tarefa hermenêutica, interpretando o significado que se desprende dos preceitos da norma fundamental e comprovando a adequação aos mesmos dos desenvolvimentos legislativos. Trata-se de um controle de sinal positivo, que verifica geralmente, não a ingerência do legislador no âmbito de liberdade dos indivíduos, senão a suficiência e adequação de seus desenvolvimentos conforme o texto constitucional. O Tribunal pode, neste sentido, anular as disposições que contenham excessivos limites ao conteúdo positivo que garante a Constituição, e apontar também, se é o caso, a existência de inconstitucionalidades por omissão, recomendando ao legislador o sentido em que teria que se completar a norma para ser constitucional.<sup>24</sup>

Em relação aos princípios reitores do Capítulo III, por outro lado, a vinculação ao legislador adquire perfis mais complexos,

---

<sup>24</sup> Vejam-se, por exemplo, as SSTC 103/1983 e 104/1983, que obrigam a incluir os homens em relação à obtenção de uma pensão de viuvez.

em atenção às especiais características que estes têm. Estes princípios constituem normas jurídicas, dotadas da normatividade própria da Constituição (STC 1/1981), e vinculam, portanto, a todos os poderes públicos, entre eles ao legislador (artigo 9.1 CE). No entanto, a intensidade da vinculação dos poderes públicos à norma constitucional não é a mesma em todos os preceitos, senão que varia segundo suas características. O artigo 53.1 CE, que estabelece a vinculação do legislador ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, não se aplica aos princípios do Capítulo III, que ficam, assim, excluídos desta garantia. O artigo 53.3 CE estabelece unicamente que estes princípios devem informar a legislação positiva e a atuação dos demais poderes públicos, pelo que o Tribunal tem considerado em geral que o legislador ostenta uma maior margem de apreciação na determinação de seu conteúdo.<sup>25</sup>

No entanto, a ausência da garantia de um conteúdo essencial que se imponha em todo caso ao legislador não significa que estes preceitos careçam completamente de um conteúdo constitucional próprio. Isso dependerá, em essência, de sua formulação e do nível de concreção que atinjam na norma, pelo que se faz difícil falar em geral de um mesmo regime para todos eles. Em todo caso, o Tribunal tem estabelecido que estas normas podem ser utilizadas como parâmetro de constitucionalidade em sua vertente objetiva (STC 103/1983), o que indica que têm um verdadeiro conteúdo constitucional, que impede as atuações legislativas que diretamente o desconheçam. Assim, por exemplo, em relação ao artigo 41, CE,

---

<sup>25</sup> Isso tem sido uma das razões pela que os preceitos do Capítulo III não se consideram direitos fundamentais. O conceito de direito fundamental vincula-se à existência de um conteúdo garantido frente ao legislador, pelo que os direitos sociais do Capítulo III se consideraram excluídos de tal conceito (JIMÉNEZ CAMPO, 1999, p. 122). Outros setores, no entanto, têm argumentado em favor de uma concepção relativa da fundamentalidade dos direitos, que possa se entender em forma gradual, incluindo, portanto, a todos os direitos constitucionais, ainda que estes possam vincular em diferentes intensidades ao legislador (BASTIDA FREIJEDO, 2009, p. 103).

que obriga a estabelecer um regime público de Segurança Social para todos os cidadãos, o Tribunal tem considerado que:

[...] o referido preceito consagra em forma de garantia institucional um regime público cuja preservação se julga indispensável para assegurar os princípios constitucionais, estabelecendo um núcleo ou reduto indisponível pelo legislador, de tal sorte que tem de ser preservado em termos reconhecíveis para a imagem que da mesma tem a consciência social na cada tempo e lugar. Salva esta indisponível limitação, o direito que os cidadãos possam ostentar em matéria de Segurança Social é um direito de estrita configuração legal, dispondo o legislador de liberdade para modular a ação protetora do sistema [...] (STC 37/1994, fundamento jurídico 3).

Segundo o raciocínio do Tribunal, portanto, existe no princípio reitor do artigo 41 CE um núcleo indisponível para o legislador, que se situa na imagem do direito que se acha na consciência social do momento e do lugar. Isso indica que se trata de um conteúdo evolutivo, que pode variar e adaptar segundo o consenso social que vão gerando seus diferentes aspectos, o que permite a progressiva integração neste conteúdo indisponível de elementos que o Tribunal considere comumente aceites na sociedade. Por isso, a vinculação do legislador a estes princípios dependerá da capacidade do Tribunal para isolar e extrair seu conteúdo, definindo aquilo que a Constituição protege e separando das opções alternativas que proporciona. Isso não depende, em geral, de uns preceitos que se qualificam como indeterminados ou indefinidos – sua indefinição semântica não é maior que a de certos direitos fundamentais –, senão da habilidade do Tribunal para concretizar seu conteúdo atendendo à visão existente do mesmo na comunidade jurídica e social onde se encontra.

Assim, o Tribunal Constitucional tem estabelecido que “não cabe excluir [...] que o princípio reitor seja utilizado como critério para resolver sobre a constitucionalidade de uma ação positiva do legislador, quando esta se molda em uma norma de notável incidên-

cia sobre a entidade constitucionalmente protegida.” (STC 45/1989, fundamento jurídico 4). No entanto, em relação ao artigo 51 CE, relativo à proteção dos consumidores, o Tribunal tem considerado que:

[...] este preceito enuncia um princípio reitor da política social e econômica, e não um direito fundamental. Mas daí não se segue que o legislador possa contrariar o mandato de defender aos consumidores e usuários, nem que este Tribunal não possa contrastar as normas legais, ou sua interpretação e aplicação, com tais princípios. Os quais, à margem de seu maior ou menor generalidade de conteúdo, enunciam proposições vinculantes [...]. Agora, é também claro que, de conformidade com o valor superior do pluralismo político (artigo 1.1 da Constituição), a margem que estes princípios constitucionais deixam ao legislador é muito ampla. Assim ocorre com o artigo 51.1 da Constituição, que determina uns fins e umas ações de grande dimensão, que podem ser realizados com fórmulas de diferente conteúdo e alcance. (STC 14/1992, fundamento jurídico 11).

Estas sentenças mostram as grandes peculiaridades da posição do Tribunal em relação à vinculação do legislador aos princípios reitores. Este afirma, com caráter geral, sua operatividade como parâmetro de constitucionalidade, mas na prática sua aplicação dá lugar a uma ampla margem de liberdade do legislador, que conduz, em poucas ocasiões, a declarar a não conformidade da norma. Só nos casos em que a vulneração destes princípios se alega com a vulneração do princípio de igualdade – por exemplo, em casos sobre distinções legislativas relativas ao regime de pensões ou de Segurança Social – o Tribunal empreende um controle mais estrito do legislador, verificando a não arbitrariedade de ditas distinções (vejam, por exemplo, as SSTC 19/1982, 45/1989, ou 103/1983).

## 8 A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

A exigibilidade judicial dos direitos sociais faz referência à sua eficácia subjetiva ante os Tribunais, podendo ser reclamados pelos indivíduos diante dos órgãos judiciais. Como se viu, a eficácia objetiva destes direitos se acha firmada inclusive nos princípios reitores do Capítulo III, enquanto normas que constituem parâmetro de constitucionalidade e que têm um efeito irradiador para todo o ordenamento, incluindo ao legislador. Por outro lado, a eficácia subjetiva destes direitos ante os órgãos judiciais apresenta maiores problemas. Deve distinguir-se aqui claramente também entre os direitos do Capítulo II e os princípios do Capítulo III.

Os direitos do Capítulo II têm exigibilidade judicial direta, como se desprende do artigo 53.2 CE e, ao contrário, do artigo 53.3 CE. Os direitos sociais da Seção I do Capítulo II – direito à educação, liberdade sindical e direito de greve –, além do direito à igualdade, são tutelados pela jurisdição ordinária por meio de um procedimento preferencial e sumário (artigo 53.2 CE), que se regula nas diferentes leis jurisdicionais para cada matéria. Ademais, sua reclamação subjetiva pode realizar-se ante o Tribunal Constitucional por meio do recurso de amparo, uma vez esgotadas as vias judiciais prévias (artigo 53.2 CE). Os direitos sociais da Seção Segunda do Capítulo II – direito ao trabalho, direito à negociação coletiva e direito à adoção de medidas de conflito coletivo – têm também plena exigibilidade ante os Tribunais ordinários, conquanto não gozarão dos procedimentos especiais previstos para os anteriores, nem terão acesso em via subjetiva ao Tribunal Constitucional. Ainda assim, alguns deles, por sua especial conexão com os direitos da Seção I, têm sido objeto das garantias reforçadas desta Seção. Assim sucede com o direito à negociação coletiva e o direito a adotar medidas de conflito coletivo, que têm sido aceitos como parte do conteúdo da liberdade sindical que resulta tutelável em amparo constitucional (SSTC 39/1986, 85/2001, 121/2001).

Por sua vez, os princípios reitores estabelecidos no Capítulo III não gozam de eficácia direta ante os Tribunais em via subjetiva. Já se tem visto que isso não impede sua alegação como elementos objetivos que atuam como parâmetro de constitucionalidade ou critérios interpretativos, mas sua reclamação individual não poderá ocorrer diretamente da Constituição, senão somente “de acordo com o que disponham as leis que os desenvolvem.” (artigo 53.3 CE). Isso deve se entender em relação às particularidades destes princípios e de sua vinculação ao legislador. À medida que, como se viu, estes preceitos tenham um conteúdo constitucional de difícil determinação pelos Tribunais, sua atribuição aos indivíduos como direitos subjetivos se remete à lei, fazendo depender seu conteúdo, para além do mínimo que se desprende da Constituição, das opções democráticas majoritárias na sociedade. A exigibilidade judicial destes direitos, portanto, poderá ser somente imediata, e dependerá do desenvolvimento realizado pelo legislador e da atribuição por este de faculdades individualmente exigíveis dentro do conteúdo do direito. O Tribunal Constitucional tem afirmado, por isso, que “os princípios reconhecidos no Capítulo Terceiro do Título I, ainda que devam orientar a ação dos poderes públicos, não geram por si mesmos direitos judicialmente atuantes” (STC 36/1991, fundamento jurídico 3).

Esta posição tem sido estabelecida reiteradamente pelo Tribunal Constitucional, conquanto não tem gerado o acordo de toda a doutrina, que tem apontado também soluções ante a falta de eficácia direta destes conteúdos. Argumentou-se, por exemplo, que o artigo 53.3 CE faz referência aos “princípios reconhecidos no Capítulo III”, e não às disposições que neste Capítulo se reconhecem explicitamente como “direitos” – saúde, cultura, meio ambiente, e moradia –, pelo que poderia se entender que estas não ficam sujeitas à necessidade de desenvolvimento legislativo para ser exigidas ante os Tribunais.<sup>26</sup> Isso permitiria incorporar ao corpo de direitos constitucionais elementos que se acham no núcleo do Estado so-

---

<sup>26</sup> Pisarello (2010, p. 47).

cial, e em torno dos quais se foi gerando uma aceitação e consenso majoritário, como direitos unidos também à condição humana. E esta consideração seria mais conforme com a dupla dimensão – subjetiva e objetiva – de todos os direitos, tendo também os princípios reitores dimensões subjetivas exigíveis perante os Tribunais.

Em realidade, a eficácia subjetiva imediata destes princípios não é tão problemática, se for considerar que todos os princípios reitores têm sido objeto de desenvolvimento legislativo. Poderia considerar-se, por isso, que estes princípios sempre são alegáveis, só que o são no marco das leis que os desenvolveram. E por outra parte, isso não priva aos indivíduos da exigência destes conteúdos ante os órgãos administrativos ou às instituições de garantia dos mesmos, quem têm em realidade as maiores concorrências em sua realização.<sup>27</sup>

O problema da exigibilidade direta dos princípios reitores reduz-se, então, aos casos de omissões legislativas, em que a inexistência de um desenvolvimento legislativo em uma determinada matéria se converte em um vazio jurídico que os Tribunais não podem encher. O Tribunal tem afirmado que a natureza dos princípios reitores “faz improvável que uma norma legal qualquer possa ser considerada inconstitucional por omissão, isto é, por não atender, isoladamente considerada, o mandato aos poderes públicos e em especial ao legislador, no que a cada um desses princípios pelo geral se concreta” (STC 45/1989, fundamento jurídico 4). Mas o Tribunal tem controlado na prática ditas omissões, quando se trata de omissões relativas em que a norma esquece regular algum aspecto, e o fez especialmente por meio da possibilidade de controle que proporciona o princípio de igualdade (SSTC 19/1982, 103/1983). Somente as omissões absolutas escapam ao controle do Tribunal, já que não existem no sistema espanhol mecanismos para obrigar o legislador a regular aquilo que não tem sido ainda objeto de sua consideração.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Cobreros (1987, p. 55).

<sup>28</sup> No entanto, cada vez são menos os âmbitos que não têm sido objeto de regulação pelo legislador. A aprovação da Lei 39/2006, de 14 de dezembro, de promoção da autonomia pessoal e atenção às pessoas em situação de dependência,

## 9 CONCLUSÃO

Os direitos sociais têm na Constituição espanhola regimes diferenciados, segundo uma localização sistemática estabelecida por decisão inicial do legislador. Os conteúdos relativos ao âmbito trabalhista têm como se viu garantias muito reforçadas, enquanto os direitos prestacionais, apesar de terem sido incluídos na norma fundamental, o foram – salvo alguma exceção – com menores garantias, o que os faz amplamente dependentes com respeito ao legislador. Ainda assim, deve ver-se que o legislador tem desenvolvido de forma extensa todos estes direitos, pelo que estes se acham garantidos no ordenamento espanhol. O Tribunal Constitucional tem exercido assim mesmo uma notável tarefa de controle destes desenvolvimentos, em especial valorizando as distinções do legislador por intermédio do princípio de igualdade.

Isso não impede, no entanto, que o desenvolvimento destes direitos requeira superar a dicotomia entre os preceitos do Capítulo II e os do Capítulo III, avançando para uma concepção unitária dos direitos enquanto elementos derivados da dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade humana. A isso se orientam as novas concepções da fundamentalidade dos direitos, destacando a pluralidade de dimensões de todos eles, e advogando por uma maior vinculação e exigibilidade que pode ser deduzida dos princípios reitores, por intermédio da tarefa interpretativa do Tribunal. Caso contrário, o amplo reconhecimento destes direitos na Constituição espanhola, concretizando os princípios de Estado social e de igualdade material, ficaria privado de um significado real, que tivesse efeitos concretos e tangíveis para a sociedade. Trata-se, portanto, de uma tarefa ainda em desenvolvimento, que deve achar os princípios e elementos que permitam dotar de sentido constitucional as normas do Capítulo III.

---

veio preencher uma das lacunas que existiam no Estado social espanhol, relativa à atenção social às pessoas com falta de capacidade ou dependência.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. *La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución española como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales*, en *Jueces para la democracia*, n. 6, p. 9-18, 1989.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel; BARCELÓ I SERRAMALLERA, Mercè. Los derechos públicos estatutarios. In: APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel; CASTELLÀ, Josep M.; EXÓSITO, Enriqueta (Coord.). *Derechos y principios rectores en los estatutos de autonomía*. Barcelona: Atelier, 2008.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. *Introducción al sistema político y constitucional español*. Barcelona: Ariel, 1991.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos. In: ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 103-161.

CASCAJO CASTRO, José Luis. Los derechos sociales, hoy. *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 38, p. 21-42, 2009.

COBREROS MENDAZONA, E. Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 19, p. 27-59, 1987.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Estado social y derechos de prestación*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 4. ed. Alianza Universidad, 1992.

GARRORENA MORALES, Ángel. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos, 1984.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

MAESTRO BUELGA, Gonzalo. *La Constitución del trabajo en el Estado social*. Granada: Comares, 2002.

MONTILLA MARTOS, José Antonio. El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad. In: VV.AA. *Estudios de Derecho Público*. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Madrid: Tecnos, 1997, v. 1. p. 437-463.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Valores superiores. In: ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.). *Temas de Derecho constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.

PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984.

PÉREZ ROYO, Javier. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 10, p. 157-181, 1984.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

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

PRIETO SANCHÍS, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 22, p. 9-57, 1995, p. 9-57.

# NOVA FASE DOS DIREITOS DE SEGURIDADE SOCIAL: UM RECOMEÇO<sup>1</sup>

Carlos Luiz Strapazzon\*  
Andressa Fracaro Cavalheiro\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema brasileiro de bens e direitos de Seguridade Social pode ser compreendido a partir de quatro diferentes fases, que

---

<sup>1</sup> Este trabalho é parte da pesquisa em andamento no Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais de Seguridade Social, do PPGD, Unoesc, do estágio pós-doutoral de Carlos Luiz Strapazzon na PUC-RS e de Andressa Fracaro Cavalheiro em sua pesquisa de tese doutoral. Uma primeira versão deste texto com o título “A terceira fase da Seguridade Social” foi publicada no livro “Níveis de eficácia dos direitos fundamentais” sob a organização do Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez, Unoesc, 2013. Naquela versão, o texto contou com a parceria com o Prof. Dr. José Antonio Savaris, Univali, SC, como fruto de um profícuo debate nos últimos anos, em forma de artigos, cursos e seminários. Esta nova versão, porém, contempla importantes atualizações e revisões. Todas influenciadas, especialmente, pelas críticas e comentários do Prof. Dr. Ingo W. Sarlet (PUC-RS), a quem devemos a sugestão do título. A primeira versão deste trabalho foi apresentada como “Texto para Discussão” no Grupo de Pesquisa em direitos fundamentais da PUC-RS, em 12.12.2013, como parte das atividades do estágio pós-doutoral de Carlos Luiz Strapazzon. O autor agradece, também os comentários do Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro, PUC-RS, apresentados no mesmo seminário. Todos os erros, porém, obviamente, são de responsabilidade dos autores.

\* Pós-doutorando em direitos fundamentais (PUC-RS). Doutor em Direito Constitucional (UFSC). Professor de Direitos Fundamentais da Seguridade Social no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais, Mestrado, UNOESC-SC. Professor de Direito Constitucional da Unoesc-Chapécó (SC); Universidade Positivo (UP-Pr), FESP-Pr e Escola de Direito Dom Bosco (PR). strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

\*\* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professora Assistente do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, campus de Francisco Beltrão. Membro Titular da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Fundamental à Seguridade Social: Saúde, Previdência e Assistência Social, PPGD | Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Bolsista da Fundación Carolina.

performam, respectivamente, quatro modelos analíticos para a discussão desse tema: três já experimentados e um ainda em construção. O primeiro é o modelo *pré-constitucional de direitos sociais*. O segundo, é o *modelo Constitucional de Seguridade Social*, aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte (ANC). O terceiro surgiu a partir da entrada em vigor de leis especiais reguladoras dos direitos constitucionais de seguridade social, será chamado de *modelo liberal*. O quarto vem sendo construído progressivamente a partir da crítica do terceiro modelo e da releitura sobre a eficácia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Será chamado de *modelo orientado pelos direitos humanos*. É sobretudo do terceiro e do quarto modelos que este artigo se ocupa.

A primeira fase dos direitos de seguridade social<sup>2</sup>, tal como a denominamos aqui é, *pré-constitucional*: foi uma fase de existência de prestação de alguns serviços sociais pelo Estado. Todavia, era um modelo não inclusivo, não igualitário e não orientado pelo ideário do bem-estar universal. Foi uma fase de existência de alguns direitos de seguridade social, porém, sem um *sistema jurídico de Seguridade Social*. Os direitos de Previdência Social eram concebidos como *Social Insurance*, ou seja, como um sistema estatal de *contratos de seguro*, porém, limitado à atenção dos residentes urbanos: só o contribuinte (urbano) do sistema tinha acesso. Os serviços de saúde eram concebidos como tema de interesse privado entre médicos e pacientes, e portanto, como serviço a ser complementado pela atuação do Estado mediante sistema de medicina previdenciária: o sistema privado de saúde devia ser mais importante do que o pú-

---

<sup>2</sup> Neste ponto é preciso esclarecer que, de fato, não é correto dizer que antes de 1988 havia “Seguridade Social” no Brasil. No entanto, não me parece equivocado dizer que havia “Direitos de Seguridade Social”. Apesar da diferença sutil, a Seguridade Social, ao menos desde que entrou em vigor a Convenção 102, da OIT, em 1952, (ou, mesmo, desde o *Beveridge Plan*, de 1944) tem sido normativamente reconhecida como um sistema de direitos protetivos das condições de renda para casos de especial risco debilitamento das condições de saúde ou em casos de perda de renda própria do trabalho. Direitos sanitários, direitos previdenciários e direitos de assistência social, portanto, têm sido regularmente reconhecidos como pertencentes ao âmbito de proteção da categoria geral “Seguridade Social”.

blico. Os cidadãos afetados pela miséria e pela exclusão social eram ignorados: dependiam da piedade. Os poucos que tinham acesso ao que havia de direitos próprios de natureza de proteção social eram os residentes urbanos e os trabalhadores formais. Antes de 1988, portanto, o Brasil não adotava um modelo de proteção social correspondente ao ideário da Seguridade Social, isto é, a um modelo integrado de direitos a políticas públicas destinado a proteger a dignidade de todas pessoas e a fortalecer a coesão social.

A Assembleia Nacional Constituinte, (1987-1988) por sua vez, trouxe uma nova concepção sobre direitos sociais e dever coletivo de garantir proteção em face de riscos sociais. O modelo *normativo* foi alterado. Iniciou a segunda fase. A organização das instituições e a gestão das políticas públicas passaram a seguir o ideário da *Social Security*: o novo objetivo prioritário passa a ser a *proteção social universal dos brasileiros*. Isto é, a nova ideia de segurança social tende para um modelo que rejeita as anteriores formas de discriminação decorrentes da origem (urbana Vs rural), ou do *status* econômico (trabalhador contribuinte Vs não contribuinte). Ficou formalmente estabelecido como direito constitucional que o Estado brasileiro deve proteger os *cidadãos* contra os riscos sociais relativos à morte, à saúde, a capacidade laboral e à renda mínima. Em razão disso, a *dignidade das pessoas* e a *igualdade democrática* — bens jurídicos identificados como os mais importantes a serem protegidos pela Assembleia Nacional Constituinte — repercutiram fortemente no desenho do sistema constitucional de Seguridade Social. Os direitos de atenção à Saúde e de Assistência Social foram os que melhor incorporaram esse novo ideário. Os direitos previdenciários, apesar do avanço em relação à igualdade entre trabalhadores urbanos e rurais, permaneceram atrelados à concepção contratual e econômica de *segurados contribuintes*. O viés normativo de *contrato de seguro* foi mantido, mas houve avanços nas ampliação de titularidade e de prestações de proteção previdenciária.

A terceira fase é a liberal. O terceiro modelo vem com a desarticulação do segundo. Estabelece-se a partir da promulgação das Leis 8.080/90 (Saúde), 8.212/91 (Organização e Custeio da Se-

gurança Social); 8.213/91 (Benefícios da Previdência), 8.743/93 (Assistência Social), EC 20, 15.12.98 e EC 41, 19.12.03. Afasta-se do ideal constituinte de Segurança integrada.

A quarta fase e o quarto modelo analítico de Segurança Social tem início com a aprovação da Emenda Constitucional 45/2004 e, especialmente, depois de 2008, quando foi decidido o caso do *Depositário Infiel* pelo Supremo Tribunal Federal (HC 87.855; RE 466.343). Neste artigo sustentamos que a partir daí a natureza jurídica dos direitos legais e constitucionais protegidos por tratados de direitos humanos foi modificada. Tornaram-se mais importantes. A dimensão *material* dos direitos ganhou mais peso no jogo das razões e contrarrazões. E é esse, precisamente, o caso dos direitos de Segurança Social.

Como se pode ver, de um ponto de vista histórico, a quarta fase dos direitos de Segurança Social iniciou há pouco tempo. Compreender, respeitar, proteger e promover os direitos constitucionais de Segurança Social como direitos humanos e fundamentais é desafio permanente das políticas públicas, da jurisprudência e da teoria dos direitos fundamentais do Brasil. E o propósito desse artigo é explicar esses desafios apontando as grandes transformações recentemente ocorridas, bem como os retrocessos que afetaram a marcha progressiva da consolidação dos direitos de segurança social como direitos fundamentais.

## 2 POR QUE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGURIDADE SOCIAL?

Os direitos de Segurança Social simbolizam uma nova, e relativamente recente, geração de direitos: os destinados a proteger (1) o *bem-estar individual*, em face de riscos pessoais causados pela falta, perda ou redução (da capacidade ou oportunidade) de trabalho e de geração de renda; (2) os necessários para proteger a própria *ordem econômica*, em face de impactos negativos de crises que afetam a cadeia produtiva, a renda salarial e o consumo; (3) e para proteger a *legitimidade dos governos democráticos*, em face da omissão ou da proteção deficiente, tanto da ordem econômica quanto do bem-estar individual.

Direitos fundamentais de Seguridade Social são, portanto, direitos de *defesa* (de eficácia negativa) contra as arbitrariedades da vida econômica e da saúde física individual, ou seja, contra eventos econômicos e biológicos possíveis, ainda que imprevisíveis e improváveis num curto ou médio prazo, e que podem afetar diretamente a autonomia, a liberdade e a convivência normal de um indivíduo. Entretanto, também – e como todos os direitos fundamentais – são imunidades jurídicas contra decisões *de natureza regressiva*, ou seja, tendentes a abolir esse tipo de proteção. Por outro lado, são direitos *a ações positivas* (eficácia positiva). É bem sabido que a dimensão positiva e prestacional desses direitos, isto é, a que impõe dever de ação ao Estado e a particulares — e que depende da *transferência* de riqueza de um grupo social para outro — é a que causa as maiores polêmicas<sup>3</sup>. Os dados econômicos disponíveis dão conta de que a importância dos gastos e investimentos públicos com seguridade social cresceu quatro vezes, só no Brasil, em 25 anos. Isso mostra, à primeira vista, a importância crescente desses direitos na balança das prioridades dos governos democráticos. Contudo, ao contrário de outros direitos que também reclamam atuação positiva do Estado, como os direitos civis, os direitos eleitorais e os direitos de segurança pessoal e patrimonial, a dimensão positiva dos direitos de Seguridade Social tem exigido densas justificativas morais e, ao mesmo tempo, têm apresentado grandes desafios de planejamento e de gestão para o Estado. Mas é por isso, também, que os direitos de Seguridade Social vêm propiciando importantes revisões na teoria dos direitos, favorecendo, assim, um refinamento conceitual e uma revisão evolutiva das clássicas concepções sobre o *ponderação e balanceamento* (ALEXY 2010, 50; BARAK 2010; MATHEWS;

---

<sup>3</sup> E não é à toa. Na zona do Euro, por exemplo, em 2002, as despesas públicas com serviços de saúde e proteção social correspondiam a 25,2% do PIB; em 2011, o patamar subiu para 27,6% do PIB da região (Folha de São Paulo. Mundo, 06.05.2013). No Brasil, se considerarmos o ano de 1988 como base, veremos que o orçamento da Seguridade Social representava 4,4% do PIB (OLIVEIRA; Beltrão 1989, 1). Em 2012 estima-se que representa algo em torno de 16% do PIB (Valor Econômico. Brasil, 04. 12. 2012).

SWEET 2010) que se deve fazer entre bens jurídicos fundamentais, sejam direitos individuais, coletivos ou interesses coletivos.

Se ao longo de sua breve história os direitos fundamentais têm sido definidos, preferencialmente, como *direitos negativos* necessários para *defender* liberdades individuais, hoje se sabe — em boa medida graças aos estudos sobre direitos sociais (ABRAMOVICH; COURTIS 2002) — que *todos os direitos fundamentais têm uma dimensão negativa e outra positiva*. Isto é, se todos os direitos fundamentais são, em alguma medida, *enunciados que proíbem ações*, todos são, igualmente, e em certo grau, *enunciados que criam vínculos obrigacionais que impõem dever de ação*. Ou ainda mais simplesmente: sabe-se que até mesmo o grau de eficácia das liberdades depende do grau de atuação das variadas formas de segurança (BARAK-EREZ, GROSS 2007, 7).

Por causa do aprofundamento das pesquisas conceituais e empíricas sobre direitos sociais, pode-se dizer que até mesmo a clássica concepção da *segurança jurídica* foi modificada. Se antes era um conceito que bem podia ser explicado em termos restritos de direito a conservar e a proteger bens jurídicos já adquiridos<sup>4</sup> contra a ameaça de leis novas sobre o mesmo objeto, atualmente, e em especial no Brasil, o significado de segurança jurídica também incorpora o direito de conservar e de proteger a eficácia das decisões judiciais (transitadas em julgado) e de dos *atos jurídicos perfeitos* (SARLET 2004). Mas além desses três sentidos tradicionais, a segurança jurídica é atualmente um conceito que incorporou novos significados relativos a atuação positiva do Estado. Na medida em que certos tipos de direitos de Seguridade Social passaram a ser reconhecidos como *fundamentais*, o sistema constitucional passou a proteger rigidamente as *expectativas* constitucionais de atuação do

---

<sup>4</sup> Segundo a clássica definição de Carlo Francesco Gabba, “É direito adquirido todo o direito, que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei do tempo em que o fato foi realizado, ainda que a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da entrada em vigor de uma lei nova sobre o mesmo objeto, e que b) nos termos da lei, sob o imperio da qual ocorre o fato que lhe dá origem, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu” (1868, p. 190-191)

Estado e da sociedade para enfrentar as situações de risco social. Ou seja, a constitucionalização da proteção contra riscos sociais gerou um *dever* de atuação do Estado e da sociedade para garantir (1) condições básicas de saúde, (2) o nível básico de renda para sobrevivência digna e (3) serviços públicos especiais de atenção aos mais necessitados. O direito constitucional brasileiro converteu dever moral de fraternidade (categoria conceitual de natureza moral) em *expectativas imperativas* de atuação positiva do Estado (categoria conceitual de natureza jurídica). Essa virada conceitual trouxe toda uma nova interpretação sobre a tipologia dos direitos subjetivos (agora incluídos os direitos a prestações positivas) e sobre o controle constitucional da *proteção insuficiente* e das *omissões*.

Todo o direito de Seguridade Social conhecido (nacional ou de organismos internacionais) se inspira fortemente no diagnóstico, nas justificativas e nos seis princípios fundamentais do Plano britânico de *Social Security* detalhado no *Beveridge Report, Social Insurance and Allied Services* (1942, p. 9, § 17), ou seja, nos ideais (1) de *garantir um pagamento fixo regular* aos que perderam sua renda própria, (2) instituir um *pagamento regular, e fixo*, para todos, de modo a viabilizar o financiamento estável de um sistema coletivo de proteção, (3) de *unificar a administração* da gestão dos benefícios e serviços, (4) garantir *valores adequados* para os benefícios pagos pelo Estado, isto é, suficientes em relação ao montante e à duração (5) de oferecer *proteção universal* e (6) de *classificar adequadamente* os contribuintes e os beneficiários.

Os direitos de Seguridade Social são, hoje, direitos com *status* constitucional em muitas democracias maduras. São assim reconhecidos por Constituições de Estados com culturas e histórias tão diferentes quanto as do Brasil (1988, Art. 194), do Chile (Art. 18), da Alemanha (1947. Art. 20, 1; Art. 74, 12; Art. 87, 2; Art. 120), da França (1958. Art. 34), da Grécia (1975. Art. 22, item 5), da África do Sul (1996, Ss 27), da Índia (1949. Art. 246, Schedule VII, List III, item 23) e do Japão (1946. Art. 25). Formam o núcleo básico dos direitos constitucionais de Seguridade Social dessas democracias (1) os direitos a renda auxiliar (como são, tipicamente, os direi-

tos de natureza previdenciária), (2) os direitos a cuidados de saúde e (3) direitos a serviços especiais de assistência familiar, em especial a crianças e outros dependentes. Em paralelo a esse importante, e variado, número de nações comprometidas com o respeito, proteção constitucional e promoção dos direitos de Seguridade Social, também as Nações Unidas têm consensos formalmente estabelecidos em Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em Pactos Internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (KONKAR 2009), além de vários instrumentos normativos editados em forma de *Observações Gerais* de Comitês Especializados na observação da eficácia dos compromissos internacionais dos Estados-Membros da ONU para com os Tratados de Direitos Humanos.

Essas experiências internacionais são importantes para entender o modelo brasileiro de Seguridade Social, o sistema formalmente estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil e suas peculiaridades. Aqui, como em outras nações, o regime formal resulta de um complexo e próprio processo de disputas políticas e também de esforços coletivos.

### **3 O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE SEGURIDADE SOCIAL**

No caso do Brasil, o regime constitucional da Seguridade Social aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte caracteriza-se por ser um sistema especialmente criado para responder e superar a *herança* de uma cena social marcada por discriminatórias estruturas de oportunidades — consequência de uma cultura habituada à miséria e a desigualdades e, também, de políticas econômicas de modernização conservadora, ou seja, *não inclusivas*.

De um ponto de vista jurídico, os direitos de Seguridade Social estabelecidos no texto constitucional (Art. 194 e ss) são, em primeiro lugar, *materialmente conexos com os direitos humanos* (DUDH/1948, Convenção 102/OIT; PIDESC/1966). É, por isso,

como no sistema internacional de direitos humanos de segurança social, um modelo constitucional assentado em dois pilares *essenciais*: a *segurança de renda* e o acesso a *bens e serviços de saúde*. Como se vê nos seis primeiros objetivos inscritos no Art. 194, Parágrafo único<sup>5</sup>, é um modelo que também herda características do *Beveridge Plan* britânico e de diretrizes internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) fixadas na *Income Security Recommendation*, 1944 (No. 67), no *Medical Care Recommendation*, 1944 (No. 69), e na *Convention concerning Minimum Standards of Social Security* (Nº 102).

Além dessa conexão material com os direitos humanos de Seguridade Social, os direitos do Art. 194 e seguintes também estão em estreita *conexão material com os direitos fundamentais*, assim inscritos no Título II, Art. 60 da Constituição do Brasil. Em terceiro lugar, é preciso dizer que esses direitos constitucionais estão *rigidamente protegidos*, e são, por isso, exigíveis em juízo. Por um lado, nota-se que são dotados de uma detalhada redação constitucional, o que revela a alta preocupação da Assembleia Constituinte para com eles; por outro, como os demais direitos fundamentais, são protegidos por garantias de proibição de retrocesso (Art. 60, § 4o, Inc. IV), por todas as garantias jurisdicionais específicas destinadas a guardar a eficácia dos direitos fundamentais<sup>6</sup>, por todas as garantias institucionais<sup>7</sup>, de organização e de orçamento para protegê-los e para promovê-los. Em quarto lugar, vale mencionar que são também *direitos integrados*, ou seja, o texto constitucional indica que a Seguridade Social deve ser um *conjunto integrado* de ações destinadas a garantir direitos de Saúde, Previdência e Assistência. A redação original da Constituição, portanto, determina o respeito, proteção

<sup>5</sup> Universalidade de cobertura, Uniformidade de benefícios, Seletividade na prestação de serviços, Irredutibilidade dos valores dos benefícios, Equidade na forma de participar do custeio, Diversidade das bases de financiamento.

<sup>6</sup> Tais como o Mandado de Segurança, (Art. 5º, Inc LXIX e LXX); o Mandado de Injunção, (Art. 5º. LXXI); a Ação Popular, (Art. 5º. LXXIII), a Ação Civil Pública (Art. 129, III), Ação Direta de Inconstitucionalidade, contra Lei ou ato normativo ou contra omissão arbitrária (Art. 103)

<sup>7</sup> Tais como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, o Sistema Único de Saúde, o Orçamento Próprio.

e promoção compartilhada e convergente dos direitos da saúde, da assistência social e da previdência (Art. 194, caput). Todas essas características evidenciam a específica natureza constitucional desses direitos, ou seja, são direitos rigidamente protegidos pela ordem jurídica brasileira. Em quinto lugar, é indispensável destacar que o modelo brasileiro de Seguridade Social trouxe uma importante inovação em relação às experiências internacionais conhecidas. Trata-se do caráter democrático da gestão dos serviços. O texto constitucional, fortemente inspirado nos ideais democráticos dos anos 80, estabelece que a Seguridade Social deve ter caráter democrático e descentralizado em sua administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

É preciso dizer que de um ponto de vista científico, direitos assim conformados, em (1) conexão material com direitos humanos e com direitos constitucionais fundamentais, (2) detalhadamente estabelecidos em sede constitucional, (3) rigidamente protegidos por uma variada sorte de garantias e (4) geridos com obrigatoria participação da sociedade, são direitos que não podem ser revogados pela vontade de maiorias parlamentares simples. E direitos assim protegidos são direitos que têm natureza de direitos fundamentais (ALEXY 2008, 468).

#### **4 OS FINS E OS MEIOS**

A Assembleia Nacional Constituinte decidiu que a Seguridade Social, no Brasil, deveria ser concebida como política de Estado. Deve ser um sistema integrado de *segurança social* e constitucionalmente protegido contra intervenções de governos. Daí porque seus princípios, estrutura e meios de realização passaram a ter raiz diretamente no texto constitucional. Daí porque, igualmente, a Constituição previu um orçamento específico para atender as necessidades de política estatal nesse âmbito.

Esse sistema financeiro de garantias previsto no texto constitucional brasileiro, chama realmente a atenção. De forma ímpar no direito comparado, o direito constitucional do Brasil estabelece regras constitutivas de reservas financeiras mínimas ancoradas em fontes de financiamento menos vulneráveis a ciclos econômicos (SANTOS; GENTIL 2009, 154). Essa decisão foi tomada justamente para proteger as expectativas de concretização dos objetivos constitucionais de seguridade. Ao decidir assim, a Assembleia Constituinte brasileira instituiu um verdadeiro sentido positivo para a *reserva financeira do possível*. Ou seja, os objetivos constitucionais de Seguridade Social contam com um orçamento específico e exclusivo, fixado no texto constitucional. Assim, a Constituição dá os meios financeiros básicos para a realização das políticas estatais de Seguridade. O conceito *positivo* de *reserva do possível* é pouco desenvolvido na dogmática dos direitos sociais mas tem, no Brasil, um dos raros exemplos de existência jurídica.

Segundo esse mesmo modelo constitucional brasileiro de Seguridade Social, as leis e as políticas públicas devem conjugar, harmonicamente, a execução dos objetivos constitucionais de saúde, assistência e previdência. A rigor, onde há sistemas de Seguridade Social orientados pela lógica dos direitos humanos e da proteção coletiva, todas as políticas públicas, as instituições, o orçamento e os direitos formalmente estabelecidos devem ser orientados pelo princípio segundo o qual a Seguridade Social é, em essência, um sistema *integrado* de serviços *públicos financiados por todos* e acessível a *todos* — e não só às pessoas *que contribuem* para ele.

O que distingue a Seguridade Social de outros modelos de proteção social é que: (1) os benefícios são fornecidos sem obrigação recíproca simultânea (não representam, portanto, pagamento de trabalho ou a serviços), e (2) não se baseiam em acordos individuais celebrados entre pessoas que desejam proteção e o sistema de proteção (como no caso de um contrato de seguro de vida), mas num acordo que se aplica a um amplo grupo de pessoas e, por isso, tem um

caráter coletivo (International Labour Organization 2010, 14. Trad. livre dos autores).

Não se pode admitir, portanto, não ao menos na gramática da Seguridade Social orientada pela lógica dos direitos humanos, ou seja, pela lógica da indivisibilidade, interrelação e interdependência dos direitos fundamentais<sup>8</sup> e pela lógica da proteção ótima da *dignidade* — como optou o texto constitucional brasileiro — que um modelo de seguridade social fundado nos princípios de “seguro” privado, ou seja, de *contrapartidas* e de *equivalências*, do tipo “*pay-per-use*”, seja mais importante do que o princípio da *segurança mínima de renda e de atenção à saúde*. O que não significa, obviamente, que os direitos de seguridade social não colidam com outros direitos fundamentais e, obviamente, com o interesse público de administração equilibrada (atuarial e financeira) do orçamento da seguridade. Todavia, é imperativo que se reconheça a obrigação constitucional do Estado brasileiro de administrar a realização dos serviços de seguridade social com políticas públicas integradas e sem adotar premissas jurídicas equivocadas, como as que preestabelecem a “primazia” ou “precedência” absoluta de algum direito ou interesse público, *prima facie*, em face de outros. A ordem de preferência entre bens igualmente constitucionais é, *in abstracto*, sempre relativa. Isso significa, entre outras coisas, que a administração de um complexo sistema de direitos e interesses que não têm princípios absolutos, nem modelos petrificados para ser conduzido, deve sempre buscar as formas ótimas de sua realização, afastando-se de dogmatismos quanto a formas de proteção, custos de realização, dificuldades operacionais, ou experiências passadas. A realização de direitos regidos pelo princípios do equilíbrio requer posturas equilibradas, seja dos titulares dos direitos, seja dos titulares dos deveres. Ou seja, a interpretação política e também jurídica dos direitos de se-

---

<sup>8</sup> Ver, Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), item 5, aprovada pelo Congresso Nacional do Brasil pelo Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009 e promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

guridade social precisa incorporar o que já vem sendo chamado nos debates internacionais, de *direitos sociais na era proporcionalidade* (XENOPHON; FOTIADOU, 2012).

## 5 A CONTRARREFORMA

Muito embora tais diretrizes sejam as que caracterizam o modelo constitucional de Seguridade Social do Brasil, já a partir dos anos oitenta, mas sobretudo logo depois da Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988), começou a ganhar força no Brasil um discurso de reformas do modelo constitucional de seguridade social, com uma orientação política e econômica que priorizava restrição de gastos públicos de natureza social. Essa linha de ação se justificava, entre outras razões, pela sustentabilidade de longo prazo, pela necessidade de redução da dívida pública e, por aí também, a inflação. Esse novo discurso muito influenciou os rumos da regulamentação do modelo constitucional de Seguridade Social.

[A] introdução da Seguridade Social como preceito constitucional inviabilizava financeiramente a Previdência Social, pois foram aumentados os valores dos benefícios e flexibilizadas as condições de acesso aos benefícios, não houve vinculação de benefícios com contribuições e não houve separação entre as contas da Previdência e Assistência [...] (FLEURY 2005, p. 458).

No Brasil, as correntes políticas contrárias ao compromisso amplo de Estado com os princípios do *welfare state*, defensoras de uma atuação minimalista do Estado, inclusive no âmbito da saúde, assistência e previdência, desejavam evitar a criação de um sistema constitucional *integrado* de *Seguridade Social*. Essas ideias já eram bem conhecidas antes mesmo da Assembleia Nacional Constituinte. Não convenceram os Constituintes. Porém, ganharam força e relevância em fase posterior: na fase da regulamentação do texto constitucional. Em especial na ocasião em que foram debatidas, e aprovadas, as Leis regulamentadoras do sistema constitucional de

Seguridade Social: a Lei 8.080/90 (Estatuto da Saúde); a Lei 8.212/91 (Organização e Custeio da Seguridade Social); a Lei 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social) e a Lei 8.743/93 (Organização da Assistência Social) e as reformas constitucionais do sistema previdenciário (EC 20, 15.12.2008; EC 41, 19.12.2003)

E as principais consequências dessa fase posterior, de regulamentação e de reforma dos dispositivos constitucionais originais afetaram a *integração sistêmica* dos programas de saúde, assistência e previdência, bem como a prioridade da *Seguridade Social* como sistema amplo de proteção e seguro social, em relação aos compromissos de equilíbrio fiscal.

## 6 CHOQUE DE PROPÓSITOS

No Brasil ocorreu, nos últimos 25 anos, e depois que se iniciou o programa liberal de reformas do sistema de seguridade social, um interessante *choque de propósitos* no âmbito da Seguridade Social. De um lado, as premissas originais do sistema constitucional; de outro, as premissas liberais adotadas em momento posterior, quando da aprovação das leis orgânicas regulamentadoras e da aprovação da EC n. 20/1998 e da Lei 9.876/99, que instituiu o *fator previdenciário* (FLEURY, 1994, p. 218).

As premissas constitucionais originais orientavam-se pela lógica da *seguridade social* com significado de ampla proteção social a ser viabilizada por garantia orçamentária e ação integrada de políticas públicas protetivas. Daí porque a Comissão da Ordem Social, da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), reconheceu a *integração e o inter-relacionamento* dos direitos de saúde, previdência e assistência (sob protestos do então Ministério da Previdência e do Inamps, e também da VIII Conferência Nacional da Saúde).

A reunião de instalação da Comissão da Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte ocorreu em 25.05.1987, na mesma data em que foram encerrados os trabalhos das subcomissões dos Direitos dos Trabalhadores e dos Servidores Públicos; da Saú-

de, Seguridade Social e Meio-Ambiente; dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Naquele evento solene estava o Presidente da ANC, Ulisses Guimarães, que não deixou passar a oportunidade de ressaltar os propósitos da *Seguridade Social* para o futuro texto constitucional:

Não basta afirmar que a saúde é direito de todos e que é dever do Estado prodigalizá-la; é indispensável que o texto não se torne letra morta, mas possua vigor coercitivo a vigência plena. Ao invés de figura de retórica, cumpra-se em toda a sua extensão, a norma. Igualmente, a universalidade da Seguridade Social deve ser buscada, com determinação, de forma a que nenhum cidadão fique ao desamparo da lei, reduzindo-se sistematicamente males sociais como a mendicância e a marginalização na velhice (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte 1987, p. 8).

No ato inaugural dos trabalhos da Comissão da Ordem Social, dirigido pelo Dep. Constituinte Edme Tavares, o Relator da antecedente Subcomissão de Saúde, Seguridade Social e Meio Ambiente, Dep. Carlos Mosconi, apresentou o novo conceito de Seguridade Social que seria adotado daí por diante, até a aprovação do texto final:

Avançamos [...] para a concepção de Seguridade, que reconhece a pessoa como sujeito de direitos sociais, seja ou não contribuinte, ao contrário do conceito de previdência, restritivo e excludente (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte 1987, 10).

Esse tema voltou a ser destacado muitas outras vezes, como já se pode ver na intervenção do Dep. Almir Gabriel, proferida na sétima Reunião da Comissão da Ordem Social:

Eu destacaria três pontos no relatório no item seguridade: primeiro, a própria formulação do conceito. Não se trata mais aqui, neste relatório, da previdência propriamente dita ou da assistência social, a previdência está muito ligada à questão contratual e à assistência social, assistência a pessoas carentes.

*Passou-se a um conceito que estamos considerando superior, que é o conceito de Seguridade Social; é o seguro social que vai universalizar o acesso a determinados benefícios que eram previstos apenas para aqueles que poderiam contribuir. Então, Seguridade Social é um termo mais amplo do que a pura previdência e do que a pura assistência social.*

*O que estamos propondo aqui é a universalização de uma série de benefícios que passariam a atingir toda a população brasileira, independente de ser trabalhador rural ou urbano, seja empregada doméstica ou dona de casa, seja homem ou mulher (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte 1987, p. 64, grifo nosso).*

Superar a tradicional associação conceitual entre *previdência* e *seguridade* era um dos objetivos dos trabalhos constituintes. E foi assim desde a sua primeira versão, elaborada pela Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio-Ambiente, mantida depois, com poucos ajustes, pela Comissão da Ordem Social, e confirmada, por fim, pela Comissão de Sistematização. Não são sinônimos, afirmou-se: previdência é espécie de Seguridade Social. E Seguridade Social é o novo e *superior conceito* eleito pelo Brasil para gerar um sistema inédito de proteção social, capaz de garantir serviços de proteção da renda, prevenção, tratamento e recuperação da saúde, bem como de inclusão de pessoas em situação de exclusão social. É justamente por isso que se pode dizer que até hoje “[a] *Seguridade Social, como princípio reitor da proteção social, consagrado na CF/88, não foi concluída organizacional, financeiramente ou em relação ao padrão de benefícios e à cobertura*” (FLEURY, 2005, p. 458).

E por que não teria sido concluída? É preciso notar que as bases originais do *texto constitucional* do sistema brasileiro de direitos de Seguridade Social resistiu ao *contexto* das reformas estruturais liberais dos anos 80 e 90. Contudo, sofreu mudanças e, atualmente, é muito forte o entendimento doutrinário e jurisprudencial produzido por aquele segundo *contexto*, o de reformas liberais. Teses contrárias à Seguridade Social como um sistema amplo e inter-relacionado de Seguro Social, ou seja, como um sistema de *welfare state* cujo princípio fundamental seja o da *proteção social*, podem ser

encontradas, por exemplo, no âmbito do sistema de direitos previdenciários que, segundo muitos especialistas, é um sistema regido, antes de qualquer coisa e, portanto, *prioritariamente*, por um princípio de natureza econômica: o *princípio contributivo* (CF Art. 195, § 5o, Art. 201, *caput*). Nessa linha *fiscal* de interpretação a Advocacia Geral da União (AGU) desenvolveu, recentemente, uma bem sucedida tese junto aos Tribunais superiores, segundo a qual o sistema previdenciário brasileiro é regido pelo *princípio da precedência do custeio e equilíbrio financeiro e atuarial* que, segundo sustenta, *precede todos os demais* em importância e, portanto, em *eficácia*. Sob tal perspectiva, sustenta a AGU:

37. (...) impende sejam observados os princípios constitucionais da precedência do custeio e do equilíbrio financeiro e atuarial.

38. A ninguém é dado ignorar que o sistema previdenciário brasileiro é lastreado no caráter contributivo, e que qualquer norma que venha a dispor sobre a matéria deve levar em consideração que sem o custeio, resta absolutamente inviabilizada a prestação dos respectivos benefícios<sup>9</sup>.

Segundo esse entendimento, já dominante no Brasil, haveria uma perfeita relação de inferência (TARSKI, 1944, 348), ou seja, de especificação lógica entre os seguintes termos inscritos na Constituição: (1) o *custeio do sistema* da seguridade (Art. 194,V); (2) a prévia fixação, em Lei de custeio, de todos os benefícios e serviços previdenciários a serem prestados pelo Estado (Art. 195 § 5o.); (3) o *dever geral de contribuição* como condição de *acesso* a benefícios e serviços da Previdência (Art. 195,II). Na realidade, a AGU não aborda o tema exatamente nesses moldes, mas sustenta que “o § 5º do art. 195 emerge como corolário dos princípios constitucionais já mencionados, da precedência da fonte de custeio e do equilíbrio financeiro e atuarial”<sup>10</sup>;

<sup>9</sup> Para ver todos os detalhes da tese desenvolvida pela Advocacia Geral da União, consultar a Informação nº AGU/AV- 62/2009, Mandado de Injunção nº 986/2009.

<sup>10</sup> Idem.

e também sustenta que o dever de contribuir regularmente para o custeio do sistema de Previdência precede o *status* de segurado previdenciário<sup>11</sup>. Tudo isso equivale a dizer que “*só fará jus a qualquer benefício previdenciário aquele que efetivamente contribuir. Do contrário, estar-se-a tratando de cobertura pela Assistência Social*”<sup>12</sup>.

No Brasil, como se sabe, são contribuintes previdenciários os empregados do setor privado, os trabalhadores rurais, os funcionários públicos celetistas (aqueles que possuem contratos regidos de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) os contribuintes autônomos, isto é, aqueles que contribuem de forma espontânea para a Previdência Social, como, por exemplo, os profissionais liberais, (MINISTERIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO 2012, p. 30). A tese liberal sustenta que a natureza contributiva do segurado deve ser o elemento que distingue o regime da Previdência Social, dos outros dois, ou seja, do regime da Saúde e o da Assistência Social (CRFB, Art.6º.; Art. 203), já que tanto a Saúde quanto a Assistência são caracterizadas pela gratuidade e universalidade do atendimento. Segundo essa linha de argumentação, é possível afirmar que realmente *existiria* o tal princípio da *precedência do custeio*, e que se trata do mais importante princípio constitucional em matéria previdenciária. Ler a Carta de 1988 assim, seria, em última análise, não só uma forma responsável de garantir a sustentabilidade financeira do sistema de Previdência mas, igualmente, a forma perfeitamente coerente de compreender os fundamentos *constitucionais* da Seguridade Social do Brasil.

Assim, e segundo essa interpretação dominante, (1) regimes constitucionais amplos de seguro social, como o do Brasil, poderiam ser interpretados como sistemas predeterminados por um *principio contributivo*. Se não totalmente, ao menos em alguns de seus serviços destinados a garantir proteção dos meios de vida, como é

---

<sup>11</sup> Ver tese desenvolvida pela Advocacia Geral da União no Parecer/Conjur/MPS/n.219/2011 na controvérsia em torno da qualidade de segurado do contribuinte individual, bem como de seus direitos previdenciários.

<sup>12</sup> Idem, pp. 11.

o caso dos benefícios previdenciários; (2) que todos os cidadãos que exercem atividade econômica remunerada devem participar do sistema, ao menos como *contribuintes*; (3) que o dever de *contribuição universal* não gera, necessariamente, um direito de *prestação*. O que equivale a dizer que a titularidade universal do dever de pagar pelo funcionamento do sistema de Seguridade Social não gera, em contrapartida, a titularidade universal do direito de receber benefícios e serviços do sistema de Seguridade Social.

Segundo a leitura atualmente dominante, novas leis ou novas regras bem podem frustrar as expectativas de prestação social de seguridade, mesmo que embasadas em direitos constitucionais rigidamente protegidos, e mesmo que convergentes com hipóteses fáticas reconhecidas em tratados de direitos humanos como de *necessária proteção pelo Estado*. Segundo o entendimento hoje predominante, por causa da *precedência do custeio*, e da *inexistência de direito adquirido a regime jurídico*<sup>13</sup>, leis novas podem alterar, até seriamente, o padrão de prestações previdenciárias (e quiçá, de outros direitos de Seguridade Social). Assim, até mesmo situações novas *mais favoráveis* poderiam ser não estendidas a todos, com base, quer no suposto princípio da *precedência do custeio*, quer na regra de *inexistência de direito adquirido a regime jurídico*<sup>14</sup>.

Além da tese da “precedência do custeio” há outras importantes evidências ajudam a compreender os desenvolvimentos políticos disso que estamos denominando de *choque de propósitos* entre o conceito constitucional de *Seguridade* e a visão liberal infraconstitucional de políticas de Previdência, Assistência e Saúde.

O primeiro diz respeito à reforma administrativa empreendida pelo Governo Collor que desconsiderou a Seguridade Social. Ao invés de constituir o Ministério da Seguridade Social, optou-se

<sup>13</sup> Ver, STF, RE 226.855, Rel. Min. Moreira Alves. 31.08.2000, pp. 913-914

<sup>14</sup> Ver, quanto a isso, os fundamentos das seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: RE 415.454/2007 e RE 613.033/2011.

pelo caminho da fragmentação, abandonando o conceito de seguridade e empreendendo uma volta atrás na própria concepção do sistema de proteção, reforçando a velha idéia de seguro. Reunindo os antigos INPS e IAPAS em um único instituto que não por acaso chamou de Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e, ademais, colocando toda a estrutura previdenciária sob a jurisdição do velho Ministério do Trabalho e da Previdência Social. (TEIXEIRA 1991, p. 31)

O segundo reporta-se ao fato de o Poder Executivo, por Medida Provisória (até hoje não convertida em lei pelo Congresso Nacional) ter revogado, em 2001, o Artigo 7o. da Lei 8.212/91. O referido artigo estabelecia o Conselho Nacional da Seguridade Social e lhe atribuía, entre outras competências, às de estabelecer as diretrizes gerais e as políticas de integração entre as áreas, observado o disposto no inciso VII do art. 194 da Constituição Federal.

O terceiro é relativo ao critério novo, aprovado pela EC 20/1998, de acesso aos benefícios de aposentadoria. A reforma constitucional alterou significativamente o sentido e a importância da *contribuição* para garantir o direito de acesso à aposentadoria. Ao estabelecer períodos mínimos de contribuição que devem ser somados à idade mínima, a reforma de 1998 atrelou rigidamente o pagamento de aposentadorias à atividade laboral contributiva, ou seja, à atividade laboral formal. Sendo assim, a reforma mais *protegeu* as finanças públicas contra a elevação dos índices de desemprego do que o inverso, ou seja, fez exatamente o contrário do que recomenda a filosofia da *Seguridade Social*. Enquanto desempregado e sem condições de contribuir, os trabalhadores aumentam o tempo de espera para se aposentar. Esse é um sinal claro da inversão de prioridades constitucionais: diminuir a proteção justo quando o trabalhador mais precisa dela. Medidas como essa, todavia, não seriam equivocadas se tratadas no âmbito *legal* e em ambiente de *pleno emprego*. Ou seja, em circunstância econômica que justifique a diminuição de gasto público compensada pelo aumento do nível de renda derivado do trabalho. Mas em contexto de recessão, a medida não pode ter fundamento

constitucional, pois é claramente contrária ao estabelecido pelo ideário protetivo da Assembleia Nacional Constituinte.

O quarto tem a ver com a desvinculação de receitas do Orçamento da Seguridade Social (STRAPAZZON; SILVA, 2012). A DRU, como ficou conhecida a Desvinculação de Receitas da União, é uma autorização (estabelecida por Emenda à Constituição) para alterar o destino das receitas vinculadas da União. É, atualmente, uma autorização de natureza constitucional para que o Governo da União aplique 20% da receita vinculada da União (obtida com impostos e contribuições<sup>15</sup>) em despesas ou investimentos que julgar pertinentes (BRASIL, 2010, p. 26 et seq.). É um mecanismo de mudança de prioridades: receitas que deveriam ser aplicadas em objetivos de Estado determinados originariamente pela Constituição podem, a partir da autorização da emenda constitucional que criou a DRU, ser aplicadas em objetivos novos, eleitos pelo Governo Federal de ocasião.

Apesar de ter sido criada no ano de 1994, com cláusula de vigência de apenas dois anos, portanto, como solução provisória, o mecanismo de Desvinculação de Receitas da União vem sendo sistematicamente prorrogado por meio de sucessivas Emendas à Constituição. Essa desvinculação de receitas recebeu diversas denominações e passou por cinco prorrogações: FSE – Fundo social de Emergência: 1994 e 1995; FEF – Fundo de Estabilização Fiscal: 1996 e 1997 (1º sem); FEF: 1997 a 1999; DRU – Desvinculação de Receitas da União: 2000 a 2003; DRU (1ª prorrogação): 2003 a 2007; DRU (2ª prorrogação): 2008 a 2011; DRU (3ª prorrogação): 2011 a 2015. Essa última edição da DRU foi aprovada pela EC 68/2011 e reescreveu o Art. 76, do ADCT, onde, atualmente, se lê:

São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, 20% (vinte por cento) da

---

<sup>15</sup> Todas as Contribuições Sociais são afetadas pela DRU, exceto a Contribuição Previdenciária de Empregadores e Trabalhadores. A receita de todas elas está vinculada ao orçamento da seguridade social. São elas: São elas: CSLL, COFINS, PIS/PASEP, Concursos e Prognósticos.

arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

Algumas inovações foram incorporadas ao conceito de DRU, a partir da EC 56/2007. São elas: a) a DRU não reduz a base de cálculo das transferências obrigatórias a Estados, Distrito Federal e Municípios; b) não afeta a receita da contribuição social do salário-educação (CF, Art. 212 § 5º; Art. 76, §2º. ADCT) e c) no cálculo dos recursos aplicáveis ao desenvolvimento do ensino, de 18% da receita resultante de impostos, cfe. Art. 212 da CF, a DRU é menor que 20%, assim: 12,5 % em 2009, 5% em 2010. A partir de 2011 não há DRU para as receitas destinadas à Educação, ou seja, a União deve aplicar, ao menos, 18% da receita resultante de impostos, excluída a parcela transferida para Estados, Distrito Federal e Municípios, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Contudo, até 2010, era possível verificar a aplicação de recursos inferiores ao mínimo constitucional na manutenção e desenvolvimento do ensino por causa da DRU (BRASIL, 2011, p. 11).

Por outro lado, permanecem intactas algumas distorções históricas, como a que ocorre com os recursos do PIS/PASEP destinados ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico, por meio do BNDES. A desvinculação subtrai 8% do total dos recursos do PIS/PASEP legalmente destinados a esse fim. “[E]ssa parcela não retorna ao patrimônio do FAT” (BRASIL, 2011, p. 9).

No encaminhamento que fez da Proposta de Emenda à Constituição, visando prorrogar a vigência da DRU até 31 de dezembro de 2011 (PEC n. 50, de 23.4.2007), o Poder Executivo ressaltou — na Exposição de Motivos n.º 46/MF/MP, de 13 de abril de 2007 — que a prorrogação da DRU até 31.12.2011 teria duas finalidades precípua: a racionalização da gestão orçamentária, e garantir um grau mínimo de autonomia na definição de prioridades e na gestão orçamentária, já que a DRU respondeu por 58% dos recursos livres da União. Segundo os Ministros da Fazenda e do Planejamento, a DRU não *tem impedido a expansão* de programas so-

ciais, e citam como exemplo a expansão do Programa Bolsa-Família e do FUNDEB. Mas o que é importante, realmente, é a afirmação de que as prioridades do governo, com a DRU, são duas: alocar recursos em a) obras de infraestrutura e b) constituir a poupança necessária para a redução da dívida pública.

No Parecer n. 1.080, de 15.11.2007, o líder do governo, Senador Romero Jucá (PMDB) amenizou: explicou ao Senado da República que a PEC 89 (origem da EC 56/2007), e a prorrogação do DRU até 31.12.2011 teriam três finalidades precípua: a alocação de recursos para *geração de poupança necessária à redução da dívida pública; financiamento do Programa bolsa família e o Fundeb.*

Bem, a PEC n° 61, de 2011, de autoria do Poder Executivo, que propôs a prorrogação da DRU até 31 de dezembro de 2015, foi além. Segundo a exposição de motivos (EM Interministerial n° 00104/2011/MP/MF, de 8 de junho de 2011),

[A] conjuntura do Brasil urge investimentos e respectivas fontes de financiamento, a fim de adequar a infraestrutura do País às exigências internacionais correlatas à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016.

Se nas primeiras versões da DRU o compromisso público do governo era com o incremento de políticas sociais, investimentos em infraestrutura e redução da dívida pública, agora a DRU se destina, precipuamente, a obras de infraestrutura e ao financiamento de grandes eventos esportivos (sic). Como se nota, a DRU libera o governo federal para usar 20% de receitas constitucional e legalmente vinculadas. E mais, o destino desses recursos não é o desenvolvimento de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais sociais, constitucionalmente vinculantes.

Como se pode notar, não faltam exemplos para caracterizar o *choque de propósitos* atualmente vigente no direito brasileiro de Seguridade Social. Vale notar, além disso, que segundo a argumentação largamente admitida como consistente com a Constituição brasileira, especialmente depois da promulgação da Emenda Cons-

titucional n. 20/1998, sob o governo Fernando Henrique Cardoso, e das Emendas Constitucionais n. 41/2003 e n. 47/2005, sob o governo Lula — o pagamento da contribuição social tem natureza tributária e, como tal, é dever universal exigível pelo Estado. Já o dever de prestação dos serviços e benefícios do *seguro social* amplo instituído no texto constitucional não é visto como direito *subjetivo imediatamente exigível* dos cidadãos, mas como direito dependente de intermediação legislativa, fontes legais específicas de custeio e iniciativas executivas de políticas públicas. Como os regimes regidos pelo princípio *contributivo* são *excludentes*, neles só contribuintes são os titulares das expectativas e dos direitos a prestações de proteção. Mas a contraprestação de um serviço de seguro social não seria, segundo a compreensão ainda dominante na atualidade, decorrência necessária do fato *necessidade de proteção*, nem do fato *pagamento de contribuição*. Assim, se essa linha de interpretação da Seguridade Social brasileira prevalecer nos próximos anos, então os fundamentos constitucionais do regime brasileiro da Seguridade Social terão sido severamente afetados. O que é inadmissível.

## 7 CRÍTICAS E NOVOS RUMOS

A interpretação liberal, na realidade, sugere que no Brasil *não* há um regime Constitucional de direitos de Seguridade Social rígido e em estreita conexão material com direitos humanos e direitos fundamentais. Sugere, na realidade, que o *princípio da proteção*, derivado do sistema internacional de direitos humanos para o direito constitucional brasileiro, é menos importante que o princípio da *contribuição* ou das *razões de Estado*. A integração sistêmica das espécies constitucionais de direitos de Seguridade, por mais estranho que possa parecer, existiria apenas no pólo passivo das relações entre Estado e Sociedade (o do dever de financiamento), não no pólo ativo, ou seja, o da prestação dos serviços sociais.

Muito embora seja necessário reconhecer que depois das reformas constitucionais o “choque de propósitos” tenha bases ju-

rídicas realçadas pelas Emendas Constitucionais e pelas Leis Orgânicas, é preciso dizer que, diferente dos sistemas de *seguro social* que se orientam por relação jurídica de natureza contratual, nem Seguridade Social, nem a Previdência Social do Brasil podem ser entendidas como sistemas custeados exclusivamente por receitas de contribuições de segurados. A base de financiamento não segue essa lógica contratual simples e típica dos contratos de *seguro*. Bem ao contrário, o sistema brasileiro de Seguridade Social está fundado no princípio constitucional da *diversidade das bases de financiamento* (Art. 194, VI), ou seja, é financiada por toda a sociedade, mediante recursos de contribuições de beneficiários, mas também de empresas e de orçamentos do Estado, em proporções variáveis (Art. 195, c/c Art. 195 § 1º. da CRFB). O regime jurídico da Previdência Social, ao menos o que está constitucionalmente estabelecido, é portanto, mais do que um mero sistema de *seguro social*. É uma organização normativa de políticas públicas de natureza protetiva da dignidade das pessoas. É, por isso, um complexo sub-sistema de direitos constitucionais fundamentais prestacionais regido pelos princípios dos direitos humanos de Seguridade Social. E como tal, existe para ser eficaz segundo os parâmetros da *proteção*, ou seja, para *proteger* os titulares, de modo constitucionalmente adequado, das *hipóteses fáticas básicas* inscritas dos tratados de direitos humanos de Seguridade Social.

Apesar das reformas dos anos recentes no âmbito da previdência, os princípios protetivos do direito da Seguridade Social ainda regem a interpretação dos três subsistemas de direitos fundamentais previstos nas Leis específicas, e não o inverso. É o ideário da Assembleia Nacional Constituinte, portanto, que continua a balizar as políticas públicas necessárias à realização desses direitos. Depois de um quarto de século de vigência da nova Carta, de alguns retrocessos liberais, este é um bom momento para rever o texto constitucional à luz de suas devidas conexões com os direitos humanos.

Muitas críticas podem ser elaboradas às formas restritivas de interpretação do texto constitucional, bem como dos textos da legislação reguladora e das Emendas que modificaram o sistema

constitucional de Seguridade Social nos últimos 25 anos. Mas a base de toda a objeção pertinente parece ser a de que os direitos de Seguridade Social ainda não são compreendidos como direitos humanos fundamentais subjetivos. Ainda parecem ser tratados como direitos *institucionais*, ou seja, como direitos que podem ser criados, majorados e estendidos aos cidadãos segundo o *livre-arbítrio* do Estado. Sendo assim, a prestação de benefícios e de serviços de Seguridade Social sempre dependeria de *razões de Estado*, isto é, do cumprimento de condições fixadas em leis ou regulamentos, de disponibilidades orçamentárias *específicas* ou de criação de específicas políticas públicas; e não de situações concretas de necessidade reconhecidas internacionalmente como direitos humanos.

Este texto procurou demonstrar que se antes da Constituição de 1988 a proteção social era parte da ordem econômica, e não era direito constitucional individual; se era do tipo urbana e excluía a população rural; e se era restrita aos que estavam no mercado de trabalho, portanto aos contribuintes trabalhadores; depois da Constituição de 1988 mudanças profundas ocorreram, de tal modo que a Ordem Social se tornou um bem jurídico de mesma importância que a Ordem Econômica, de tal modo que não há mais diferenças entre proteção social urbana e rural; nem proteção social para aqueles que estão inseridos no mercado de trabalho, e que, portanto, contribuem, mas *é direito básico que deve ser acessível a todos os cidadãos* (Art. 194). Com base nisso, sustenta-se que é, no mínimo, uma ambiguidade insistir em interpretações segundo as quais o sistema constitucional brasileiro está fundado na atenção prioritária à dignidade da pessoa humana, na supremacia das normas da Constituição, na igualdade democrática e na teleologia substantiva do regime republicano e admitir, por outro lado, que mesmo aqueles que contribuem para o financiamento do sistema de Seguridade Social não podem ter certeza de que suas *expectativas* de proteção social serão realizadas pelo Estado.

Muito embora o sistema brasileiro de Seguridade Social tenha sofrido reveses, o balanço até aqui é positivo. Muitos dos temores que assolavam os corredores da Assembleia Nacional Cons-

tituinte revelaram-se, com o tempo, em preconceitos. O Sistema Único de Saúde vingou. A Assistência Social e a Previdência cumprem um decisivo papel de proteção humana e de apoio à expansão do consumo entre os grupos sociais de menor renda. Saiu fortalecida, portanto, a cultura da proteção. Mas ainda não a das políticas integradas de seguridade. Saiu fortalecida a cultura da eliminação da exclusão e do desamparo nas situações de risco. Mas ainda é preciso torná-los temas prioritários da agenda da democracia. Temas com o *status* de direitos humanos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor, and COURTIS Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *A theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. New York: Oxford University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

\_\_\_\_\_. "Law, morality and the existence of human rights." *Ratio Juris* (Blackwell Publishing) 25, no. 1 (Mar 2012): 2-14.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Translated by Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARAK, Aharon. "Proportionality and Principled balanced." *Law & Ethics of Human Rights*, 2010: 2-18.

BEVERIDGE, William. *Social Insurance and allied services*. London: Majesty's Stationery Office, 1942.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Comissão da Ordem Social. Ata das Comissões. Reunião da Comissão da Ordem Social, realizada em 25 de maio de 1987*. Brasília, DF: Senado Federal, 1987.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. “A efetiva desvinculação de receitas da União (DRU) na elaboração do projeto de lei orçamentária para 2012, no orçamento da seguridade social e em outras áreas.” *Nota técnica n. 18*, 2011.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. *Relatório de Avaliação de Receitas e Despesas Primárias. 4o. Bimestre*. Brasília: MPOG, 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da República*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2011, Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/PrestacaoContasPresidente/RelatorioPareceresTCU/RPP2010.pdf>.

CEPAL. *A hora da igualdade: brechas por selar, caminhos por abrir*. Santiago - Chile: ONU, 2010.

CRAVEN, Matthew C.R. The domestic application of the international covenant on economic, social and cultural rights. *Netherlands international law review*, n. 40 p. 367-404, 1933..

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Translated by Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FLEURY, Sonia. A seguridade social e os dilemas da inclusão social. *RAP - Revista de Administração Pública* 3, n. 39, p. 449-469, maio/jun. 2005.

\_\_\_\_\_. *Estado sem cidadãos: seguridade social na América Latina* [on line]. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 1994. Available from SciELO Books.

GABBA, Francesco Carlo. *Teoria Della Retroattività Delle Leggi*. Prod. Google Books. Pisa: Tipografia Nisti, 1868.

International Labour Organization. *World Social Security Report 2010/11: Providing coverage in times of crisis and beyond*. Geneva: ILO, 2010, 299.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. "Social security for social justice and a fair globalization - Report IV." *International Labour Conference, 100th Session*. Geneva: ILO, 2011.

KONKAR, Polonca. "The evolution of international and european law in the field of social rights." *Revista europea de derechos fundamentales*, 2009: 193-204.

LANGDORF, Malcolm. "Judicialização dos direitos economicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica." *SUR* 6, no. 11 (2009): 99-133.

NEVES, Ilidio das. *Direito da Segurança Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MAUS, Didier. "Conference Mondiale de Justice Constitutionnelle." *Le recours aux precedents etrangers et le dialogue des cours constitutionnelles*. Cidade do Cabo, 2009. 23.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Translated by Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Daniel, and José Antonio SAVARIS. "Direito de proteção social e liberdade de orientação sexual." In *MANUAL DO DIREITO HOMOAFETIVO*, by Carolina V. FERRAZ and George Salomão et alii LEITE, 367-395. São Paulo: Saraiva, 2013.

MATHEWS, Jud, and Alec Ston SWEET. "All things in proportion? American rights review and the problem of balancing." *Emory Law Journal*, 2010: 799-875.

MICHELMAN, Frank I. "The constitution, social rights and liberal political justification." *International Constitutional Law Journal* (Oxford University Press) 1 (2003): 13-34.

MINISTERIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. "Orçamento Federal ao alcance de todos: projeto de lei orçamentária anual - PLOA 2013." 92. Brasília, 2012.

OLIVEIRA, Francisco E.B., and Kaizô I. Beltrão. “Efeitos da nova constituição e das propostas de nova legislação na Seguridade Social.” *IPEA. Textos Para Discussão* (IPEA), no. 171 (1989).

ONU Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “General Comment n. 3: the nature of States parties’ obligations.” In *INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS*, 318. UN, 2008.

\_\_\_\_\_. *Observación general n. 13 - el derecho a la educación*. Ginebra: ONU, 1999.

\_\_\_\_\_. *Observación general n. 14 - el derecho a salud*. Ginebra: ONU, 2000.

\_\_\_\_\_. *Observación general n. 18 - el derecho al trabajo*. Ginebra: ONU, 2005.

\_\_\_\_\_. *Observación general n. 19 - el derecho de seguridad social (artículo 9)*. Ginebra: ONU, 2008.

PIEROTH, Bodo, and Bernhard SCHLINK. *Direitos fundamentais*. Translated by Antonio Franco de Sousa. São Paulo, SP: Saraiva/IDP, 2012.

PIOVESAN, Flávia. “A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro.” *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, no. 51/52 (Jan/dez 1999): 81-102.

\_\_\_\_\_. “Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos.” *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2004: 20-47.

SAVARIS, José Antonio. “A aplicação judicial do direito da previdência social e a interpretação perversa do princípio constitucional da precedência de custeio - o argumento alakazam!” *Direitos Fundamentais & Democracia* (Unibrazil) 10 (2011a): 281-313.

\_\_\_\_\_. “O processo de reformas da Previdência Social no Brasil como subversão da lógica do desenvolvimento progressivo dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.” In *Direitos fundamentais revisitados*, by Eduardo CAMBI and Andrea et alii Bulgakov, 339-370. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. SAVARIS, José Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista*. Florianópolis: Conceito, 2011.

SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*. Harvard University Press, 1998.

SANTOS, Claudio H.; GENTIL, Denise L. “A CF/88 e as finanças públicas brasileiras.” In *A Constituição Brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*, by José Celso Cardoso Jr. IPEA, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10a. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. “Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise.” *Revista do Instituto de Hermeneutica Jurídica*, 2004: 121-168.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10a. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.” In *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, by Ingo Wolfgang SARLET, 15-43. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. “Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise.” *Revista do Instituto de Hermeneutica Jurídica*, 2004: 121-168.

SCALIA, Antonin. “The rule of law as a law of rules.” *The University of Chicago Law Review* (University of Chicago) 56, no. 4 (1989): 1175-1188.

SCIARRA, Silvana. “Trusting Judges to Deliver Changes: Italy, the EU and Labour Law.” In *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 441-464. Oxford: Hart Publishing, 2007.

SELZNICK, Philip. *The moral commonwealth: social theory and the promise of community*. Berkeley: University of California Press, 1992.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. “Ambito di protezione dei diritti fondamentali di sicurezza sociale. Un bilancio.” In *Le sfide dei diritti umani fondamentali in America Latina e in Europa*, by Narciso L. X. BAEZ, Rogério L. N. Silva and Guido Smorto. Roma: AR-ACNE editrice, 2013.

\_\_\_\_\_. “Expectativas jurídicas e direitos fundamentais sociais: contornos dogmáticos aplicados à seguridade social (revisado e ampliado).” In *Constituição e Direitos Fundamentais: estudos em torno dos fundamentos constitucionais do direito público e do direito privado*, by I.W. Sarlet, C.L. Strapazzon and P.R. et alii Schier, 150-195. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. “Hermenêutica responsiva, juízes constitucionais e antigas chagas sociais: o trabalho escravo chega ao Supremo Tribunal Federal - 118 anos depois.” In *Direito Penal do Trabalho: reflexões atuais*, by Eduardo Milléo BARACAT, 235-258. Belo Horizonte: Forum, 2010.

\_\_\_\_\_. “La dogmática de la seguridad social: análisis de las expectativas jurídicas de derechos fundamentales a partir de casos brasileños.” *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* XLVI (2013): 501-532.

\_\_\_\_\_. “Tratados internacionais, direitos fundamentais e liberdade individual: rupturas e evoluções em 60 anos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.” In *Estudos contemporâneos de Direitos Fundamentais*, by Letícia de Campos Velho Martel, 379-399. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. and Orides MEZZAROBA. “Preceitos fundamentais e a dogmática do bem comum constitucional.” *Sequência (UFSC)* 33 (2012): 335-372.

\_\_\_\_\_. and Rogério Luiz Nery da SILVA. *Orçamento brasileiro da seguridade social e a proteção de direitos fundamentais*. Vitória, ES: CONPEDI/Fundação Boiteux, 2012.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Translated by Lenita M.R. Esteves Almiro Pissetta. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

TARSKI, Alfred. “The semantic conception of truth and the foundations of semantics.” *Philosophy and phenomenological research* (JSTOR) 4, no. 3 (Mar 1944): 341-376.

TEIXEIRA, Aloisio. “Do seguro à Seguridade Social: a metamorfose inconclusa do sistema previdenciário brasileiro.” *Textos para Discussão IEI-UFRJ*, 1991.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol. I. 3 vols. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1997.

UNRISD - United Nations Research Institute for Social Development. *Transformative Social Policy*. Research Institute for Social Development, ONU, Geneve: ONU, 2006.

VALTICOS, Nicolas. “Unité et diversité des droits de l’homme. Complementarité ou conflit?” In *Scritti in onore a Guido Gerin*, 451-460. Trieste: CEDAM, 1996.

XENOPHON, Contiades, and Alkmene Fotiadou. “Social rights in the age of proportionality: global economic crisis and constitutional litigation.” *International Journal of Constitutional Law*, 2012: 660-686.



IV. COMUNIDADES  
AUTÔNOMAS E  
SOLIDARIEDADE  
FEDERATIVA



# ESTADO AUTONÔMICO E DIREITOS: A CONTRIBUIÇÃO DAS COMUNIDADES AUTÔNOMAS AO RECONHECIMENTO E REGULAÇÃO DOS DIREITOS DOS CIDADÃOS

Mercè Barceló i Serramalera\*

A Espanha é, em perspectiva territorial, o que na Europa se veio a denominar um “estado composto”, categoria doutrinal que engloba desde estados regionais e autonômicos até estados federais, e cujo denominador comum o constitui a nota da descentralização política do poder estatal, distribuído entre o ente central (estado central, federação, *bund*) e os territórios periféricos (comunidades autônomas, regiões, estados federados, províncias, *länder*...).

Ao ser as comunidades autônomas entes com autonomia política e ao ser seu poder de natureza estatal sua responsabilidade no desenvolvimento e proteção dos direitos da cidadania não é muito diferente da que compete ao mesmo Estado central. De fato, portanto, os direitos não são somente objeto de regulação autonômica quando as comunidades autônomas têm competência para isso (competências que se encontram definidas em seus respectivos estatutos de autonomia), senão que também atuam como limite ao exercício do poder político próprio; de modo que a existência de um sistema de direitos em cada comunidade autônoma, complementando o sistema estatal, põe de relevo a impossível dissociação nas atuais democracias entre a possibilidade de exercício de um poder político e o reconhecimento de direitos e liberdades públicas. E coloca, também, de relevo, o relevante papel das comunidades autônomas no reforço e consolidação do Estado democrático e social porque precisamente é no âmbito dos direitos sociais e de participação onde sua capacidade de atuação é maior.

---

\* Catedrática de Direito Constitucional da Universitat Autònoma de Barcelona.

Partindo, pois, do anterior neste trabalho serão expostos quais são os sistemas autonômicos de proteção de direitos, sobre que princípios se baseiam e os limites que atuam em frente a eles; que tipo de direitos podem regular, por meio de que instrumentos normativos, e como se complementam estas regulações autonômicas com a proteção de direitos constitucional e o seu desenvolvimento por parte do Estado central.

## **1 DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICA E PODER NORMATIVO AUTONÔMICO NA REGULAÇÃO DE DIREITOS E DEVERES PÚBLICOS**

A consideração dos direitos e deveres como elementos básicos e princípios informadores do ordenamento não supõe a uniformidade desses direitos e deveres para toda a cidadania, especialmente nos estados compostos ou politicamente descentralizados; ainda que isso não seja obstáculo, bem pelo contrário, à existência de mecanismos de garantia que assegurem um determinado grau de homogeneidade que a mesma presença do estado exige. A diversidade de posições jurídicas dos cidadãos de um mesmo estado reflete-se muito diferentemente em cada estado composto. Bem conhecidos são os casos dos Estados Unidos, Alemanha, Suíça, Bélgica ou Canadá, em que os territórios autônomos possuem cartas de direitos e deveres próprios e, em geral, mecanismos de garantia também próprios.<sup>1</sup>

Na Espanha não existe uma reserva de constituição para o reconhecimento e desenvolvimento de direitos e deveres de caráter público; nem as reservas de lei constitucionais excluem as hipóteses de colaboração internormativa; como também não lhe corresponde ao Estado ou às comunidades autônomas a competência universal em matéria de direitos públicos. Antes, a convivência normativa em matéria de direitos é uma obrigação que decorre do sistema de distribuição de competências. E resulta, assim, que é o jogo entre

---

<sup>1</sup> Veja-se a respeito: Aparicio (2005) e Aparicio Pérez e Barceló i Serramalera (2009).

Constituição e estatutos de autonomia (a norma institucional básica de cada comunidade autônoma) o que determina o grau de intervenção do Estado e das comunidades autônomas na regulação dos direitos e, portanto, o possível grau de diversidade das posições jurídicas resultantes dos cidadãos.

Efetivamente, as comunidades autônomas assumiram em seus próprios estatutos algumas competências em matérias nas que se refletem os direitos reconhecidos na seção primeira do capítulo II, do Título I da Constituição (assim, em relação com os direitos de participação, à educação, de associação, *habeas data*, ou acesso aos meios de comunicação). Mas suas competências estatutárias resultam de amplo alcance fora desse âmbito, especialmente no campo dos chamados direitos de terceira geração. Assim, com base em suas normas de competência, a atividade normativa das comunidades autônomas pode incidir em direitos, deveres e princípios constitucionais, mas tais normas também permitem reconhecer e regular novos direitos, deveres e princípios (no âmbito linguístico e cultural, no âmbito da participação, da boa administração, ou dos direitos sociais–prestacionais).

O conteúdo regulador de direitos, deveres e princípios reitores é, pois, uma manifestação legítima da capacidade normativa autônômica, ainda que limitada por um conjunto de princípios e normas constitucionais. O primeiro desses limites é – como já se disse – o próprio sistema de partilha competencial, à medida que o reconhecimento de direitos e princípios autônômicos não comporta uma alteração do regime de distribuição de competências nem a criação de normas competenciais novas, nem a modificação das que já existem.

O princípio de hierarquia normativa, ademais, impõe às normas autônômicas de direitos não apenas uma não contradição normativa formal com a Constituição, senão também uma integração material de valores e princípios que derivam do sistema geral dos direitos fundamentais constitucionais (princípio da eficácia, aplicabilidade direta, jogo de presunções, ônus da prova, ou limitação da discricionariedade dos poderes públicos).

E além dos limites conaturais ao próprio sistema constitucional, podem atuar também como limites à capacidade normativa autonômica outras disposições com incidência direta na regulação de direitos e deveres: trata-se do princípio de igualdade estabelecido pelo artigo 139.1 CE,<sup>2</sup> da reserva de lei orgânica a favor do Estado para o desenvolvimento de certos direitos e deveres (artigo 81.1 CE),<sup>3</sup> e da competência estatal para regular as condições básicas que garantam a igualdade de todos os espanhóis no exercício dos direitos e no cumprimento dos deveres constitucionais (artigo 149.1.1.<sup>a</sup> CE).<sup>4</sup> No entanto, uma vez garanti-

---

<sup>2</sup> O artigo 139.1 CE estabelece que “Todos os espanhóis têm os mesmos direitos e obrigações em qualquer parte do território do Estado”. Os problemas originários que propôs a interpretação do artigo 139.1, entendido como uma limitação de caráter absoluto para as comunidades autônomas na regulação de direitos ao constituir, de acordo com esta posição, um mandato de uniformidade (igualdade absoluta nos direitos dos espanhóis), tem dado passo a um entendimento mais adequado ao princípio autonômico. A mesma jurisprudência constitucional tem considerado que a norma contida no artigo 139.1 CE imporia não um mandato de uniformidade ou inclusive de homogeneidade, senão um mandato de igualdade de todos os espanhóis ante cada ordenamento autonômico em matéria de direitos (STC 37/1987, 173/1998). Isto é, a igualdade proclamada pelo artigo 139.1 CE significaria uma exigência de igualdade ante cada ordenamento autonômico e para todos quem estivessem submetidos ou resultassem afetados de uma maneira ou outra. Mas não implicaria, pelo contrário, uma igualdade de posições jurídicas entre todos os espanhóis, à medida que estão submetidos a ordenamentos jurídicos diferentes.

<sup>3</sup> De transcendência também relativa é o limite que supõe a reserva de lei orgânica à capacidade legislativa autonômica em matéria de direitos já que afeta a um grupo muito reduzido deles: os reconhecidos nos artigos 15 a 29 CE, seção primeira, capítulo segundo do título I da Constituição sobre os que as comunidades autônomas têm assumido escassas competências. Com relação a esses direitos surge uma dupla limitação para as comunidades autônomas: uma de caráter material –em razão do alcance que se dê ao termo “desenvolvo” do artigo 81.1– e outra de natureza formal –porque somente podem emanar leis orgânicas dos Cortes Gerais. A jurisprudência constitucional tem resultado ser favorável à expansividade material deste tipo de lei, de maneira que “desenvolvimento” comporta a regulação dos aspectos essenciais para “a definição do direito, a previsão de seu âmbito e a fixação de seus limites em relação com outras liberdades constitucionalmente protegidos”; segundo a STC 173/1998), o que certamente provoca colisões entre a legislação orgânica e a autonômica na regulação concreta de direitos.

<sup>4</sup> Mais difícil resulta entender como verdadeiro limite à capacidade reguladora de direitos autonômica à competência estatal ex artigo 149.1.1.<sup>a</sup> CE. É verdadeiro que o Tribunal Constitucional tem deixado estabelecido na STC 61/1997 que este preceito reconhece um título competencial com conteúdo próprio, não residual, que

da a eficácia destas cláusulas nada impede, como assinalou o Tribunal Constitucional na sentença 247/2007, qque as comunidades autônomas estabeleçam suas próprias e diferenciadas políticas em matérias de sua competência e que, ao fazê-lo, determinem uma diversidade de regimes jurídicos, bem como os consequentes efeitos sobre os cidadãos de cada território autônomico. Efeitos que se podem produzir por diferentes instrumentos ou técnicas que são inerentes ao exercício da autonomia política – exercício da potestade legislativa, regulamentar, declarações programáticas ou adoção de medidas concretas, entre outras –, e também pela via do estatuto de autonomia com o enunciado de verdadeiros direitos públicos subjetivos. Este é o seguinte aspecto a tratar.

## 2 DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICA E CATÁLOGO ESTATUTÁRIO DE DIREITOS, DEVERES E PRINCÍPIOS REITORES

Até o ano 2006, os estatutos de autonomia – norma institucional básica da cada comunidade autônoma – incluíaam cláusulas

---

habilita ao Estado para regular tanto o conteúdo primário do direito e as posições jurídicas fundamentais – faculdades elementares, limites essenciais, deveres fundamentais, prestações básicas, certas premissas ou certos orçamentos prévios –, como o objeto ou âmbito material sobre o qual recaem as faculdades que integram o direito, os requisitos ou as condições básicas em que se exerça, e o marco organizativo, que possibilita o exercício mesmo do direito (confundindo assim a projeção material desta competência com a reserva de lei orgânica). Mas também o é que a relativa função limitadora do artigo 139 CE ou da reserva de lei orgânica não se encontra nesta competência estatal porque não é mais que a manifestação de uma espécie de outorga de poder de vigilância ou tutela que só opera como limite quando é utilizado. De forma que o limite não se encontra em sua existência, senão na utilização concreta que efetue o Estado central sobre os âmbitos em que a projete. E a diferença é importante, já que o artigo 149.1.1ª nunca poderá ser invocado *a priori* ou em abstrato (em termos muito parecidos, STC 247/2007, fundamento jurídico 17, com menção das STC 61/1997, 109/2003 e 152/2003) como parâmetro de constitucionalidade para julgar as disposições estatutárias e as atuações normativas ou executivas autônomicas (deverá se esperar ao pronunciamento normativo estatal), senão, pelo contrário, para julgar as atuações normativas ou executivas do Estado central: antes de poder dizer que uma atuação normativa ou executiva autônomico incorre em desigualdade” deverá se verificar se a atuação normativa “niveladora” do Estado central tem legitimidade constitucional.

de conexão aos direitos e deveres estabelecidos na Constituição, mas nenhum sistema de direitos próprio. O legislador autonômico, pois, regulava direitos em razão dos títulos competenciais que havia reconhecido (assim, por exemplo, em matéria de educação, de assistência social, de previdência, de meio ambiente, etc.), mas não estava submetido a uma declaração estatutária que o vinculasse. Não obstante, com as reformas estatutárias ocorridas a partir de 2006 (reformaram-se oito dos dezessete estatutos) o legislador estatutário colocou-se ao lado do legislador ordinário e autonômico de direitos. De maneira que se introduziu na maioria desses estatutos de autonomia reformados um catálogo próprio de direitos, deveres e princípios reitores diretamente vinculantes para o próprio legislador autonômico.

A inclusão, nos estatutos de autonomia, de um sistema de direitos, deveres e princípios reitores pretende ser, assim, a expressão do autogoverno por meio da qual se coloca em relevo a concatenação, em regimes democráticos, entre exercício de um poder político e o reconhecimento de direitos e liberdades públicas; mas também pretende ser expressão do estabelecimento dos âmbitos de poder jurídico dos cidadãos diante do poder autonômico, e da densificação da capacidade de intervenção dos poderes públicos na vida econômica e social, ao mesmo tempo que a dos cidadãos nos assuntos públicos. O que se tem corporificado mediante diferentes técnicas: desde a conversão de competências de conteúdo úteis em direitos sociais e prestacionais até a criação de direitos concretos de participação que podem se desenvolver nas margens da atuação representativa e institucional das instituições autonômicas, passando por autênticos direitos de liberdade civil ali onde o direito civil próprio se acha vigente. E estas técnicas têm dado lugar a um reconhecimento mais ou menos amplo, mais ou menos detalhado, de direitos estatutários concretos e de princípios reitores, segundo as específicas vontades de reforma de cada território.

## 2.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS CATÁLOGOS ESTATUTÁRIOS DE DIREITOS, DEVERES E PRINCÍPIOS REITORES

Até agora são oito os estatutos reformados e em vigor: os da Comunidade Valenciana, Catalunha, Andaluzia, Aragón, Ilhas Baleares, Castilla e León, Extremadura e Navarra. Sem seguir um modelo predeterminado, mas adotando a ideia de regular estatutariamente direitos, deveres e princípios reitores, distinguem-se três grupos de estatutos segundo a intensidade e extensão na regulação dessas normas jus estatutárias e suas garantias. O primeiro grupo estaria representado por aquelas reformas que parecem ter assumido o nível mais elevado de proclamação de direitos: aqui se encontrariam as reformas dos Estatutos catalão e andaluz. Uma estrutura parecida, mas com um grau menor de profusão normativa, acham-se os Estatutos de Aragón, Baleares e Castilla e León. E, em um terceiro grupo, constata-se uma verdadeira seleção e drástica redução do número e ainda da concreção dos direitos. Neste encontram-se o Estatuto da Comunidade Valenciana, que se remete a uma futura carta de direitos sociais; e, sem reconhecimento propriamente de direitos, os Estatutos de Extremadura e Navarra.

Em perspectiva positiva, dois são os elementos comuns no que diz respeito aos direitos reconhecidos nesses estatutos: o predominante caráter de direitos sociais–prestacionais e de participação; e uma dependência, em relação a seu conteúdo e garantias, ao que é determinado pela “lei”. Apesar disso, ainda podemos caracterizá-los – voltaremos a este ponto – como direitos públicos subjetivos. E desde uma vertente negativa, destaca-se também o que não são: em geral, não se formulam como direitos diretamente exigíveis (por causa da referência à lei), mas também não são, ao menos não em sua totalidade, direitos de configuração legal. Por outro lado, em todos os grupos de reformas aparecem também “princípios reitores” (exceto no Estatuto navarro), normas finalistas cuja força de vinculação não vai para além da função informadora dos princípios como normas de otimização, mas que por outro lado cumprem

uma função política importante no panorama da própria forma constitucional de Estado: a de configurar, mediante disposições jurídicas concretas, os elementos operativos do Estado social e democrático de direito, como também teremos ocasião de sublinhar.

Como se apontava, existem também entre essas declarações estatutárias de direitos elementos de diferenciação. Além de reconhecer direitos a prestações e de participação, várias reformas aproveitaram a introdução do sistema de direitos em seus respectivos textos para destacar como direitos certos elementos diferenciais: direitos históricos, direitos linguísticos (de existir língua própria diferente do castelhano), direitos unidos ao isolamento, ou direitos das comunidades autóctones estabelecidas fora do território. Por outra parte, os dois primeiros grupos de reformas também mantêm fortes diferenças comparativas com as do terceiro quanto à extensão e intensidade de conteúdo dos direitos que se reconhecem e das garantias que os acompanham. Tais diferenças, portanto, não se referem unicamente a uma questão de quantidade; envolvem, também, uma questão de natureza jurídica do sistema de direitos, que é apreciável por duas perspectivas. A primeira faria referência a diferentes níveis de normas estatutárias: o que estabeleceria um sistema de direitos novos; o que serviria de complemento às normas constitucionais e internacionais; e, finalmente, o que se situaria como repetição ou reforço dos direitos constitucionais e internacionais já vigentes na Espanha. Os Estatutos de Andaluzia, Catalunha, mas também os de Castilla e León, Aragón e Ilhas Baleares (ainda que em menor profusão) conteriam, sobretudo, direitos do primeiro e segundo nível, enquanto os Estatutos da Comunidade Valenciana e, especialmente, o de Extremadura e Navarra se situariam no terceiro dos níveis indicados. A segunda dessas perspectivas refere-se às diferentes densidades normativas segundo as respectivas concreções conferidas à extensão dos titulares de cada direito, a elementos de seu conteúdo e, especialmente, e ao sistema de garantias. Assim, em todas as reformas em que se introduziu o reconhecimento expresso de direitos, aparece, por exemplo, o direito à saúde, o direito à moradia, o direito ao meio ambiente ou o direito à “boa adminis-

tração”. Mas nem todas têm a mesma concreção e as mesmas possibilidades de exigibilidade: os estatutos do primeiro grupo, especialmente o andaluz e o catalão, se situam em um nível de concreção superior, que vai descendo à medida que nos aproximamos das reformas do segundo grupo e desaparece no terceiro. E em todas as reformas do primeiro grupo, além do Estatuto castelhano-leonês, aparece um capítulo dedicado às garantias dos direitos, mas não há qualquer referência a elas nos outros estatutos.

Portanto, partindo de uma mesma normatividade em todos e em cada um dos estatutos, suas normas específicas podem funcionar de diferentes formas e incidir de diversas maneiras nos concretos âmbitos projetados sobre direitos.

## **2.2 A CONSTITUCIONALIDADE DOS CATÁLOGOS JUSESTATUTÁRIOS E A NATUREZA JURÍDICA DE SUAS NORMAS DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS: AS SENTENÇAS 247/2007 E 31/2010**

Imediatamente após as reformas estatutárias de 2006 questionou-se a constitucionalidade dos catálogos estatutários de direitos, tema abordado nas sentenças 247/2007 e 31/2010.

As posições favoráveis à inconstitucionalidade dos catálogos de direitos estatutários, e que sustentaram os recursos de inconstitucionalidade perante a reforma dos Estatutos, primeiro valenciano (STC 247/2007) e depois catalão (STC 31/2010), mantinham um ponto de partida e denominador comum fundamentado na rejeição de que os estatutos de autonomia pudessem ser instrumentos suscetíveis de acolher em seu texto tais tipos de normas, enquanto o artigo 147.2 CE não as inclui entre as de seu conteúdo obrigatório. Outros argumentos acompanhavam essa formulação nuclear, como o de considerar constitucionalmente inaceitável que um estatuto pretenda suplantar a função normativa da Constituição ou tratar de equiparar-se a ela em seu aspecto externo; ou de ter modificado o sistema constitucional de garantias e incluir direitos fundamentais com conteúdo inovador, na contramão de uma re-

serva de lei orgânica prevista para o desenvolvimento dos direitos na Constituição; ou por fim, o de representar esses direitos estatutários limites materiais à atuação do legislador que restringiriam injustificadamente o âmbito da regra da decisão por maiorias.

A sentença 247/2007 entendeu que os estatutos podem conter catálogos de direitos, desde que tais normas não violem a reserva prevista no artigo 147 CE.<sup>5</sup> A questão principal, no entanto, passou a ser a de sua natureza jurídica. É que essa resolução traçou uma singular distinção entre os direitos derivados da regulação estatutária das instituições próprias e os direitos vinculados a competências. Os primeiros, seriam direitos subjetivos com eficácia plena e exigibilidade jurisdicional imediata,<sup>6</sup> mas não

---

<sup>5</sup> O raciocínio principal desta possibilidade resume-se no fundamento jurídico 12: “[...] os Estatutos de Autonomia podem incluir com normalidade em seu conteúdo, não só as determinações expressamente previstas no texto constitucional a que temos aludido, senão também outras questões, derivadas das previsões do artigo 147 CE relativas às funções dos poderes e instituições autonômicos, tanto em sua dimensão material quanto organizativa, e às relações de ditos poderes e instituições com os restantes poderes públicos estatais e autonômicos, de um lado, e, com os cidadãos, de outro. O princípio dispositivo oferece, assim, uma margem importante neste ponto às diferentes opções das Comunidades Autônomas, margem tanto substantiva quanto de densidade normativa, mas que opera, o reiteremos de novo, dentro dos limites que se derivem da Constituição [...]. Em definitiva, o conteúdo constitucionalmente lícito dos Estatutos de Autonomia inclui tanto o que a Constituição prevê de forma expressa (e que, a sua vez, se integra pelo conteúdo mínimo ou necessário previsto no artigo 147.2 CE e o adicional, ao que se referem as restantes remessas expressas que a Constituição realiza aos Estatutos), como o conteúdo que, ainda não estando expressamente assinalado pela Constituição, é complemento adequado por sua conexão com as aludidas previsões constitucionais, adequação que tem de se entender referida à função que em sentido estrito a Constituição encomenda aos Estatutos, assim que norma institucional básica que tem de levar a cabo a regulação funcional, institucional e competencial da cada Comunidade Autônoma.”

<sup>6</sup> Fundamento jurídico 15: “São os Estatutos, precisamente, a concreta fonte constitucionalmente prevista para dotar de sentido e alcance a instituição de que se trate [...] Deste modo, ditas regulações estatutárias, telefonemas constitucionalmente a produzir uma vinculação direta dos poderes públicos da Comunidade, podem gerar também verdadeiros direitos subjetivos [...]”. Estes “verdadeiros direitos subjetivos unidos à regulação estatutária das instituições próprias seriam, por exemplo, os direitos dos parlamentares, os direitos linguísticos, ou os direitos de participação.”

os segundos; a estes se lhes reserva a condição de diretrizes ou de meros mandamentos destinados ao legislador. E assim, à medida que o estatuto atribui competências aos poderes públicos autonômicos, nada impede que lhes imponha “de modo direto, critérios ou diretrizes para seu exercício”, ou que o faça “de modo indireto, mediante a formalização de enunciados ou declarações de direitos a favor dos particulares. Trata-se, em ambos os casos, de mandatos ao legislador e restantes poderes públicos autonômicos, lhes impondo prescrições que são vinculantes para eles com independência da veste de que se revistam.” Com a distinção entre direitos ligados à regulação institucional como direitos subjetivos, e direitos vinculados a competências reduzidos a simples diretrizes ou mandatos sem eficácia jurídica direta, o Tribunal salva a constitucionalidade das normas estatutárias, mas, ao mesmo tempo, e sem nenhuma base teórica, muda seu sentido originário, convertendo autênticas formulações de direitos em mandamentos que, ao ficarem à disposição praticamente absoluta do legislador, resultam despojados de toda virtualidade jurídica imediata.<sup>7</sup> Ambos os propósitos, e com força da relativização dos efeitos diretos da declaração estatutária de direitos, seguem latentes na sentença 31/2010, que apesar de não receberem a distinção entre direitos provenientes da regulação institucional e direitos vinculados a competências, por outro lado mantém a ideia de que muitos dos denominados “direitos” no Estatuto não são senão mandamentos dirigidos ao legislador não exigíveis como direitos subjetivos derivados da norma estatutária. Ponto de partida desta (parcialmente) nova construção é definir o que não são os direitos estatutários: não são direitos fundamentais. E não o são porque não estão proclamados na Constituição. Mas a sentença encerra também uma definição positiva sobre a natureza jurídica dessas normas, e é aqui quando recorda à sentença 247/2007. Certamente, não para seguir com a dupla distinção apontada –ao menos não de forma expressa

---

<sup>7</sup> Neste mesmo sentido, Pisarello (2010, p. 2).

–, ainda que sim para continuar mantendo que alguns dos formulados como direitos não resultam ser mais do que mandamentos de atuação aos poderes públicos autonômicos. E assim, o Tribunal entende que já na Constituição e sob a mesma categoria “direito” se compreendem tanto verdadeiros direitos subjetivos quanto cláusulas de legitimação para o o desenvolvimento de determinadas opções legislativas, conquanto em ambos casos se trata, afinal de contas, de mandamentos dirigidos ao legislador, bem lhe impondo um fazer ou uma omissão que se erigem em objeto de uma pretensão subjetiva exigível ante os Tribunais de justiça; bem obrigando à perseguição de um resultado sem lhe prescrever especificamente os meios para o atingir e sem fazer dessa obrigação o conteúdo de nenhum direito subjetivo, que somente nascerá, se for o caso, das normas ditadas para cumprir com ela. Por fim, pois, não se chega a uma conclusão muito diferente que a atingida na sentença 247/2007 quanto à natureza jurídica das normas estatutárias de reconhecimento de direitos.

### **2.3 DIREITOS ESTATUTÁRIOS: MANDAMENTOS AOS PODERES PÚBLICOS OU VERDADEIROS DIREITOS SUBJETIVOS?**

O denominador comum das sentenças 247/2007 e 31/2010 é, como se viu, converter em mandamentos ao legislador parte do que nos estatutos das comunidades autônomas se formula como direitos. Na primeira delas se reconhecem como direitos subjetivos os ligados à regulação institucional, mas não os vinculados a competências, que ficam reduzidos a simples diretrizes ou mandamentos sem eficácia jurídica direta. Na segunda, parece (não é claro em absoluto) que o Tribunal quer aplicar essa caracterização debilitada dos direitos somente àqueles que se projetam no âmbito dos direitos fundamentais (realmente bem poucos no Estatuto de Autonomia de Catalu-

nha: apenas três normas, de quarenta),<sup>8</sup> reconhecendo que no Título I do Estatuto também se contêm direitos subjetivos, mas sem indicar quais. Seja como for, a insistência em degradar os direitos subjetivos a mandamentos ao legislador traz como consequência sua exclusiva vinculação aos poderes autônomicos e sua falta de eficácia direta para poder ser invocados ante os tribunais.

Pois bem, se a intenção era essa, a de limitar o sujeito passivo dos direitos estatutários exclusivamente aos poderes públicos autônomicos, havia outras vias para atingir o mesmo objetivo; e resultava desnecessário recorrer a estranhas construções sem embasamento teórico que, ademais, chocam com a literalidade e a sistêmica das normas de reconhecimento de direitos estatutários: o que num estatuto é formulado como uma possibilidade de realização pelo sujeito de um feixe de poderes específicos contra outro sujeito obrigado a permitir ou a possibilitar a realização disso, de qualquer modo, é um direito. E se esse direito é formulado como uma auto-obrigação do poder público autônomico, então será um direito público que vinculará somente esse poder autônomico auto-obrigado. Desse modo é como se formulam a maioria das normas de reconhecimento de direitos, por exemplo, no Título I do Estatuto de Autonomia catalão: essas normas vinculam exclusivamente os poderes públicos da Catalunha porque assim o dispõe o artigo 37.1 EAC, e excepcionalmente também os poderes do Estado naquilo que diz respeito aos direitos linguísticos se refere. Mas é que o artigo 37.1 EAC também não poderia ter disposto de outro modo, já que a introdução de direitos num estatuto supõe o estabelecimento de relações jurídicas estabelecidas e asseguradas pela norma institucional básica da comunidade autônoma para modular, contrair e limitar o poder dessa comunidade (basicamente porque esse é o propósito de um estatuto em relação a cada comunidade autônoma).

---

<sup>8</sup> No âmbito dos direitos fundamentais, se por eles entendemos os direitos da seção 1<sup>a</sup>, capítulo II, Título I da Constituição, segundo tem indicado o próprio Tribunal, só se projetariam o artigo 21 (educação), parcialmente o artigo 29 (participação política) e o artigo 31 do Estatuto (*habeas data*).

ma), que a situa na posição do sujeito passivo, obrigado pelo correspondente direito público subjetivo. Não é, pois, uma questão de que os direitos estatutários, pelo fato de sê-los, devam ter sua natureza degradada à categoria de mandamentos ao legislador – a fim de que somente vinculem o legislador autonômico – senão também de que o estatuto como norma institucional básica da comunidade autônoma só pode, em geral, definir o alcance e os limites do poder do ente que cria – este é seu principal objetivo – e, conseqüentemente, a teia das relações jurídicas com seus cidadãos.

Em conseqüência, parece que também não se sustenta a advertência de que os direitos estatutários careçam de eficácia direta. Os estatutos (os que incluem catálogos de direitos), certamente, não contêm direitos de liberdade, cuja realização é imediata. Contêm, todavia, predominantemente, direitos sociais-prestacionais, linguísticos (ali onde é possível) e direitos de participação, o que, em muitas ocasiões, mas não em todas, gera sua dependência, a seu conteúdo e garantias, no que diz respeito ao determinado pela “lei”. Mas isso não lhes converte automaticamente em meros mandamentos ao legislador, carentes de qualquer eficácia direta; ao menos assim sustenta o Tribunal em relação aos direitos de configuração legal constitucionais, exigíveis sem desenvolvimento legislativo sem-pre que sua natureza o permita.<sup>9</sup>

Pois bem, não se trata de transladar de forma automática aos direitos estatutários o que o Tribunal se refere aos chamados direitos de configuração legal constitucionais; mas também nada impede uma construção semelhante para aqueles, já que a efetividade dos direitos de configuração legal constitucionais não deriva de sua cons-

---

<sup>9</sup> “Ainda na hipótese de que um direito constitucional requeira uma interposição legislatória para seu desenvolvimento e plena eficácia, nossa jurisprudência nega que seu reconhecimento pela Constituição não tenha outra conseqüência que a de estabelecer um mandato dirigido ao legislador sem virtualidade para amparar por si mesmo pretensões individuais, de maneira que só seja exigível quando o legislador o tenha desenvolvido” (STC 254/1993, fundamento jurídico 6, e constante jurisprudência neste sentido: SSTC 15/10982, 35/1985, 160/1987, e posteriormente STC 31/1994).

titucionalização, senão de sua formulação em uma norma jurídica da que se prega sua aplicabilidade imediata. E é de advertir, neste sentido, que os direitos dos capítulos I, II e III, do Título I, do Estatuto de Autonomia da Catalunha, por exemplo, são diretamente aplicáveis, de acordo com o próprio Estatuto, já que para eles não rege o artigo 39.3, cujo texto excepciona a regra geral de aplicabilidade imediata das normas estatutárias reconhecidas no Título I em relação exclusiva com os princípios reitores do capítulo V do Estatuto (“Os princípios reitores são exigíveis ante a jurisdição, de acordo com o que determinam as leis e as demais disposições que os desenvolvem”).

Em suma, se não cabe objeção a que os direitos estatutários têm, em geral, uma forte dependência da lei para determinar seu conteúdo, há boas razões para discordar que se configurem como meros mandamentos para o legislador autônômico. Isso supõe desconhecer, em termos concretos, a formulação normativa daquelas normas que impõem verdadeiras obrigações a seu sujeito passivo e que encontram logicamente seu correlato num direito. O que não exclui o fato de que, sendo o estatuto uma norma de aplicação direta (nada o exclui mais do que as exceções contempladas), os direitos reconhecidos por eles tenham também exigibilidade imediata ante os tribunais, que devem tutelá-los nos termos derivados de sua concreta formulação (sem existir ulterior norma de desenvolvimento).

## 2.4 O CATÁLOGO DE DIREITOS ESTATUTÁRIOS COMO COMPLEMENTO E SUPERAÇÃO DO CATÁLOGO DE DIREITOS E DEVERES CONSTITUCIONAIS

O fundamento de validade das normas estatutárias – já se disse – encontra-se no sistema de repartição de competências entre o Estado central e as comunidades autônomas, e nas normas e princípios que atuam como limites. Neste sentido, também se insistiu, o texto constitucional exclui em bloco uma atribuição a favor do Estado central na regulação dos direitos; e, na necessária colaboração normativa, o Título VIII da Constituição (sobre a partilha de compe-

tências) permite deduzir até que ponto o estatuto de autonomia pode ser coextensivo ou não à norma constitucional.

Por aí é que as normas estatutárias têm podido “ampliar” o texto constitucional em quatro direções diferentes: a) estabelecendo direitos já reconhecidos na Constituição, estendendo o conteúdo, facilitando as condições de exercício ou estabelecendo garantias adicionais; b) transformando em direitos subjetivos princípios reitores da política social e econômica estabelecidos no capítulo III do Título I da Constituição; c) reconhecendo novos direitos e deveres não especificados na Constituição, e d) determinando um conjunto de princípios reitores de reforço da cada um dos âmbitos sobre os que se projetam os direitos anteriores. Precisamente, é essa diferente posição que adotam uns e outros direitos e deveres em relação ao texto constitucional a que predetermina e condiciona seu concreto regime jurídico. Nessa perspectiva, os direitos de nova criação não propõem problemas porque, nestes casos, o regime jurídico que rege essas normas de reconhecimento é único e exclusivamente o que se deriva do estatuto, sem que a Constituição possa estender nenhum adicional específico de proteção ou modificar aquele regime. Mas, com respeito aos direitos e deveres estatutários que atuam como concreção e complemento das normas constitucionais, a questão já não é tão clara, já que a questão é a de se ao regime jurídico que estabelece a norma estatutária é possível aderir, ademais, o já previsto para o direito matriz ou princípio reitor reconhecido constitucionalmente. É verdadeiro que, na maior parte de casos, o problema proposto careceria de relevância, já que as garantias estatutárias seriam mais intensas (no suposto dos princípios reitores constitucionais completados por normas jus estatutárias) ou muito parecidas às constitucionais (no suposto dos direitos não fundamentais do capítulo segundo da Constituição); mas sim que adquiriria relevância prática quando se tratasse da concreção ou do complemento de direitos fundamentais reconhecidos na primeira seção do capítulo segundo do Título I da Constituição (por exemplo, os direitos de participação, o direito de petição ou o direito à educação). Em tais casos, e em nossa opinião,

deve-se entender, seguindo o padrão estabelecido pelo Tribunal Constitucional para quando é a lei estatal a que atua como complemento do direito fundamental (por exemplo, o direito de acesso ao cargo público, o direito aos recursos judiciais), que o regime jurídico das garantias de todos estes direitos completados ou concretados estatutariamente deve ser, além do estatutário, o estabelecido pelo ordenamento constitucional, incluída a proteção que oferece o recurso de amparo. Portanto, é a origem constitucional ou não do direito o que permitiria acabar de completar o regime de garantias estatutário previsto para dotar de eficácia aos direitos declarados.

### **3 QUE DIREITOS RECONHECEM E REGULAM AS COMUNIDADES AUTÔNOMAS?**

Como se indicou, as comunidades autônomas podem reconhecer e regular direitos derivados de algum título competencial próprio. Em linhas gerais, poderiam agrupar-se esses direitos, já que se encontram reconhecidos nos estatutos ou meramente em nível legislativo ordinário, em três grupos diferentes:

- a) Direitos que concretam e reforçam o princípio democrático. A competência exclusiva das comunidades autônomas sobre a organização de suas instituições de autogoverno permite às comunidades garantir importantes direitos de participação dos cidadãos nos assuntos públicos.
- b) Direitos que concretam e reforçam o princípio social: as comunidades autônomas possuem um importante elenco de competências exclusivas neste âmbito material, o que lhes faz as principais reguladoras dos direitos sociais-prestacionais.
- c) Direitos dirigidos a proteger as diferentes identidades nacionais: as competências em matéria linguística e cultural que têm as comunidades autônomas com língua própria diferente ao castelhano (Catalunha, Co-

munidade Valenciana e Ilhas Baleares, o catalão; País Vasco e Navarra, o vasco; Galiza, o galego) têm permitido regular numerosos direitos neste âmbito.

Em linhas gerais, pois, esses seriam os âmbitos materiais nos que se inscrevem os direitos autonômicos reconhecidos diretamente no respectivo estatuto ou pelo legislador autonômico. No entanto, uma maior concreção pode atingir se o estudo se detiver em dois exemplos concretos: um, o Estatuto de Autonomia de Catalunha, que pode servir para conhecer em maior profundidade que direitos em concreto se regularam. Outro, um grupo de direitos, os direitos sociais, que permitirá expor com maior profundidade qual é o papel das comunidades autônomas no reconhecimento e proteção dos direitos.

### 3.1 UM EXEMPLO DE REGULAÇÃO: O TÍTULO I DO ESTATUTO DE AUTONOMIA DA CATALUNHA

O Título I do Estatuto de autonomia da Catalunha é um título longo, fruto de uma série de pactos políticos, que a fim de chegar a bom termo tem subtraído certa qualidade técnica ao texto. Apesar disso, os problemas técnico-formais do catálogo de direitos estatutário não podem fazer perder de vista seu sua transcendência jurídica e a contribuição que representa à teoria geral dos direitos. O fato de que o catálogo de direitos estatutário atue como complemento e superação do catálogo de direitos e deveres constitucionais; que introduza direitos sociais e prestacionais, de participação e de reforço da identidade coletiva; que incorpore direitos dependentes da lei, mas, apesar de tudo, verdadeiros direitos públicos subjetivos limitadores e, ao mesmo tempo, pré-configuradores da atuação dos poderes públicos; que os princípios reitores sirvam de reforço da forma de Estado social e democrático de direito, complementando a projeção própria dos direitos, e que, ademais, desenvolva funções que até agora não eram atribuídas às normas jus constitucionais, são algumas das características que permitem se situar ante a envergadura dogmática da nova regulação.

O Título I (Dos direitos, deveres e princípios reitores), que estabelece o marco concreto em que se desenvolvem e concretam estes mandatos, consta de quarenta artigos (do 15 ao 54), estruturados em cinco capítulos. O capítulo I, dedicado aos “Direitos e deveres nos âmbitos civil e social”, reconhece o direito de todas as pessoas a viver com dignidade, segurança e autonomia, livres de exploração, maus tratos, e de todo o tipo de discriminação, e o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade e capacidade pessoal (artigo 15.2); o direito de todas as pessoas a receber prestações sociais e ajudas públicas para atender seu ônus familiar (artigo 16); o direito dos menores a receber a atenção integral necessária para o desenvolvimento de sua personalidade e seu bem-estar no contexto familiar e social (artigo 17); o direito das pessoas maiores a viver com dignidade, livres de exploração e de maus tratos, sem que possam ser discriminadas em razão da sua idade (artigo 18); o direito das mulheres ao livre desenvolvimento de sua personalidade e capacidade pessoal, a viver com dignidade, segurança e autonomia, livres de exploração, maus tratos, e de todo o tipo de discriminação, e a participar em condições de igualdade de oportunidades com os homens em todos os âmbitos públicos e privados (artigo 19); o direito de todas as pessoas a receber um tratamento adequado da dor e curas paliativas integrais e a viver com dignidade o processo de sua morte, e a expressar sua vontade de forma antecipada para deixar constância das instruções sobre as intervenções e os tratamentos médicos que possam receber (artigo 20); o direito à educação, que se desdobra em um conjunto de direitos (artigo 21). Assim, reconhece-se também o direito de todas as pessoas a aceder em condições de igualdade à cultura e ao desenvolvimento de suas capacidades criativas individuais e coletivas (artigo 22.1); um conjunto de direitos no âmbito da saúde (artigo 23), no dos serviços sociais (artigo 24); no âmbito trabalhista (artigo 25), no da moradia (artigo 26), no do meio ambiente (artigo 27) e no âmbito dos consumidores e usuários (artigo 28). O capítulo I regula, ademais, três deveres: o de todas as pessoas a respeitar e preservar o patrimônio cultural (artigo 22.2); e, no âmbito do meio ambiente, os deveres de fazer um

uso responsável dos recursos naturais e da paisagem e de evitar seu desperdício (artigo 27.1), e de colaborar na conservação do patrimônio natural e nas atuações tendentes a eliminar as diferentes formas de contaminação, com o objetivo de sua manutenção e conservação para as gerações futuras (artigo 27.2).

O capítulo II, relativo aos direitos no âmbito político e da Administração, reconhece quatro grupos de direitos: aos cidadãos da Catalunha, um conjunto de direitos de participação (direta e representativa) nos assuntos públicos da Catalunha (artigo 29, apartados 1, 2, 3, 4 e 6); e a todas as pessoas, os direitos de petição (artigo 29.5), de acesso aos serviços públicos e a uma boa administração (artigo 30.1 e 2), e de proteção dos dados pessoais, o direito a aceder a seu exame e a obter sua correção (artigo 31).

Os direitos linguísticos estão reconhecidos no capítulo III. A maior parte dos direitos e deveres linguísticos estatutários já constituem direitos reconhecidos e garantidos legalmente pela Lei 1/1998, de 7 de janeiro, de política linguística. As garantias dos direitos estatutários estabelecem-se no capítulo IV (artigo 37 e 38), e se introduzem três tipos diferentes de garantias: os regulamentos, as institucionais e as jurisdicionais.

O capítulo V, por último, incorpora os princípios reitores em âmbitos que normalmente já estão ocupados pelos direitos; portanto, faz-se questão de sua proteção, apesar de que, à margem destes, os princípios reitores também se situam em esferas como, por exemplo, a da cooperação ao fomento da paz e ao desenvolvimento (artigo 51), a dos meios de comunicação social (artigo 52) ou a da recuperação da memória histórica (artigo 54).

### **3.2 UM EXEMPLO DE OBJETO DE REGULAÇÃO: A REGULAÇÃO AUTONÔMICA DOS DIREITOS SOCIAIS**

A tutela dos direitos sociais tem sido cometida por todas as comunidades autônomas, ainda que se apreciem sensíveis diferenças entre elas no número de normas com categoria de lei aprovadas, na in-

tensidade reguladora das mesmas, e nos direitos regulados, bem como também algumas particularidades em ordem à sua eficácia e garantias.

- a) Direitos sociais no âmbito da prestação de serviços: educação, saúde, assistência social

Sobre o direito fundamental à educação (artigo 27 CE) projeta-se uma competência compartilhada autônômica.<sup>10</sup> A menção a este direito está presente nos Estatutos das Ilhas Baleares, Andaluzia, Castilha e León, e Catalunha. E é relevante a ampliação estatutária do conteúdo ou a concretização dos titulares deste direito constitucional em três aspectos: reconhece-se como integrante do direito à educação a gratuidade dos livros de texto no ensino obrigatório nos centros sustentados com fundos públicos (somente o EAA, artigo 21.5), com eficácia direta e, portanto, diretamente exigível ante a jurisdição ordinária. Reconhece-se também como integrante do direito à educação o direito de acesso a uma educação adaptada para as pessoas com necessidades educativas especiais (artigos 26.4 EAIB, 21.10 EAA, artigo 13.1 EACL, 21.7 EAC). E, em terceiro lugar, o direito à educação se amplia mediante o reconhecimento do direito de todas as pessoas adultas à educação permanente (artigo 13.1 EACL), “nos termos que legalmente se estabeleçam.” Em nível legislativo, nem todas as comunidades autônomas contam com uma lei principal em matéria de educação que regule o conteúdo do direito e suas condições de exercício (desde o correspondente título competencial autônômico),<sup>11</sup> nem com normas setoriais que ampliem o conteúdo constitucionalmente reconhecido, como a educação de adultos,<sup>12</sup> direitos no âmbito

<sup>10</sup> Em uma competência compartilhada o Estado dita a legislação básica, enquanto à comunidade autônoma corresponde-lhe a legislação de desenvolvimento, a regulamentação e a execução.

<sup>11</sup> Lei 17/2007, de 10 de dezembro, de educação de Andaluzia. Lei 12/2009, de 10 de julho, de educação (Catalunha).

<sup>12</sup> Lei 3/1990, de 27 de março para a educação de adultos (Andaluzia). Lei 16/2002, de 28 de junho, de educação permanente de Aragón. Lei 23/2002, de 21 de no-

universitário,<sup>13</sup> ou participação social na educação.<sup>14</sup> Mas, por outro lado, todas elas possuem um amplo leque de leis de organização dos serviços educativos: de conselhos escolares,<sup>15</sup> do professorado<sup>16</sup> de ação territorial e recursos econômicos dos centros,<sup>17</sup> de criação

---

vembro, de educação de pessoas adultas de Castilla-A Mancha. Lei 3/2002, de 9 de abril, de educação de pessoas adultas de Castilla e León. Lei 3/1991, de 18 de março, de formação de adultos (Catalunha). Lei 4/2006, de 30 de março, de educação e formação permanentes de pessoas adultas (Ilhas Baleares). Lei Foral 19/2002, de 21 de junho, reguladora da educação de pessoas adultas (Navarra).

<sup>13</sup> Lei 5/2005, de 14 de junho, de ordenação do sistema universitário de Aragón. Lei 2/2005, de 7 de abril, da Agência de Qualidade Universitária de Castilha-A Mancha. Lei 3/2003, de 28 de março, de universidades de Castilha e León. Lei 1/2003, de 19 de fevereiro, de universidades de Catalunha. Lei 3/2005, de 25 de abril, de universidades da Região de Múrcia. Lei 3/2004, de 25 de fevereiro, do sistema universitário vasco.

<sup>14</sup> Lei 3/2007, de 8 de março, de participação social na educação na Comunidade Autónoma de Castilla-A Mancha.

<sup>15</sup> Lei 4/1984, de 9 de janeiro, de conselhos escolares (Andaluzia). Lei 5/1998, de 14 de maio, dos conselhos escolares de Aragón. Lei 9/1996, de 27 de dezembro, reguladora do Conselho Escolar do Principado das Astúrias. Lei 3/1999, de 24 de março, de conselhos escolares de Cantabria. Lei 25/1985, de 10 de dezembro, dos conselhos escolares (Catalunha). Lei 8/2001, de 14 de junho, pela que se regulam os conselhos escolares de Extremadura. Lei 9/1998, de 14 de dezembro, de conselhos escolares das Ilhas Baleares. Lei 3/2004, de 25 de junho, de conselhos escolares riojanos. Lei 12/1999, de 20 de abril, de criação do Conselho Escolar da Comunidade de Madri. Lei 6/1998, de 30 de novembro, de conselhos escolares da Região de Múrcia. Lei 13/1988, de 28 de outubro, de conselhos escolares de Euskadi.

<sup>16</sup> Lei 6/2009, de 29 de dezembro, de avaliação da função docente e seus incentivos (Astúrias). Lei 11/1991, de 10 de maio, reguladora do acesso à função pública docente do pessoal docente dos centros que, em virtude da Lei 14/1983, de 14 de julho, do Parlamento de Catalunha, se integraram na rede de centros públicos dependentes da Generalitat de Catalunha. Lei 15/2010, de 3 de dezembro, da Generalitat, de autoridade do professorado (Comunidade Valenciana). Lei 2/2010, de 15 de junho, de autoridade do professor (Comunidade de Madri). Lei 2/1993, de 19 de fevereiro, de corpos docentes do ensino não universitário da Comunidade Autónoma do País Basco.

<sup>17</sup> Lei 3/2006, de 17 de março, de criação do fundo de ação territorial da educação (Catalunha). Lei 4/1988, de 28 de março, reguladora da autonomia de gerenciamento econômica dos centros docentes públicos não universitários da Generalitat de Catalunha. Lei 18/1987, de 13 de julho, pela qual se estabelece a gratuidade do ensino nos estudos de nível médio e nos de artes aplicadas e ofícios artísticos. Lei Foral 26/2002, de 2 de julho, de medidas para a melhora dos ensinos não universitários (Navarra). Lei Foral 11/1998, de 3 de julho, pela qual se regula o financiamento público dos centros de iniciativa social que deem os ensinos de bacharelado, ciclos formativos de grau médio e programas de garantia social (Navarra).

de centros<sup>18</sup> e de organização universitária.<sup>19</sup> A questão, portanto, situa-se, em geral, na prestação do serviço de educação mais que na ampliação do conteúdo do direito, ainda que não se descarte. Também em regime de compartilhamento se exerce a competência autonômica a respeito do direito constitucional à saúde (artigo 43 CE). Este direito que em sede constitucional tem sido reconhecido entre os princípios reitores do capítulo III, Título I da Constituição, se sustenta como direito social nos estatutos de autonomia reformados, assim o de Aragão (artigo 14), Baleares (artigo 25), Castilha e León (artigo 13.2), Catalunha (artigo 23) e Andaluzia (artigo 22). Neste reconhecimento aparecem direitos recentes, alguns propriamente sociais, outros com conotações mais bem civis: acesso em condições de igualdade aos serviços sanitários (artigos 14.1 EAA, 13.2 EACL, e 23.1 EAC), mas também direitos dos pacientes (artigos 25.3 EIB, 23.3 EAC e 22.2 EAA), e a declarar sua vontade vital antecipada (artigos 25.4 EIB, 20 EAC, e 20 EAA). A formulação de alguns destes direitos com referência à lei supõe um

<sup>18</sup> Lei 5/2004, de 9 de julho, de criação de escolas infantis de qualidade (Catalunha). Lei 2/2005, de 11 de março, de academias da Região de Múrcia. Lei 1/1993, de 19 de fevereiro, da escola pública Vasca.

<sup>19</sup> Lei 10/1998, de 21 de setembro, do Conselho Social da Universidade de Cantabria. Lei 7/2001, de 31 de maio, de criação da Agência de Gerenciamento de Ajudas Universitárias e de Investigação (Catalunha). Lei 16/1998, de 28 de dezembro, dos conselhos sociais das universidades públicas de Catalunha. Lei 15/1998, de 28 de dezembro, do Conselho Interuniversitário da Catalunha. Lei 26/1984, de 19 de dezembro, de coordenação universitária e de criação de conselhos sociais (Catalunha). Lei 4/2007, de 9 de fevereiro, de em Generalitat, de coordenação do sistema universitário valenciano. Lei 2/2003, de 28 de janeiro, de em Generalitat, de conselhos sociais das universidades públicas valencianas. Lei 5/2002, de 19 de junho, da Generalitat Valenciana, de criação do Conselho Valenciano de Universidades e da Comissão Valenciana de Creditação e Avaliação da Qualidade no Sistema Universitário Valenciano. Lei 1/2003, de 9 de maio, dos conselhos sociais do sistema universitário da Galiza. Lei 6/2003, de 26 de março, do Conselho Social da Universidade da Rioja. Lei 2/2003, de 20 de março, de organização institucional do sistema universitário das Ilhas Baleares. Lei 15/2002, de 27 de dezembro, de criação da Agência de Qualidade, Creditação e Prospectiva das Universidades de Madri. Lei 12/2002, de 18 de dezembro, dos conselhos sociais das universidades públicas da Comunidade de Madri. Lei 4/1998, de 8 de abril, de coordenação universitária (Madri). Lei Foral 15/2008, de 2 de julho, do Conselho Social da Universidade Pública de Navarra.

adiamento da especificação de parte de seu conteúdo ou de suas condições de exercício. Mas ali onde não se produz esse adiamento – assim, por exemplo, em relação aos direitos do paciente (especialmente modelo é o artigo 22.2 EAA), tratamento da dor, cuidados paliativos, ou declaração de vontades vitais antecipadas – o que se formula são direitos completos, pelo que não gera problema algum sua exigibilidade direta ante os tribunais. Em nível legislativo, todas as comunidades autônomas contam com uma lei que regula a prestação do direito à saúde<sup>20</sup> além de numerosas leis setoriais que complementam organizativamente o serviço<sup>21</sup> ou que precisam subdireitos deste âmbito: direitos dos pacientes<sup>22</sup>, documento de

---

<sup>20</sup> Lei 2/1998, de 15 de junho, de saúde de Andaluzia. Lei 6/2002, de 15 de abril de saúde de Aragón. Lei 1/1992, de 2 de julho, do serviço de saúde do Principado das Astúrias. Lei 7/2002, de 10 de dezembro, de ordenação sanitária de Cantabria. Lei 8/2000, de 30 de novembro, de ordenação sanitária de Castilla-A Mancha. Lei 1/1993, de 6 de abril, de ordenação do sistema sanitário (Castilla e León). Lei 15/1990, de 9 de julho, de ordenação sanitária de Catalunha. Lei 3/2003, de 6 de fevereiro, da Generalitat, de ordenação sanitária da Comunidade Valenciana. Lei 10/2001, de 28 de junho, de saúde de Extremadura. Lei 7/2003, de 9 de dezembro, de ordenação sanitária da Galiza. Lei 16/2010, de 28 de dezembro, de saúde pública (Ilhas Baleares). Lei 11/1994, de 26 de julho, de ordenação sanitária de Canárias. Lei 2/2002, de 17 de abril, de saúde (A Rioja). Lei 12/2001, de 21 de dezembro, de ordenação sanitária da Comunidade de Madri. Lei 4/1994, de 26 de julho, de saúde da Região de Múrcia. Lei Foral 10/1990, de 23 de novembro, de saúde (Navarra). Lei 8/1997, de 26 de junho, de ordenação sanitária de Euskadi.

<sup>21</sup> Lei 8/1986, de 6 de maio, do serviço andaluz de saúde. Lei 3/2005, de 12 de maio, de criação da entidade pública aragonesa do Banco de Sangue e Tecidos. Decreto Legislativo 2/2004, de 30 de dezembro, do Governo de Aragón, mediante o que se aprova o Texto Refundido da Lei do serviço aragonês de saúde. Lei 10/2001, de 28 de dezembro, de criação do serviço cantabro de saúde. Lei 24/2002, de 5 de dezembro, de garantias na atenção sanitária especializada (Castilla A Mancha). Lei 21/2010, de 7 de julho, de acesso à assistência sanitária de cobertura pública a cargo do serviço catalão da saúde. Lei 8/2007, de 30 de julho, do Instituto Catalão da Saúde. Lei 12/1983, de 14 de julho, de administração institucional da previdência e da assistência e os serviços sociais de Catalunha. Lei 6/2008, de 2 de junho, da Generalitat, de garantia sanitária do sistema público (Comunidade Valenciana). Lei 4/2005, de 17 de junho, da Generalitat, de saúde pública da Comunidade Valenciana. Lei 8/2008, de 10 de julho, de saúde da Galiza.

<sup>22</sup> Lei 7/2006, de 15 de junho, de tempos máximos de resposta na atenção sanitária especializada (Cantabria). Lei 8/2003, de 8 de abril, sobre direitos e deveres das pessoas em relação à saúde (Castilla e León). Lei 18/2009, de 22 de outubro, de saúde pública (Catalunha). Lei 7/2003, de 25 de abril, de proteção da saúde

vontades vitais antecipadas e direito a viver com dignidade o processo da morte,<sup>23</sup> direitos dos dependentes de drogas,<sup>24</sup> direitos de determinados doentes,<sup>25</sup> ou direito à saúde dos escolares.<sup>26</sup>

Um regime competencial fundamentalmente exclusivo é o que rege, finalmente, a assistência social, cuja aplicação não se efetua na Constituição sob uma formulação de direito subjetivo se-

---

(Catalunha). Lei 21/2000, de 29 de dezembro, sobre os direitos de informação concernente a saúde e a autonomia do paciente, e a documentação clínica (Catalunha). Lei 1/2003, de 28 de janeiro, da Generalitat, de Direitos e Informação ao Paciente da Comunidade Valenciana. Lei 3/2005, de 8 de julho, de informação sanitária e autonomia do paciente (Extremadura). Lei 1/2005, de 24 de junho, de tempo de resposta na atenção sanitária especializada do sistema sanitário público de Extremadura. Lei 3/2001, de 28 de maio, reguladora do consentimento informado e da história clínica dos pacientes (Galiza). Lei 6/2009, de 16 de novembro, de liberdade de eleição na previdência na Comunidade de Madri. Lei 3/2009, de 11 de maio, dos direitos e deveres dos usuários do sistema sanitário da Região de Múrcia. Lei Foral 17/2010, de 8 de novembro, de direitos e deveres das pessoas em matéria de saúde na Comunidade Foral de Navarra.

<sup>23</sup> Lei 2/2010, de 8 de abril, de direitos e garantias da dignidade da pessoa no processo da morte (Andaluzia). Lei 9/2005, de 30 de setembro, reguladora do documento de instruções prévias no âmbito da previdência (Astúrias). Lei 9/2005, de 30 de setembro, reguladora do documento de instruções prévias no âmbito da previdência (A Rioja). Lei Foral 11/2002, de 6 de maio, sobre os direitos do paciente às vontades antecipadas, à informação e à documentação clínica (Navarra).

<sup>24</sup> Lei 4/1997, de 9 de julho, de prevenção e assistência em matéria de drogas (Andaluzia). Lei 3/2001, de 4 de abril, de prevenção, assistência e reinserção social em matéria de dependência de drogas (Aragón). Lei 5/1997, de 6 de outubro, de prevenção, assistência e incorporação social em matéria de dependência de drogas (Cantabria). Lei 20/1985, de 25 de julho, de prevenção e assistência em matéria de substâncias que podem gerar dependência (Catalunha). Lei 5/2001, de 17 de outubro, sobre dependência de drogas e outros vícios (A Rioja). Lei 4/2005, de 29 de abril, sobre dependência de drogas e outros vícios (Ilhas Baleares). Lei 5/2002, de 27 de junho, sobre dependência de drogas e outros transtornos aditivos (Madri). Lei 11/1996, de 19 de dezembro, de criação da Agência Antidroga (Madri). Lei 18/1988, de 25 de junho, sobre prevenção, assistência e inserção em matéria de dependência de drogas (País Basco).

<sup>25</sup> Lei 1/1996, de 14 de maio, de saúde mental de Cantabria. Lei Foral 6/2003, de 14 de fevereiro, de prevenção do consumo de fumo, de proteção do ar respirável e da promoção da saúde em relação ao fumo (Navarra).

<sup>26</sup> Lei 5/1986, de 17 de novembro, de saúde escolar (Aragón). Lei de 15 de outubro de 1984, de saúde escolar para o Principado das Astúrias. Lei 2/1990, de 26 de abril, de saúde escolar (Extremadura). Lei 7/1982, de 30 de junho, de saúde escolar (País Basco). Lei 8/2008, de 20 de junho, da Generalitat, dos direitos de saúde de meninos e adolescentes.

não de princípio reitor, apesar de o Estado ter realizado uma intensa tarefa legislativa neste âmbito, especialmente do título competencial transversal, reconhecido no artigo 149.1.1<sup>a</sup> CE. A assistência social foi recebida no âmbito autonômico como mecanismo protetor de situações de necessidade específicas, sentidas por grupos da população, que opera mediante técnicas diferentes próprias da seguridade social, já que é financiada à margem de qualquer obrigação contributiva, e prescinde da colaboração econômica prévia de seus destinatários. Nesta perspectiva, há nos estatutos reformados um extenso campo para a formulação de verdadeiros direitos de nova criação. No entanto, somente os Estatutos da Catalunha (artigo 24), Andaluzia (artigo 23) e Castilha e León (artigo 13.3) têm previsto o direito de acesso em condições de igualdade às prestações da rede de serviços sociais de responsabilidade pública; serviços que se estendem em forma de prestações concretas em favor de determinados coletivos necessitados desta proteção, especialmente, as famílias (artigo 16 EAC, 17 EAA), as pessoas dependentes (24 EAA), e as pessoas excluídas do mercado trabalhista (artigo 25.2 EAC). A concretude desses direitos assistenciais de natureza puramente prestacional, remete-se evidentemente à lei, ainda que nos estatutos mencionados já ocorram elementos de titularidade e de conteúdo suficientes como para reconhecer verdadeiros direitos de direta tutela. Todas as comunidades autônomas sem exceção contam também com sua própria lei de assistência social,<sup>27</sup> e em

---

<sup>27</sup> Lei 2/1988, de 4 de abril, de serviços sociais de Andaluzia. Lei 5/2009, de 30 de junho, de serviços sociais de Aragón. Lei 1/2003, de 24 de fevereiro, de serviços sociais (Astúrias). Lei 2/2007, de 27 de março, de direitos e serviços sociais (Cantabria). Lei 14/2010, de 16 de dezembro, de serviços sociais da Comunidade Autônoma de Castilha-A Mancha. Lei 18/1988, de 28 de dezembro, de ação social e serviços sociais (Castilha e León). Lei 12/2007, de 11 de outubro, de serviços sociais (Catalunha). Lei 5/1997, de 25 de junho, mediante a que se regula o sistema de serviços sociais no âmbito da Comunidade Valenciana. Lei 5/1987, de 23 de abril, de serviços sociais (Extremadura). Lei 13/2008, de 3 de dezembro, de serviços sociais da Galiza. Lei 4/2009, de 11 de junho, de serviços sociais de Ilhas Baleares. Lei 9/1987, de 28 de abril, de serviços sociais (Ilhas Canárias). Lei 7/2009, de 22 de dezembro, de serviços sociais riojanos. Lei 11/2003, de 27 de março, de serviços sociais (Comunidade de Madri). Lei 3/2003, de 10 de abril, do sistema de

algumas comunidades autônomas há outras leis setoriais em matéria de voluntariado<sup>28</sup> e de organização administrativa dos serviços assistenciais.<sup>29</sup>

- b) Direitos sociais de proteção da situação econômica e existencial: renda social, moradia digna, e acesso à cultura

As competências autônômicas de proteção econômica e existencial manifestam-se, principalmente, no âmbito do estabelecimento de uma renda social ou de cidadania e de outras ajudas financeiras, do direito a uma moradia digna e do direito de acesso à cultura em condições de igualdade.

O primeiro dos direitos é regulado a partir do título competencial autônômico, em regime de exclusividade, inserido na matéria assistência social, pelo que o direito a receber uma renda de cidadania ou outro tipo de ajuda econômica se apresenta em íntima

---

serviços sociais (Múrcia). Lei Foral 15/2006, de 14 de dezembro, de serviços sociais (Navarra). Lei 12/2008, de 5 de dezembro, de serviços sociais (País Basco).

<sup>28</sup> Lei 7/2001, de 12 de julho, do voluntariado (Andaluzia). Lei 9/1992, de 7 de outubro, do voluntariado social (Aragón). Lei 10/2001, de 12 de novembro, do voluntariado (Astúrias). Lei 8/2006, de 10 de outubro, do voluntariado em Castilha e León. Lei 4/2001, de 19 de junho, de voluntariado (Comunidade Valenciana). Lei 3/1998, de 18 de maio do voluntariado das Ilhas Baleares. Lei 5/2004, de 22 de outubro, do voluntariado (Múrcia). Lei Foral 2/1998, de 27 de março, do voluntariado (Navarra). Lei 17/1998, de 25 de junho, de voluntariado (País Basco).

<sup>29</sup> Lei 4/1987, de 25 de março, de ordenação da ação social (Aragón). Lei 3/2009, de 27 de novembro, de criação do Instituto Cantabro de Serviços Sociais (Cantabria). Lei 5/1992, de 27 de maio, de ação social (Cantabria). Lei 16/2010, de 20 de dezembro, de serviços sociais de Castilha e León. Lei 16/1996, de 27 de novembro, reguladora das atuações inspetoras e de controle em matéria de serviços sociais (Catalunha). Lei 4/1994, de 20 de abril, de administração institucional, de descentralização de desconcentração e de coordenação do sistema catalão de serviços sociais. Lei 1/2007, de 5 de fevereiro, da Generalitat, pela qual se regulam as empresas de inserção para fomentar a inclusão social na Comunidade Valenciana. Lei 9/1991, de 2 de outubro, galega de medidas básicas pela inserção social. Lei 4/1999, de 31 de março, reguladora da função inspetora e sancionadora em matéria de serviços sociais (Ilhas Baleares). Lei 3/2007, de 1 de março, de qualidade dos serviços sociais (A Rioja). Lei 11/2002, de 18 de dezembro, de ordenação da atividade dos centros e serviços de ação social e melhora da qualidade na prestação dos serviços sociais (Comunidade de Madri).

relação com o direito de acesso aos serviços sociais já referidos. A Constituição move-se de novo neste âmbito em um terreno principal, pelo que a margem das comunidades autônomas segue sendo muito ampla na formulação de novos direitos. Os estatutos andaluz (artigo 23.2), castelhano-leonês (artigo 13.9) catalão (artigo 24.3), balear (artigo 21) e valenciano (artigo 15) estabelecem o direito (de todos, o EAA; e das pessoas ou famílias em situação de pobreza ou de exclusão o EAC, o EACV, o EAB e o EAEL) a perceber uma renda garantida de cidadania que assegure a seus titulares os mínimos de uma vida digna. A concretude destes direitos puramente prestacionais é claro que se remete à lei da que depende seu exercício. Em nível legislativo são minoria as comunidades autônomas que têm previsto a existência de um salário ou renda social e o direito a perceber outras prestações econômicas para determinados coletivos.<sup>30</sup>

Também exclusiva é a competência autonômica em matéria de moradia, ainda que o Estado intervenha na matéria em diversos títulos transversais, regulando o conteúdo do direito previsto no artigo 47 CE. Isso, não obstante o direito à moradia digna aparece reconhecido nos estatutos de Andaluzia (artigo 25), Catalunha (artigo 26), Comunidade Valenciana (artigo 16), e Balears (artigo 22). A titularidade parece limitar no Estatuto da Catalunha às pessoas que não dispõem de recursos suficientes, mas não nos outros estatutos mencionados nos que o direito corresponde a toda a pessoa. Somente do Estatuto de Andaluzia se desprende um conteúdo verdadeiro do direito em forma de obrigação dos poderes públicos de promoção pública de moradia com

---

<sup>30</sup> Lei 4/2005, de 28 de outubro, de salário social básico (Astúrias). Lei 6/1991, de 5 de abril, de rendimento mínimo de inserção. Lei 7/2010, de 30 de agosto, pela que se regula a renda garantida de cidadania de Castilha e León. Lei 13/2006, de 27 de julho, de prestações sociais de caráter econômico (Catalunha). Lei 6/2000, de 19 de junho, de pensões periódicas (Catalunha). Lei 10/1997, de 3 de julho, da renda mínima de inserção (Catalunha). Lei 9/2007, de 12 de março, da Generalitat, de renda garantida de cidadania da Comunidade Valenciana. Lei 3/2007, de 16 de março, de renda básica de inserção da Comunidade Autônoma da Região de Múrcia. Lei Foral 11/2003, de 7 de março, de ajudas extraordinárias às pensões de viuvez (Navarra). Lei 18/2008, de 23 de dezembro, para a garantia de rendimentos e para a inclusão social (País Basco).

aplicabilidade imediata. Ademais, a maioria de comunidades autônomas incide em nível legislativo na regulação deste direito<sup>31</sup> e estabelecem leis de promoção da moradia protegida.<sup>32</sup>

Os estatutos de autonomia assumem a matéria cultural, mas também o Estado tem reconhecidas competências no artigo 149.1.2 CE. A Constituição formula no artigo 44.1 um direito aberto de acesso à cultura, que se concreta nos estatutos como um direito de acesso à cultura em condições de igualdade e ao desenvolvimento de capacidades criativas (artigos 13.1 EAAr, 13.19 EACL, 33 EAA, 18.1 EAB, e 22 EAC), bem como no direito a integrar-se culturalmente (somente o Estatuto balear, artigo 18.2). As leis autonômicas em matéria cultural são muito numerosas, mas nenhuma comunidade autônoma tem ditado ainda uma norma de desenvolvimento do direito de acesso à cultura, apesar de que setorialmente existam regulações de fomento de acesso a certos bens culturais (livros ou museus).

- c) Direitos sociais de exigência de determinados tratamentos defensores

<sup>31</sup> Lei 1/2010, de 8 de março, reguladora do direito à moradia em Andaluzia. Lei 9/2010, de 30 de agosto, do direito à moradia da Comunidade de Castilha e León. Lei 18/2007, de 28 de dezembro, do direito à moradia (Catalunha). Lei 8/2004, de 20 de outubro, da Generalitat, da Moradia da Comunidade Valenciana. Lei 3/2001, de 26 de abril, da qualidade, promoção e acesso à moradia (Extremadura). Lei 18/2008, de 29 de dezembro, de moradia da Galiza. Lei 2/2003, de 30 de janeiro, de moradia de Canárias. Lei 2/2007, de 1º de março, de moradia da Comunidade Autônoma riojana. Lei Foral 10/2010, de 10 de maio, do direito à moradia em Navarra.

<sup>32</sup> Lei 13/2005, de 11 de novembro, de medidas para a moradia de proteção oficial e o solo. Lei 24/2003, de 26 de dezembro, de medidas urgentes de política de moradia Protegida (Aragón). Lei 2/2009, de 14 de maio, de medidas urgentes em matéria de moradia e solo pela qual se modifica o Texto Refundido da Lei de ordenação do território e da atividade pública (Castilla A Mancha). Lei 2/2002, de 14 de março, de urbanismo, para o fomento da moradia acessível da sustentabilidade territorial e da autonomia local (Catalunha). Lei 5/2008, de 14 de maio, de atuações urgentes destinadas à obtenção de solo para moradias de proteção pública (Balears). Lei Foral 8/2004, de 24 de junho, de proteção pública da moradia em Navarra. Lei 6/1997, de 8 de janeiro, de proteção pública à moradia da Comunidade de Madri.

Determinados coletivos são objeto de proteção autonômica em questão social, ainda que em geral são coletivos que, individualmente considerados, apresentam diferentes facetas a proteger sob diferentes títulos competenciais. Por isso, se as comunidades autônomas têm podido regular de forma mais integral a proteção de determinados grupos em situação de não proteção ou de desigualdade em frente a outros é porque, além do título em regime exclusivo em matéria de assistência social, têm assumido outras competências: em exclusiva, em matéria de promoção da mulher e políticas de gênero, pessoas dependentes, política infantil e juvenil, desporto e lazer, ou direitos dos consumidores (com incidência de títulos transversais do Estado); em regime executivo, a matéria trabalhista (especialmente, ocupação, reinserção, formação permanente, prevenção de riscos trabalhistas e segurança e higiene); e competências em direito civil, ali onde exista direito civil próprio (especialmente, desde a matéria de direito de família). A estes coletivos, que na Constituição constituem meros bens jurídicos a proteger por meio de mandatos de promoção ou proteção dirigidos aos poderes públicos (capítulo III do título I CE), aludem (total ou parcialmente) quatro dos estatutos reformados, formulando direitos a seu favor de diferente natureza, além dos já vistos de caráter prestacional existencial. São, assim, objeto dessa proteção estatutária a família (artigos 16 EAC, 17 EAA), os menores (artigos 17 EAC, artigo 18 EAA, 13.6 EAACL), os idosos (artigos 18 EAC, artigo 19 EAA), as mulheres (artigos 19 EAC, 15-16 EAA, 14 EAACL), as pessoas dependentes e as não capacitadas (artigos 24.2 EAC, 24 EAA, 13.7 e 8 EAACL), os trabalhadores (artigos 25 EAC, 26 EAA, 13.4 EAACL), e os consumidores (artigos 28 EAC, 27 EAA, 17 EAAR). Entre estes direitos recentes contam-se muitos de aplicabilidade imediata, cuja realização e proteção não dependem da correspondente regulação legal, à medida que o estatuto contém elementos suficientes para seu exercício. Assim sucede com os direitos dos trabalhadores (artigos 26 EAA e 25.1 EAC: acesso gratuito aos serviços públicos de emprego, ou direito à formação profissional; artigo 25.2 EAC: direito a exercer as tarefas trabalhistas e profissionais em condições de garantia para a saúde e a segurança); os direitos dos menores (artigo 17 EAC, direito à proteção

integral); ou os direitos das pessoas em situação de dependência (artigo 13.7 EACL: direito à integração socioprofissional).

Além das normas de direito civil que afetam aqueles grupos, que não geram direitos públicos sociais, destacam-se muitas outras, de caráter de proteção social, provenientes dos legisladores autônicos. Em relação às famílias estabelecem-se, pelo geral, normas de apoio econômico,<sup>33</sup> como também em relação às pessoas em situação de exclusão.<sup>34</sup> As pessoas não capacitadas têm reconhecidos direitos à percepção de prestações econômicas,<sup>35</sup> mas também outras formas de proteção e integração.<sup>36</sup> O mesmo su-

<sup>33</sup> Lei 1/2007, de 7 de março, de medidas de apoio às famílias de Castilha e León. Lei 18/2003, de 4 de julho, de apoio às famílias (Catalunha). Lei 6/2009, de 30 de junho, de proteção da maternidade (Comunidade Valenciana). Lei 11/2009, de 1º de dezembro, de maternidade (Múrcia). Lei Foral 20/2003, de 25 de março, de famílias numerosas (Navarra). Lei 13/2008, de 12 de dezembro, de apoio às famílias (País Basco).

<sup>34</sup> Lei 1/1993, de 19 de fevereiro, de medidas básicas de inserção e normalização social (Aragón).

<sup>35</sup> Lei 1/1999, de 31 de março, de Atenção às pessoas com falta de capacidade em Andaluzia. Lei 6/2001, de 20 de novembro, de atenção e proteção às pessoas em situação de dependência (Cantabria).

<sup>36</sup> Lei 5/1998, de 23 de novembro, relativa ao uso em Andaluzia de cães-guia por pessoas com disfunções visuais. Lei 3/1997, de 7 de abril, de Promoção da acessibilidade e supressão de barreiras arquitetônicas, urbanísticas, de transportes e da comunicação. (Aragón). Lei 5/1995, de 6 de abril, de promoção da acessibilidade e supressão de barreiras (Astúrias). Lei 3/1996, de 24 de setembro, sobre acessibilidade e supressão de barreiras arquitetônicas, urbanísticas e da comunicação (Cantabria). Lei 1/1994, de 24 de maio, de acessibilidade e eliminação de barreiras em Castilha-A Mancha. Lei 19/2009, de 26 de novembro, de acesso ao meio das pessoas acompanhadas de cães de assistência (Catalunha). Lei 20/1991, de 25 de novembro, de promoção da acessibilidade e de supressão de barreiras arquitetônicas (Catalunha). Lei 17/2010, de 3 de junho, da língua de sinais catalã. Lei 9/2009, de 20 de novembro, de acessibilidade universal do sistema de transportes da Comunidade Valenciana. Lei 12/2003, de 10 de abril, da Generalitat, sobre cães de assistência para pessoas com falta de capacidade (Comunidade Valenciana). Lei 11/2003, de 10 de abril, da Generalitat, sobre o estatuto das pessoas com falta de capacidade (Comunidade Valenciana). Lei 8/1997, de 18 de junho, de Promoção da acessibilidade em Extremadura. Lei 5/1994, de 19 de julho, de supressão de barreiras arquitetônicas e promoção da acessibilidade (A Rioja). Lei 1/2000, de cães-guia acompanhantes de pessoas com deficiência visual (A Rioja). Lei 10/2003, de 26 de dezembro, sobre o acesso no meio das pessoas com falta de capacidade acompanhadas de cães de assistência (Galiza). Lei 5/1999, de 31 de março, de cães-guia (Balears). Lei 3/1993,

cede com os idosos<sup>37</sup> e com os menores e os jovens.<sup>38</sup> Os direitos

---

de 4 de maio, de acessibilidade e eliminação de barreiras arquitetônicas (Baleares). Lei 1/2009, de 15 de junho, de criação da comissão não legislativa pelas políticas integrais da falta de capacidade (Comunidade de Madri). Lei 23/1998, de 21 de dezembro, sobre o acesso das pessoas cegas ou com deficiência visual usuárias de cães-guia (Comunidade de Madri). Lei Foral 4/1988, de 11 de julho, sobre barreiras físicas e sensoriais (Navarra). Lei Foral 5/2010, de 6 de abril, de acessibilidade universal e desenho para todas as pessoas (Navarra). Lei 10/2007, de 29 de junho, sobre cães de assistência para a atenção a pessoas com falta de capacidade (País Basco). Lei 20/1997, de 4 de dezembro, pela promoção da acessibilidade (País Basco).<sup>37</sup> Lei 6/1999, de 7 de julho, de atenção e proteção às pessoas idosas (Andaluzia). Lei 7/1991, de 5 de abril, de assistência e atenção ao idoso (Astúrias). Lei 5/2003, de 3 de abril, de atenção e proteção às pessoas idosas de Castilha e León. Lei 11/2001, de 13 de julho, de acolhida familiar para pessoas idosas (Catalunha). Lei 2/1994, de 28 de abril, de assistência social geriátrica (Extremadura). Lei Foral 34/2002, de 10 de dezembro, de acolhida familiar de pessoas idosas (Navarra).

<sup>38</sup> Lei 1/1998, de 20 de abril, dos direitos e a atenção ao menor (Andaluzia). Lei 8/1985, de 27 de dezembro, do Conselho da Juventude (Andaluzia). Lei 3/2007, de 21 de março, de juventude de Aragón. Lei 19/2001, de 4 de dezembro, do Instituto Aragonês da Juventude (Aragón). Lei 12/2001, de 2 de julho, da infância e a adolescência em Aragón. Lei 2/1985, de 28 de março, do Conselho da Juventude de Aragón. Lei 1/1995, de 27 de janeiro, de proteção do menor (Astúrias). Lei 1/1986, de 31 de março, do Conselho da Juventude do Principado das Astúrias. Lei 4/2001, de 15 de outubro, do Conselho da Juventude de Cantabria. Lei 7/1999, de 28 de abril, de proteção à infância e adolescência (Cantabria). Lei 8/2010, de 23 de dezembro, de garantia de direitos e atenção à infância e à adolescência (Cantabria). Lei 2/2007, de 8 de março, do Instituto da Juventude de Castilha-A Mancha. Lei 1/2005, de 7 de abril, dos conselhos da juventude de Castilha-A Mancha. Lei 3/2006, de 25 de maio, de criação do Instituto da Juventude de Castilha e León. Lei 14/2002, de 25 de julho, de promoção, atenção e proteção à infância em Castilha e León. Lei 33/2010, de 1º de outubro, de políticas de juventude (Catalunha). Lei 14/2010, de 27 de maio, dos direitos e as oportunidades na infância e a adolescência (Catalunha). Lei 6/2006, de 26 de maio, de criação da Agência Catalã da Juventude (Catalunha). Lei 38/1991, de 30 de dezembro, de instalações destinadas a atividades com meninos e jovens (Catalunha). Lei 11/1985, de 13 de junho, de proteção de menores (Catalunha). Lei 10/1981, de 2 de dezembro, de criação do Instituto Catalão de Serviços à Juventude (Catalunha). Lei 18/2010, de 30 de dezembro, da Generalitat, de Juventude da Comunidade Valenciana. Lei 12/2008, de 3 de julho, da Generalitat, de proteção integral da infância e a adolescência da Comunidade Valenciana. Lei 1/2007, de 20 de março, de criação do Instituto da Juventude de Extremadura. Lei 4/1994, de 10 de novembro, de proteção e atenção de menores (Extremadura). Lei 13/2010, de 24 de novembro, do Conselho de Juventude de Extremadura. Lei 17/2006, de 13 de novembro, integral da atenção e dos direitos da infância e a adolescência das Ilhas Baleares. Lei 10/2006, de 26 de julho, integral da juventude (Baleares). Lei 1/2006, de 28 de fevereiro, de proteção de menores riojanos. Lei 7/2005, de 30 de junho, de juventude riojana. Lei 8/2002, de 27 de novembro, de juventude (Madri). Lei 6/1995,

dos trabalhadores atendem, fundamentalmente, a duas perspectivas: a da ocupação e reinserção (em desenvolvimento do direito ao trabalho)<sup>39</sup> e a da prevenção de riscos e condições trabalhistas (em desenvolvimento do direito à segurança no trabalho).<sup>40</sup> Os direitos

---

de 28 de março, de garantias dos direitos da infância e adolescência (Madri). Lei 6/2007, de 4 de abril, de juventude (Múrcia). Lei 8/1995, de 24 de abril, de promoção e participação juvenil (Múrcia). Lei 3/1995, de 21 de março, da infância da Região de Múrcia. Lei Foral 15/2005, de 5 de dezembro, de promoção, atenção e proteção à infância e à adolescência (Navarra). Lei 3/2005, de 18 de fevereiro, de atenção e proteção à infância e à adolescência (País Basco). Lei 6/1986, de 27 de maio, do Conselho da Juventude de Euskadi (País Basco).

<sup>39</sup> Lei 4/2002, de 16 de dezembro, de criação do Serviço Andaluz de Emprego. Lei 9/1999, de 9 de abril, de Criação do Instituto Aragonês de Emprego. Lei 3/2005, de 8 de julho, do Serviço Público de Trabalho (Astúrias). Lei 1/2003, de 18 de março, de criação do Serviço Cantabro de Ocupação. Lei 2/2003, de 30 de janeiro, do Serviço Público de Emprego de Castilha-A Mancha. Lei 10/2003, de 8 de abril, de criação do Serviço Público de Emprego de Castilla e León. Lei 23/2009, de 23 de dezembro, do Centro de Iniciativas para a Reinserção (Catalunha). Lei 27/2002, de 20 de dezembro, sobre medidas legislativas para regular as empresas de inserção sociolaboral (Catalunha). Lei 17/2002, de 5 de julho, de ordenação do sistema de ocupação e de criação do Serviço de Ocupação de Catalunha. Lei 12/2010, de 21 de julho, de medidas urgentes para agilizar o exercício de atividades produtivas e a criação da ocupação (Comunidade Valenciana). Lei 3/2000, de 17 de abril, pela qual se cria o Serviço Valenciano de Ocupação e Formação (Comunidade Valenciana). Lei 2/2009, de 2 de março, pela manifestação de um plano extraordinário de apoio à ocupação local (Extremadura). Lei 7/2003, de 26 de março de inserção sociolaboral (A Rioja). Lei 2/2003, de 3 de março, do serviço riojano de emprego. Lei 7/2000, de 15 de junho, de criação do Serviço de Ocupação das Ilhas Baleares. Lei 12/2003, de 4 de abril, do Serviço Canário de Ocupação. Lei 5/2001, de 3 de julho, de criação do Serviço Regional de Trabalho (Madri). Lei 9/2002, de 11 de novembro, de criação do Serviço Regional de Trabalho e Formação (Múrcia).

<sup>40</sup> Lei 10/2006, de 26 de dezembro, do Instituto Andaluz de Prevenção de Riscos Trabalhistas. Lei 4/2004, de 30 de novembro, do Instituto Asturiano de Prevenção de Riscos Trabalhistas. Lei 10/2010, de 21 de outubro, de promoção da segurança e saúde no trabalho em Castilha-A Mancha. Lei 8/2006, de 5 de julho, de medidas de conciliação da vida pessoal, familiar e trabalhista do pessoal ao serviço das administrações públicas de Catalunha. Lei 2/2004, de 28 de maio, da Generalitat, de criação do Instituto Valenciano de Segurança e Saúde no Trabalho (Comunidade Valenciana). Lei Foral 9/1999, de 6 de abril, por uma Carta de Direitos Sociais (Navarra). Lei Foral 6/1999, de 16 de março, de medidas públicas de apoio à implantação da jornada trabalhista de trinta e cinco horas e de redução e reordenação do tempo de trabalho (Navarra). Lei 10/1997, de 27 de junho, de modificação da Lei de criação do Instituto Basco de Segurança e Saúde Trabalhistas.

das mulheres abordam-se quanto à perspectiva da igualdade,<sup>41</sup> e a prevenção e proteção em frente à violência de gênero.<sup>42</sup> Ademais, todas as comunidades autônomas têm desenvolvido os direitos dos consumidores<sup>43</sup> mediante leis nas que se protegem diferentes aspectos civis, sociais, sanitários e de participação.

---

<sup>41</sup> Lei 12/2007, de 26 de novembro, para a promoção da igualdade de gênero em Andaluzia. Lei 1/2003, de 3 de março, de igualdade de oportunidades entre mulheres e homens em Castilha e León. Lei 9/1993, de 2 de abril, da Generalitat, para a igualdade entre mulheres e homens (Comunidade Valenciana). Lei 2/2007, de 28 de março, do trabalho em igualdade das mulheres da Galiza. Lei 12/2006, de 20 de setembro, para a mulher (Balears). Lei 1/2010, de 26 de fevereiro, canária de igualdade entre mulheres e homens. Lei Foral 12/2009, de 19 de novembro, de não discriminação por motivos de identidade de gênero e de reconhecimento de direitos das pessoas transexuais (Navarra). Lei Foral 33/2002, de 28 de novembro, de fomento da igualdade de oportunidades entre mulheres e homens (Navarra). Lei 4/2005, de 18 de fevereiro, pela igualdade entre mulheres e homens (País Basco).

<sup>42</sup> Lei 13/2007, de 26 de novembro, de medidas de prevenção e proteção integral contra a violência de gênero (Andaluzia). Lei 4/2007, de 22 de março, de prevenção e proteção integral às mulheres vítimas de violência em Aragón. Lei 1/2004, de abril, da prevenção contra a violência das mulheres e a proteção a suas vítimas (Cantabria). Lei 5/2001, de 17 de maio, de prevenção de maus tratos e de proteção das mulheres maltratadas (Castilha- A Mancha). Lei 13/2010, de 9 de dezembro, contra a violência de gênero em Castilha e León. Lei 5/2008, de 24 de abril, do direito das mulheres a erradicar a violência machista (Catalunha). Lei 16/2003, de 8 de abril, de prevenção e proteção integral das mulheres contra a violência de gênero (Canárias). Lei 5/2005, de 20 de dezembro, integral contra a violência de gênero (Comunidade de Madri). Lei 7/2007, de 4 de abril, para a igualdade entre mulheres e homens, e de proteção contra a violência de gênero na Região de Múrcia. Lei Foral 22/2002, de 2 de julho, para a adoção de medidas integrais contra a violência sexista (Navarra).

<sup>43</sup> Lei 13/2003, de 17 de dezembro, de defesa e proteção dos consumidores e usuários de Andaluzia. Lei 16/2006, de 28 de dezembro, de proteção e defesa dos consumidores e usuários de Aragón. Lei 11/2002, de 2 de dezembro, dos consumidores e usuários (Astúrias). Lei 1/2006, de 7 de março, de defesa dos consumidores e usuários (Cantabria). Lei 11/2005, de 15 de dezembro, do estatuto do consumidor (Castilha- A Mancha). Lei 11/1998, de 5 de dezembro, para a defesa dos consumidores e usuários de Castilha e León. Lei 22/2010, de 20 de julho, do código de consumo de Catalunha. Lei 3/1993, de 5 de março, do estatuto do consumidor (Catalunha). Lei 2/1987, de 9 de abril, de estatuto de consumidores e usuários da Comunidade Valenciana. Lei 6/2001, de 24 de maio, do estatuto dos consumidores (Extremadura). Lei 12/1984, de 28 de dezembro, do estatuto galego do consumidor e usuário. Lei 1/1998, de 10 de março, do estatuto dos consumidores e usuários da Comunidade Autônoma das Ilhas Baleares. Lei 3/2003, de 12 de fevereiro, do estatuto dos consumidores e usuários da Comuni-

Como se constata, em termos gerais, não temos um mau balanço como resultado da atividade legislativa autonômica no âmbito dos direitos sociais: deu-se forma de verdadeiros direitos subjetivos em nível autonômico a mandamentos constitucionais de promoção e proteção dirigidos aos poderes públicos onde havia competências para isso; criaram-se verdadeiras estruturas para serviços de educação, saúde e serviços sociais; e implantaram-se políticas protetoras em favor de determinados grupos vulneráveis ou juridicamente discriminados. Tudo isso acompanhado de possibilidade de tutela – na medida em que as prestações se formulam como direitos públicos subjetivos – em sede jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

APARICIO, M. A. (Ed.). *Derechos y libertades en los Estados compuestos*. Barcelona, 2005. 234 p.

APARICIO PÉREZ, M. A.; BARCELÓ I SERRAMALERA, M. *Los órganos garantes de la autonomía política*. Defensa institucional y protección de los derechos (los casos de Italia, Alemania y España). Barcelona, 2009. 251 p.

BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè. *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonômico*. Madrid: Civita, 1991.

BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè. “Drets i deures dels ciutadans de Catalunya”, *A Vint-9-cinc anys d'Estatut d'autonomia de Catalunya: balanç i perspectives*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2005, pàg. 415-443.

---

dade Autônoma de Canárias. Lei 8.416, do 23/10/2008, de defesa do consumidor (A Rioja). Lei 11/1998, de 9 de julho, de proteção dos consumidores da Comunidade de Madri. Lei 4/1996, de 14 de junho, do estatuto dos consumidores e usuários da Região de Múrcia. Lei Foral 7/2006, de 20 de junho, de defesa dos consumidores e usuários (Navarra). Lei 6/2003, de 22 de dezembro, do estatuto das pessoas consumidoras e usuárias (País Basco).

HOFMANN, et al. *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*.  
Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics, 2007.

PISARELLO, G. Derechos y Garantías jurisdiccionales en la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Catalunya. *Revista catalana de Dret Públic*, Especial sentencia sobre el Estatuto, p. 2, 2010.

# COMPETÊNCIAS E SOLIDARIEDADE FEDERATIVA: SAÚDE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DO BRASIL

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer\*  
Daury Cesar Fabriz\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo tem por objetivo discutir a tendência jurisprudencial brasileira no que se refere à efetivação do direito à saúde pela via jurisdicional e à obrigação solidária imposta aos gestores municipais e estaduais, quanto à obrigação de prestar assistência farmacêutica, independentemente das normas e pactuações definidoras da repartição de competências entre os Entes Federados.

O modelo constitucional adotado aponta para a descentralização e para a organização do sistema a partir de uma política de responsabilidades compartilhadas e complementares que permita aos gestores uma organização racional e equitativa de recursos, considerando os estudos epidemiológicos e o conhecimento da realidade local e regional na qual se encontram inseridos Estados e Municípios, e a partir dos pactos definidos nos planos estadual e municipal, sempre com base nas diretrizes nacionais.

---

\* Livre-docente pela UniRio; Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória; Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória; Professora do Programa de Pós-graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória; Coordenadora de Pesquisa da Faculdade de Direito de Vitória; Coordenadora do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética (Biogepe); Professora associada aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo; elda.cab@gmail.com

\*\* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória; Professor associado da Universidade Federal do Espírito Santo; Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos; daury@fdv.br

Com a ampliação do conhecimento acerca dos direitos humanos na sociedade contemporânea e o crescimento da consciência de direitos em especial, da condição de sujeito do direito à saúde, bem como da cultura judicante instalada no Brasil por causas relevantes mas que não serão aprofundadas no escopo deste trabalho, associadas a possíveis condições precárias de gestão, cresce o número de demandas por medicamentos e procedimentos pela via judicial, levando a uma inversão dos mecanismos de efetivação do direito à saúde, transferindo ao Judiciário a responsabilidade pela concretização da promessa constitucional.

Baseado no princípio da solidariedade, o Judiciário tem obrigado, indistintamente, Entes da Federação, por meio de seus representantes, gestores estaduais ou municipais, a se responsabilizarem por cumprir obrigações que não lhes estão atribuídas por meio de normas ou de pactos de gestão. Essas decisões, ao mesmo tempo que, aparente ou isoladamente, garantem o direito à saúde do demandante, têm o condão de promover uma desorganização do sistema, à medida que quebram a lógica com que se tomam decisões em saúde, sejam elas por meio de critérios epidemiológicos sejam por meio de critérios alocativos de recursos escassos, baseados nos princípios da equidade e na concepção racional do que está inserido no conceito ampliado de saúde preconizado pela Organização Mundial da Saúde.

Ao ignorar a diretriz constitucional, federativa, baseada na repartição de competências, e a Política Nacional de Medicamentos e de Assistência Farmacêutica, o Judiciário aprofunda as contradições do pacto federativo e desorganiza um sistema que, por sua dimensão continental e complexidade gerencial e financeira, luta em contextos desfavoráveis para encontrar o equilíbrio e permitir que o direito fundamental à saúde de todos, de forma integral, esteja, de fato, garantido.

## 2 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: DESCENTRALIZAÇÃO E LÓGICA SISTÊMICA

O projeto constitucional de garantia do direito universal e integral à saúde, resultante de lutas históricas do movimento sanitário brasileiro, estruturado na Constituição de 1988, com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), e regulamentado pelas Leis Orgânicas da Saúde e diversos outros instrumentos normativos originados do Ministério da Saúde, parece não ter sido ainda implantado em sua plenitude, passados 25 anos de sua promulgação.

Como todo o projeto em construção, o SUS vai se conformando, à medida que se busca colocar em prática as diretrizes constitucionais de um complexo sistema que modificou de forma radical a estrutura sanitária brasileira passando a incluir todos, indistintamente, como sujeitos do direito subjetivo à saúde e, portanto, detentores de um direito de natureza ampla e sem os contornos e limites naturais capazes de permitir uma organização rígida do sistema, como se pode esperar de outros projetos constitucionais.

Ao proclamar, no art. 196, que a saúde é “[...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, o constituinte deixou evidenciada a dimensão do problema a ser solucionado pelos gestores da saúde, legisladores e Judiciário. O que, certamente, não se imaginava, na época, era a dimensão dos desdobramentos referentes à realização de um dever constitucional que, necessariamente, envolveria os diferentes Entes da Federação, com responsabilidades, muitas vezes, sobrepostas e sem os delineamentos necessários a uma exigência que se espera integral e que, portanto, não se pode assumir de forma fragmentada, sendo efetivada em partes, isolada ou sequencialmente, pelos Entes Federativos.

A ideia de sistema, presente no Texto Constitucional de 1988 e na Lei n. 8080/90, que, a princípio, poderia parecer uma

simples diretriz organizativa a conduzir a implementação das ações, foi, na realidade, o grande eixo condutor com vistas à concretização do direito à saúde, evitando que a afirmação constitucional permanesse como uma promessa ou mera previsão indeterminada a ser cumprida pelo Executivo, quando houvesse recursos, ou dependente de regulamentações específicas para a sua efetivação.

Ao afirmar, no art. 198, que “[...] 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: I-descentralização, com direção única em cada esfera de governo; [...],” o constituinte fez uma opção clara pelo modelo que deveria ser adotado na concepção das políticas de saúde a serem elaboradas e implementadas, a partir de então, pelos Entes Federativos.

Ao mesmo tempo que estabelece uma condição de interdependência entre União, Estados e Municípios, em uma concepção sistêmica da saúde, o Texto Constitucional aponta para uma condição de maior autonomia dos municípios e ruptura com o modelo centralizado até então vigente.

A municipalização da saúde desloca o eixo de decisões, com distribuição mais equitativa do poder, com foco para a ampliação do poder local e da participação da sociedade na tomada de decisões em saúde.

Da mesma forma, a definição dos responsáveis pelo financiamento da saúde aponta para uma corresponsabilidade dos Entes Federados ao prescrever, no art. 198, § 1º, que “O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”

A organização sistêmica da saúde impõe aos Entes Federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a responsabilidade pelo funcionamento harmônico de todo o sistema, não havendo margem de liberdade para que um dos Entes decida por seguir um modelo diferente daquele que está estabelecido constitucionalmente. Fosse esta liberdade possível, a lógica do sistema estaria comprometida.

Dallari e Nunes Júnior<sup>1</sup> alertam que: “[...] a Constituição promoveu a integração automática de todos no SUS, demarcando a imperiosidade da concorrência de esforços para a realização de suas finalidades e diretrizes.” Ao mesmo tempo que alimenta o maior grau de autonomia municipal, por exemplo, a lógica sistêmica do SUS impõe uma relação de codependência necessária à consecução do objetivo constitucional de garantir o direito à saúde de todos de forma integral.

Reforçando o caráter cooperativo do sistema e a obrigação compartilhada de prestação de serviços de saúde por parte dos Entes da Federação, Dallari e Nunes Júnior<sup>2</sup> destacam que: “[...] a ausência de esforços de um deles acarreta danos ao sistema como um todo.”

Na lógica sistêmica, não há que se falar em existência de lacuna na prestação de serviços de saúde. O gestor estadual, como gestor do sistema, por exemplo, é responsável por possíveis omissões do gestor municipal, devendo agir no sentido de que as obrigações dos gestores municipais sejam cumpridas dentro da esfera de competência que lhe está destinada. A autonomia, estadual e municipal, está condicionada às diretrizes constitucionais e ao cumprimento das atribuições pactuadas nas instâncias pertinentes, o que garante o funcionamento harmônico do sistema.

A busca pela coesão do sistema de saúde se fundamenta na lógica da repartição de competências, mecanismo utilizado para a concentração de energia com o objetivo de evitar a dispersão de recursos materiais, humanos e financeiros.

### **3 FEDERALISMO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA SAÚDE: A LÓGICA DA AUTONOMIA INTERDEPENDENTE**

Ainda que não se possa falar em um único modelo de federalismo, havendo diferentes arranjos federativos, o Brasil adotou em 1988 um modelo federativo que incluiu os municípios na

---

<sup>1</sup> Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 78).

<sup>2</sup> Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 78).

condição de Ente Federado e, portanto, detentor de competências, autonomia e capacidade de organizar-se.

Embora que alguns autores como Silva,<sup>3</sup> critiquem a inclusão dos municípios como Ente Federativo, já que não se constitui Estado-membro com representação no Senado Federal, não há como negar essa condição. Toda a organização constitucional brasileira, pós-Constituição de 1988, atribui aos municípios uma importância de Ente Federado, mesmo que coexistam em um mesmo território com os Estados-membros, o que poderia levar a conflitos e dificuldades na organização do sistema.

A inclusão dos municípios como Entes Federados, adotada pelo constitucionalismo brasileiro, pós 1988, serviu, assim, para imprimir uma nova ordem constitucional pautada na busca de equilíbrio entre os Entes Federados, de forma que a atuação do Estado não fique comprometida, levando a uma condição de ineficiência, contrária à intenção do constituinte e à sua expectativa de alcançar maior eficácia por parte do Estado.

A repartição de competências, adotada como mecanismo de organização do sistema, busca impedir qualquer possibilidade de que sobreposições venham a acontecer acarretando duplicidade de ações e de investimentos, com exercício sobreposto de poder e desperdício dos já escassos recursos estatais.

A lógica do federalismo brasileiro, estabelecida a partir da Carta Constitucional de 1988, está, assim, fundamentada no ideal de equilíbrio entre as responsabilidades assumidas pelos Entes da Federação, considerando a possibilidade de atribuição de competências em caráter exclusivo e, portanto, indelegáveis, e atribuição de competências em privativas.

Ainda que a Constituição Federal tenha sido bastante pródiga na definição dos parâmetros norteadores da repartição de competências, algumas atribuições foram deixadas à responsabilidade de todos, podendo levantar a preocupação com uma possível

---

<sup>3</sup> Silva (2008).

sobreposição de competências, tendo como resultado desequilíbrio do sistema, conflito de poder e desperdício de energias e recursos de variadas ordens. O objetivo do constituinte, entretanto, não foi esse ao definir, no art. 23, as competências comuns. Pelo contrário, essa condição tem sua gênese na constatação da existência de relevâncias diferenciadas em casos como o da saúde que ali se inserem.

A definição de competências comuns aponta no sentido de um federalismo cooperativo, solidário e não comprometedor da autonomia, condição indispensável para que não haja fissuras no projeto constitucional.

O Sistema Único de Saúde, conforme expresso na Constituição, regulamentado e ricamente especificado na Lei n. 8.080/90, aponta para uma possibilidade concreta de que os mecanismos preventivos de superposições estejam garantidos em razão da lógica sistêmica adotada.

A unificação do sistema é, em tese, a garantia de respeito às atribuições de competências, permitindo que os recursos públicos se potencializem em vez de levarem a desperdícios inaceitáveis, especialmente em casos de recursos sempre escassos, como os da saúde.

A regulação federal e os mecanismos de pactuação adotados, via bi e tripartite, permitem que a hierarquização do sistema aconteça da forma como foi gestada e se encontra modulada na Lei n. 8.080.

A fim de driblar os riscos inerentes à sobreposição de Poderes sobre um mesmo território, o constituinte e o legislador ordinário adotaram a ideia de constituição de uma rede hierarquizada em níveis de complexidade crescente, na qual cada Ente da Federação assume as atribuições que lhe estão destinadas.

Na Lei n. 8.080 estão claramente distribuídas as competências de cada um dos Entes da Federação. Os arts. 16, 17, 18 e 19 detalham com riqueza de informações essas competências, deixando a cada um dos Entes a direção única do sistema em sua esfera de abrangência. Ou seja, se a direção estadual do SUS é de competência do Estado, devendo este promover a municipalização e as condições necessárias para que o município tenha garantida sua autonomia, fornecendo “apoio técnico e financeiro” para que possa se organizar,

o município precisa assumir a direção municipal tanto no planejamento, organização, controle e avaliação das ações e serviços de saúde, quanto na execução daquilo que planejou. À União e aos Estados cabe, além da regulação e de outras atribuições específicas, o financiamento do sistema que deve acontecer em uma lógica pautada no cofinanciamento, ou seja, todos os Entes Federados participam, com suas cotas de responsabilidade, do financiamento do sistema.

A grande questão é que a composição sistêmica e hierarquizada da saúde implica gerenciamento de uma estrutura de dimensão grandiosa e complexa, que precisa estar fundamentada em políticas de saúde bem modeladas e regulamentadas.

A assistência farmacêutica, objeto de preocupação, neste texto, está, a partir do que até aqui se discutiu, centrada no ideal dessa repartição de competências, submentendo-se à sistemática da hierarquização, descentralização e financiamento.

O compartilhamento do financiamento da assistência farmacêutica, por União, Estados e Municípios, cada um responsável por uma das pernas do sistema, implica especificações detalhadas de atribuições e competências, tanto no que se refere à gestão quanto no que diz respeito ao financiamento.

Os componentes da assistência farmacêutica, quais sejam, componente básico, componente estratégico e componente especializado, também chamados de medicamento de dispensação excepcional, definidos em portarias próprias do Ministério da Saúde, são resultado de negociações e pactuações políticas originadas de longos debates e consensos nem sempre fáceis de serem alcançados.

O problema é que o Judiciário, ao deferir pedidos de fornecimento de medicamentos, não considerou todo esse complexo funcionamento do sistema, levando à sua desorganização e quebra das pactuações tão duramente alcançadas como resultado do exercício democrático na Comissão Intergestores Tripartite.

#### 4 FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO E PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A forma federativa de Estado, quando bem estruturada, permite que haja um compartilhamento de poderes e responsabilidades difuso em âmbito territorial, considerando a necessária descentralização política, administrativa e financeira para que a autonomia dos Entes possa ser exercitada na plenitude. Nessa perspectiva, para uma melhor compreensão dessa forma de Estado, torna-se necessária uma distinção entre o federalismo, na qualidade de princípio constitucional, conforme insculpido no *caput* do art. 1º da CRFB de 1988 e a Federação, propriamente dita, estruturada a partir do art. 18 desta. O princípio federativo, em seus vários significados, estabelece como norte político para a sociedade brasileira a busca recorrente pela unidade, respeitando a diversidade de cada Ente. Destaca-se, assim, que na forma federativa de Estado os Entes contam com a autonomia necessária para responder às necessidades regionais e locais e, ao mesmo tempo, imprimir um ambiente colaborativo entre os Entes. Por seu turno, quando a estrutura (Federação), ao ser instituída, não considera os alicerces incrustados no princípio, oportuniza uma série de distorções no exercício das competências de cada entidade federativa.

Pode-se afirmar que o princípio federativo concede a mesma importância aos Entes Federativos, à medida que inexistente hierarquia entre eles. Por outro lado, a Federação é a tentativa de colocar o princípio federativo em prática, estabelecendo a estrutura organizativa do poder a partir da delimitação de competências próprias na esfera de cada Ente Federado. Nesse sentido, vislumbra-se, a partir dos contextos históricos da formação da Federação brasileira, que ela foi implantada e reimplantada em vários momentos da nossa vida constitucional, distanciando-se, em muito, dos valores informados pelo princípio federativo. Pode-se afirmar, de forma contundente,

que sempre se teve uma Federação sem um real federalismo, dado a esse afastamento do plano teórico. Nesse sentido, escreve Fabriz:<sup>4</sup>

A raiz histórica do Estado federal explica que a origem deste modelo se deu na tentativa de conciliar situações antagônicas. Epistemologicamente, a teoria do federalismo também não fugiu das ambivalências, e talvez a chave das incompletudes que marcam sua aplicação contemporânea esteja exatamente nesta relação de contrários, no conflito interno que, não raro, recalca o legislador constituído e macula os efeitos da sua obra. É necessário compreender os contornos e os limites da teoria federativa para, com segurança, avançar na sua aplicação e surpreender em novas propostas estruturais.

Na perspectiva das ambivalências, nota-se, claramente, a contradição entre os aspectos que apontam para a necessidade de coesão em frente aos particularismos, que necessitam ser considerados como maneira de equalizar o poder estruturado de forma difusa. Na busca de um ponto de equilíbrio entre a unidade e a diversidade, caracterizada pelas diferenças sociais, políticas e econômicas, tem-se, na técnica da repartição de competências, a pedra de toque de todo o sistema. Todavia, ao se investigar o modo como estas competências foram distribuídas ao longo da história constitucional do país, salta aos olhos uma estrutura que sempre estabeleceu um alto grau de centralização de poder nas mãos da União, ou seja, a Federação não se orientou pelo federalismo.

Ensina Baracho<sup>5</sup> que:

O pluralismo conduz ao reconhecimento da necessidade de um processo de equilíbrio entre as múltiplas tensões na ordem social. [...] O poder do Estado não deve estar assentado em base unitária e homogênea, mas no equilíbrio plural das forças que compõe a sociedade, muitas vezes, elas próprias rivais e cúmplices.

---

<sup>4</sup> Fabriz (2010, p. 75).

<sup>5</sup> Baracho (1996, p. 6).

Nesse sentido, há a necessidade de rever o pacto federativo de tempos em tempos, dadas as mudanças verificadas na realidade social, econômica e política, que sempre estarão presentes, seja qual for a estrutura adotada, as tendências que de modo pendular se apresentam mais próximas ao desejo de unidade e centralidade e, de outro modo, de exigências de respeito à diversidade e, portanto, de maior descentralização.

Em obra de repercussão, Ramos<sup>6</sup> destaca os vários tipos de federalismo nos quais observa que em cada tipologia se apresentam desdobramentos práticos diferentes e importantes, na articulação entre as competências de cada Ente em particular. Entre as várias tipologias, chama atenção para o Estado federal por agregação e segregação, este último encontrando maior dificuldade em descentralizar o poder do federalismo dualista que imprime uma justaposição entre os ordenamentos da União e os Estados-partes, decorrendo desta justaposição a técnica de repartição horizontal de competência, etc. Contemporaneamente, destaca o citado autor a questão do federalismo de cooperação, que permite a ajuda federal aos Estados sob a forma de programas e convênios. Nesse sentido, “[...] a associação das partes componentes está na origem do Estado Federal, tornando inseparáveis as ideias de união, aliança e cooperação.”<sup>7</sup>

O Parágrafo Único do art. 23 da CRFB, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 53, de 2006, estabelece que: “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.” Extrai-se do enunciado supracitado que o atual Texto Constitucional consagrou a cooperação, no que se refere às competências comuns dos Entes Federados, entre elas, o cuidado com *a saúde e a assistência pública*. Verifica-se, no entanto, que, apesar dos esforços do constituinte de estabelecer um regime de cooperação entre os Entes Federados,

<sup>6</sup> Ramos (2000, p. 47).

<sup>7</sup> Ramos (2000, p. 49).

essa tarefa foi destinada ao legislador federal que marcadamente vem se mostrando omissa quanto a essas várias possibilidades que o Parágrafo Único do art. 23 abre para uma maior colaboração. Aliam-se a esse problema da omissão constitucional a crise de representatividade e as distorções entre as forças políticas em nível federal, estadual e municipal. Com o surgimento das técnicas de estabelecer competências comuns e concorrentes, o federalismo passou a conceber, no plano teórico, um modelo de gestão cooperativa e intergovernamental. Conforme observa Bercovici,<sup>8</sup> “[...] a fonte da cooperação federal é a Constituição.” O interesse comum se estabelece como ponto nodal das decisões no campo político, implicando a participação de todos os Entes Federados. As escolhas para uma devida cooperação entre os Entes devem considerar as peculiaridades e as necessidades fáticas de cada esfera governamental.

O federalismo de cooperação encontra-se lastreado no princípio da subsidiariedade. É comum conceituar o referido princípio partindo do pressuposto de que os Entes mais amplos somente devem prevalecer sobre os menos amplos quando estes demonstrarem fragilidades em arcar com suas atribuições de forma eficiente. Nessa perspectiva, os municípios passariam a ser considerados como o Ente Federativo mais capacitado para realizar as políticas públicas necessárias ao bem comum. No entanto, considerando as disparidades econômicas entre as várias regiões brasileiras e a alta concentração de poder no âmbito da União, o princípio da subsidiariedade pouco é observado no campo do federalismo brasileiro, em razão das assimetrias nos planos econômico, político e social.

Em uma Federação, é necessário que os Entes tenham fonte própria de receita para que possam realizar a sua missão constitucional de proporcionar o bem-estar da população. A escassez de recursos públicos impede que, principalmente os municípios, possam atuar com eficácia em campos como da educação e da saúde públicas.

---

<sup>8</sup> Bercovici (2002, p. 17).

Sabe-se que a União Federal não se apresenta como o Ente mais qualificado a atender as peculiaridades; mas, de outro modo, a concentração de poder promove um verdadeiro alheamento do cidadão em relação aos deveres constitucionais de cada Ente em particular. Sobre este alheamento, escreve Fabríz:<sup>9</sup>

[...] alheamento político da sociedade brasileira está na invisibilidade que a administração central e as administrações locais (estaduais) estão destinando à população [...] A estrutura estatizante impede a construção de indivíduos autônomos, conscientes de si mesmos e também do ambiente plural que os circundam, sábios de suas atribuições sociais e imbuídos em bem exercê-las no âmbito político.

Essa alienação decorre da falta de clareza por parte do cidadão da imbrincada repartição de competências entre os Entes Federados. Magalhães,<sup>10</sup> defensor de maior poder aos municípios, escreve que é imperativa “[...] uma verdadeira revolução nas bases do poder local [e que], além de direitos, é necessário o sentimento de se sentir cidadão, ou seja, de se sentir parte de uma comunidade e se interessar pela sua construção e permanente evolução.”

Não obstante, compartilha-se da opinião de que o poder local deve ser prestigiado com a ampliação de suas competências, em razão das necessidades mais básicas que devem ser observadas aos cidadãos; é importante destacar que a realidade, muitas vezes, demonstra-se adversa. O princípio da subsidiariedade, conforme já comentado, estabelece que se deva atribuir poder às unidades inferiores. O mencionado princípio é contra o centralismo, devendo o poder se ajustar da base para o topo. As tarefas sociais devem ser implementadas pela base. Nesse sentido, leciona Cabral:<sup>11</sup>

[...] o princípio da subsidiariedade tem a importante função de equilibrar as forças no sistema político, na

---

<sup>9</sup> Fabríz (2010, p. 87).

<sup>10</sup> Magalhães (1996, p. 42).

<sup>11</sup> Cabral (2013, p. 230).

medida em que preserva a liberdade do indivíduo e da sociedade diante do Estado. Nesse contexto, evidencia-se a conexão com o ordenamento federativo, podendo inclusive, ser considerado como um elemento de justificação do próprio federalismo.

A autora,<sup>12</sup> destacando as várias dimensões deste princípio, explicita sobre os seus dois gêneros, quais sejam:

[...] i) negativa – que consiste no dever da ordem maior em se omitir quando a ação puder ser realizada pela ordem menor; ii) positiva – determina o dever da ordem maior em subsidiar a ordem menor quando esta, isoladamente, não puder alcançar sozinho os bens que lhe são necessários.

Assim, o Estado, como instrumento para que a sociedade alcance o seu objetivo de construir uma sociedade mais justa, livre e solidária, necessita observar estas duas dimensões/gêneros do princípio da subsidiariedade.

No campo das competências comuns, que dependem sobremaneira da atuação dos Poderes Públicos, à medida que são deveres impostos aos Entes, deve-se observar uma calibragem no alcance daquele objetivo. De nada adianta exigir do município aquilo que ele não tem condições de arcar em razão dos seus poucos recursos. A cooperação entre os Entes deve se basear no plano da solidariedade, no sentido de interdependência e corresponsabilidade. O princípio da solidariedade implica uma convergência entre os Entes na realização dos objetivos gerais da República. No entanto, esta solidariedade, no campo da necessária cooperação, a partir do princípio da subsidiariedade, deve se realizar por intermédio de políticas públicas integradas. Essa é uma tarefa de governos, a partir de ações intragovernamentais.

Assim, não há o menor sentido em o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, obrigar gestores estaduais ou municipais a

---

<sup>12</sup> Cabral (2013, p. 233).

cumprirem obrigações que fogem da lógica da repartição de competências estabelecidas pelo Texto Constitucional de 1988. A judicialização das questões atinentes à gestão dos serviços públicos significa um despropósito diante da racionalidade que se requer na perspectiva da separação dos Poderes. Apesar de o Judiciário atuar em defesa dos direitos e garantias fundamentais, essa atuação, quando desmensurada, pode representar um elemento a mais na dificuldade do cidadão na percepção real das atribuições constitucionais destinadas a cada Poder da República. Na condição de guardião da Constituição, cabe ao Poder Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal (STF), conjugar esforços para que o pacto federativo seja respeitado pelos Entes, observando sempre a necessária calibragem no âmbito da repartição de competência. Calibragem esta estabelecida pelo princípio da subsidiariedade em suas duas dimensões (negativa e positiva). Ao Judiciário não foi atribuído o poder de substituir o gestor público na realização orçamentária.

Nesse sentido, quando o art. 198 da CRFB de 1988 estabelece que “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: I-descentralização, com direção única em cada esfera de governo; [...],” enquadra-se perfeitamente no ambiente de colaboração federativa que se pauta pela interdependência entre União, Estado e Municípios. Nessa perspectiva, baseados no princípio da subsidiariedade positiva, os Entes Federativos poderão fomentar políticas articuladas de forma intergovernamental. Demonstra-se, desse modo, que a coesão do sistema de saúde se ampara, conforme já mencionado, na lógica de repartição de competências, baseada no princípio da predominância do interesse que determina uma lógica que envolve as diretrizes mais gerais para as necessidades mais básicas nos âmbitos regional e local. Logo, essa é uma técnica de repartição de competências que possibilita a otimização de recursos materiais, humanos e financeiros, possibilitando um ambiente colaborativo, para um melhor atendimento às necessidades de saúde da população brasileira.

## 5 CONCLUSÃO

A luta implementada pelo movimento da Reforma Sanitária Brasileira e o esforço da sociedade que permitiram que se chegasse ao Texto Constitucional de 1988 com a criação do SUS e o processo de inclusão universal na garantia do direito integral à saúde ainda não podem ser arrefecidos. Os mesmos mecanismos e princípios garantidores do direito à saúde expressos na Constituição e que levaram aos avanços já alcançados podem ser utilizados para desestruturar o sistema. O ideal de federalismo solidário e cooperativo, baseado nas repartições de competências entre os Entes Federados, nem sempre tem servido para sustentar o modelo constitucional brasileiro.

O acesso ao Poder Judiciário, como forma de se alcançar o atendimento à saúde, vem sendo sistematicamente e de forma progressiva utilizado para a conquista de direitos não garantidos pela via administrativa. O acesso a medicamentos, especialmente os de alto custo, e a exames de grande complexidade parece ser a principal motivação para a busca do Judiciário pelos usuários dos serviços de saúde, públicos, ou privados. A judicialização da saúde, fenômeno de dimensão superlativa, preocupa o setor saúde, já que as liminares concedidas nem sempre respeitam os princípios norteadores do SUS, baseados na descentralização, hierarquização e repartição de competências entre os Entes Federados.

No caso da assistência farmacêutica, que possui um sistema de organização bastante sofisticado, com distribuição de competências e financiamento estabelecida por meio de legislação e portarias do Ministério da Saúde, definidoras desta distribuição, a concessão de liminares baseadas na ideia de solidariedade, sem considerar o que já foi definido pelo Poder Executivo na estruturação da política de medicamentos, fere o pacto federativo e compromete a organização do sistema.

Não pode o Poder Judiciário legislar, quando o Executivo já definiu em políticas próprias as responsabilidades de cada um

dos Entes da Federação. Ao obrigar o município, por exemplo, a fornecer um medicamento de alto custo, o que está definido como competência do Estado, o Judiciário promove uma desestabilização do sistema, negando o pacto estabelecido por consenso entre os Entes Federativos.

A dificuldade em exigir que Estados ou União cumpram determinadas obrigações que lhes são atribuídas não autoriza o Poder Judiciário a obrigar o município a se responsabilizar por algo que está fora de sua atribuição de competências, mecanismo utilizado no federalismo, justamente para corrigir possíveis sobreposições ou desequilíbrios no sistema.

Não se está aqui a negar a possibilidade da aceitação do princípio da solidariedade adotado pela jurisprudência brasileira como uma alternativa possível na garantia do direito à saúde. O que não pode é ser ele utilizado como fundamento, quando as responsabilidades já estão definidas, como no caso dos medicamentos. Portanto, punir o município atribuindo-lhe uma responsabilidade de outro Ente Federativo não resolve o problema da omissão, incompetência de gestão ou subfinanciamento da saúde, que pode estar, de fato, alimentando o fenômeno da judicialização como alternativa para a garantia do direito à saúde.

## REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 1, 2002.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. *Autonomia municipal e desenvolvimento econômico local*. São Paulo: Fiuza, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

FABRIZ, Daury Cesar. Federalismo, municipalismo e direitos humanos. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, ano 28, n. 4, p. 74-93, out./dez. 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Um novo município: federação de município ou miniaturização dos Estados-membros. *Revista OAB*, ano 26, n. 62, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

# POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: COOPERAÇÃO FEDERATIVA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Rogério Luiz Nery da Silva\*  
Robison Tramontina\*\*

## 1 O FEDERALISMO

Como o Federalismo pode ser estudado a partir de diversas matrizes, será na concepção associativa com seu duplo objeto: o de somar para fortalecer o todo pela resultante e o de dividir, por muitos centros de poder em busca da eficiência ótima, bem apropriada se mostra a lição extraída da aproximação entre Federalismo e Democracia por Oliveira,<sup>1</sup> na qual se distingue o “federalismo para unir” do “federalismo para manter a união”, em que o primeiro protege os cidadãos do excesso de poder pelo Ente Central, em esforço contramajoritário antitiranía, de modo a perseguir uma conjugação de forças capaz de limitar o poder central. Portanto, infere-se a paradoxal convivência entre dois aspec-

---

\* Pós-doutor em Constitutional Law pela New York Fordham University School of Law, EUA; Doutor em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá; Professor doutor da disciplina de Políticas Públicas de Efetivação dos Direitos Sociais, no Programa de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Mestrado em Direito; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; dr.rogerionery@gmail.com

\*\* Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor doutor da disciplina de Filosofia do Direito e Multiculturalismo, no Programa de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Mestrado em Direito (Unoesc); Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; robison.tramontina@unoesc.edu.br

<sup>1</sup> Oliveira (2010, p. 21).

tos aparentemente contrapostos: manter a coesão entre as partes e respeitar os particularismos de cada uma delas. García-Pelayo,<sup>2</sup> a seu turno, menciona a unidade dialética de duas tendências contraditórias: a unidade e a diversidade. A respeito dessa dicotomia, Torres<sup>3</sup> pontua a concentração da doutrina constitucionalista quanto à tensão estabelecida no pacto federativo, segundo a qual há uma conjugação de elementos para fortalecer o poder central e uma especial atenção em respeitar o teor autonômico dos Entes Federados (subnacionais).

Realizada essa provocação inicial, veja-se a ideia de federalismo, que decorre do vocábulo latino “*foederis*”, a significar “associação”; também, de igual matiz, a relação entre o Estado Federal e seus Entes Políticos é estabelecida mediante o traçado de objetivos comuns, que por esse motivo operam de forma integrativa, formando uma liga indissociável, com o intuito de constituírem um único Estado soberano, embora seus componentes guardem para si a prerrogativa de atuação com autonomia, cuja noção federativa, por sua vez, manifesta-se sob quatro vertentes predominantes:

- a) auto-organização;
- b) autogoverno;
- c) auto-legislação;
- d) autoadministração.

A um, auto-organizar-se significa realizar as escolhas, em termos de decisões políticas fundamentais, como a definição da forma de Estado, da forma de governo, do regime de governo, segundo sua própria autodeterminação, mediante a identificação dos legítimos interesses dos governados.

---

<sup>2</sup> García Pelayo (1984, p. 218).

<sup>3</sup> Torres (2004, p. 126).

A dois, autogovernar-se engloba nomear seus governantes e servidores, criar seus órgãos e realizar as escolhas políticas atinentes aos objetivos nacionais, pelo traçado de políticas públicas supremas – em nível de planejamento estratégico estatal (político, econômico e social) a orientar o desenho das gerais a estas subordinadas, conforme a política conjuntural.

A três, autolegislar refere-se ao exercício legiferante sobre temas de interesse regional, segundo a observância das normas legislativas insculpidas na Constituição, conforme as competências a si distribuídas, entre as diversas esferas estatais: federal, estadual, municipal e distrital (esta última cumulativa das duas anteriores); pode ocorrer de forma privativa, quando restrita a um único tipo de Ente Federativo ou concorrente, quando compartilhada por dois ou mais tipos de entes distintos.

A quatro, por derradeiro, autoadministrar-se realiza a própria administração dos interesses públicos, conforme as modalidades de exercício objetivo ou material, segundo o magistério de Moreira Neto,<sup>4</sup> ou seja, prestação de serviços públicos, aplicação do poder de polícia (regulatório, fiscalizatório e coercitivo), implementação de fomento público e intervenção do Estado na esfera privada.

Equívoco, entretanto, é considerar sinônimos: federalismo e Estado federal. Não resta dúvida de que o Estado Federal adota formalmente as noções do federalismo, mas tal assertiva não torna isso uma exclusividade sua. Ao contrário, hoje, muitos Estados tradicionalmente unitários exercitam uma descentralização do exercício do poder em seus territórios, patrocinado pelo próprio poder central ou, no mais das vezes, por meio de pressões e esforços de iniciativa regional, complementada pelo poder local.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Moreira Neto (2006, p. 300 e ss.).

<sup>5</sup> Torres (2012, p. 17).

Na visão de Silva,<sup>6</sup> entretanto, há uma distinção entre a descentralização operada nos Estados Federais – que seria político-legislativa, e a dos Estados regionais, em que a autonomia se faria predominantemente na vertente político-administrativa, portanto, em planos distintos, conforme a formalização do compromisso com a forma de governo.

A Itália é um exemplo de Estado regional, composto de 20 regiões, com descentralização de autonomias legislativas e administrativas em geral, dadas por determinação da própria Constituição italiana que, desde 1948, menciona “reconhecer, proteger e promover a autonomia local”, muito embora, tal previsão somente tenha vindo a ser operacionalizada de modo geral, bem mais recentemente, no último quartel do século XX, pois inicialmente apenas as autonomias especiais existiam. Hoje, cada região possui um Conselho Regional, que se encarrega de legislar no interesse regional. O Executivo é exercido pela Junta Regional, cujo presidente é também o presidente da região. As regiões são compostas por Províncias, em um total de 110 e estas divididas em Comunas, em número total de 1.810.

A Itália se caracteriza como um Estado regional heterogêneo, pois há duas classes de regiões com distintas autonomias. As que detêm autonomia com estatuto especial, em número de cinco, obtiveram suas autonomias por fatores étnicos, culturais, linguísticos ou geográficos, e possuem uma espécie de lei orgânica, com *status* constitucional, que lhes garante ampla autonomia, podendo, por exemplo, arrecadar e reter consigo grande parcela da receita dos tributos, são elas: Sicília, Sardenha, Trentino-Alto Ádige, Veneza-Júlia e Vale D’Aosta. Já as que detêm autonomia com estatuto ordinário, no total de 15, foram estabelecidas nos anos 1970, justamente com o objetivo de descentralizar o exercício do poder estatal pelo regional; muito embora a autonomia financeira ainda seja tímida, a reforma constitucional de 2001

---

<sup>6</sup> Silva (2010, p. 550).

ampliou a autonomia destas regiões e reduziu os controles sobre as mesmas, como, por exemplo, pela retirada dos comissários do Governo central.

Outro exemplo digno de nota é o da Espanha, enquadrada como “Estado autonômico”, com modelo de descentralização proposto pela Constituição de 1978, no contexto da transição do regime franquista para a democracia, quando se passou a reconhecer o direito à autonomia das nacionalidades componentes do Estado espanhol e das próprias regiões – Comunidades Autônomas (17) e cidades autônomas (2): Melilla e Ceuta, que, ao formularem os seus estatutos comunitários, propuseram o desenho e o alcance de suas respectivas autonomias, a fim de serem homologados pelo poder central e confirmadas as abrangências de suas autonomias, sendo as comunidades, portanto, protagonistas de sua própria autodeterminação – exemplo de perseverança política. Registra-se, hoje, um impasse em torno do debate político quanto à constitucionalidade do Estatuto da Catalunia, que segundo o poder central, teria extrapolado os limites conceituais da autonomia.

Por estes dois exemplos é que se entende não haver uma associação direta entre o grau de autonomia e a opção formal pelo modelo unitário ou federal, uma vez que, tanto na Itália quanto na Espanha – Estados de índole regional, embora se tratem de Estados unitários descentralizados, a noção de centralização do poder passa longe; possuídas por intenso pensamento federalista, sempre estimulado pelas elites intelectuais e políticas locais e regionais, pode-se dizer, sem embargo, que o grau de descentralização e de autonomia vivido por suas regiões, por vezes, ultrapassa sem margem a exagero o de muitos Estados formalmente declarados Repúblicas Federativas, mas que apresentam uma concentração massiva de poder no Ente Central da federação, em detrimento da autonomia dos Entes Federados periféricos.

Retomando a discussão pela ótica federalista, historicamente, a primeira manifestação federalista teve por berço a originária experiência norte-americana de formulação estatal, na sequência de sua libertação do domínio britânico, muito embora

tenha adotado primeiramente o modelo confederativo, depois, substituindo-o pelo federativo. A iniciativa criadora oitocentista não teve referencial precedente na história humana, na busca da soberania, para preencher os contornos do clássico trinômio estatal: povo, território e soberania. Os colonos ingleses e o povo americano irromperam o movimento de separação do Estado inglês, tornando as 13 colônias britânicas, instaladas na Costa Leste da América do Norte, independentes, sob a forma de um novo Estado confederado, modelo, até então, inédito.

O modelo confederado, também identificado pela associação de diversos Estados previamente existentes, tem por diferencial o fato de os Entes formadores conservarem suas soberanias originárias e o aspecto jurídico-político do liame de vinculação entre estes ocorrer por intermédio de um tratado firmado entre eles, acordo que admite a possibilidade de denúncia, ou seja, autoriza a livre opção de retirar-se do grupo a qualquer dos Entes formadores, hipótese caracterizadora da secessão da Confederação.

Especial destaque à participação nesses episódios de Hamilton, Madison e Jay, na obra *The Federalist Papers*, recentemente reproduzida em obra organizada por Kesler.<sup>7</sup> “O Federalista”, em sua composição, constou de 85 artigos, nos quais

---

<sup>7</sup> “After an unequivocal experience of the inefficacy of the subsisting federal government, you are called upon to deliberate on a new Constitution for the United States of America. The subject speaks its own importance; comprehending in its consequences nothing less than the existence of the UNION, the safety and welfare of the parts of which is composed, the fate of an empire in many respects the most interesting in the world. It has been frequently remarked that it seems to have been reserved to the people of this country, by their conduct and example, to decide the important question, whether societies of men are really capable or not of establishing good government from reflection and choice, or whether they are forever destined to depend for their political constitutions on accident and force. If there be any truth in the remark, the crisis at which we are arrived may with propriety be regarded as the era in which that decision is to be made; and the wrong election of the part we shall act may, in this view, deserve to be considered the general misfortune of the mankind. This idea will add the inducements of the philanthropy to those of patriotism, to heighten the solicitude which all considerate and good men must feel for the event. Happy will be if our choice should be directed by a judicious estimate of our true interests unperplexed and unbiased by considerations not connected with the public good.” (KESLER, 1999, p. 27 apud HAMILTON; MADISON; JAY, 2003).

buscavam os autores convencer o povo de Nova York a aceitar a nova Constituição, fruto da Convenção da Filadélfia, com três aspectos centrais: a um, a adoção da Federação, em substituição à Confederação; a dois, discussões sobre a natureza humana e a necessária separação de poderes; a três, a conveniência da forma republicana de governo.

No caso americano, diversos episódios históricos, com especial destaque para a declaração da abolição da escravatura, constituíram vetores de estímulo à ruptura com o modelo vigente, fazendo eclodir sangrento conflito civil que perduraria por anos, como fator de pressão; também o exercício da soberania conservada pelos Estados, sem limites bem definidos, contribuiria para o estabelecimento de sérias tensões entre os Estados “tidos” por unidos, com a adoção de comportamentos que descumpriam os ditames da confederação, mas que restavam imunes a sanções pelo fato de serem os Estados soberanos.

Com isso, identificava-se a necessidade de os Estados renunciarem às prerrogativas de soberania, para as substituírem pelas da autonomia, submetidas, portanto, hierarquicamente ao Estado federado soberano. Renovava-se o desenho político dos Estados Unidos da América, agora, mediante novo instrumento amalgamador – a adoção de uma Constituição nacional federal, revestida de características de indissolubilidade, portanto, inibidora de qualquer desiderato separatista.

Verificou-se, dessa forma, a instauração de um liame de relacionamento vertical entre os Entes Federados, ou melhor, entre estes e o Ente Central, no qual apenas o somatório de todos se investe das características e prerrogativas de Estado soberano, como se pode diretamente confirmar em consulta ao constante da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, como por exemplo, o art. 1º, seção X, 1 e 2, ao cuidar das limitações

impostas aos Estados-membros e do art. 4º, este versante sobre o relacionamento entre os Estados-membros.<sup>8</sup>

Embora os Entes componentes exercitem a autodeterminação, consoante as competências traçadas pelo constituinte originário e mesmo derivado, tal arcabouço será representado pela autonomia federativa, concretizada a partir das atribuições concernentes à auto-organização, ao autogoverno; à autolegislação e à autoadministração, que, ao menos em tese, não se subordinam ou não se subordinariam à União. Justamente será o grau de interferência, interdependência e mesmo interferência entre a União e os Estados-membros que determinará pela adoção de um federalismo de equilíbrio ou um federalismo com deslocamento de poder: se a polarização da força se concentrar sobre a União, tem-se o federalismo centrípeto, se, ao contrário, concentrar poderes e atribuições em favor de maior autonomia dos Estados-membros, tem-se o federalismo centrífugo, que no caso americano, a doutrina é convergente em apontar como o adotado.

No Estado federal, a Constituição se sobrepõe a todos os Entes Federados, estabelecendo uma força conformativa, que cumpre essencialmente três papéis principais: a um, a criação do Estado, em sua gênese formal, fixadas as inter-relações entre os Poderes constituídos e os Entes Federados; a dois, a limitação do exercício do poder pelo Estado e, a três, o estabelecimento dos fundamentos de existência e validade da ordem jurídica a vigorar no Estado, a saber:

A um, a “criação” do Estado, traduzida em três verbos principais: instituir, estruturar e organizar o poder. O “instituir” traduz a adoção da “decisão política fundamental”, conforme a teoria schmidtiana, ao que se determina a forma de Estado, a forma de governo e seu regime, além de outras orientações político e mesmo ideológicas. O “estabelecer” destina parcelas de atribuições, segundo sua maior aderência legiferante, administrativa ou jurisdicional,

---

<sup>8</sup> Alvarez e Novaes Filho (2008, p. 42-60).

para exercício por grupos de servidores estatais distintos, denominados “Poderes” Legislativo, Executivo e Judiciário. Por fim, o “organizar” que também distribui parcelas de atribuições, denominadas por atecnia de “competências”,<sup>9</sup> aos Entes Federados nos quais se desdobra o Estado Federal.

A dois, o papel, que é o de impor limites ao exercício do poder pelo Estado, materializa-se por via de três matrizes:

- a) a separação dos Poderes estatais, com base em sua independência, mas compensada sob a forma de harmonia balanceada por pesos e contrapesos (*check and balances*), na própria visão de Kesler apud Hamilton, Madison e Jay;<sup>10</sup>
- b) a proteção e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos;
- c) pelo cumprimento dos ditames de interesse coletivo, de busca do bem comum, sob a forma da adoção de políticas públicas vinculadas, no plano maior, aos delineamentos constitucionais sociais, positivados como objetivos e fins do Estado.

Por derradeiro, a três, seu papel constitucional de posicionar a carta política no ápice da pirâmide jurídica, a servir de fundamento de existência e validade à ordem jurídica, fixando no seu próprio conteúdo positivado o devido processo legislativo, a partir do qual estabelece a formação das regras legislativas e controla a hierarquia entre as normas jurídicas, já que – predominantemente – originadas do Parlamento, devem respeitar

---

<sup>9</sup> É voz comum no meio jurídico que o termo “competência” é de atribuição exclusiva do Poder judiciário, porque inerente à jurisdição; aos demais deve ser empregado tão somente o termo “atribuição” para designar as tarefas em relação às quais tem o poder-dever de exercitar as prerrogativas, cumprir e fazer cumprir as determinações constitucionais.

<sup>10</sup> Mas, o que é o próprio Governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos (KESLER 1999, p. 317-322 apud HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 317-322).

a Constituição, sob uma noção de supremacia e rigidez constitucionais necessárias. Nunca é demasiado reafirmar que o liame constitucional federativo é impositivo, petrificado, sob a forma de “aliança indelével e eterna”, como pacto proibitivo de retirada ou afastamento dos Entes Federados, já que presente a indissolubilidade dos laços federativos.

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

O cerne da ideia federativa está em descentralizar poder, por meio da divisão ou distribuição de atribuições (competências), o que, por via de regra, segue critério de identificação regional pela chamada “predominância do interesse”, a partir de pertinência e aderência materiais, e, desde que devidamente observadas – em última análise – favorecem a preservação dos laços de harmonia entre os Entes Federados.

Conforme a forma de distribuição das atribuições no contexto do Estado federal, Pinto Ferreira<sup>11</sup> classifica a modalidade de federalismo adotada:

A um, tem-se o Federalismo Dual, Clássico ou de Equilíbrio, no qual a repartição confere atribuições nominadas à União e restam aos Estados as atribuições residuais (não enumeradas) – forma original do modelo norte-americano.

A dois, tem-se o Federalismo Neoclássico, no qual se verifica uma gradual concentração de poderes em torno da União, confor-

---

<sup>11</sup> Pinto Ferreira (1989, p. 395).

me uma dinâmica centrípeta, modelo predominante na maioria dos países de pouca tradição federativa e de desenvolvimento recente.

A três, tem-se o Federalismo Racional ou Hegemônico, no qual as atribuições em forma de competência legislativa se dividem, uma parte exclusivamente destinada à União e outra de forma concorrente entre a União e os Estados-membros – é o utilizado pela Alemanha, Índia e Canadá.

A dinâmica da concentração de poderes pode ocorrer, tanto em relação aos Estados (federalismo centrífugo) quanto em relação à União (federalismo centrípeta); pode ainda se verificar um equilíbrio entre a distribuição central e a periférica no chamado Federalismo de Equilíbrio.

## **2 O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO**

Enquanto os movimentos de independência ocorridos na América espanhola redundaram no surgimento de diversos Estados, de origem comum, mas fundamentalmente distintos entre si, na América portuguesa formou-se um único Estado – o Império do Brasil, marcado pelo exercício centralizado do poder, a copiar o modelo de gestão colonial lusitano, em vigor por três séculos de dominação daquela corte. Tal opção, se de um lado demonstrou favorecer a preservação da unidade territorial do novo país, ao contrário do ocorrido com os vizinhos de origem espanhola, que se fragmentaram em muitos Estados de menor porte, por outro lado dificultaria o desenvolvimento regional, centralizando atenções, esforços, investimentos – e, por lógico, o crescimento – de determinadas áreas, onde se verificara maior efervescência política, econômica e cultural, para inconformismo das demais.

Assim, embora historicamente centralista, o Brasil, com o advento da República, proclamada em meio às múltiplas crises políticas da monarquia centralista, tentava se afastar da instabilidade até ali reinante para buscar ingressar em nova realidade, inspirada

nos auspícios da Revolução Industrial, aqui ainda incipiente, fora as iniciativas do Barão de Mauá. Contudo, o risco de eventual e até provável “contrarrevolução” conservadora, patrocinada pelos monarquistas, ali politicamente derrotados, foi decisivo para a escolha do novo regime de governo.

O sistema federativo brasileiro, adotado pela República, era mais coerente com o extenso perfil territorial do novo Estado brasileiro, portanto, mais identificado com o atendimento das necessidades de exercício dos poderes regionais e locais e das necessidades do povo brasileiro, o que se firmou mediante o estabelecimento de um acordo costurado entre os republicanos “revolucionários” e as expressões políticas das províncias, dali em diante, alçadas à condição de Estados-membros da federação.

Os Estados, uma vez elevados à condição de unidades federativas autônomas, serviriam de cordão político de proteção da República, contra as potenciais iniciativas de se restaurar a monarquia, ainda latentes, pois, por certo, não admitiriam retornar à condição de meras províncias sem autonomia.

Com isso, ao menos em tese, o exercício do poder estaria encaminhando-se para ser distribuído de forma mais equitativa pelo espaço territorial brasileiro, ou seja, fortalecia-se o Estado brasileiro, por manter-se unido – único, mas, desta feita, descentralizava-se a prestação das funções estatais por diversos núcleos de poder regionais, que seriam, certamente, os primeiros a reagir a qualquer inspiração de reinstalação monárquica, portadora da ameaça de redução de sua recém-conquistada autonomia, diante do retorno à condição de províncias imperiais desprovidas desta.

Pretende-se, com isso, denunciar que a elevação das províncias ao *status* de Estados-membros, historicamente, foi muito mais uma decisão estratégica, em termos de disputa do poder, do que, efetivamente, viesse a representar um amadurecimento da aptidão daquelas unidades para o exercício de uma autonomia autêntica e efetiva.

A República Federativa de 1889, embora representasse uma descentralização do poder pelos diversos núcleos estaduais, na prática, faria-o de forma muito tímida, pela própria incapa-

cidade dos novos Estados em se firmarem como polos atrativos do poder. A modéstia dos novos Estados-membros foi, portanto, decisiva na configuração de uma federação de origem distribuidora, mas, de configuração final centrípeta, com notada distribuição centralista do poder.

O Brasil, ao adotar o modelo federal a partir de um Estado unitário para reparti-lo em núcleos de exercício de poder regional, derivados das antigas províncias, atribuiu-lhes inédita autonomia federativa, para cujo exercício não se encontravam suficientemente amadurecidas; com isso, percorreu caminho contrário dos Estados Unidos, pois estes consolidaram o seu federalismo a partir de uma experiência revolucionária e convergente em torno de um poder central, com 13 Colônias que preexistiam separadamente, submissas à Coroa Britânica e que ali lutavam por sua soberania, segundo ideal confederativo.

Ramos<sup>12</sup> considera o caso americano um exemplo de situação em que o povo precedeu ao poder; já no Brasil, o poder precedeu ao povo, pois a população brasileira recebera um pacote fechado, pronto, sem ter tido nem a capacidade nem a possibilidade de participar do processo gestacional da nova forma de governo, enquanto a americana viveu intensamente cada passo do processo de criação do Estado norte-americano.

Portanto, o Brasil era um Estado independente, sob regime monárquico, com Governo unitário e centralizador – então se verificar sua pouca vocação à autogestão por parte das províncias, acostumadas à concentração do poder sobre o Governo Central, este nitidamente ligado à metrópole originária; já os Estados Unidos eram colônias em busca de independência, pugnando pela liberdade – então o espírito de autodeterminação muito mais instigado, sua opção buscava renegar a monarquia londrina e sua experiência de vida política, até ali, era de existência separada umas das outras e, embora fossem colônias, viviam separadas e com

---

<sup>12</sup> Ramos (2000, p. 162).

parcelas de poder descentralizado, o que também corroborava sua aptidão à autonomia.

O Brasil adotou, inicialmente, o federalismo dual, com a tradicional atribuição de poderes à União, restando aos Estados, as matérias não expressamente enumeradas (omissas) como forma de competência residual, o que de certo modo representou, ao menos formalmente, uma tendência à descentralização. Magalhães<sup>13</sup> (2000) considera que as Constituições mais democráticas desvelaram tendência descentralizadora em favor dos Estados, mais abertas à participação destes, como se sucedeu com a Constituição de 1934 – primeira a estabelecer competências concorrentes entre a união e os Estados-membros ou a de 1946 que restaurou a democracia, após a ditadura varguista.

Em sentido oposto, reitera o autor, a Constituição de 1937 – de natureza sociofascista – fortaleceu de forma demasiada o poder central, alterando, como aparato de controle político, a repartição de competências, em favor da União e restringindo a participação dos Estados na seara de matéria concorrente. Já a Constituição de 1967 e a EC n. 1/69 são consideradas nominais segundo a classificação löewensteiniana, inspirando uma federação igualmente nominal, com intensa concentração em favor da União, havendo quem considere uma regressão ao modelo unitário descentralizado, denominado por certos autores de “Federalismo de Integração”, levando a confundir as figuras da Federação e da União.

A Constituição de 1988 remodelou de forma radical o federalismo brasileiro, ao adotar novos paradigmas democráticos, reconhecendo a autonomia aos municípios, que somam mais de 5.500 unidades da Federação; tal medida, por si só, mostrou-se razoavelmente discutível, desde seus obstáculos ao autofinanciamento do orçamento municipal, passando pela natural dificuldade de controle de *accountability*, até alcançar avaliação mais requintada

---

<sup>13</sup> Magalhães (2000).

quanto aos óbices à governabilidade; conferiu-se ampla liberdade, sem estipular proporcional sistema de controle, a Entes, muitas das vezes, despreparados para a autogestão política.

Ademais, se de um lado receber amplas competências, pode soar como outorga de poder e certo grau de discricionariedade, por outro, também confere deveres vinculativos diversos, pelos quais os municípios passaram a ser chamados a responder, em solidariedade com os Estados e mesmo com a União,<sup>14</sup> por diversos serviços públicos. Assim, detentores de orçamentos significativamente menores, os municípios também passaram a se ver responsabilizados<sup>15</sup> em caso de prestação deficiente de certos serviços públicos, sobre os quais não teriam atribuição se não tivessem sido alçados à condição de autônomos.

As alterações, portanto, não se mostraram suficientes para estimular uma repartição mais ajustada das competências entre os Entes Federativos, ao contrário, criou-se uma euforia pelas novidades, mas que em muito pouco representou avanço em termos

---

<sup>14</sup> Exemplos do inter-relacionamento União-municípios são: a um, o Sistema Único de Saúde (SUS), conjugado pelas esferas Federal e Municipal, com repasse de recursos da União para as prefeituras; a dois, o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), promotor do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) e do Programa de Assistência Integral à Família (PAIF); a três, registram-se diversos convênios para a expansão da oferta de moradias e para o fomento das atividades educacionais.

<sup>15</sup> O Supremo Tribunal Federal assim decidiu a respeito: “O art. 30 da Constituição Estadual (CE) impõe aos Municípios o encargo de transportar da zona rural para a sede do Município, ou Distrito mais próximo, alunos carentes matriculados a partir da 5ª série do ensino fundamental. Há aqui indevida ingerência na prestação de serviço público municipal, com reflexos diretos nas finanças locais. O preceito afronta francamente a autonomia municipal. Também em virtude de agressão à autonomia municipal tenho como inconstitucional o § 3º do art. 35 da Constituição estadual: ‘as Câmaras Municipais funcionarão em prédio próprio ou público, independentemente da sede do Poder Executivo’. Isso é amplamente evidente [...] Por fim, é ainda inconstitucional o § 3º do art. 38 da CE, já que os limites a serem observados pela Câmara Municipal na fixação dos subsídios do Prefeito e do Vice-Prefeito estão definidos no inciso V do art. 29 da Constituição de 1988, não cabendo à Constituição estadual sobre eles dispor. Há, aqui, afronta à autonomia municipal.” (ADI 307, voto do Relator: Ministro Eros Grau, julgamento em 13 fev. 2008, Plenário, DJE, 1 jul. 2009.)

de realidade social. As matérias de importância nodal permanecem cobertas pelo manto da exclusividade da União, em detrimento dos Estados e Municípios, o que, para a massiva parcela da doutrina nacional, compreende-se pelo histórico de presidencialismo adotado por regime de Governo.

A discussão sobre a eficácia da prestação dos direitos sociais previstos pelo Texto Constitucional de 1988 aos administrados, notadamente em relação ao desenvolvimento e à implementação das políticas públicas de efetivação destes direitos, perpassa a questão de exercício do poder, seja quanto à sua distribuição horizontal – na separação entre as funções públicas: Legislativa, Administrativa e Jurisdicional seja quanto à sua distribuição vertical – na separação entre as esferas dotadas de autonomia no Estado brasileiro: União, Estados-membros, municípios e Distrito Federal –, a partir do modelo federativo *sui generis* da República Federativa do Brasil.

A título de nota, as qualificadoras “horizontal” e “vertical” anteriormente empregadas são racionalmente compreensíveis: a primeira, a partir da noção de equidistância e inexistência de hierarquia entre os Poderes constituídos, que, mesmo independentes entre si, veem-se equilibrados pelo sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), podendo se entrelaçar em controle mútuo, cada um aos demais, pelo exercício de funções atípicas, expressamente autorizadas pela Constituição – então, falar-se em horizontalidade, em prestígio à certa igualdade; já a segunda qualificadora, embora originariamente coberta pela mesma presunção de igualdade de forças entre as esferas federal, estaduais e municipais, em um contexto de federalismo dual tradicional, finda por se mostrar, paradoxalmente verticalizada, dada a concentração massiva da força nas mãos da União, em detrimento dos Estados e Municípios, o que se verifica mediante breve esforço de leitura histórica.

Ao longo deste mais de um século de República, o quadro político da federação sofreria alguns ajustes, notadamente com o advento da Constituição de 1988, que elevou também os

municípios ao *status* de Entes dotados de autonomia federativa, mas, nem assim, alterou-se o quadro de densificação do Poder Federal, já que a distribuição de atribuições federativas constitucionais prevê extenso rol de competências exclusivas (art. 21) e privativas (art. 22) da União, contra a improvável faculdade de delegação destas últimas (art. 22, parágrafo único), mediante a edição de lei complementar, em face de controvertida lista de atribuições legislativas que, embora concorrentes, se defrontam com um polêmico critério de complementaridade, que, segundo a Constituição, em tese, autoriza os Estados-membros (art. 24) e Municípios (art. 30)<sup>16</sup> a legislarem sobre aquelas matérias, em atendimento de suas particularidades.

A União, em tese, ocupa-se das questões maiores, pelo exercício de poderes gerais relativos às políticas de governo, mas, mesmo em sede da sua competência privativa, em matérias como exportação, importação, seguridade social, educação e política monetária, pode-se trabalhar com a faculdade de delegar algumas dessas atribuições aos Estados por meio de legislação complementar, consoante os preceitos do art. 22, parágrafo único da Constituição de 1988, ultrapassando, portanto, a noção de competências concorrentes do tradicional modelo de federalismo centrífugo, já insculpidas nos parágrafos 1º a 4º do art. 24, da mesma carta, no qual concorrem matérias como as políticas econômica, financeira e tributária.

---

<sup>16</sup> O Supremo Tribunal Federal assim decidiu a respeito: “O Município pode editar legislação própria, com fundamento na autonomia constitucional que lhe é inerente (CF, art. 30, I), com o objetivo de determinar, às instituições financeiras, que instalem, em suas agências, em favor dos usuários dos serviços bancários (clientes ou não), equipamentos destinados a proporcionar-lhes segurança (tais como portas eletrônicas e câmaras filmadoras) ou a propiciar-lhes conforto, mediante oferecimento de instalações sanitárias, ou fornecimento de cadeiras de espera, ou, ainda, colocação de bebedouros. Precedentes.” (AI 347.717-AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, julgamento em 31 maio 2005, Segunda Turma, DJ, de 5 ago. 2005). No mesmo sentido, RE 266.536 AgR, Relator: Ministro Dias Toffoli, julgamento em 17 abr. 2012, Primeira Turma, DJE, de 11 maio 2012.

Aos Estados, portanto, além da prerrogativa de legislar suplementarmente à União para atendimento de suas peculiaridades regionais e locais, também poderá ser autorizado a legislar em matérias antes privativas à União. Além do que é de todo recomendável que ela trabalhe em conjunto com as Unidades Federativas, inclusive as consultando quanto às questões que lhes possam afetar direta ou indiretamente, respeitados os pontos de tangência com a competência municipal.<sup>17</sup>

Surgida, portanto, a questão da busca do equilíbrio sobre como conciliar a manutenção da força central da União, sem nulificar a participação dos Estados e, por outro lado, como conferir maior protagonismo aos Estados-membros, sem perder o foco dos objetivos e fins voltados à unidade nacional, a resposta que melhor se adequou foi pela implantação de um novo modelo federalista denominado Federalismo de Cooperação.

No chamado Federalismo Solidário, superpõem-se as competências federais e estaduais, mas sob uma índole descentralizadora ou estimula-se a ação conjunta entre União e Estados-membros, segundo o chamado Federalismo Intergovernamental, no contexto em que esses atores políticos atuam como parceiros para o atendimento dos fins sociais, políticos e econômicos.

O novo fundamento a compor o desenho federativo é o da cooperação, como forma inovadora de efetivar a descentralização, em maior ou menor grau, mas, sobretudo, pelo foco no fim a atingir: o interesse da coletividade. De forma concreta, a cooperação opera-se mediante a interação federal-

---

<sup>17</sup> O Supremo Tribunal Federal assim decidiu a respeito: “Os Estados-membros são competentes para explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal [...] A prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito.” (ADI 2.349, Relator: Ministro Eros Grau, julgamento em 31 ago. 2005, Plenário, DJ, 14 out. 2005). No mesmo sentido, ADI n. 845, Relator: Ministro Eros Grau, julgamento em 22 nov. 2007, Plenário, *DJE*, 7 mar. 2008; RE n. 549.549 AgR, Relatora: Ministra Ellen Gracie, julgamento em 25 nov. 2008, Segunda Turma, *DJE*, 19 dez. 2008.

-estadual, em ideal de ajuda mútua e decisões consensualmente negociadas, superando o modelo dual originário de 1891, no qual se verificava certo antagonismo entre os Entes Federados, em disputa pela distribuição de atribuições, como forma de afirmação de seus poder e autonomia.

Almeida<sup>18</sup> considera que a opção pelo federalismo de equilíbrio depende de diversas iniciativas e providências de governo para que possa frutificar da forma desejável. Assim, menciona, a um, a abertura aos Estados das competências concorrentes, nos limites do preconizado pelo art. 24 da Constituição, a fim de poderem legislar sobre temas que antes lhes eram estanques, como forma de superação e estímulo à inovação; a dois, a descentralização de atribuições pelo estabelecimento de competências administrativas comuns também integra a noção de cooperação para o atendimento dos objetivos da federação; a três, a mitigação da supremacia da União para um maior equilíbrio entre as atuações administrativas e legislativas dos Entes Federados.

Ocorre, para fins de triste registro, que isso nem sempre acontece mediante um amplo debate nacional. Em matéria de exportações, por exemplo, a edição da Lei Kandir suscitou severa insatisfação nos Estados da federação, para o que a resposta mais ensaiada foi de que as medidas não foram adotadas pela União – em choque com os outros Entes Federados que lhes ombreiam em *status* hierárquico –, mas pela República Federativa do Brasil que nesse particular se sobrepõe a todos eles. Além de outras nuances semânticas como a diferença doutrinária entre lei federal e lei nacional, embasada nos destinatários de cada lei aprovada no Congresso Nacional, quando tem por destinatários, a um, a esfera federal, ou seja, órgãos e interesses da União; a dois, a esfera nacional, quando se projeta em obrigatoriedade e executoriedade sobre todos na nação.

---

<sup>18</sup> Almeida (2005, p. 77).

A forma de administração adotada, desde a Proclamação da República até a primeira quartel do século XX, portanto, mostrou-se, mesmo com variações e matizes, centralista e burocrática, de postura privatista, com moldes europeus de rígida hierarquização financeira – política do “café com leite”. Em 1930, altera-se a prevalência para o espaço público sobre o privado, inspirada no modelo rooseveliano, de origem norte-americana – de viés intermediário, permeado de ideário cooperativo, denominado *New Deal* – em razão da gestão inovadora e da índole interventora que promoveram resultados muito favoráveis nos anos seguintes à Crise de 1929.

Em termos de autoadministração, em seguida, verifica-se a introdução da noção de Estado gerencial, sob as ondas do *New Public Management* e de Estado gerencial europeu, por lá desdobradas com o Pós II Guerra e serviriam para apresentar a alternativa de atuar como Estado regulador, em substituição às noções de Estado liberal ou Estado-providência, dali já superadas. Essas inovações gerenciais implantadas na Europa também chegariam ao Brasil, embora com certo atraso (*delay*), pois, somadas ao quadro de sucessivas crises econômicas dos anos 1970 (petróleo), 1980 (mercado financeiro) e 1990 (recessão econômica) do século XX, demonstrariam a necessidade de redução do tamanho da estrutura operacional do Estado e dos custos de funcionamento das máquinas estatais, cuja racionalidade financeira apontava para a inolvidável imposição de redução dos custos públicos.

Nesse contexto, a dinâmica federalista brasileira, contudo, em que pese sua harmonia arquitetônica, provocou grandes descontentamentos dos mais variados nos Estados-membros, desde o Sistema Político pela desproporcionalidade do sistema representativo em termos das regiões geográficas até a questão de receita orçamentária, como a referente ao Fundo de Participação dos Estados na repartição das receitas dos tributos.

Nesta senda, Regis<sup>19</sup> consolida a título de sinopse histórica uma predominância de fraca concentração de poder em posse dos governadores, ao longo do Período Republicano, com especial destaque para o Período do Estado Novo, regra somente igualada pelo período de vigência do Plano Real, no Governo Fernando Henrique, quando a concentração de poder nas mãos da União teria sido intensa.

Como a obra do autor supramencionado é anterior, faz-se mister registrar novo aumento, ainda superior, da concentração de força em favor da União, durante os Governos que se seguiram, em dois mandatos de Luis Inácio Lula da Silva e no de Dilma Roussef, com a ampliação absurda do número de Ministérios, explosão da máquina pública, superendividamento interno, com descontrolada emissão de títulos de dívida pública, maquiado pelo não endividamento externo, tradicional bandeira política empregada na crítica aos governos. Os Estados têm cada vez mais sua projeção encolhida, seja em termos do Fundo de participação respectivo seja em termos de proeminência legislativa; poucas vezes se viu o poder tão concentrado.

Exemplo da tensão federativa entre a União e os Estados-membros é que se viu, em 2005, alguns dos Estados de maior força econômica, como os da região Sul (RS, SC e PR) e o próprio Mato Grosso do Sul, ajuizarem perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Cível Originária n. 792 (Relator: Ministro Carlos Veloso), a fim de discutirem como direito subjetivo à reparação das perdas financeiras motivadas por desonerações de impostos sobre as exportações de produtos primários, pela conseqüente redução progressiva dos repasses da União aos Estados, ferindo de modo letal os seus orçamentos estaduais, com risco à efetividade do próprio pacto federativo, ao caracterizar prática da concessão de isenção heterônoma, prática assaz vedada pela Constituição.

---

<sup>19</sup> Regis (2009, p. 1).

A eficácia da política social (efetividade de direitos sociais), de certa forma, sofreu forte influência desse contexto histórico, mediante a intensificação de iniciativas voltadas a reformular a prestação dos serviços públicos, como saúde, educação e previdência, sob o aspecto financeiro, estimuladas pelo redesenho do arranjo federativo, em especial em relação às responsabilidades atribuídas às distintas esferas governamentais no atendimento dos direitos sociais, como a educação, desde as muitas reformas administrativas pelas quais trilhou a nação, bem como pelas reformulações dos sistemas de saúde e educação, à guisa de exemplo, para cuja solução, agora, apontam como “moeda de troca”, o direcionamento dos *royalties* do pré-sal.

Discussão de certa complexidade, na atualidade, faz-se sobre o tema da divisão dos *royalties* decorrentes da exploração de petróleo da camada do chamado “pré-sal”, gerando uma tensão sobre o pacto federativo desnecessária. Os Estados produtores, como potenciais suportadores dos riscos da atividade econômica, reagem à ideia de ter de repartir os dividendos com outros Estados não produtores. Trata-se de disputa política pouco razoável, sobre tema com assento constitucional da maior clareza e que não demandaria maiores argumentos para se verificar que não faz o menor sentido repassar os dividendos aos Estados que os quais conjugam da produção, nem dos riscos inerentes a ela.

A esse respeito, mais apropriado seria discutir, portanto, uma alteração sobre a LC 87/1996 – denominada Lei Kandir, de modo a buscar revogar as isenções de ICMS sobre as mencionadas exportações de petróleo, o que recomporia o nível de receitas a um patamar mais justo para os brasileiros.

Uma pergunta nacional sobre o tema é a quem cabe definir se a exportação do petróleo, por exemplo, é prioritária em relação à eventual exploração com exclusividade pelo empresariado nacional. Este, portanto, é um exemplo de uma decisão central, já conduzida pela União, com pouca transparência, e que provoca intenso desconforto na população dos Estados, principalmente na dos que produzem o petróleo.

Nesse particular, por exemplo, o tema da licitação para a concessão da exploração dos 289 blocos da camada do pré-sal é dos que mais desperta constrangimento interno, pois não se tem informação exata acerca do valor de mercado destes. Ademais, a discussão dos *royalties* a serem pagos em decorrência da exploração também preocupa muito, posto que seu valor percentual não ultrapassa a casa dos 15% da receita total; por essa razão, diversas entidades representativas se rebelam, pugnando pela estatização da exploração e pelo controle público sobre a cadeia de atividades petrolíferas no Brasil.

O debate federativo tem uma potencialidade represada tão forte que constituiu tema dominante dos debates de tramitação da Lei n. 12.351/2010, reguladora da matéria, ao ponto de a concessão de compensações às indústrias petrolíferas estrangeiras, em detrimento dos interesses internos, passar quase despercebida, diante da intensa e tensa guerra interna estabelecida pelas disputas entre os Estados-membros da federação pela repartição dos minguados 15%, quando o debate central deveria ocorrer quanto à concessão ou não dos referidos campos de exploração, o qual deveria ser conduzido em nível nacional e permeado de maior transparência possível, especialmente, por se tratar de riqueza natural esgotável, tutelada pela via da preservação ambiental e constituir forma de exploração inédita, cujos riscos ambientais são meras expectativas, sem estudos conclusivos.

Em vez de, internamente, digladiar pela divisão dos ínfimos retornos em termos de *royalties*, deveriam os Estados-membros, por intermédio do Senado da República, contraporem-se à iniciativa da União de promover as rodadas de negociação dos lotes e áreas de exploração antes de consultar a nação quanto à conveniência de explorar ela própria os referidos campos, ainda que de forma mais distribuída no tempo, e, por seguro, mais durável e rentável para o povo brasileiro.

### 3 FEDERALISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS

Como informam Dias e Matos,<sup>20</sup> a adoção da norma ISO 26000, versante sobre a Responsabilidade Social, fez recair sobre as organizações, tanto públicas quanto privadas, o papel de atores sociais e o decorrente dever de agir sempre mediante o cumprimento de seus deveres de sustentabilidade e inclusão social. A responsabilidade social, ao ser incluída na agenda dos principais organismos internacionais, fíndou por adentrar também na pauta dos Estados nacionais. Portanto, não importa em que nível governamental ou de governança empresária se esteja, o compromisso social estará presente, o que permite concluir que, sem embargo, também ao arranjo federativo se impõe tal submissão.

Em que pese o entendimento majoritário do STF quanto à não normatividade do preâmbulo da Constituição, por outro viés, destaca-se sua importância como fonte interpretativa. Nesse jaez, a previsão preambular de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, à liberdade, à segurança, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores a serem preservados em todas as esferas da federação, percorre intensa jornada pelo pluralismo social.

Para Mendes,<sup>21</sup> mais do que apenas deixar de intervir na esfera individual dos cidadãos, a Constituição impõe ao Estado o dever de disponibilizar os meios materiais e as condições fáticas para o efetivo gozo das liberdades públicas e dos direitos sociais para a efetivação da garantia de liberdade perante o Estado (autonomia) e, também, da liberdade por intermédio do Estado (patrocinada pelo Estado), o que se demonstra pela receptividade – sem precedentes – do Texto Constitucional ao rol de direitos sociais, ao ponto de desfrutarem da exclusividade de um capítulo inteiro, no contexto do Título II – Direitos Fundamentais, da Constituição. Ao nosso sentir, descabendo discutir a sua fundamentalidade, eis

---

<sup>20</sup> Dias e Matos (2012, p. 177).

<sup>21</sup> Mendes (2002, p. 139).

que, mesmo ausentes do rol do art. 5º, eles preenchem os requisitos atinentes e podem associar-se.

A controvérsia acerca da fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais, em verdade, trabalha a serviço de quem deve pagar a conta das políticas sociais, portanto, da administração pública e da sociedade, mais marcadamente do empresariado; por outro lado, defendendo os direitos sociais, têm-se os próprios destinatários das prestações, parte engajada da sociedade civil, sem deixar de mencionar também a sempre presente parcela de atores políticos a serviço de determinada ação demagógica ou em busca de benefícios próprios, como dividendos políticos, eleitorais ou não.

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

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

Canotilho<sup>22</sup> assenta com esmerada clareza e lucidez que quanto aos direitos subjetivos públicos, sociais, econômicos e cul-

---

<sup>22</sup> Canotilho (2001, p. 371).

turais: a um, “[...] são independentes, quanto à sua irreduzível dimensão subjetiva, das imposições constitucionais e da concretização legislativa”; e, a dois, “[...] mesmo na parte em que pressupõem prestações do Estado, são direitos originários a prestações (fundados na constituição) e não direitos a prestações derivados da lei.”

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

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

Nesse sentido, trazendo novamente o pensamento de Canotilho<sup>23</sup> à colação:

[...] os direitos subjetivos a prestações, mesmo quando não concretizados, existem para além da lei, por virtude da Constituição, podendo, podendo ser invocados, (embora não judicialmente) contra as omissões inconstitucionais do legislador.

Também é prestigiada pelo direito brasileiro a possibilidade de invocação ao cumprimento – bem defendida pelo diletto

---

<sup>23</sup> Canotilho (2001).

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

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

A principal das estratégias dos contrários à eficácia fundamental dos direitos sociais é negar a fundamentalidade deles, pelo emprego alternado ou conjunto de três argumentos topográficos, registre-se, de duvidoso embasamento teórico.

O primeiro destes argumentos se põe quanto ao posicionamento físico, no Texto da Constituição Brasileira, como cláusulas pétreas, apenas dos direitos individuais, sem menção expressa aos direitos sociais (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV); a assertiva francamente combatível por simples análise igualmente literal da denominação do Título II, da Constituição - “Dos Direitos Fundamentais”, que engloba ambas as espécies: o capítulo 1 (artigo 5º) - Dos direitos individuais e coletivos e o capítulo 2 (artigos 6º e 7º) - Dos direitos sociais.

O segundo argumento topográfico da divisão entre direitos individuais e sociais também se desdobra sobre o fato de estarem posicionados, na classificação operada por Bobbio, como diferentes gerações de direitos humanos, portanto, detentoras de também distintos graus de fundamentalidade, atribuindo-se aos sociais a

caracterização “direitos de 2ª ordem”; contra a referida estratégia, apresenta-se o princípio da historicidade dos direitos humanos, que reconhece a evolução do reconhecimento dos direitos humanos, segundo o processo gradual que acompanhou a própria luta da sociedade, primeiro, pela liberdade (século XVIII); depois, pela igualdade (século XX), portanto, em nada se relacionando qualquer juízo comparativo de valor entre estes direitos.

O terceiro argumento também topográfico, ainda como variante dessa mesma linha de sustentação, reside no fato de os direitos individuais e sociais terem sido, quando objeto de pactuação pela Organização das Nações Unidas, posicionados em diferentes documentos, a saber: a um, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e, a dois, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também é utilizado como justificativa de tratamento diferenciado em termos de cogência e fundamentalidade; igual sorte dos argumento anteriores se projeta sobre esse último arfejo denegatório da eficácia fundamental, pela simples invocação do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, que não admite segmentação axiológica entre eles, qualquer que seja a razão taxionômica de organização destes em classes, espécies, tipos, etc.

Certo é que os direitos sociais têm assento constitucional e como tais são dotados de fundamentalidade, em diferentes graus e, segundo a relação de pertinência com cada indivíduo da sociedade, sendo compreensível que as limitações de recursos do Estado não permitem entregar todos os direitos sociais a todas as pessoas componentes da população (tese de reserva do financeiramente possível), o que seria utopicamente desejável que se pudesse prestar (tese da máxima efetividade das normas constitucionais dirigentes), mas, de outra sorte, tampouco se admite que determinada parcela dos indivíduos humanamente considerados possa viver abaixo do nível mínimo admissível de dignidade (tese do mínimo existencial).

Sarlet<sup>24</sup> registra a efetiva dependência de fatores econômicos e jurídicos para o atendimento de direitos sociais prestacionais positivos, o que consubstancia verdadeira limitação fática à efetivação destes direitos, que por essa razão são ditos como dotados de relatividade, ao se verem condicionados, por vezes, à disponibilidade de recursos públicos; por outras, à necessidade de interposição legislativa para a sua regulamentação.

Quando cabalmente demonstrada, por meio de fatos e balanços de custos e resultados administrativos, a Teoria da Reserva do Financeiramente Possível (de origem tedesca) pode apresentar-se como excludente de responsabilidade quanto à obrigação administrativa no financiamento dos direitos sociais, argumento segundo o qual o Estado somente é dado por obrigado, dentro dos estritos limites que lhe sejam de razoável realização, sob a ótica material, em razão da respectiva necessidade a ser suprida e do que ela representar em termos de interesses jurídicos legítimos dos indivíduos, isolada ou coletivamente considerada.

Para o atendimento ao arranjo fático entre a necessidade de suprir as demandas sociais da população e de otimizar o necessário emprego de recursos sabidamente escassos, mais clara se mostra a inter-relação poder econômico *versus* efetividade; de outro lado, adiante da observância obrigatória do Princípio Republicano da Eficiência, pela Administração Pública – direta, indireta ou descentralizada, a menor pujança econômica não serve de “salvo conduto” ao Estado ou aos seus representantes, face à omissão ou deficiência, no plano concreto, de seu dever prestacional dos serviços públicos, quer parciais quer integrais.

De tudo o que aqui se expôs quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais, resulta clara a imprescindibilidade do debate e a busca da harmonia, mediante a ação horizontal e conjunta – cooperativa, de todos os Entes Federados, em todos os níveis, conforme o esboço federativo do Estado considerado, pois certo

---

<sup>24</sup> Salet (2005, p. 288).

também é que quanto à forma de federalismo, cada Estado acaba por desenhar, com os fatos, o seu próprio modelo, não sendo nada fácil – já pontuado na visão iheringiana – forçar o enquadramento da realidade aos *standards* preexistentes.

O Federalismo não apresenta uma dimensão estática em dimensão e no tempo, ao contrário, comporta arranjos dinâmicos, aptos a adaptarem-se às necessidades de cada sociedade, a cada tempo, como forma intuitiva de cumprimento do mandamento lassalista de conformação da realidade constitucional aos “fatores reais de poder”.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já na abertura do presente ensaio, pugnou-se pela vocação democrática do Pacto Federativo Brasileiro, detentor de uma arquitetura das mais arrojadas com um grau de abertura e visão inclusiva extremamente plural, sem precedentes.

A Carta Política também se mostra rica de previsões sobre a fundamentalidade de diversos direitos incluídos no patrimônio jurídico dos cidadãos. Desde os mais basilares e instintivos ou intuitivos direitos individuais aos complexos direitos difusos, da mais sofisticada concepção, extenso é o rol de direitos, que claramente prestigiam as tutelas prestacionais dos direitos sociais, a saber, direitos como: saúde, transporte, educação, moradia, previdência e assistência social, entre outros.

A fim de responder pelo atendimento das necessidades dos cidadãos em termos de políticas sociais – de cunho prestacional de direitos sociais, a Carta Republicana estabeleceu uma repartição de atribuições, organizacionais, governamentais, legislativas e administrativas a cada um dos componentes do complexo chamado Estado.

Portanto, faz-se assaz necessário dominar o conhecimento dessa intrincada estrutura estatal de governo e de administração pública, em seus variados matizes, a começar por seus agentes, pessoas e órgãos, de modo a bem estabelecer as particularidades entre cada

um deles e poder deles retirar o melhor em termos de vocação institucional como atores de políticas públicas.

Nesse mister, o estudo da equação da distribuição de competências pelo Texto Constitucional se faz basilar e de importância central, e comparativamente se mostrou bem amplificado em relação às constituições que se lhe fazem anteceder, proporcionando uma evolução de um federalismo nominal para um federalismo efetivo e normativo.

Os estudos de direitos sociais são recorrentes em apontar como óbices à sua efetiva realização, alguns componentes, como a baixa normatividade, associada à arquitetura inspirada em critérios de programaticidade; nesse jaez, o ponto central não será mais repetir a existência desse problema, mas apontar eventuais formas de resolvê-lo.

Ausente a positivação, ou se sustenta que ela é desnecessária, por meio de bons argumentos principiológicos, de ordem pós-positivista, ou se aponta quem são os responsáveis por suprir a carência legislativa; no exemplo, como cabe ao Poder Legislativo prover a competente positivação dessas normas, então, uma vez identificado como responsável pela ação de política faltante (União, Estado, Distrito Federal ou Município), passa-se a desferir sobre o ator silente os estímulos hábeis a lhe romper a inércia, políticos, sociais ou jurídicos, se couber.

Da mesma forma, se desvelada a limitação de ordem financeira ou orçamentária que inviabiliza o atendimento de um direito social tido como dotado de força subjetiva e, portanto, exigível, identifique-se quem detém a competência para prover a prestação e, igualmente, projete-se contra o ator omissor as ações de ordem efetivadora, seja por via de pressão política – via sociedade civil, seja por pressão jurisdicional – via ações constitucionais competentes, para o que, muito necessário se faz bem identificar quem figurará no polo passivo: a União, o Estado, o Município, o Distrito Federal, o patronato, o terceiro setor detentor de concessões, o empresário ou a sociedade, sob pena de extinção do processo por carência das condições da ação, a saber: a legitimidade passiva.

Constando a prestação faltante do rol de competências comuns ou concorrentes, a ideia geral de federação por cooperação entre os Entes Federados se apresenta como verdadeiro dever de Estado e autoriza a parte a exigir – em termos subjetivos – a prestação pelos entes alcançados em termos de competências comuns (administrativas) e concorrentes (legislativas).

Deve-se, contudo, avaliar a conveniência ou eventual obrigatoriedade em constituir o litisconsórcio (facultativo ou necessário), devendo-se aferir se a eventual presença de um ou outro Ente no polo passivo irá contribuir para a efetivação da tutela ou, ao contrário, por absurdo, irá processualmente beneficiar os réus, disponibilizando fartas oportunidades para a dilação de prazos e emprego de movimentos protelatórios.

O discurso de efetivar direitos sociais, portanto, ultrapassa em muito o debate material acerca destes direitos, a dizer: sua resistida fundamentalidade e sua força cogente como direitos subjetivos, exigíveis em razão do dever constitucional; a coercitividade e o compromisso moral das constituições dirigentes; a lacunosa posituação destes direitos; o déficit de financiamento orçamentário – com a contraposição das teorias de máxima efetividade da Constituição, de reserva do possível ou de mínimo existencial.

É verdade, sim, que todas essas provocações se revestem da maior importância, mas, segundo uma visão pragmática, a efetivação dos direitos sociais vai para além de demonstrar a sua existência, apresentar suas classes e sustentar sua cogência como direitos subjetivos. Necessário se faz enfrentar os mecanismos de efetivação e, nesse particular, segundo a visão processual, definir quem deve ser instado a cumprir tal ônus político e, se não cumprido, responder pelo dever jurídico.

Em outras palavras, se os atores de políticas públicas – seus responsáveis – não estiverem claramente identificados, será necessário explicitá-los, seja na esfera pública, no âmbito mencionado genericamente Estado, seja na esfera privada, no âmbito da sociedade brasileira. É preciso definir mais claramente quem deve responder pelo que, em cada passo do desenvolvimento e aplicação das políticas sociais.

Por isso, faz-se indispensável a detenção de uma noção mais densa acerca da órbita federativa, para que, compreendendo melhor as competências e atribuições de cada nível de estratificação federativa, possa-se definir com exatidão a quem compete cumprir qual tarefa prestacional, em vez de se alardear os textos, pura e simplesmente, para não dizer inocuamente, meramente a palavra “Estado” – sem melhor enfrentá-la, e que, nessa quadra, já parece dizer (ou fazer) muito pouco em termos de efetivação de direitos, quando não individualizado qual de seus componentes estatais estará submetido ao encargo.

A Constituição de 1988, ao prever a convivência independente, mas harmoniosa entre os Poderes constituídos, institui de forma clara e expressa a noção de cooperação entre Poderes. De igual sorte, portanto, deve ocorrer a convivência entre as Unidades da federação: União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Faz-se necessário rever o arranjo federativo para a redefinição da densidade distributiva de competências e, sobretudo, de fontes de recursos que financiem as correspondentes iniciativas, em termos de políticas públicas e de ações a realizar, entre os atores de políticas, no sentido de descentralizar atribuições e recursos para mais próximo de seus destinatários; da mesma *ratio* será a necessária expansão dos instrumentos de controle de *accountability*, afinal, quanto mais ampla a autonomia decisória, maior a responsividade, quanto aos resultados, e a responsabilidade, quanto aos repasses e dispêndios de recursos públicos ou de terceiros.

Os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil instam de igual forma a força cooperativa, ao pugnar pela redução das desigualdades regionais e sociais, pela supressão da marginalização e da miséria e, sobretudo, pela construção de uma sociedade mais livre, justa e “solidária” (art. 3º). Se o infundável alcance da palavra “solidária” não for suficiente a instigar a operação conjunta (cooperação), recorra-se, então à expressa literalidade do art. 23, parágrafo único, que põe com todas as letras a “cooperação” como dever político, jurídico e social, a predizer que: “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os

Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ALVAREZ, Anselmo Prieto; NOVAES FILHO, Wladimir. *A Constituição dos EUA – anotada*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

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

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas – princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza, 1984.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classic, 2003.

LIMONGI, Fernando Papaterra. O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (Org.). *Os Clássicos da Política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MELO NETO, Antonio Saboia. *Federalismo e direitos sociais – reflexões sobre a possibilidade de conciliação*. São Paulo: [s. n.], 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Os Novos Paradigmas do Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Thiago de. *O Poder Local e o Federalismo Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo Assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Federalismo e articulação de competências no Brasil. In: PIERRE, Jon; PETERS, B. Guy (Org.). *Administração Pública – coletânea*. São Paulo: Unesp, Brasília, DF: ENAP, 2010.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, Democracia e Administração Pública no Brasil*. São Paulo: FGV, 2004

\_\_\_\_\_. *Fundamentos de Administração Pública Brasileira*. São Paulo: FGV, 2012.



# V. INSTITUIÇÕES E MECANISMOS DE GARANTIA



# O SISTEMA EUROPEU DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Argelia Queralt Jiménez\*

## 1 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL E SUPRANACIONAL DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL

A Constituição espanhola prevê um conjunto de garantias para os direitos e liberdades previstos no Capítulo II, Título I, garantias que revestem uma maior intensidade a respeito dos direitos da Secção II. Agora, para além deste sistema de garantias interno existem, no âmbito internacional, uma série de sistemas de tutela destes mesmos direitos e liberdades, em que pese no âmbito internacional são denominados direitos humanos seu conteúdo essencial protege uma mesma realidade. O processo de internacionalização da garantia dos direitos e liberdades fundamentais produziu-se depois da Segunda Guerra Mundial e supôs a criação de instituições de diferente natureza, com a finalidade de assegurar o respeito dos direitos humanos por parte dos Estados. A garantia internacional destes direitos oferece-se em regime de subsidiariedade, isto é, uma vez esgotados os mecanismos internos de garantia: somente entram em funcionamento se as vias previstas em um determinado Estado não servem para oferecer adequada tutela dos direitos e liberdades vulnerados.

Na Europa esta proteção internacional e subsidiária oferece o sistema europeu de garantia dos direitos humanos, desenvolvido no seio do Conselho da Europa. Diferente é por outro lado a natureza da proteção que oferece o sistema de direitos e liberdades fundamentais da União Europeia enquanto este não é um sistema de tutela subsidiário, senão um sistema primário e autônomo, que pro-

---

\* Professora de Direito Constitucional na Universitat de Barcelona.

tege os direitos dos cidadãos da União que tenham sido vulnerados sob o âmbito competencial do ordenamento jurídico comunitário.

## **2 O CONSELHO DA EUROPA**

### **2.1 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS NA EUROPA**

No continente europeu, depois da Segunda Guerra Mundial, os movimentos favoráveis à construção de um novo espaço europeu baseado no Estado de Direito, o respeito dos direitos e liberdades fundamentais e desenvolvimento econômico e social se aglutinaram em um primeiro momento em torno do Comité Internacional dos Movimentos pela Unidade da Europa. Conquanto ficou claro depois da celebração do Congresso da Europa (Haia, 1948) que a finalidade de todos era trabalhar na configuração de uma Europa politicamente unida, a verdade é que não existia acordo sobre como atingir dito objetivo. De um lado, alguns consideravam que este projeto era demasiado ambicioso para poder ser levado a cabo de uma maneira imediata. Por isso, apostaram por realizar uma aproximação entre os Estados europeus mediante instrumentos de cooperação e colaboração comercial e econômica, mantendo a integração política como objetivo final, uma vez atingido um maior e mais maduro nível de coesão entre os Estados europeus. Dessa forma, inicia-se o caminho para a constituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) em 1951, e, posteriormente, a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEAA), em 1957. Como é sabido estas comunidades têm dado lugar à atual União Europeia, em que hoje ficam aglutinadas. Em qualquer caso, em relação à proteção dos direitos e liberdades, desde seu início uma das grandes carências das Comunidades Europeias tem sido que, para além do reconhecimento das liberdades comunitárias, não se contasse com um sistema próprio de garantia dos direitos fundamentais ou, nem sequer, com uma declaração própria de direitos que pudesse servir

de parâmetro de validade da atuação das instituições das Comunidades e, à medida que o projeto de integração europeia fosse sendo consolidado, dos Estados-parte em execução ou desenvolvimento do Direito comunitário. A explicação para esta omissão se encontra no marcado caráter econômico que caracterizou a primeira etapa das Comunidades Europeias; naquele momento inicial, a aproximação política entre os países do ocidente europeu parecia que deveria ser levado a cabo no marco do Conselho da Europa. Por outra parte, tinha-se considerado, igualmente, o fato de que todos os Estados membros contavam em seus respectivos ordenamentos internos com catálogos de direitos e com as garantias adequadas para proteger tais direitos. Esta situação tem evoluído com os anos, tanto, que na atualidade contamos com uma Carta de direitos fundamentais da União Europeia que, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, goza da mesma natureza e força jurídicas que os Tratados Constitutivos. Em qualquer caso, como já dito, o sistema de garantia dos direitos fundamentais na União Europeia não é um sistema subsidiário, se não um sistema primário de garantia.

## 2.2 O CONVÊNIO EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Paralelamente ao processo que se acaba de apresentar, no Congresso da La Haya, de 1948, estabeleceram-se, igualmente, as pautas prioritárias de atuação para a criação de uma estrutura internacional que tivesse como objetivos a vontade de defender e de promover a liberdade e a democracia na Europa. Com este propósito, dez Estados europeus, Bélgica, França, Luxemburgo, Holanda, Grã-Bretanha, Irlanda, Itália, Dinamarca, Noruega e Suécia assinaram o Estatuto do Conselho da Europa, em 5 de maio de 1949, em Londres. O Conselho da Europa nascia como uma organização regional de fins gerais que perseguia, tal e como se desprende do art. 1º de seu Estatuto, atingir uma grande unidade entre seus membros para salvaguardar e realizar os ideais e princípios que são patrimônio comum de todos eles, essencialmente, o fortalecimento

e desenvolvimento do Estado de Direito e o respeito e garantia dos direitos fundamentais das pessoas.

O Conselho da Europa tem experimentado com o passar dos anos um importante crescimento, tanto do ponto de vista de seus membros quanto referente às suas atividades; assim, os 10 Estados fundadores se converteram hoje em 47 Estados membros, nos quais se encontram os Estados de toda a Europa (ocidental, central e oriental), bem como a Rússia e Turquia. Assim, esta enorme ampliação tem suposto que esta organização internacional se tenha visto obrigada a adaptar às necessidades de todos os Estados e ir, paralelamente, aumentando seu campo de atuação.

Ao amparo do Conselho da Europa convivem também mecanismos extraconvencionais e convencionais de garantia dos direitos humanos. Entre os primeiros cabe destacar o trabalho desempenhado pelos órgãos do próprio Conselho, a Assembleia Parlamentar, o Comitê de Ministros, e o Secretário Geral, e, recentemente, o trabalho do Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, criado em 1999, que tem como função principal a de promover o respeito efetivo dos direitos humanos nos Estados membros. Entre os convencionais existem dois mecanismos generalistas: o Convênio Europeu de Direitos Humanos e a Carta Social Europeia. Também têm aparecidos importantes mecanismos temáticos, entre os quais cabe destacar por sua efetividade o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratos Desumanos ou Degradantes, em funcionamento desde 1987, ou a Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância, que atua desde 2002.

A Carta Social Europeia (CSE) foi aprovada em Turín, em 18 de outubro de 1961, e revisada em 1996; a original entrou em vigor em 26 de fevereiro de 1962. Este texto reconhece os direitos sociais e econômicos dos trabalhadores e instaura um sistema de controle. Tal sistema prevê o Comitê Europeu de Direitos Sociais e um sistema de relatórios anuais por meio dos quais os Estados parte informam ao Comitê sobre a situação e nível de desenvolvimento dos direitos sociais em seus territórios. O Comitê redige um Relatório no qual expõe sua opinião a respeito da compatibilidade

da situação descrita com as previsões da Carta. Se os Estados parte depois da publicação do Relatório Anual não tomam nenhuma medida no sentido de melhorar o nível de garantia destes direitos, é o Comitê de Ministros que redigirá uma Recomendação, na qual compete ao Estado o cumprimento das obrigações derivadas de sua participação na Carta Social. Por outra parte, em virtude do Protocolo facultativo à CSE, de 1995, podem apresentar queixas coletivas ante o Comitê uma série de entidades com fins sociais (sindicatos, organizações empresariais, ONGs) alegando a vulnerabilidade pelos Estados ratificantes dos direitos reconhecidos na CSE.

O Convênio Europeu de Direitos Humanos, aprovado em Roma em 4 de novembro de 1950, foi o primeiro grande resultado dos trabalhos do Conselho da Europa. O Convênio Europeu se converteu, como expressa seu Preâmbulo, em um médio imprescindível no caminho de construção de uma Europa democrática, baseada no estado de Direito e no respeito e garantia dos direitos fundamentais das pessoas. Este tratado internacional multilateral contém um catálogo de direitos individuais e políticos essencialmente e, ademais, um mecanismo de tutela jurisdicional de tais direitos.

O Convênio deixa fora de seu catálogo, salvo alguma exceção, os denominados direitos econômicos, sociais e culturais – que ficariam recolhidos mais tarde na CSE – optando por limitar seu alcance aos direitos civis e políticos, e, assim, “tomar as primeiras medidas adequadas para assegurar a garantia coletiva de alguns dos direitos enunciados na Declaração Universal” (Preâmbulo do CEDH). Ademais, com os anos, objetivando manter vivo o Convênio, este catálogo de direitos originário tem sido complementado mediante Protocolos facultativos adicionais. Ao ser facultativos estes textos são ratificados pelos Estados que assim decidem fazê-lo e somente a eles vinculam as obrigações que dos Protocolos se derivam. Depois das ratificações dos Protocolos num. 4, 7 e 13 ao CEDH nos últimos meses de 2009, Espanha é hoje parte de todos estes instrumentos facultativos.

Agora, o que torna realmente singular o sistema europeu de garantia é o mecanismo de controle por ele previsto: trata-se

de um sistema de tutela internacional plenamente jurisdicional ao que os Estados e os particulares acessam em igualdade de condições para a defesa dos direitos e liberdades convencionais. Trata-se de um sistema subsidiário de controle que apenas entrará em jogo quando os sistemas internos de tutela falharem.

Também o mecanismo de garantia tem experimentado sucessivas reformas tanto para melhorar o procedimento quanto para permitir aos particulares uma maior participação ante os órgãos de garantia. As reformas do CEDH produziram-se por meio de Protocolos de emenda que à diferença dos Protocolos facultativos, anteriormente mencionados, precisam da ratificação de todos os Estados parte para entrar em vigor e, conseqüentemente, para que se produza a reforma neles prevista. O sistema vigente hoje é o que se pôs em funcionamento, com a entrada em vigor do Protocolo núm. 14 ao CEDH, em junho de 2010. Este novo instrumento intenta melhorar a produtividade e a efetividade do sistema, e para isso incorpora medidas destinadas essencialmente a melhorar a fase de admissão das demandas, a dotar de maior celeridade a sua resolução e a fortalecer o procedimento de execução das sentenças.

### **2.3 ELEMENTOS CONFIGURADORES DO SISTEMA EUROPEU DE GARANTIA**

O Convênio Europeu instaura um sistema de garantia coletiva, no qual ficam implicados todos os Estados parte, o que supõe que a segurança dos direitos das pessoas em si considerada é base suficiente para iniciar o sistema de proteção do CEDH. Ademais, a garantia colectiva implica que não é necessário o vínculo de nacionalidade entre o Estado demandado e o particular afetado para velar pelo respeito dos direitos e liberdades convencionais (art. 1 CEDH), sendo o único requisito que a vítima esteja sob a jurisdição do Estado demandado. Também não se requer reciprocidade para exigir o cumprimento das obrigações derivadas da Convenção. Esta circunstância é consequência de que as obrigações derivadas

do CEDH são de natureza objetiva. Esta objetividade deriva, por sua vez, do fato de que os Estados parte, ao ratificarem o Convênio, aceitam que os direitos e liberdades nele recolhidos conformam o patrimônio comum de seus ideais e de suas tradições políticas às que o Preâmbulo do CEDH se refere e, portanto, são eles mesmos os que devem assegurar coletiva e solidariamente a segurança daqueles direitos. O caráter objetivo das obrigações do CEDH supõe, ademais, reconhecer seu caráter *erga omnes*.

Outro dos aspectos determinantes da configuração do sistema europeu de garantia é que o CEDH representa um catálogo de mínimos. Mencionou-se já que o CEDH recolhe quase exclusivamente direitos civis e políticos. A razão está em que os redatores pretendiam conseguir um texto de mínimos com vocação universal, isto é, que fosse suscetível de ser aceite e ratificado pelo maior número de Estados possível. Tinha de encontrar, pois, o núcleo essencial de direitos e liberdades necessários para o correto desenvolvimento das democracias naquele tempo existentes.

Por último, para entender corretamente o funcionamento do sistema europeu de garantia, deve-se considerar que, como tantas vezes tem reiterado o TEDH, o Convênio é um instrumento vivo que precisa de uns critérios interpretativos específicos, conformes com seu objeto e finalidade, essencialmente, a proteção efetiva e real dos direitos humanos. Como consequência desta concepção o TEDH advoga pela interpretação que mais favoreça a efetividade dos direitos e liberdades convencionais (STEDH caso Wemhoff contra Alemanha, de 27 de junho de 1968) e pela utilização do critério interpretativo de efeito útil, que tem levado este órgão jurisdicional a realizar interpretações extensivas do alcance de um determinado direito, a estender o âmbito territorial a respeito do que os Estados serão responsáveis (caso Loizidou contra Turquia, de 23 de março de 1995), a reconhecer a legitimidade ativa ante o TEDH das vítimas potenciais e indirectas (Klass contra Alemanha, de 6 de setembro de 1978 ou Demiray contra Turquia, de 21 de novembro de 2000) e a desenvolver a doutrina das obrigações positivas (Fuentes Bobo contra Espanha, de 29 de fevereiro de 2000) que implica que

os Estados parte ficam obrigados tanto a não interferir no exercício dos direitos e liberdades reconhecidos, como a prover os meios necessários para que aqueles possam ser exercidos real e efetivamente.

Todos estes elementos relacionados com o alcance dos direitos convencionais desenvolvidos pelo TEDH em sua jurisprudência têm passado a fazer parte do acervo convencional a que os Estados ficam vinculados.

### **3 O TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS**

#### **3.1 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL EUROPEU**

O art. 20 CEDH estabelece que o Tribunal estará formado por tantos juízes como Altas partes contratantes, o que hoje supõe um órgão colegiado composto por 47 juízes. No desenvolvimento de sua função jurisdicional contarão com o apoio de um Secretário e estarão assistidos por Relatores (art. 24 CEDH).

Os juízes do Tribunal são eleitos pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa entre pessoas que gozem da mais alta consideração moral e que reúnam as condições requeridas para o exercício de altas funções judiciais ou sejam juristas de reconhecida concorrência. A eleição produz-se a partir de um trio de candidatos apresentados pelos Estados parte, candidatos selecionados por meio de um sistema de entrevistas (“audiências”) realizadas pelos Parlamentares do Conselho da Europa. O mandato atual dos Juízes é de 9 anos, não renovável, que em todo o caso finalizará aos 70 anos (art. 23 CEDH).

Os juízes desempenham seu cargo em regime de exclusividade e respeitando os princípios de independência e imparcialidade judicial, de acordo com os orçamentos próprios de toda a atividade que se pretenda jurisdicional. Para assegurar o cumprimento destes princípios preveem-se uma série de mecanismos de substituição, abstenção, separação de cargo dos juízes em determinados supostos (arts. 23 CEDH e 28 RTEDH). Assim, o art. 23 CEDH prevê que a

decisão de separar a um juiz de seu cargo deva ser adotada por dois terços do Pleno do Tribunal quando aquele tenha deixado de reunir as condições requeridas para fazer parte desta jurisdição. Esta previsão garante a inamovibilidade judicial e a independência dos juízes do TEDH, já que se exclui a possibilidade de que os Estados possam pretender a expulsão de um juiz por motivos políticos. Assim mesmo, garante-se o bom funcionamento do Tribunal de Estrasburgo enquanto o sistema poderá prescindir daqueles juízes que não cumpram com seu cometido, de acordo com os requerimentos convencionais.

### 3.2 FORMAÇÕES JURISDICIONAIS DO TRIBUNAL EUROPEU

Com a entrada em vigor do Protocolo núm. 14 CEDH, as formações do TEDH são o juiz único, os comitês de três juízes, salas, o colégio de cinco juízes e a Grande Sala. Em nenhum caso conta o Pleno do Tribunal Europeu com potestades propriamente jurisdicionais (art. 25 CEDH) senão que tem atribuídas funções relativas a questões da organização interna do Tribunal. O Pleno elege ao Presidente do Tribunal e a dois Vice-presidentes.

Uma vez apresentada uma demanda ante o TEDH, se o Relator não judicial entende que a inadmissibilidade do assunto pode “se adotar sem ter que proceder a um exame complementar” a demanda será dirigida à formação do juiz único, o qual lembrará, mediante decisão, a não admissão de dita demanda (Art. 49 REDTH e art. 52 RTEDH). Considera-se, por outro lado, que a demanda precisa de um estudo mais detalhado, sendo dirigido ante o Comitê de 3 juízes ou a Sala de 7 juízes. Assim, o Comitê de 3 juízes é competente agora das questões de admissibilidade mais complexas e de resolver sobre questões de fundo naqueles assuntos relativos à existência de uma jurisprudência consolidada do Tribunal. Em caso contrário, a demanda será derivada a uma Sala, compostas por 7 juízes. Por sua vez, a Grande Sala, formada por 17 juízes, incluídos o Presidente e os Vice-presidentes do Tribunal, ventila as questões

de maior transcendência na aplicação e interpretação do CEDH, seja pela prévia inibição a seu favor de uma Sala, seja por meio do reexame do assunto solicitado pelas partes (art. 31 CEDH). Por último, o colégio de cinco juízes, cuja função é a de filtrar os assuntos a respeito do que as partes têm solicitado o reexame, garantindo, dessa forma, que só cheguem ante a Grande Sala os assuntos realmente relevantes sob os parâmetros de Convênio Europeu.

Ainda que não são propriamente formações do Tribunal, deve-se mencionar as figuras do juiz nacional e do juiz ad hoc. O juiz eleito, relativo a um Estado parte, chamado juiz nacional (art. 26 CEDH), é membro de pleno direito da Sala e da Grande Sala que dizem respeito ao assunto em que o Estado pelo qual foi eleito esteja implicado. O juiz nacional não poderá ser Juiz único mas poderá fazer parte do comitê de três juízes quando esta formação conhecer o assunto. Em caso de o juiz nacional se ver impossibilitado de assistir, prevê-se a figura do juiz ad hoc, que vem a ser o substituto do juiz nacional (art. 26 CEDH). A previsão do juiz nacional, e se for o caso do juiz ad hoc, como um dos integrantes da Sala que vai decidir sobre o fundo costuma se justificar em razão dos conhecimentos que sobre seu próprio ordenamento nacional contribua o dito juiz.

### 3.3 O PROCEDIMENTO ANTE O TRIBUNAL EUROPEU

O objeto do procedimento contencioso ante Estrasburgo são as supostas violações dos direitos convencionais geradas pelos poderes públicos de um Estado parte (poderes estatais, regionais ou locais). Gozam de legitimação ativa para interpor uma demanda tanto os Estados parte (art. 33 CEDH) quanto qualquer pessoa física, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de uma violação, por um Estado parte dos direitos reconhecidos no Convênio ou seus Protocolos (art. 34 CEDH).

O procedimento ante o Tribunal Europeu rege-se pelos princípios de publicidade – tanto do procedimento quanto no aces-

so aos documentos (art. 40 CEDH) –, de contradição entre as partes (art. 38 CEDH) e de igualdade de armas. As deliberações se desenvolvem à porta fechada e a adoção de decisões realiza-se mediante a aplicação da regra da maioria. Em caso de empate, o Presidente da Sala disporá de voto decisivo, ficando proibida a abstenção. Assim mesmo, o art. 45. 2 CEDH prevê a existência dos votos particulares quando a decisão na sentença não represente a opinião unânime de todos os juízes. Por último, o art. 45. 1 CEDH estabelece o mandato de motivar as sentenças, bem como as resoluções que declarem a admissibilidade ou não admissibilidade das demandas. As únicas decisões que não precisam ser motivadas são as de não admissibilidade tomadas pelos juízes únicos.

A primeira fase propriamente judicial com a que se encontra uma demanda é a de admissão. Esta fase tem sido fortemente afetada pelo Protocolo núm. 14, já que aos tradicionais critérios de admissibilidade (art. 35 CEDH) incorpora-se um novo critério que pode supor, de fato, a mudança da natureza do recurso ante o Tribunal de Estrasburgo: não se admitirá um assunto se o demandante não tiver sofrido um dano relevante, salvo que, a respeito dos direitos convencionais e de seus Protocolos exija o exame sobre o fundo do assunto, ou o assunto não tenha sido adequadamente estudado por um tribunal interno. Rapidamente observa-se que dependendo do alcance que se reconheça a este novo critério de admissibilidade a posição do indivíduo ante o TEDH pode experimentar uma verdadeira transformação.

A decisão de inadmissibilidade será adotada pelo juiz único. Considera-se, por outro lado, que a demanda precisa de um estudo mais detalhado, a demanda será dirigida ante o Comitê de 3 juízes ou a Sala. Nesse caso, o Presidente da Seção nomeará um juiz palestrante que, realizadas as atuações pertinentes, elevará sua proposta de decisão ao correspondente comitê de 3 juízes por considerar que o assunto pode ser resolvido conforme a jurisprudência do TEDH já consolidada. Nesse caso, poderão ocorrer três situações diferentes: o comitê a) por unanimidade não admite a demanda mediante decisão; b) por unanimidade, dita sentença sobre

a admissibilidade e o fundo do assunto; c) se entre os membros do comitê existam dúvidas ou discrepâncias a respeito das questões propostas, o assunto passará diretamente às mãos da Sala.

A Sala de 7 juízes receberá o assunto do juiz único, do juiz palestrante ou do comitê de 3 juízes. A Sala uma vez recolhida toda a informação necessária poderá a) não admitir a demanda; b) ditar sentença sobre a admissibilidade e o fundo do assunto; c) inibir-se a favor da Grande Sala.

O procedimento ante o juiz único e o comitê de 3 juízes é escrito. Somente ante a Sala e a Grande Sala prevê o art. 59 RTEDH a celebração de uma vista oral após ter-se decidido, se for o caso, pela admissão da demanda e antes de ditar sentença. Tampouco ante a Sala e a Grande Sala celebrar-se-á uma vista oral: a literalidade do RTEDH parece indicar que a norma é o caráter escrito de todo o procedimento, já que as vistas irão decidir a Sala ou a Grande Sala e o consideram necessário.

Durante o exame do assunto e antes de ditar-se a sentença podem se produzir dois fenômenos diferentes: por um lado, cabe a possibilidade de que as partes atinjam um arranjo amistoso (art. 39 CEDH). Este acordo entre as partes caracteriza-se por se conseguir, por intermédio de uma negociação confidencial, que supõe a finalização do processo mediante uma sentença que se limitará a uma breve exposição dos fatos e da resolução adotada entre as partes envolvidas no assunto depois que a formação competente verifique que o acordo se tenha alcançado sobre a base do respeito dos direitos humanos reconhecidos pelo Convênio e seus Protocolos. Esta forma de pôr fim aos conflitos que se apresentam ante o Tribunal Europeu tem bastante sucesso porque faz efetiva a garantia oferecida pelo sistema europeu, já que os Estados se comprometem a acabar com a situação lesiva e a ressarcir ao particular pelos danos sofridos, e, ao mesmo tempo, o Estado implicado evita uma condenação pública do Tribunal e a conseqüente repercussão em suas relações com o resto de membros da comunidade internacional.

Assim mesmo, durante a tramitação pode ocorrer que a Sala se iniba a favor da Grande Sala se entende que o assunto a tratar

propõe uma grave questão relativa à interpretação do CEDH, ou se comprova que a solução de tal assunto poderia ser contrário a soluções anteriores adoptadas pelo TEDH (art. 30 CEDH). Este mesmo preceito no fim estabelece que as partes têm direito de veto em relação à decisão da Sala, impedindo que esta eleve o assunto ante a Grande Sala, devendo prosseguir, então, o procedimento ante a Sala. Em que pese chocante o reconhecimento desta prerrogativa, deve-se reconhecer que até a data as partes têm feito pouco uso dela.

O CEDH não prevê a possibilidade de que as formações do TEDH possam adotar medidas cautelares. É o Regulamento do TEDH que contempla que possam solicitar – não obrigar – aos Estados parte um procedimento em que se adotem medidas provisórias em interesse das partes ou da boa marcha dos procedimentos. Depois de anos evitando abordar esta questão em profundidade e em que pese as tentativas da desaparecida Comissão Europeia, finalmente o Tribunal tem confirmado a obrigação dos Estados parte de observar as medidas cautelares por aquelas assinaladas, concretamente na sentença da Grande Sala no assunto *Mamatkulov e Askarov contra Turquia*, de 4 de fevereiro de 2005. Esta decisão reconhece que, em determinados casos, poderá exigir aos Estados parte a adopção das medidas cautelares assinaladas pelo TEDH, com a finalidade de garantir o exercício do direito do particular de interpor uma demanda ante esta jurisdição (art. 34 CEDH). Se as medidas cautelares não são adoptadas pelo Estado parte, este poderá ser declarado responsável por vulnerar dito direito, o que gera uma contravenção do citado art. 34 CEDH e um não cumprimento da obrigação decorrente do art. 1 CEDH, de proteger os direitos e liberdades europeus.

Uma vez que o Comitê de 3 juízes ou, se for o caso, a Sala considerem que contam com a informação necessária sobre o assunto procederá o dito da sentença. Na sentença apresentam-se os antecedentes de fato, os fundamentos jurídicos e a falha. Na falha da sentença, o Tribunal declarará, se for o caso, a violação do direito ou direitos convencionais afetados. Assim mesmo, poderá fixar, se considerar necessário, uma satisfação equitativa (art. 41 CEDH). Esta última se erige em recurso subsidiário para aquelas

ocasiões nas que o TEDH observe que o ordenamento jurídico do Estado responsável da violação do direito ou liberdade convencional não prevê os mecanismos necessários para atingir o reparo total ou restituição na íntegra da situação lesiva. A aplicação deste artigo convencional é quiçá, por sua efetividade, a que gera umas consequências imediatas mais claras, mais palpáveis, a respeito do indivíduo ou indivíduos imersos em um procedimento em Estrasburgo. Ao amparo do art. 41, CEDH, o TEDH poderá fixar uma compensação equitativa em conceito de danos materiais, danos morais, despesas e custo processual. A satisfação equitativa deverá ser paga em três meses; a prática demonstra um alto grau de diligência no cumprimento desta obrigação.

Como mencionado anteriormente, a formação mais ampla do Tribunal, a Grande Sala, conhecerá um assunto em duas hipóteses: por inibição da Sala (art. 30 CEDH) e em caso de reexame de sentença de Sala (art. 43 CEDH). No caso da inibição por parte de uma Sala, uma vez que a Grande Sala se faz com o assunto entrará a conhecer tanto as questões de admissibilidade – se propuseram dúvidas à Sala – quanto de fundo. Isto é, a Grande Sala se faz completamente com o assunto. O reexame do assunto ante a Grande Sala, por outro lado, pode ser solicitado pelas partes, no prazo de três meses seguintes à sentença da Sala, se coincide algum dos motivos fixados pelo CEDH em seu art. 43. O reexame supõe conceder às partes a oportunidade de dirigir seu assunto a um colégio de cinco juízes que será o que determinará se o assunto reveste a seriedade necessária para ser revisado pela Grande Sala. Este reexame fica configurado, portanto, como um instrumento excepcional. O colégio de 5 juízes aceitará o reexame se o assunto propõe uma questão grave relativa à interpretação ou à aplicação do Convênio ou de seus Protocolos, ou uma questão grave de caráter geral (art. 43. 2 CEDH). A prática do colégio de 5 juízes põe de manifesto a excepcionalidade com a que o reexame está a ser considerado pelos próprios membros do TEDH.

Tanto no caso de que a Grande Sala conheça de um assunto depois da inibição de uma Sala quanto depois da aceitação

do reexame pelo colégio de 5 juízes, o procedimento que se segue ante ela é exatamente igual que perante a Sala, inclusive no relativo à possibilidade de conseguir um arranjo amistoso entre as partes. Também a sentença de Grande Sala terá o mesmo conteúdo que o explicado em relação às sentenças de Sala.

Com a entrada em vigor do Protocolo núm. 14 a Grande Sala conta com uma nova competência: resolve as questões de não cumprimento de sentença que lhe eleve o Comitê de Ministros em virtude do novo art. 46. 4 CEDH. A Grande Sala deverá decidir se a negativa do Estado em relação ao cumprimento de uma sentença do Tribunal supõe uma quebra das obrigações derivadas do art. 46. 1 CEDH.

## 4 AS SENTENÇAS DO TRIBUNAL EUROPEU

### 4.1 NATUREZA E SUPERVISÃO DA EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS

As sentenças das formações do TEDH são definitivas, declarativas, obrigatórias, mas não executivas. Efetivamente, a falha do Tribunal é meramente declarativa e, nele não aparece que autoridade pública estatal deva ser responsável direta nem que medida – ou medidas – deveria se tomar para se proceder à restituição integral da pessoa afetada em seu direito. O caráter exclusivamente declarativo da falha das sentenças do TEDH – excluindo as do art. 41 CEDH – supõe que, *per se*, não implicam a modificação, eliminação ou criação de nenhuma relação jurídica no ordenamento interno do Estado responsável da vulneração.

Agora bem, em virtude do art. 46. 1 CEDH, os Estados ficam juridicamente obrigados a acatar as sentenças firmes do TEDH. Esta obrigação jurídica vem acompanhada de um mecanismo de supervisão pelo que pretende se garantir seu efetivo cumprimento (art. 46. 2 CEDH), função que desempenha o Comitê de Ministros. A obrigação que impõe o art. 46. 1 CEDH é de resultado, o que significa que dada sua incapacidade para intervir diretamente no ordenamento interno, o TEDH se limita a declarar que

se produziu a violação do CEDH e deixa em mãos do Estado parte responsável a determinação e a implementação dos meios necessários para acatar a sentença do TEDH. Esta peculiar distribuição de funções entre o TEDH e o Estado parte responsável entende-se em um sistema de proteção internacional e subsidiário dos direitos humanos no que os responsáveis diretos do reconhecimento e garantia de tais direitos são os Estados (art. 1 CEDH).

Agora, deve-se destacar que a função de supervisão da execução das sentenças do TEDH que realiza o Comitê de Ministros se viu reforçada com a entrada em vigor do Protocolo num. 14. Assim, o novo art. 46 CEDH, em primeiro lugar, prevê que o Comitê de Ministros possa solicitar um esclarecimento relativo à interpretação de uma de suas sentenças ao TEDH, com o objetivo de eliminar qualquer dúvida de caráter interpretativo que pudesse entorpecer a execução daquela decisão. Em segundo lugar, e é esta a novidade relativa à fase de execução mais destacada, se o Comitê de Ministros considera que um Estado demandado recusa dar efetivo cumprimento a uma sentença declarativa da violação do CEDH poderá elevar o assunto ante a Grande Sala e esta deverá decidir se a atitude passiva do Estado supõe uma quebra das obrigações derivadas do art. 46. 1 CEDH. Se a Grande Sala declara vulnerado dito artigo, o caso voltará às mãos do Comitê de Ministros e este decidirá que medidas devem tomar contra o Estado não cumpridor.

#### **4.2 DECISÕES NÃO EXECUTIVAS, MAS OBRIGATÓRIAS**

Em que pese as sentenças não são executivas, alguns Estados Partes têm estabelecido em seus respectivos ordenamentos medidas que buscam dar efetivo cumprimento às sentenças do TEDH. As soluções adotadas pelos Estados são bastante heterogêneas, ainda que se pode destacar como elemento comum a muitas delas a eleição dos tribunais internos e os processos de revisão de sentença firme em processos penais como mecanismos de execução.

Agora, a obrigatoriedade das sentenças do Tribunal de Estrasburgo também deve-se entender estendida sobre os efeitos interpretativos que aquelas geram. De fato, aceita-se que a jurisprudência do Tribunal se converteu no regular mínimo em matéria de direitos e liberdades que os juízes internos – e demais autoridades públicas – deverão respeitar na interpretação do CEDH e de seus próprios catálogos de direitos fundamentais. Dessa forma, o Tribunal Europeu se erige no protagonista do processo de harmonização em matéria de direitos e liberdades na Europa. Os efeitos interpretativos das sentenças do TEDH calam com diferente intensidade nos ordenamentos jurídicos internos.

## **5 A EFETIVIDADE DAS SENTENÇAS EUROPEIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL**

No ordenamento jurídico espanhol e segundo a legislação vigente não existe nenhum mecanismo que preveja expressamente a possibilidade de executar em sentido estrito as sentenças do TEDH contra Espanha, nas que se tenha declarado a violação de algum dos direitos do CEDH. O único caso no que em Espanha se revisou um procedimento já fechado pelo aparecimento de uma sentença do Tribunal de Estrasburgo se produziu com a Sentença do Tribunal Constitucional 245/1991, de 16 de dezembro, em que por intermédio do recurso de amparo o Tribunal executou em seus próprios termos a sentença europeia caso Barberà, Messegué e Jabardo contra Espanha, de 6 de dezembro de 1988. Desde então o Tribunal Constitucional espanhol manteve-se relutante a recuperar os critérios de sua sentença de 1991, e não tem voltado a executar nenhuma outra decisão de Estrasburgo.

Agora, diferente é a intensidade dos efeitos interpretativos das sentenças de Estrasburgo no ordenamento jurídico espanhol graças ao art. 10. 2, da Constituição Espanhola, que prevê o seguinte:

As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece, interpretar-se-

-ão de conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados por Espanha.

O art. 10. 2, CE, tem sido objeto de múltiplos estudos, uma vez que é uma das peças principais da relação entre Direito internacional e ordenamento jurídico interno. Não é um preceito que determine a posição que um ou outro tratado internacional ratificado por Espanha deva adotar em nosso ordenamento jurídico, senão que se trata mais bem da constitucionalização de uma determinada função que os tratados internacionais em matéria de direitos fundamentais jogam em nosso sistema: a interpretação dos direitos e liberdades recolhidos em nossa Constituição.

O art. 10. 2 CE impõe um modelo interpretativo aos aplicadores e intérpretes do Direito. Isto não significa que os Tribunais, incluído o Tribunal Constitucional, tenham a obrigação de explicitar na motivação de suas sentenças a conformidade de seus argumentos com os dos tratados internacionais implicados, senão que o relevante da obrigação imposta pelo art. 10. 2 CE reside em que efetivamente os Tribunais compatibilizem suas argumentações sobre direitos fundamentais com os tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Ademais, se estes preveem órgãos de controle, a compatibilidade da interpretação deverá estender a seu labor de desenvolvimento e atualização. A finalidade do art. 10. 2 CE é que dos motivos judiciais se infira a compatibilidade do conteúdo dos direitos com as normas internacionais.

Como exemplo cabe assinalar que um estudo das sentenças do Tribunal Constitucional põe de manifesto que a menção expressa do art. 10. 2 CE é escassa em proporção ao número de casos nos que o TC, em cumprimento de seu mandato, faz uso dos instrumentos hermenêuticos que lhe brindam os tratados internacionais. Ademais, é um fato que os referentes interpretativos que utiliza o Tribunal Constitucional como maior regularidade são o Convênio Europeu e a jurisprudência do Tribunal Europeu. A razão é singela: o regular europeu de garantia se erige hoje em lhe

regular mínimo e comum a todos os Estados que conformam em Conselho da Europa e isso se deve, em grande parte, à credibilidade que aquele sistema gera pela natureza jurisdicional do órgão de controle que garante o respeito de seus direitos.

## REFERÊNCIAS

CASTELLÀ ANDREU, J. M. “El art. 10. 2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales”. In: APARICIO PÉREZ, M. A. (Coord.). *Derechos constitucionales y formas políticas*. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado Autonómico, Barcelona, 2001.

GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: CEPC, 2009.

GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. *La Europa de los Derechos (El Convenio Europeo de Derechos Humanos)*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2009.

QUERALT JIMÉNEZ, A. *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

LA INTERPRETACIÓN de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional. Madrid: CEPC, 2008.

LA PROTECCIÓN de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH. en *REDE*, n. 36, p. 487-520.

LA PROTECCIÓN internacional de los derechos fundamentales. In: AGUADO RENEDO, C.; ARAGON REYES, M. (COORD.): *Derechos Fundamentales y su Protección*. Temas básicos de Derecho Constitucional. Madrid, 2011. Tomo III.

SAIZ ARNAIZ, A. *La Apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la constitución*. Madrid: Consejo General del Poder General, 1999.

# **A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O ASSIM CHAMADO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS INTERNOS ANALISADOS À LUZ DO CASO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS**

Ingo Wolfgang Sarlet\*

## **1 NOTAS INTRODUTÓRIAS**

As relações entre a Constituição (mas também do direito interno dos Estados em geral) e a ordem jurídica internacional seguem merecendo lugar de destaque na pauta política e jurídica, seja no Brasil seja no exterior. Com efeito, ainda mais no âmbito de um Mundo globalizado, a existência de um diálogo entre as diversas ordens jurídicas (nacionais e supranacionais) e o reconhecimento da necessidade de considerável dose de harmonização entre os ordenamentos dos diversos Estados (por meio de um efetivo Direito Internacional Público e, cada vez mais, por meio de um renovado e constitucionalizado Direito Internacional Privado) constituem demandas prioritárias. Nesse contexto, à vista da abrangência do tema, optou-se aqui por desenvolver (revisitando textos anteriores de nossa autoria!) apenas um aspecto da problemática, qual seja, o da relação entre a Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais nela consagrados e os direitos humanos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, contexto no qual as-

---

\* Pós-doutor e Doutor em Direito (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional); Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/RS; Professor da Escola Superior da Magistratura (Ajuris); Juiz de Direito (RS).

sume cada vez maior relevância (embora por ora ainda mais teórica do que prática) a noção do que se costuma designar – a partir da proposta feita no Brasil por Valério Mazzuoli,<sup>1</sup> de um controle de convencionalidade dos atos normativos internos.

Como é notório, tal problemática gerou acirrada controvérsia na comunidade jurídica brasileira, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (doravante referida como CF) com a previsão, no § 2º do artigo 5º, de que os direitos expressos na Constituição também abrangem os constantes dos tratados internacionais, registrando-se uma nova fase do debate quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004 (doravante denominada EC n. 45). A EC n. 45, após longa e tormentosa tramitação no Congresso Nacional, veiculou a assim chamada Reforma do Poder Judiciário, implicando a inserção de várias disposições diretamente relativas aos direitos humanos e fundamentais na CF, como foi o caso, apenas para citar o dispositivo mais próximo da temática aqui versada, da inclusão do § 3º do artigo 5º, versando sobre a forma de incorporação, ao direito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos.

O dispositivo inserido por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 (§ 3º do artigo 5º da CF), estabelecendo que “[...] os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, veio para complementar o já referido § 2º deste artigo, que, consoante farta doutrina, consagrou expressamente a abertura material dos direitos fundamentais no sistema constitucional nacional,<sup>2</sup> inclusive no que concerne aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, temática que tem sido amplamente versada na literatura, além de ter propi-

---

<sup>1</sup> Mazzuoli (2009).

<sup>2</sup> Sobre o tema ver, entre outros, Sarlet (2009, p. 78 e ss.).

ciado acirrado debate, especialmente no que diz com a hierarquia dos tratados em relação ao ordenamento jurídico interno.

Considerando, portanto, o teor do “novo” dispositivo (no caso, o § 3º do artigo 5º), não é de se estranhar que no âmbito da doutrina especializada a discussão tenha assumido novos contornos, acompanhada de grande variedade de posicionamentos, que alcançam desde a discussão em torno do regime jurídico dos tratados anteriores, até problemas vinculados ao novo processo de incorporação e aspectos atinentes à hierarquia dos tratados incorporados pelo rito das emendas constitucionais, de modo especial – no que se refere ao tema ao qual se dedica a presente obra coletiva – no que diz com a possibilidade de os órgãos do Poder Judiciário realizarem o controle da compatibilidade da normativa interna brasileira com os tratados de direitos humanos.

Quanto ao roteiro a ser percorrido, iniciaremos com algumas considerações sobre o significado do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, para, na sequência, discutirmos especificamente sobre o problema da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira e a sua condição como parâmetros de um controle de convencionalidade, fechando o texto com algumas considerações finais e conclusões de caráter ainda precário, especialmente considerando a novidade do tema, que salvo de forma isolada ainda sequer foi objeto de experimentação pelos órgãos do Poder Judiciário. Além disso, antes de adentrarmos no exame da matéria propriamente dita, importa agregar que muito embora a problemática aqui versada diga respeito a todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, ela pode apresentar peculiaridades, que dizem respeito tanto à fonte da qual emana o tratado internacional, quanto à natureza dos direitos humanos, visto que, a despeito da adoção do critério da indivisibilidade e universalidade, não se pode desconsiderar que existem aspectos que implicam um olhar teórico e prático distinto, seja na perspectiva da ordem internacional seja na perspectiva do direito interno de cada Estado, ainda mais quando se considera que tanto ainda existem países que não consagram direitos sociais,

econômicos e culturais nas suas respectivas constituições quanto países – como é o caso precisamente do Brasil – que contemplam um catálogo tão generoso de direitos sociais, a ponto de agasalhar direitos no plano interno que sequer foram objeto de positivação em nível supranacional.

## 2 O § 3º DO ARTIGO 5º DA CF E OS PRINCIPAIS ASPECTOS DE ORDEM PROCEDIMENTAL NO QUE DIZ COM A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A EC n. 45, que cuidou da reforma do Poder Judiciário, acrescentou – como já frisado – um § 3º ao artigo 5º da CF. Tal preceito – para além de reforçar (pelo menos no que diz com o direito constitucional positivo) a corrente distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais a partir do seu respectivo plano de reconhecimento e proteção jurídico-positiva<sup>3</sup> – acabou por inserir no Texto Constitucional uma norma (no caso, uma regra do tipo procedimental, em primeira linha) dispendo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o artigo 5º, § 2º (de acordo com o qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios e os previstos em tratados internacionais), pode ser compreendida como assegurando – *em princípio e em sendo adotado tal procedimento* – a condição de direitos formalmente e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais. Que tal exegese, como se pode perceber desde logo, não representa a única possível é o que, a exemplo de outros, nos propomos a enfrentar com particular atenção neste segmento, ainda que sem a pretensão de esgotar as diversas alternativas hermenêuticas dispo-

---

<sup>3</sup> Sobre esta distinção, adotada com base nas diferenças entre o plano internacional de positivação (direitos humanos) e o plano constitucional (direitos fundamentais), ver Sarlet (2009, p. 27 e ss.).

níveis. Por outro lado, importa destacar que em razão da relação com a questão da hierarquia dos tratados uma vez regularmente incorporados, destacamos que aqui estaremos privilegiando aspectos atinentes ao procedimento e principais problemas correlatos.

Em primeiro lugar, convém destacar que é pelo menos questionável – por mais sedutora que seja tal tese – que, por força da EC n. 45, todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro (no caso, referimo-nos aos tratados aprovados antes da entrada em vigor da EC n. 45) possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, já que não há como aplicar neste caso o argumento da recepção quando se trata de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível transmutar um decreto legislativo aprovado pela maioria simples do Congresso Nacional em emenda constitucional que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à Constituição.<sup>4</sup> Em sentido diverso, há quem defenda a recepção dos tratados anteriores – naquilo que efetivamente versam sobre direitos humanos (no sentido de bens jurídicos indispensáveis à natureza humana ou à convivência social) – como se tivessem sido incorporados pelo rito mais rigoroso das emendas constitucionais, assegurando-lhes a respectiva supremacia normativa, no âmbito do que se costuma designar de recepção material.<sup>5</sup>

Tal entendimento como ainda teremos oportunidade de ver ao longo da exposição subsequente, dificilmente se revela como sustentável,<sup>6</sup> considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais. A comparação entre lei ordinária e lei complementar – ainda que pressuponha diferença de rito e *quorum* de aprovação distinto – não pode, salvo melhor juízo, ser transposta automaticamente

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, registra-se a posição de Piovesan (2005, p. 72).

<sup>5</sup> Conforme Tavares (2005, p. 47-48); e, também, Francisco (2005, p. 103-105).

<sup>6</sup> Ver, justamente nesse sentido, o enfático pronunciamento de Piovesan (2005, p. 72).

para os decretos legislativos e emendas constitucionais, já que tanto os decretos quanto as emendas não cumprem a mesma função das leis (ordinárias e complementares), isso sem falar na hierarquia constitucional das emendas, que passam a integrar a Constituição, o que não ocorre com as leis. Em caráter alternativo – mas substancialmente diverso da tese da recepção –, há como sustentar que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais e, portanto, conforme ainda será objeto de maior desenvolvimento, *já possuem hierarquia constitucional* por força do próprio artigo 5º, § 2º, da CF!)<sup>7</sup> também poderão ser formalmente constitucionais – ainda que não inseridos no corpo permanente do Texto Constitucional – caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo artigo 5º, § 3º,<sup>8</sup> linha argumentativa que nos parece mais sólida. Em caráter complementar, a tese da recepção acima referida esbarra na circunstância de que o Congresso Nacional, ao aprovar a Convenção sobre os direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais, fez-o valendo-se do instrumento do Decreto Legislativo (no caso, o DL n. 186/2008), mas observados os requisitos do artigo 5º, § 3º, da CF, tudo a indicar que a tese da equivalência (pelo menos no plano formal) dos Decretos Legislativos anteriores e os que forem aprovados mediante observância do novo regime criado pela EC n. 45, há de ser – no mínimo! – submetida ao crivo do contraditório.

Há que se observar, nesse contexto, que a recepção – como equiparável às emendas constitucionais – dos tratados anteriores, acabaria, em determinadas circunstâncias e a depender da interpretação imprimida no âmbito da jurisdição constitucional, sendo até menos vantajosa do que a chancela de sua condição de normas materialmente constitucionais, já que, como voltaremos a discutir mais adiante, poderiam ser objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, se este vislumbrasse uma ofensa aos limites materiais à reforma constitucional. Assim,

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, ver, por todos e por último, Mozzuoli (2012, p. 386).

<sup>8</sup> Nesse sentido, precisamente a conclusão de Mazzuoli (2005, p. 321).

como afirma Piovesan,<sup>9</sup> quanto aos tratados incorporados pelo rito mais rigoroso previsto no artigo 5º, § 3º, da CF, em relação a estes se estaria apenas (?) a reforçar – no plano formal – a sua hierarquia constitucional material desde logo assegurada por força do artigo 5º, § 2º, da CF. Tal interpretação, mormente se compreendida isoladamente, não representa – a despeito de sua correção – um avanço significativo, além de ser – como oportunamente adverte André Ramos Tavares – bastante problemática, especialmente se com isso se estiver pretendendo fundamentar a constitucionalidade dos tratados apenas no § 3º do artigo 5º da CF, e não – como deveria ser – com base no § 2º deste dispositivo, introduzido pelo Constituinte de 1988.<sup>10</sup> Pelo menos, consideramos que tais argumentos devem ser levados a sério.

O fato é que independentemente do problema da hierarquia dos tratados incorporados pelo sistema praticado até a EC n. 45 – do qual voltaremos a nos ocupar mais adiante – restam, notadamente em razão da redação do § 3º do artigo 5º, uma série de questões a serem solvidas e que aqui serão apenas anunciadas e analisadas em caráter ilustrativo e essencialmente especulativo, visto que boa parte das questões segue controversa na doutrina, ao passo que na jurisprudência pouco se decidiu sobre o tema, salvo no que diz com a hierarquia dos tratados.

Apontando um aspecto positivo, afirma-se que com a adoção do procedimento previsto no artigo 5º, § 3º, da CF, os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional (sem prejuízo da inclusão de direito constitucional apenas em sentido material, como é o caso do costume constitucional), que, em seu conjunto, operam como parâmetro do controle de constitucionalidade, o que configura um avanço em relação à posição mais restritiva do

---

<sup>9</sup> Conforme Piovesan (2005, p. 72).

<sup>10</sup> Conforme Tavares (2005, p. 99-101).

nosso Supremo Tribunal Federal na matéria, que, por exemplo, não outorga (pelo menos por ora) força normativa superior e vinculante ao Preâmbulo da Constituição.<sup>11</sup>

Por outro lado, argumenta-se que a inovação trazida pela EC n. 45 é inconstitucional por violar os limites materiais à reforma constitucional, no sentido de que se acabou dificultando o processo de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e chancelando o entendimento de que os tratados não incorporados pelo rito das emendas constitucionais teriam hierarquia meramente legal, de tal sorte que restou restringido, dessa forma, o próprio regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais oriundos dos tratados.<sup>12</sup>

Outro aspecto digno de nota – e vinculado ao problema da alegada inconstitucionalidade da inovação – diz respeito ao caráter compulsório ou facultativo da adoção do procedimento mais rigoroso das emendas constitucionais, especialmente em face da redação do dispositivo (“os tratados que forem incorporados...”), que, no mínimo, dá ensejo a tal dúvida e sustenta a adoção do entendimento de que a incorporação mediante o procedimento das emendas poderia ser opcional. Tal argumento assume ainda maior relevo em se considerando que – sob o ponto de vista da forma – a incorporação dos tratados em matéria de direitos humanos – consoante já apontado – se tornou mais dificultada, o que, em princípio, poderia ser encarado como contraditório, considerando a abertura material consagrada no artigo 5º, § 2º, e o princípio (fundamental) da prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais do Brasil estabelecido no artigo 4º da nossa Lei Fundamental.

---

<sup>11</sup> Nesse sentido, novamente, Francisco (2005, p. 99-101).

<sup>12</sup> Nesse sentido, mencionando a existência de um anacronismo e apontando para a “duvidosa constitucionalidade” da alteração efetuada pela EC n. 45/04, ver a opinião do advogado criminalista e professor da Universidade de Brasília, Costa (2006). De forma mais enfática, ver Lopes (2006). Na mesma linha, Sgarbossa (2006) condena o fato de ter havido frustração da intenção do Constituinte no sentido de assegurar a inclusão automática dos direitos humanos no catálogo constitucional.

Em relação a esse aspecto, parece-nos que há espaço para uma interpretação sistemática amigável do caráter cogente do procedimento reforçado das emendas constitucionais. Com efeito, tendo em mente que a introdução do § 3º teve por objetivo (ao menos, cuida-se de interpretação em princípio afinada com a *ratio* e o *telos* do § 2º) resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, habitualmente incorporados por Decreto Legislativo e aprovados por maioria simples, de modo a assegurar aos direitos neles consagrados um *status* jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade, poder-se-á sustentar que, a partir da promulgação da EC n. 45, a incorporação destes tratados deverá ocorrer pelo processo mais rigoroso previsto no § 3º do artigo 5º d CF.

Quanto à objeção de que com isso se estaria a dificultar a incorporação dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos (lembre-se que há os que sustentam até mesmo a dispensa de qualquer ato formal de incorporação para além da ratificação), há como revidar com o argumento de que, além de assegurar aos direitos dos tratados pelo menos uma hierarquia constitucional equivalente às normas constitucionais do tipo derivado (para usar a terminologia mais habitual) resta enrobustecida a legitimação democrática destes direitos, o que, por sua vez, concorre para a sua maior força normativa – em suma, para uma pretensão de eficácia e efetividade reforçadas – indispensável também para reforçar a posição do nosso país em face da comunidade internacional.

A importância de uma reforçada legitimidade democrática assume ainda maior relevo em se considerando que, uma vez incorporados por via de emenda constitucional, os direitos (agora também formalmente) agregados ao catálogo constitucional não apenas reformam a própria Constituição, mas também assumem a condição

– pelo menos é isso que se advoga<sup>13</sup> – de limites materiais à própria reforma, sendo, após, insuscetíveis de supressão e esvaziamento, ainda que por nova emenda constitucional. Com isso – é bom que se frise –, não se está evidentemente a dizer que os direitos previstos nos tratados já incorporados antes da EC n. 45 não estejam protegidos na perspectiva dos direitos fundamentais, visto que, embora não possam ser objeto de abolição direta por uma emenda (de vez que materialmente constitucionais e pelo fato de as emendas serem instrumentos de mudança formal da Constituição, exigindo, portanto, sempre alguma alteração no plano textual), reclamam proteção contra limitações e retrocessos de toda a ordem, por conta de seu núcleo essencial e da incidência dos demais limites às limitações de direitos fundamentais, temática que aqui, todavia, não poderá ser mais desenvolvida. Importa destacar, todavia, que na linha da argumentação aqui desenvolvida, há quem questione a possibilidade de tratados internacionais, ainda que aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, possam assumir a condição de “cláusulas pétreas”, visto que, no sistema internacional, cabível à denúncia dos tratados, o que somente poderia ser contornado se, quando da aprovação, tal possibilidade fosse excluída pelo Congresso Nacional.<sup>14</sup>

Analisando a questão de modo crítico, Mazzuoli<sup>15</sup> observa, todavia, que por meio da incorporação por mecanismo considerado como equivalente às emendas da constituição, a reforma constitucional disso resultante poderia até mesmo piorar a proteção de direitos fundamentais, notadamente quando a nossa Constituição for mais benéfica, sendo preferível que se admitisse pura e simplesmente a condição de norma constitucional (sem previsão do rito) de modo a sufragar a posição de acordo com a qual deverá ser dada prevalência à norma mais favorável à pessoa humana. Tal argumentação, conquanto bem articulada, há de ser tomada com certa re-

---

<sup>13</sup> Conforme Piovesan (2006, . 77) (A autora mantém substancialmente sua posição na última edição da obra, a 13ª, publicada em 2012 pela mesma editora).

<sup>14</sup> Ramos (2011, p. 15).

<sup>15</sup> Conforme Mazzuoli (2009, p. 323).

serva. Com efeito, se o tratado resultar necessariamente (portanto, não sendo viável uma interpretação conforme a Constituição) em uma situação pior para a pessoa humana do que a decorrente do nosso sistema constitucional positivo, não haverá de se incorporar o tratado nesse particular, já que violador de “cláusula pétrea” de nossa Constituição, não sendo – no nosso sentir – juridicamente relevante o argumento de que tal análise demandaria demasiado trabalho (resultante de uma investigação de todos os projetos tramitando no Congresso), notadamente pelo fato de que o juízo definitivo de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) deverá ocorrer no âmbito do controle jurisdicional repressivo (ou, em caráter excepcional, preventivo), sempre à luz de um determinado instrumento legislativo e tendo por base a parametricidade da nossa Constituição. O que poderá resultar problemática é a hipótese em que a proteção internacional é mais favorável à pessoa, podendo, em tese, os órgãos jurisdicionais nacionais preferirem o ordenamento constitucional, louvando-se no argumento das “cláusulas pétreas”, situação que, embora deva ser rara, não é de se excluir. Aqui o problema, novamente, conecta-se com uma adequada exegese do sentido e alcance da inovação – sem dúvida problemática, como se percebe – trazida pela EC n. 45. Como se cuida de tópico relativo especialmente à hierarquia dos tratados, voltaremos a nos manifestar sobre esse aspecto logo adiante.

Uma possível vantagem da incorporação pelo rito previsto no § 3º do artigo 5º da CF poderia residir no então decorrente reforço do argumento – já sustentado com base no artigo 5º, § 2º, da CF – de que impossível (mesmo por emenda constitucional, como leciona Valério de Oliveira Mazzuoli) a denúncia do tratado por parte do Brasil, enrobustecendo não apenas a posição dos direitos humanos e agora também fundamentais no âmbito interno (desde que, é claro, adote-se uma exegese que privilegie a força normativa destes direitos),

mas também avança no concernente ao plano externo, das relações internacionais, enfatizando as vinculações assumidas pelo Brasil nesta seara.<sup>16</sup> Lembre-se, nesse contexto, a pendência, no Supremo Tribunal Federal, de decisão sobre a necessidade de aprovação prévia por parte do Congresso Nacional da denúncia do tratado pelo Presidente da República,<sup>17</sup> o que se aplicaria – tal qual sustentado pelos autores da impugnação da denúncia presidencial no caso referido – inclusive a tratados incorporados antes da inserção do § 3º no artigo 5º da CF, já que não faz sentido que para a incorporação do tratado seja indispensável a aprovação pelo Congresso e para uma posterior denúncia se possa dispensar a intervenção do Legislativo. Note-se que além de o Texto Constitucional não conter nenhuma disposição que expressamente afaste essa interpretação, ela, pelo menos no concernente aos tratados de direitos humanos, resulta de uma interpretação sistemática calcada tanto no artigo 4º II (que dispõe sobre a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais) quanto no artigo 5º, § 2º, da CF, além de amparada no princípio democrático e, a depender da hipótese, no assim designado princípio da proibição de retrocesso, incidente também no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos.<sup>18</sup> Todavia, como já referido, coloca-se a indagação sobre o fato de os tra-

---

<sup>16</sup> Ver, entre outras, a argumentação bem sustentada por Mazzuoli (2009, p. 325 e ss.), destacando, com perspicácia, que, uma vez incorporada pelo rito introduzido pela EC n. 45, a denúncia passaria a acarretar (ao contrário do que poderia ocorrer no sistema do art. 5º, § 2º) a responsabilização do denunciante. No mesmo sentido, já discorrendo sobre a EC n. 45, consultar Tavares (2005, p. 44), bem como as igualmente pertinentes ponderações de Galindo (op. Cit., p. 15-16). Para além dos autores já referidos, importa destacar, entre a doutrina que já vinha, mesmo antes da EC n. 45, sustentando a impossibilidade de denúncia dos tratados em matéria de direitos humanos e sua condição de “cláusulas pétreas”, ver também, Pagliarini (2003, p. 211 e ss.).

<sup>17</sup> Ver ADI n. 1.625, Relator Ministro Maurício Corrêa (substituído pelo Ministro Eros Grau), na qual se discute a inconstitucionalidade da denúncia unilateral da Convenção n. 158 da OIT.

<sup>18</sup> Conforme entre nós e por todos, Ramos (2005, p. 243). No âmbito da doutrina estrangeira, ver, especialmente, Abramovich e Courtis (2002, p. 92 e ss.), embora priorizando, no contexto da obra, os direitos sociais. Sobre a proibição de retrocesso no direito constitucional, enfatizando uma perspectiva compatível com a ordem jurídica nacional, ver também Sarlet (2009, p. 78 e ss.).

tados poderem ser objeto de denúncia pelos Estados pactuantes, o que, portanto, o próprio Congresso Nacional, ao aprovar o tratado, teria de expressamente excluir a possibilidade de denúncia. Aliás, no que diz com a denúncia dos tratados, segue dormitando no Supremo Tribunal Federal, aguardando julgamento, a ADI n. 1.625, distribuída em 19 junho de 1997!!! no bojo da qual se questiona a constitucionalidade da denúncia dos tratados de direitos humanos pelo Presidente da República, quando, segundo a tese esgrimida na ADI, a denúncia deveria ser autorizada pelo Congresso Nacional.

Ainda no concernente ao procedimento, consoante aponta Mazzuoli, existe questão relativa ao momento da incorporação pelo rito mais rigoroso, já que o § 3º do artigo 5º da CF não suprimiu a fase prevista no artigo 49, inc. I, da CF, de tal sorte que a aprovação da emenda de incorporação deverá sempre ser posterior à ratificação (portanto, pressuposta também a celebração pelo Presidente da República, a teor do artigo 84, inc. VIII, da CF) do tratado regularmente vigente no âmbito internacional.<sup>19</sup> Como igualmente aponta o referido autor, compromete a segurança jurídica (nacional e internacional) e os princípios que regem as relações internacionais deixar ao alvedrio do legislador nacional a escolha de optar, ou não, pela outorga do *status* de emenda constitucional aos tratados,<sup>20</sup> o que justamente parece representar, ao fim e ao cabo, mais um argumento em prol da obrigatoriedade do novo procedimento a partir da entrada em vigor da EC n. 45.

Em sentido diverso, todavia, há como sustentar – e o amor ao debate nos faz tomar a liberdade de invocar o argumento – que nada impede o legislador nacional (em especial mediante proposta de emenda constitucional) de, mesmo que o tratado internacional não esteja ainda em vigor, por falta das ratificações necessárias, inserir no seu sistema interno direitos humanos reconhecidos por determinado tratado, muito embora aqui não se trate da aprovação do tratado

---

<sup>19</sup> Conforme Mazzuoli (2009, p. 316 e ss.).

<sup>20</sup> Mazzuoli (2009, p. 319).

como um todo, mas sim, da constitucionalização de determinado direito ancorado em tratado internacional, mas que sempre pode ser reconhecido como fundamental pelas constituições. Basta olhar para a CF de 1988, para que se perceba que nela foram consagrados direitos fundamentais já positivados em tratados internacionais, embora tais tratados ainda não tivessem sido, à época, definitivamente incorporados ao direito interno, como é o caso da Convenção de São José da Costa Rica e dos Pactos Internacionais de 1966.

Além disso, agora em relação ao problema da iniciativa legislativa e da participação do Presidente da República no procedimento, há que se considerar, ainda, a ressalva – apontada por Tavares<sup>21</sup> – no sentido de que, justamente em virtude da sistemática própria dos tratados (que reclamam regular e prévia ratificação e implicam automática submissão ao Congresso Nacional), a iniciativa do processo de emenda constitucional haverá de ser, no caso dos tratados em matéria de direitos humanos, sempre do Presidente da República, pelo fato de que este detém tanto a competência privativa para a celebração do tratado quanto a prerrogativa da iniciativa das emendas constitucionais (artigo 60, inc. II, da CF), dispensada, contudo, a ratificação presidencial, de vez que as emendas entram em vigor a partir de sua promulgação pelo Congresso Nacional (artigo 60, § 3º, da CF). Cumpre notar, ainda, que tal exegese, de certo modo, parece reforçar os argumentos em prol do caráter cogente da deliberação por meio do procedimento qualificado das emendas constitucionais.

Em que pese tal linha argumentativa, também aqui há como divergir, visto que o artigo 5º, § 3º, da CF não exige que a aprovação se proceda no âmbito de projeto de emenda constitucional (basta relembrar o caso emblemático do DL n. 186/2008), mas também não impede que outro dos legitimados para apresentar um projeto de emenda constitucional o possa fazer, ainda mais que o

---

<sup>21</sup> Conforme Tavares (2005, p. 45).

artigo 5º, § 3º, da CF não exige a utilização de determinada figura do processo legislativo.<sup>22</sup>

Guarda conexão com esse aspecto, a tese – oportunamente invocada por George Galindo – de que limitar a iniciativa das emendas dispendo sobre tratados em matéria de direitos humanos ao Presidente da República acabaria tornando unilateral a “qualificação” de um tratado como de direitos humanos, já que ao Congresso Nacional caberia apenas aprovar ou rejeitar o *status* privilegiado do tratado e não se pronunciar sobre sua qualidade como tratado de direitos humanos, prejudicando a desejável pluralidade desse processo de qualificação.<sup>23</sup>

Retomando a indagação a respeito da obrigatoriedade do rito estabelecido no § 3º do artigo 5º da CF, verifica-se que muito embora o texto, como já frisado, sugira o caráter facultativo, o fato é que o Congresso Nacional, a exemplo do que ocorreu com o DL n. 186/08, deverá, s.m.j., seguir adotando tal procedimento, o que também corresponde à percepção de Rezek,<sup>24</sup> de acordo com a passagem:

Não é de crer que o Congresso vá doravante bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos. Pode haver dúvida preliminar sobre a questão de saber se determinado tratado configura realmente essa hipótese temática, mas se tal for o caso o Congresso seguramente adotará o rito previsto no terceiro parágrafo, de modo que, se aprovado, o tratado se qualifique para ter estatura constitucional desde a sua promulgação – que pressupõe, como em qualquer outro caso, a ratificação brasileira e a entrada em vigor no plano internacional.

Assim, ainda que sem pretensão de esgotamento, abordados alguns dos principais problemas atinentes aos aspectos formais (pro-

---

<sup>22</sup> No mesmo sentido, ver agora também, Ramos (2001, p. 13), sugerindo que o Congresso Nacional poderá adotar o rito mesmo “*ex officio*”, posição que já sustentamos desde a nossa primeira manifestação sobre o tema, já se vão alguns anos.

<sup>23</sup> Conforme observações enviadas ao autor do presente ensaio pelo articulista referido mediante correspondência eletrônica.

<sup>24</sup> Conforme Rezek (2011, p. 132-133).

cedimentais) da incorporação, resta discorrer brevemente sobre a questão da hierarquia dos direitos fundamentais (já incorporados ao Texto Constitucional) em relação ao direito interno, constitucional ou infraconstitucional, de modo a enfrentar, na sequência, o problema do assim chamado controle de convencionalidade com base especialmente nos tratados de direitos sociais, econômicos e culturais.

### **3 O PROBLEMA DA HIERARQUIA DOS TRATADOS EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA INTERNA BRASILEIRA**

No que diz respeito à posição hierárquica ocupada pelos tratados em matéria de direitos humanos em relação ao direito interno, questão que de há muito tem ocupado doutrina e jurisprudência entre nós, é possível afirmar que o novo § 3º representou um significativo avanço ao assegurar, desde que observado o procedimento nele estabelecido, uma hierarquia constitucional equivalente a das emendas constitucionais, distinta da hierarquia supralegal atualmente consagrada pelo STF (que refutou, por maioria, a hierarquia constitucional), visto que, nesse caso, os tratados prevalecem sobre qualquer lei interna, mas seguem cedendo em face da CF. De outra parte, também é correto afirmar que com isso ainda não foi resolvida (pelo menos não como têm anunciado alguns entusiasmados defensores da reforma) a questão da hierarquia constitucional, em se considerando as relações entre o tratado incorporado (equivalente às emendas) e o Texto Constitucional originário. Convém lembrar, especialmente nesta quadra, que as emendas constitucionais sempre podem ser declaradas inconstitucionais em caso de conflito com as assim designadas *cláusulas pétreas* da nossa Constituição, que, consoante vitoriosa doutrina, abrangem tanto os limites materiais explícitos (artigo 60, § 4º) quanto os limites materiais implícitos, mesmo que não se verifique um consenso em relação a qual exatamente há abrangência dos assim designados limites materiais implícitos.

Ainda que se parta do pressuposto de que uma eventual restrição ou ajuste do conteúdo dos limites materiais não necessariamente enseja uma inconstitucionalidade da emenda (aplicando-se a tese da imunidade apenas do núcleo essencial de cada princípio ou direito fundamental),<sup>25</sup> é certo que a possibilidade de conflito é real, já que há (DANI, ANOTAR SE O AUTOR CONCORDA COM ESTAS MODIFICAÇÕES) inevitáveis colisões entre os próprios direitos fundamentais originariamente assegurados pelo Constituinte, bastando lembrar aqui – no concernente às relações entre tratados e Constituição – a tão discutida questão da prisão civil do depositário infiel e do duplo grau de jurisdição, entre outras possibilidades.<sup>26</sup> No mínimo, não se pode deixar de admitir a possibilidade de uma interpretação que venha a reconhecer um conflito insanável por uma interpretação conforme e que, por via de consequência, possa resultar em uma declaração de inconstitucionalidade de um ou mais aspectos do tratado (veiculado por Decreto Legislativo e com valor de emenda constitucional) por violação das *cláusulas pétreas*.

Seguindo essa linha de raciocínio e em se partindo da premissa de que não há como falar, ainda mais no contexto dos direitos fundamentais, de uma hierarquia abstrata – mesmo para muitos dos que aceitam a distinção – entre normas formalmente (e, em regra, também materialmente) constitucionais e normas apenas materialmente constitucionais,<sup>27</sup> a própria incorporação mediante o procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da CF, ser desvantajosa em relação ao sistema anterior. Com efeito, há que se considerar

---

<sup>25</sup> Sobre o ponto, ver Sarlet (2009, p. 428 e ss.).

<sup>26</sup> Conforme também a lembrança de Galindo (op. Cit., p. 11 e ss.).

<sup>27</sup> Conforme por todos, Miranda (1993, p. 9), bem lembrando que em favor das normas formalmente constitucionais (o que se aplica também às normas de direitos fundamentais) vigora, por assim dizer, uma presunção de materialidade constitucional, entendimento que, embora não uníssono, corresponde – ainda que com variações no que diz com a formulação e fundamentação – à posição dominante, notadamente no que se rechaça a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. De qualquer sorte, em que pese a sua relevância, cuida-se de discussão que não temos como adentrar nesta ocasião.

que a prevalecer o argumento de que o reconhecimento da condição materialmente constitucionais (e fundamentais!) dos direitos assegurados nos tratados, em razão especialmente da abertura expressamente consagrada no artigo 5º, § 2º, da CF, por si só – como já as sinalado – já assegura a hierarquia constitucional aos tratados em matéria de direitos humanos; o recurso ao § 3º do artigo 5º não seria apenas desnecessário, mas, admitindo-se uma declaração de inconstitucionalidade da emenda pelo simples fato de contrastar com os limites/matérias ao poder de reforma da Constituição, até mesmo desvantajoso. É que em se partindo de uma equivalência (também em termos de hierarquia normativa) entre os direitos da Constituição e os dos tratados incorporados por norma infraconstitucional, mas com *status* de materialmente constitucionais, como, de resto, advogado pela doutrina majoritária, haveriam de ser observados, consoante já sustentado no segmento anterior, os princípios e critérios que regem os conflitos entre os direitos e princípios originariamente reconhecidos pelo Constituinte, que exigem uma exegese sistemática e pautada por uma adequada ponderação dos interesses (valores) em pauta, sempre privilegiando, como destacado alhures, uma solução mais favorável à garantia da dignidade da pessoa,<sup>28</sup> aspecto que será retomado logo a seguir.

De qualquer modo, há de ser levado a sério o argumento de que mediante o cumprimento do disposto no § 3º do art. 5º da CF os tratados assim incorporados teriam um regime jurídico mais forte (*status* de emenda constitucional) do que os tratados anteriores, os quais, a prevalecer a atual orientação do STF, gozam de hierarquia supralegal, sem prejuízo, contudo, da possibilidade de uma interpretação que, ao fim e ao cabo, assegure uma paridade

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, entre tantos e limitados aqui ao universo da doutrina especializada (direito internacional), ver as já clássicas lições de Trindade (1997, p. 409 e ss), destacando a mudança de paradigma ocorrida com a posição central da pessoa humana também no contexto das relações internacionais; e Piovesan (2006, p. 91 e ss.), como qualificados aportes de Galindo (2002, p. 314 e ss.) e Mazzuoli (2001) (que retoma e atualiza o tema no seu recente e alentado Mazzuoli (2012, p. 386 e ss.).

em termos de hierarquia. Por outro lado, o dispositivo introduzido pela EC n. 45 pode ser compreendido como buscando reforçar o entendimento de que os tratados anteriores, já por força do artigo 5º, § 2º, da CF, possuem hierarquia materialmente constitucional, sem falar na interpretação – igualmente colacionada, mas aqui questionada – de acordo com a qual os tratados anteriores teriam sido recepcionados como equivalentes às emendas constitucionais pelo novo § 3º do artigo 5º da CF.

Assim, à vista do exposto, enquanto não sobrevenha uma posição uniformizadora, ao que tudo indica, são três as possibilidades atualmente reconhecidas pelo STF:

- a) hierarquia (equivalente) de emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo § 3º do artigo 5º da CF;
- b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples;
- c) hierarquia de lei ordinária, que segue sendo a posição adotada em relação aos demais tratados, os quais não integram o sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

Retomando a evolução no que diz com a discussão sobre o valor jurídico dos tratados de direitos humanos, nunca é demais lembrar que a tese da paridade entre a Constituição e os tratados de direitos humanos (tese advogada de há muito por expressiva doutrina e mesmo acolhida por parte dos Ministros do STF) é anterior à EC n. 45 e encontra sustentação já no teor do § 2º deste artigo, que, na sua condição de norma inclusiva, consagrando a abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais, já vi-

nha – e a doutrina colacionada em prol da hierarquia constitucional assim já o sustenta há tempos<sup>29</sup> – sendo interpretado como recepção dos direitos humanos oriundos de textos internacionais na condição de materialmente constitucionais.

De resto, há que enfatizar sempre que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário.<sup>30</sup> Entendimento diverso, mesmo que seja em favor de uma hierarquia supralegal dos tratados (posição hoje adotada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria!), ainda que tenha representado um considerável avanço em relação ao entendimento antes prevalente, em favor da paridade entre lei ordinária e tratado, segue relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da Constituição, sendo, de tal sorte, no mínimo questionável, visto que o STF, como bem apontado, acabou – em matéria de tratados de direitos humanos – criando uma “duplicidade de regimes jurídicos”.<sup>31</sup>

Nesta quadra, embora o reconhecimento, pelo STF, da hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos, com prevalência, em caso de conflito, da solução preconizada pela Constituição, não há como transigir – no nosso sentir – com a noção de que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionalmente assegurados e que não podem estar sujeitos a uma livre disposição por parte das maiorias legislativas, é pena de contradição insuperável. Se por um lado é certo que não se deve negligenciar, como oportunamente lembrou o Ministro Gilmar Mendes,<sup>32</sup> que “[...] a sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão direitos humanos poderia abrir uma via perigosa

---

<sup>29</sup> Conforme nota n. 31, supra.

<sup>30</sup> Conforme, por todos, Sarlet (2009, p. 88 e ss.), bem como p. 145 e ss.).

<sup>31</sup> Conforme por todos, Mazzuoli (2012, p. 386).

<sup>32</sup> Conforme passagem do seu voto em RE n. 466.343-1, São Paulo, p. 6.

para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna”, pois – assim prossegue o Magistrado e Jurista – “[...] o risco de normatizações camufladas seria permanente,” não é, de outra parte, menos correto afirmar que tal argumento, por si só, não poderia ter o condão de deslegitimar a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e Constituição. Com efeito, mesmo a possível multiplicação das hipóteses de conflitos entre os direitos consagrados na Constituição e os direitos – com igual dignidade normativa – assegurados nos tratados de direitos humanos, não poderia sustentar a tese da hierarquia infraconstitucional (ainda que – pelo menos – supralegal) destes tratados. Eventuais distorções – bem como ocorrem em casos de inadequada aplicação até mesmo dos direitos consagrados na Constituição (que, não esqueçamos, incluem os previstos nos tratados, consoante dicção expressa do artigo 5º, § 2º) – haverão de ser superados, com sensibilidade, pela aplicação das cabíveis diretrizes hermenêuticas, como é o caso dos critérios da concordância prática, ponderação e proporcionalidade.

Também o argumento de que a expressa referência de que cabe Recurso Extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional importa em exegese excludente da hierarquia constitucional dos tratados em matéria de direitos humanos e implique controle de constitucionalidade de todo e qualquer ato normativo que não o extraído diretamente da Constituição originária não convence. Em primeiro lugar, pelo fato de que se uma regra de competência em matéria recursal indica a possibilidade desse controle em matéria de tratados isso não significa necessariamente que esta seja uma solução para todo e qualquer tratado e que o próprio sistema constitucional, como evidentemente o fez com a redação outorgada ao § 2º do artigo 5º, não possa prever exceções. Também essa norma de competência desafia interpretação afinada com a “ratio” e o “telos” de outras disposições constitucionais e da ordem constitucional em seu conjunto. Em segundo lugar, pela circunstância de que nada impede que paralelamente ao direito constitucional em sentido também formal não possam existir normas materialmente constitu-

cionais e que, ainda mais por força de dispositivo constitucional expresso, recebam igual valor normativo.

Por outro lado, para afastar o argumento de que mesmo vindo a prevalecer a tese da hierarquia constitucional, remanesceria problemática a situação envolvendo eventual conflito entre os tratados incorporados por emenda ou pelo procedimento estabelecido pelo § 3º do artigo 5º e as assim chamadas cláusulas pétreas da Constituição, já que, nessa hipótese, poderia a nossa Corte Suprema declarar a inconstitucionalidade da emenda que incorporou o tratado. Embora correto o argumento, igualmente não nos parece que essa seja a única conclusão possível, ainda mais em se privilegiando uma exegese teleológico-sistemática, que parte do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (artigo 4º, inc. II) e, de modo especial, de uma leitura conjugada do conteúdo normativo dos artigos 5º, § 2º, e 5º, § 3º, todos da CF. Nesse sentido, há que destacar a tese de que a inovação trazida pela Reforma do Judiciário pode ser interpretada como assegurando hierarquia pelo menos materialmente constitucional a todos os direitos fundamentais, já que, uma vez incorporados, os direitos humanos passam também – e acima de tudo – a ser todos direitos fundamentais, sem prejuízo da possibilidade de ser também formalmente constitucionais, em especial quando incorporados por emenda constitucional e mesmo pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF (com estatuto equivalente ao das emendas).<sup>33</sup> Assim, tais tratados receberiam (de vez que alguma diferenciação nos parece inevitável) um tratamento distinto (no sentido de mais reforçado), seja quanto ao fato de – ainda que não mediante alteração de dispositivos da Constituição – passarem a integrar a Constituição formal, seja quanto ao fato de enrobustecerem a (controversa, como já se viu na parte relativa ao processo de incorporação!) tese da impossibilidade

---

<sup>33</sup> Nesse sentido, a posição sustentada, entre outros, especialmente por Piovesan (2006, p. 72-73).

de uma posterior denúncia do tratado e da responsabilização até mesmo interna se esta vier a ocorrer.

Com isso, caso chancelada a posição de que sempre todos os direitos humanos sediados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil (incorporados, ou não, por emenda constitucional) possuem *status* materialmente constitucional – compreendido sempre no sentido de uma igual dignidade constitucional dos direitos humanos e fundamentais – eventual situação de conflito (nesse caso mesmo em se cuidando de contraste entre emenda incorporadora de tratados de direitos humanos e disposições fundamentais da Constituição originária) haveria de se resolver, até mesmo para impedir um tratamento incoerente e inconsistente de tais conflitos no âmbito do sistema constitucional, pelas diretrizes hermenêuticas já referidas, tendo como norte a solução mais afinada com a máxima salvaguarda da dignidade da pessoa humana, mais de uma vez – e, convém que assim o seja – referida neste ensaio.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Que o acerto da premissa (também por nós adotada, conforme Sarlet (2009, p. 148)), não leva necessariamente – e por si só – à substancial inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em todo e qualquer caso, deve ser no mínimo objeto de maior digressão. Com efeito, em que pese o inequívoco acerto do Supremo Tribunal Federal (na já citada decisão proferida no RE n. 466.343-1) em reconhecer – finalmente – a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel por força de contratos de alienação fiduciária, acima de tudo se a partir desta decisão ficar consagrada a noção de paridade entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, há argumentos para que, em caráter excepcional, possa-se justificar uma prisão civil do depositário infiel. No mínimo, já que existentes uma série de situações diversificadas, a decisão em prol da possibilidade (ou não) da prisão há que considerar as circunstâncias do caso concreto e a natureza do conflito entre direitos e princípios constitucionais. Assim, por exemplo, a própria ilegitimidade da prisão do depositário em casos de alienação fiduciária, como bem demonstra o voto exarado pelo Ministro Cezar Peluso (Relator), pode ser sustentada mesmo sem recurso ao direito internacional, apenas desqualificando a figura do depósito nos casos de arrendamento mercantil ou alienação fiduciária, já que quem não é depositário não poderia estar sujeito à sanção da prisão civil. O erudito e minucioso voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por sua vez, investiu, com acerto, na aplicação do princípio da proporcionalidade, avaliando a questão do conflito entre direitos fundamentais e, com isso, apontado para uma solução mais genérica e apta a atender a todas as possíveis situações que envolvem a prisão do depositário e até mesmo eventuais problemas relacionados à prisão do devedor de alimentos. Certo é que se formos observar o que ocorre

Assim, se é certo que comungamos da posição bastante difundida de que talvez fosse melhor que o reformador constitucional tivesse renunciado a inserir um § 3º no artigo 5º ou que (o que evidentemente teria sido bem melhor) – em entendendo de modo diverso – tivesse se limitado a expressamente cancelar a incorporação automática (após prévia ratificação) e com hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos, com a ressalva de que no caso de eventual conflito com direitos previstos pelo Constituinte de 1988, sempre deveria prevalecer a disposição mais benéfica para o ser humano (proposta legislativa esta formulada, nesses termos ou em termos similares, por autores como Antonio Augusto Cançado Trindade, Valério de Oliveira Mazzuoli e Flávia Piovesan, entre outros ilustres e engajados defensores da hierarquia constitucional), e por mais que seja controverso, em cada caso, qual o direito de qual (ou quais) pessoa(s) a ser assegurado, também é correto que vislumbramos no dispositivo ora analisado um potencial

---

na hipótese específica do depositário judicial (por força de uma penhora, por exemplo), o conflito a ser considerado envolve, por um lado, tanto eventual direito fundamental do autor da ação (não necessariamente um direito meramente patrimonial) quanto garantia fundamental do acesso à justiça efetiva (não meramente individual), ambas contrastando com o direito de liberdade do depositário infiel. O próprio argumento da dignidade da pessoa humana poderá, a depender das circunstâncias, socorrer até mesmo mais o autor da ação. Por outro lado, nem sempre uma restrição (ainda mais temporária e em condições adequadas) da liberdade corresponde a uma violação da dignidade, pois se assim fosse, nem mesmo a prisão penal, por mais dignas que fossem as condições de execução da pena, teria amparo constitucional. É evidente, de outra parte, como bem frisou o voto do Ministro Gilmar Mendes, que a prisão civil já será inconstitucional se puder ser considerada (como de fato haverá de ser na generalidade das situações) desproporcional, o que pode ocorrer mesmo que não se verifique concretamente uma violação da dignidade da pessoa. De qualquer sorte, se a linha argumentativa ora aberta (que, reitere-se, parte da premissa da dignidade constitucional dos tratados de direitos humanos) aponta para uma eventual possibilidade da prisão civil do depositário infiel, também é certo que tal possibilidade será sempre excepcional e condicionada tanto ao devido processo legal quanto à demonstração cabal da proporcionalidade da medida, naquilo em que uma restrição temporária da liberdade na esfera cível, de fato, revela-se como uma medida indispensável à salvaguarda de bem fundamental. Acima de tudo, porém, resulta evidente a necessidade de se investir mais na discussão do problema, considerando as peculiaridades de cada constelação fática e jurídica, seja qual for a tese vencedora.

positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos em relação à práxis ora vigente entre nós. Que uma posterior alteração do próprio § 3º, por força de nova emenda constitucional, resta sempre aberta, ainda mais se for para aprimorar e, portanto, reforçar a proteção dos direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos, justamente nos parece servir de estímulo para um esforço hermenêutico construtivo também nesta seara.

Tecidas algumas considerações sobre o problema da hierarquia dos tratados de direitos humanos, está preparado o terreno para, no próximo e último item, enfrentarmos, ainda que em caráter sumário, alguns dos aspectos que dizem respeito ao assim chamado controle de convencionalidade, com destaque para os tratados em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais.

#### **4 NOTAS SOBRE O ASSIM CHAMADO DE CONVENENCIONALIDADE NO BRASIL E O EXEMPLO DOS TRATADOS EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS**

Independentemente da posição adotada em prol de uma hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos (portanto, também os que versam sobre direitos sociais, econômicos e culturais) ratificados pelo Brasil, é possível afirmar que tanto os tratados incorporados pelo rito previsto no § 3º do artigo 5º da CF, quanto os demais tratados ratificados por maioria simples e aprovados até o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, os quais, de acordo com a atual orientação adotada pelo STF, possuem hierarquia supralegal, ensejam, por força de sua superior hierarquia em relação ao restante da normativa interna, notadamente todo e qualquer ato normativo de matriz legal ou infralegal, a possibilidade de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados que lhes são agora superiores. Isso, como já referido, ficou evidenciado na decisão do STF sobre a proscricção – mediante um efeito “paralisante” – da eficácia de toda e qualquer hipótese legal prevendo a prisão civil do depositário infiel, seja ela criada antes da aprovação

do tratado seja ela introduzida posteriormente.<sup>35</sup> Assim, sem que se vá aqui adentrar o tema específico da prisão civil e do acerto da decisão do STF no concernente ao tema, o que importa nesta quadra é a constatação de que se cuidou da primeira vez em que a mais alta Corte brasileira efetuou o que passou, também no Brasil, a ser chamado de um controle de convencionalidade.

A terminologia adotada e difundida no Brasil por Valério Mazzuoli (em adesão à tradição francesa) busca evidenciar a distinção entre o controle de constitucionalidade, pois independentemente de sua hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados (aqui referidos pelo termo convenções) operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são hierarquicamente inferiores.

A partir do que até agora foi sumariamente exposto, já é possível avançar com o tema e esboçar algumas considerações preliminares, todas, contudo, sujeitas ao crivo do contraditório e aguardando a evolução da prática política e jurisdicional brasileira. Assim, importa sublinhar, não faremos referência à experiência de outros países na matéria e nem ao que se processa na esfera da jurisdição supranacional, para o que, desde logo, remetemos à literatura especializada.<sup>36</sup> Uma primeira observação diz respeito a quais tratados internacionais podem servir de parâmetro para um controle de convencionalidade no plano interno. Aqui a posição adotada é no sentido de que todo e qualquer tratado de direitos humanos, pelo simples fato de prevalecer sempre, por força da sua superior hierarquia, sobre a normativa legal e infralegal interna, servirá de parâmetro para tal controle, e não apenas os tratados aprovados na forma prevista pelo artigo 5º, § 3º, da CF. O fato de que os tratados de direitos humanos aprovados pelo Brasil não são iguais no

---

<sup>35</sup> Conforme especialmente o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE n. 466.343, Relator Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ em 05 jun. 2009.

<sup>36</sup> Ver, Especialmente, Mazzuoli, (2012, p. 391 e ss.), priorizando aqui a experiência da Corte Interamericana. No mesmo sentido, ver também Marinoni, (op. cit., p. 1180 e ss.).

tocante à sua hierarquia (dada a diferença estabelecida pelo STF, já apontada) não afasta a sua condição de parâmetro para o controle de convencionalidade. Tal controle, reitere-se, como acontece no caso do controle de constitucionalidade, ocorre em virtude da hierarquia das normas. Da mesma forma não parece correto, s.m.j., distinguir, para efeitos do controle de convencionalidade, apenas uma parte dos tratados de direitos humanos, buscando definir convenções (ainda mais para o efeito ora discutido) como uma espécie do gênero tratados, que, em virtude de determinadas peculiaridades, deveriam então ser incorporados pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, ao passo que os demais tratados de direitos humanos poderiam então ser aprovados por maioria simples no Congresso Nacional.

O que de fato passa a ser relevante é que a diferença entre tratados com *status* equivalente aos de uma emenda constitucional e os demais tratados, dotados de hierarquia supralegal nos termos da orientação imprimida pelo STF, reside no fato de que os primeiros passam a integrar o bloco de constitucionalidade e, portanto, operam como parâmetro tanto de um controle de constitucionalidade quanto de um controle de convencionalidade. A dificuldade maior, nesses casos (por ora apenas o da Convenção das Pessoas com Deficiência e seu respectivo Protocolo Facultativo), será a de verificar, dadas as circunstâncias, a existência de eventual conflito entre o tratado aprovado e as cláusulas pétreas da Constituição na sua versão originária, situação na qual, a prevalecer a posição do STF no sentido de que o embate entre tratado e Constituição se resolve, em princípio, em favor da segunda, poderá resultar na declaração de inconstitucionalidade do tratado internacional (em verdade, do texto aprovado pelo Congresso Nacional). Tal hipótese, contudo, ainda não foi objeto de apreciação pelo STF e, de resto, caso venha a ocorrer o será em caráter isolado, especialmente pelo fato de que a CF é pródiga em direitos fundamentais e consagrou – expressa e/ou implicitamente – praticamente todos os direitos consagrados nos principais documentos internacionais, mas também pelo fato de que se haverá de recorrer à técnica da interpretação conforme a constituição, que, s.m.j., limitará ainda mais tal possibilidade, ainda que esta não possa ser afastada de plano.

Quanto aos tratados que, de acordo com o STF (visto que a nossa posição pessoal sempre foi favorável à simetria entre tratados e CF e, portanto, ensejaria quadro distinto), possuem hierarquia supralegal, podem ser vislumbradas já algumas alternativas:

- a) incompatibilidade entre a normativa interna (legal e infralegal) e o tratado aprovado pelo Congresso Nacional e, portanto, devidamente ratificado; mas compatibilidade com a CF;
- b) incompatibilidade com o tratado e com a CF; sinergia com a CF;
- c) compatibilidade com o tratado e a CF; compatibilidade com o tratado, mas desconformidade com a CF;

O quadro sumariamente apresentado, desde logo, revela que a duplicidade de regime criada pelo STF para os tratados de direitos humanos, mas especialmente pelo fato de o STF afirmar a sua competência para realizar o controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade do tratado, torna a questão ainda mais complexa, além de colocar o controle de convencionalidade em uma condição subalterna ao próprio controle de constitucionalidade. De todo o modo, isso não deveria servir de escusa para que os Juízes e Tribunais ordinários renunciem ao controle de convencionalidade, já que a hierarquia supralegal já se revela suficiente, como já se viu quando do julgamento do caso da prisão civil do depositário infiel, para superar toda e qualquer lei ou ato normativo interno naquilo que contraria tratado internacional de direitos humanos. Cuida-se, outrossim, de autêntico poder-dever cometido ao Poder Judiciário, seja no âmbito de um controle difuso seja pela via de um controle abstrato e concentrado, como propõem Mazzuoli<sup>37</sup> e Marinoni,<sup>38</sup> aspecto que aqui não temos a intenção de desenvolver.

---

<sup>37</sup> Conforme Mazzuoli (2012, p. 394 e ss.).

<sup>38</sup> Conforme Marinoni (op. cit., p. 1187 e ss.).

Que o controle de convencionalidade não é, por outro lado, um controle exclusivamente jurisdicional, igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, bem como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos. Não se pode olvidar que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara. Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, onde, pelo menos assim o sugerimos, o tratado – mesmo de acordo com o entendimento do STF – integra, ao menos em geral, o bloco de constitucionalidade brasileiro. De qualquer sorte, cuida-se de tópico a merecer desenvolvimento pela doutrina especializada e que poderá lançar maior luz sobre o tema do que aqui fomos capazes de fazer.

Outro tópico de relevo e que aqui se refere em caráter ilustrativo, diz com os efeitos do controle de convencionalidade sobre a normativa legal e infralegal interna. Nesse contexto, o STF já se pronunciou pelo reconhecimento do que designou (especialmente por ocasião do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, já referido) de um efeito paralisante, que impede edição de legislação superveniente em sentido contrário e afasta a aplicação de lei anterior incompatível com o tratado. Se a exemplo do que se verifica no controle de constitucionalidade se poderá declarar a nulidade da lei com base em tratado internacional (hipótese mais plausível em se tratando de tratado com *status* equivalente à emenda constitucional), portanto, se é o caso de afetação da esfera da validade ou apenas da eficácia dos atos normativos aferidos com base nos trata-

dos internacionais, constitui igualmente tópico a ser explorado pela literatura e submetido ao crivo da prática decisória dos Tribunais. Por ora, contudo, à míngua de mais exemplos disponíveis – ressalvada a decisão do STF sobre a prisão civil do depositário infiel – é de se apostar que a doutrina, atenta ao problema, possa construir alternativas adequadas, o que, de resto, não escapou ao olhar cuidadoso de Mazzuoli,<sup>39</sup> muito embora não se vá aqui enfrentar o mérito das posições esgrimidas pelo autor.

As considerações tecidas, aqui de modo ainda exploratório, visto que a experiência brasileira em matéria de controle de convencionalidade é recente e isolada, em linhas gerais são aplicáveis também aos tratados em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais, pelo menos no que diz com as diversas constelações que se podem oferecer no âmbito das relações entre tratados e ordem jurídica interna, mas também no que se refere aos pressupostos e consequências do controle de convencionalidade. Todavia, assim como ocorre no caso dos direitos fundamentais previstos na CF, nos quais também se verificam situações de conflito e se colocam desafios particularmente agudos em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais, isso deve ser considerado na esfera do controle de convencionalidade.

Com efeito, nada obstante a circunstância de que não se há de falar em diferenças qualitativamente relevantes entre os tratados em matéria de direitos civis e políticos e os que dispõem sobre direitos sociais, em homenagem aos postulados da indivisibilidade, interdependência e complementaridade, o próprio pacto internacional de direitos sociais, econômicos e culturais prevê a obrigação de realização progressiva de tais direitos por parte dos Estados signatários (o que se verifica também no caso do Sistema Interamericano), sem prejuízo de obrigações de caráter imediato, especialmente no âmbito das assim chamadas “*core obligations*”, mas que não constituem a regra

---

<sup>39</sup> Ver por todos, sobre os efeitos da decisão no controle de convencionalidade, especialmente Mazzuoli (2012, op. cit., p. 387 e ss.).

no caso da dimensão positiva (ou prestacional) dos tratados de direitos sociais e em geral guardam relação com conteúdos e obrigações vinculadas a direitos civis e políticos, como a garantia de um mínimo existencial (vida com dignidade) ou a proibição de discriminação na garantia de igual acesso aos bens sociais. Convém lembrar, nesse contexto, que também em relação aos direitos sociais constitucionalmente consagrados nem todos aceitam a noção de uma plena exigibilidade, na condição de direitos subjetivos, dos direitos sociais, tema que aqui não poderá ser desenvolvido.

No caso do Brasil, cuja CF consagrou um elenco generoso de direitos sociais, incluindo um extenso rol de direitos dos trabalhadores, o problema que se poderá colocar não é de natureza quantitativa, pois todos os direitos sociais, econômicos e culturais previstos na ordem internacional e em tratados ratificados pelo Brasil foram objeto de previsão constitucional. Das mesma forma, como os direitos sociais consagrados pela CF compartilham da condição plena de direitos fundamentais, também não é aqui que se poderá verificar maiores problemas na relação entre tratados e ordem interna, mas sim, no campo dos níveis de efetividade dos direitos sociais, notadamente em relação ao não atendimento, pelos atores estatais nacionais, dos parâmetros mínimos em matéria de direitos sociais estabelecidos pelos organismos internacionais que interpretam e zelam pela devida observância dos tratados internacionais. O quanto, contudo, não apenas o tratado como tal, mas também o conjunto de diretrizes emanadas pelos órgãos internacionais (especialmente o Comitê da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) ou regionais, (como a CIDH, por exemplo) também servem de parâmetro para o controle de convencionalidade em nível interno – realizado pelos órgãos jurisdicionais nacionais – é algo que ainda carece, especialmente no Brasil, de maior reflexão e aplicação prática, mas poderá ser muito produtivo no sentido de reforçar a eficácia e efetividade dos direitos sociais. Especialmente útil se revela a consideração dos parâmetros do sistema internacional (designadamente quanto aos *standard* sociais mínimos) quando

é inexistente a legislação específica em nível interno ou para a concretização de cláusulas gerais.

De qualquer sorte, inviável o esgotamento do tema, enfatizamos que o nosso propósito, como anunciado desde o início, foi o de revisitar o tema e provocar algumas questões atinentes ao (no Brasil!) novo desafio de assegurar simultaneamente e de modo produtivo e harmônico a primazia dos direitos humanos e fundamentais, de tal sorte a promover de modo integral e isento de lacunas de proteção a dignidade da pessoa humana. Para que isso se realize, é preciso que Juízes e Tribunais brasileiros, com destaque para os Tribunais Superiores, incluam o direito internacional dos direitos humanos na sua pauta de prioridades, inclusive no que se refere ao processo de formação dos Magistrados. Os desafios, portanto, são imensos, mas a evolução mais recente nessa matéria dá ensejo a um otimismo, muito embora não deslumbrado e cauteloso.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

COSTA, Aldo de Campos. *Direitos humanos*. Disponível em: <[http://www.unb.br/fd/colunas\\_Prof/aldo\\_campos/aldo\\_01.htm](http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/aldo_campos/aldo_01.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2006.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Org.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. *A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 12 fev. 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: RT, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

\_\_\_\_\_. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, 1, jun. 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. v. 4. PAGLIARINI, Alexandre, *Constituição e Direito Internacional, Cedências Possíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Org.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. “O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos”. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *A emenda constitucional n. 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 11 fev. 2006.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós 88: (des)estruturando a justiça. Comentários completos à emenda constitucional n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

# A DENÚNCIA DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DO BRASIL: O ENFOQUE DA ADIN N. 1.625-3/DF

Eduardo Biacchi Gomes\*  
Moacir Iori Junior\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente o direito internacional dos direitos humanos tem obtido grande ênfase no cenário constitucional brasileiro, em virtude da posição de destaque que nosso país ocupa no cenário internacional e pelos debates atuais dentro das cortes superiores, de forma a demonstrar a contemporaneidade e o pragmatismo da matéria. Até alguns anos atrás, a discussão era meramente acadêmica e se resumia às duas principais doutrinas que tentavam explicar a relação existente entre as normas produzidas no plano internacional e aquelas produzidas pelo direito doméstico: o dualismo, que teve como principal defensor Heinrich Triepel, e o monismo, encabeçado por Hans Kelsen.

O dualismo entende que os dois sistemas (interno e internacional), por possuírem fontes distintas, não poderiam se relacionar por se tratarem de sistemas jurídicos autônomos e independen-

---

\* Pós-Doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor de Direito Internacional; Professor Adjunto e Vice-coordenador do Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil, Editor da Revista de Direitos Fundamentais e Democracia (QUALIS B1); Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Professor Adjunto do Grupo Uninter, Curso de Direito e pesquisador do grupo de pesquisa pátrias; ebgomes@icloud.com

\*\* Advogado com escritório próprio – Palota e Iori Advogados; experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Internacional e Direito Tributário; Professor Coordenador do Curso de Direito das Faculdades do Centro do Paraná; Mestrando pelas Faculdades Integradas do Brasil; Graduação pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Cescarelli (2009);

tes. Nesse sentido, haveria duas fontes de produção do direito: a do direito interno (que se refere aos Estados) e a do direito internacional (que se refere aos indivíduos).

O monismo da premissa da existência de uma única ordem jurídica não existiria qualquer diferença entre a internacional e a interna. Nesse sentido, a diferença ocorreria em relação ao grau de hierarquia das normas internacionais nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados. Uns entendem que haveria a primazia do direito interno, frente ao direito internacional e outra corrente entende que haveria a primazia do direito internacional frente ao direito interno.

Essas teorias começaram a ser desenvolvidas no final do século XIX e alcançam seu ápice no período entre guerras, na luta constante entre as concepções de Triepel e Kelsen.

A teoria dualista de Triepel, que defende a separação entre os sistemas, está suplantada na tentativa de preservação da autonomia decisória dos Estados que viram sua soberania decrescer com o mundo globalizado, interdependente e capaz de formular normas e conceber organizações.<sup>1</sup>

Kelsen, por sua vez, aplica o monismo, com primazia pelas normas internacionais, para expressar a crença na existência de um direito supremo, autossuficiente e com capacidade de evolução para responder às transformações sociais.<sup>2</sup>

A diferença entre as duas teorias fica evidente quando se verifica a hierarquia entre as normas internas e internacionais. Aos dualistas sequer é cogitada a existência de hierarquia, pois sendo as ordens jurídicas distintas, elas não poderiam se situar no mesmo plano de atuação.<sup>3</sup> Ter-se-ia, portanto, um conflito de leis no tempo, em que a lei posterior revogaria a lei anterior.

De outro turno, os monistas entendem pela hierarquia de uma norma sobre a outra, dividindo a teoria em dois pontos: aque-

---

<sup>1</sup> Couto (2003, p. 8).

<sup>2</sup> Couto (2003, p. 8).

<sup>3</sup> Oliveira e Silva (2011).

les que colocam a norma internacional como ponto maior e os que aceitam o direito interno como prevalente.<sup>4</sup>

No caso brasileiro, adotou-se o monismo como premissa, porém, as concepções de relação interna e internacional se mostraram divergentes ao longo do tempo.<sup>5</sup> Anteriormente a 1977, a posição adotada pedia para a primazia do Direito Internacional. Com o julgamento do RE n. 80.004/77, o STF mudou seu entendimento, equiparando as normas internacionais com as normas infraconstitucionais, estando às regras internacionais, *i.e.*, os tratados, sujeitos à revogação por lei posterior, demonstrando, assim, vocação para a primazia do Direito Interno.<sup>6</sup>

Referido posicionamento permaneceu até recentemente,<sup>7</sup> tendo sido alterado substancialmente pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que adicionou novo parágrafo (§ 3º) ao artigo 5º da Constituição, dimensionando os tratados e convenções internacionais de direitos humanos no mesmo *status* das normas constitucionais.

Sob esses argumentos iniciais, a proposta deste artigo é esboçar as etapas de internalização dos tratados, verificando em qual

<sup>4</sup> Oliveira (2011, p. 15).

<sup>5</sup> É possível, inclusive, encontrar Ministros defensores do sistema dualista como, por exemplo, no julgado da Carta Rogatória n. 8.279/AT-Argentina, de 04 de maio de 1998, Relator Ministro Celso de Mello, que assim se manifesta: “Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) – satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada).” (BRASIL, 2013a).

<sup>6</sup> Casela, Accioly e Nascimento e Silva (2012, p. 241-243).

<sup>7</sup> O STF, aliás, reforçou seu posicionamento no julgamento do HC 72.131/RJ (publicado em 22 de novembro de 1995), entendendo que: “[...] inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República.” (BRASIL, 2003).

grau hierárquico nosso ordenamento constitucional aceita os tratados de direitos humanos.

Abordar-se-á o procedimento de denúncia dos tratados de direitos humanos, de forma a demonstrar como a Constituição Federal abordou o assunto e mais recentemente pelos votos emanados na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625-3/DF, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, que discute a denúncia presidencial sobre a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho.

## 2 PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS TRATADOS

A codificação por meio de tratados se faz cada vez mais presente no direito internacional. Os tratados trazem consigo certa margem de segurança nas relações internacionais e, no plano da proteção dos direitos humanos, afirmam sua autenticidade, notadamente pela aceitação livre<sup>8</sup> dos Estados.<sup>9</sup>

Por tratado entende-se como todo o acordo formal de vontades, que determina direitos e obrigações àqueles que o celebram.<sup>10</sup> Assim, tratado internacional é expressão genérica utilizada largamen-

---

<sup>8</sup> Albuquerque Mello (2001, p. 318) aponta que uma das maiores distinções entre a normativa no âmbito interno e no internacional se refere à forma autoritária que aquela é criada, pois normalmente um pequeno grupo de pessoas (representando todos os habitantes) delibera e “impõe” a todos sua vontade de forma obrigatória. Já no plano internacional ela somente se impõe aos Estados que concordem e a aceitem.

<sup>9</sup> Mazzuoli (2012, p. 31).

<sup>10</sup> A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados traz em seu artigo 2º a definição de tratado como “[...] um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.”

te para referenciar um acordo<sup>11</sup> – por qualquer que seja a sua denominação – efetivado pelos sujeitos com capacidade para tal.<sup>12</sup>

Os sujeitos que podem, no plano internacional, realizar acordos são os Estados, as organizações<sup>13</sup> internacionais,<sup>14</sup> os beligerantes, a Santa Sé e outros entes internacionais, estendendo tal capacidade aos membros de uma federação e aos Estados subordinados<sup>15</sup> quando autorizados pelos Estados soberanos vinculados.<sup>16</sup>

A Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, assinada em 1969,<sup>17</sup> com vigência a partir de 1980, é um dos principais instrumentos do Direito Internacional que regula a criação e a extinção dos tratados no âmbito internacional de negociações dos Estados.

---

<sup>11</sup> “Além do termo tratado, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, pacto ou carta) ou natureza suplementar do acordo (protocolo).” (PIOVESAN, 2012, p. 100).

<sup>12</sup> Casela, Accioly e Nascimento e Silva (2012, p. 159).

<sup>13</sup> É importante frisar que organizações internacionais não são formadas por pessoas jurídicas privadas, mas sim por pessoas jurídicas de direito internacional público. Assim “[...] não tem personalidade jurídica de direito das gentes, e carece, por inteiro, de capacidade para celebrar tratados, as empresas privadas, pouco importando sua dimensão econômica e sua eventual multinacionalidade.” (REZEK, 2008. p. 18).

<sup>14</sup> Cançado Trindade (2003, p. 203) aponta que a força de participação das organizações internacionais não se encontra no mesmo plano dos países: “Distintamente dos Estados, todos iguais ante o direito internacional, as organizações internacionais resultam de instrumentos constitutivos que a elas atribuem características jurídicas próprias: têm, assim, competência mais limitada que a dos Estados, e não raro não claramente definida.”

<sup>15</sup> As organizações ou outros entes internacionais alcançaram o *status* de sujeitos capazes de celebrar tratados com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986. Ocorre que referida norma não entrou em vigor ainda, pela falta do depósito mínimo de 35 ratificações de Estados signatários. Até o início de 2013, a Convenção contava com 29 ratificações (o Brasil somente é signatário, pois ainda não ratificou a convenção). (CONVENÇÃO DE VIENA, 2013).

<sup>16</sup> Albuquerque Mello (2001, p. 202).

<sup>17</sup> O Brasil ratificou a Convenção de Viena em 14 de dezembro de 2009. Texto completo da Convenção disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2013.

O processo de elaboração dos tratados, desde seu início até a vigência e obrigatoriedade, é centrado por várias fases (negociação, assinatura, aprovação congressual, ratificação, promulgação, registro e publicação), e torna a sua conclusão uma forma mediata de aplicação.

Somente após o transcurso destas fases o tratado terá o caráter de observância e vigência<sup>18</sup> ao país, de forma a ensejar a responsabilidade internacional do Estado pelo seu descumprimento. Vale destacar que é pela denúncia que o Estado manifesta o seu consentimento em se desdobrar pelo cumprimento do tratado.

A formação de um tratado ocorre pela assinatura dos representantes de cada Estado, após seu texto<sup>19</sup> ser estipulado pelas negociações entre as partes, logo estas são o estopim deflagrador do processo.

A competência para firmar as negociações e posteriormente a assinatura do texto é do Chefe de Estado,<sup>20</sup> que na ordem constitucional de separação de poderes normalmente pertence ao Poder Executivo<sup>21</sup> e também aos indivíduos plenipotenciários. O artigo 7º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados aponta que em virtude de suas funções, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores podem realizar todos os atos de conclusão de um tratado, os Chefes de missões diplomáticas e os representantes acreditados para a elaboração do texto de um tratado.

Com a finalização e aceitação do texto<sup>22</sup> pelos representantes dos Estados, cada um encaminhará o tratado a seus respectivos

---

<sup>18</sup> Importante apontar que a vigência internacional pode ter regra específica no tratado, como, por exemplo, a estipulação de determinado número de ratificações para a sua vigência. Referida regra é facilmente encontrada no tratado multilateral.

<sup>19</sup> A forma escrita é a mais comum nos tratados e modernamente a mais utilizada, porém, os acordos orais também são aceitos e possuem o mesmo caráter de obrigatoriedade (ALBUQUERQUE MELLO, 2001, p. 200).

<sup>20</sup> Rezek (2008, p. 34) aponta que “[...] em todos os atos relacionados com o comprometimento internacional, o chefe de Estado dispõe da autoridade fluente de seu cargo.”

<sup>21</sup> Albuquerque Mello (2001, p. 213).

<sup>22</sup> A Convenção de Viena determina em seu artigo 9º: “1. A adoção do texto do tratado efetua-se pelo consentimento de todos os Estados que participam da sua elaboração, exceto quando se aplica o disposto no parágrafo 2.2. A adoção do

órgãos legislativos para a apreciação e autorização da ratificação, ato de competência do Poder Executivo.

### **3 TRATADO DE DIREITOS HUMANOS E O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

No caso brasileiro, a Constituição Federal pouco tratou da temática dos tratados, trazendo somente dois artigos, o artigo 84, inciso VIII e o artigo 49, inciso I, que indicam de forma sucinta como é o processo de incorporação dos tratados no plano interno, permanecendo silente quanto à possibilidade de denúncia.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;  
Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. (BRASIL, 1988).

O Presidente da República, atuando como Chefe de Estado, manifesta sua vontade de celebrar o tratado e aperfeiçoa sua decisão pelo referendo do Congresso Nacional, “[...] ficando, pois, consagrada a cooperação entre os dois poderes.”<sup>23</sup>

A participação do Congresso Nacional mostra a necessidade dos cidadãos, por meio de seus representantes, de participarem da aceitação de uma norma. Assim, o Congresso poderá autorizar a ratificação ou não do texto.

---

texto de um tratado numa conferência internacional efetua-se pela maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados, pela mesma maioria, decidirem aplicar uma regra diversa.” (BRASIL, 2009a).

<sup>23</sup> Oliveira e Silva (2011, p. 20).

Conforme Mazzuoli,<sup>24</sup> “A competência *ad referendum* do Congresso, esclareça-se, limita-se à aprovação ou rejeição do texto convencional tão somente, não sendo admissível qualquer interferência no seu conteúdo”, não existindo, portanto, a emenda aos tratados.

Já no Congresso Nacional, os tratados serão levados ao Plenário após passarem por um processo legislativo. A processualística dos tratados poderá ter duas vertentes diferentes conforme a matéria presente no acordo internacional. Se o tratado for de direitos humanos, seguirá o mesmo rito das emendas constitucionais (artigo 5º, § 3º da Constituição Federal), enquanto os demais tratados seguirão a processualística das leis ordinárias (artigo 61 e seguintes da Constituição Federal).

Referida forma de tratamento aos direitos humanos foi inaugurada na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que incluiu o § 3º ao artigo 5º, equivalendo os tratados de direitos humanos ratificados após esta Emenda como normas constitucionais. Reza o § 3º do artigo 5º:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 2004 os tratados de direitos humanos passaram a ter duas categorias: os tratados formal e materialmente constitucionais, previstos no artigo 5º, § 3º da Carta Magna,<sup>25</sup> e os tratados materialmente constitucionais, integrados no ordenamento jurídico pela processualística

---

<sup>24</sup> Mazzuoli (2013).

<sup>25</sup> O Brasil, inclusive, já possui um tratado em voga com essa característica constitucional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, aceitos pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2013.

ca anterior (leis ordinárias). A estes, o Supremo Tribunal Federal classificou-os como normas supralegais.<sup>26</sup>

Há uma repercussão concreta no direito brasileiro, sobretudo após a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que incluiu o § 3º ao art. 5º. Prevê-se que, se um tratado for considerado de direitos humanos, ele pode ser submetido a procedimento de aprovação similar ao de emenda constitucional. Se aprovado com o quórum de emenda constitucional, terá força de norma constitucional. Se não for aprovado com esse quórum, terá força de norma infraconstitucional. Assim, temos tratados de direitos humanos com força de norma constitucional e tratados de direitos humanos com força de norma infraconstitucional<sup>27</sup>

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi discutido em processo que enfrentava questão sobre a eficácia e a integração dos tratados de direitos humanos, notadamente pela possibilidade de prisão do depositário infiel, diante do conflito entre o artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal e o artigo 7º, n. 7, do *Pacto de San José da Costa Rica*.<sup>28</sup>

Nos julgamentos do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP e do *Habeas Corpus* n. 87.585/TO, aplicou aos tratados incorporados antes da EC 45/2004 um valor supralegal, hierarquizando-os entre a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais.<sup>29</sup>

A tratativa foi aplicada pelo valor justaposto da pessoa humana sobre as normas infraconstitucionais. Nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE n. 466.343: “Equipará-los (os tra-

<sup>26</sup> Husek (2009, p. 112).

<sup>27</sup> Varela (2011, p. 46).

<sup>28</sup> Pacto de San José da Costa Rica é como se costuma denominar a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, que teve a adesão do Brasil a 25 de setembro de 1992 e promulgada entre nós pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. (BRASIL, 1992).

<sup>29</sup> Vale destacar, nesse sentido, que o Supremo Tribunal Federal perdeu excelente oportunidade, no sentido de atribuir aos tratados de direitos humanos, hierarquia constitucional – de acordo com o disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição. *Vide* o voto vencido do Ministro Celso de Mello, no acórdão em questão.

tados de direitos humanos) à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.”<sup>30</sup>

O Supremo Tribunal Federal demonstrou claramente na última década que os Direitos Humanos representam o valor primordial do Estado e suas aspirações, e que as interpretações devem se alicerçar por esses fundamentos.<sup>31</sup>

Nesta senda, o voto do Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário em mote esclarece com precisão qual a aplicação aos tratados internacionais de direitos humanos para a normativa interna:

[...] estes (tratados internacionais de direitos humanos) hão de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.

Havendo superioridade dos tratados de Direitos Humanos sobre as normas infraconstitucionais, estas sofrerão controle, tanto no momento preventivo quanto na forma repressiva, vez que os tratados possuem caráter material acima das normas ordinárias.

Mazzuoli<sup>32</sup> chega a empregar uma nova terminologia ao controle das normas internas em face dos tratados de direitos humanos: o controle de convencionalidade. Para o doutrinador caberá aos julgadores, no controle concentrado e até difuso de constitucionalidade a aplicação das regras constitucionais, e de forma secundária a aplicação dos tratados de direitos humanos.

Ainda segundo o autor, “Em outras palavras, os tratados incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante

---

<sup>30</sup> Brasil (2013b).

<sup>31</sup> Pozzolo e Duarte (2006, p. 100-104), discorrem importante lição sobre a interpretação moral da Constituição à luz de princípios “supraconstitucionais”, alertando principalmente sobre a perigosa e tormentosa relação: moral versus direito.

<sup>32</sup> Sabbag (2010, p. 580-581 apud MAZZUOLI, 2012).

(para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem.”<sup>33</sup>

O controle de constitucionalidade sofreu, portanto, alargamento de suas possibilidades, extrapolando além do rol das normas constitucionais previstas na Carta Republicana para também incorporar os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja signatário.

Assim sendo, os referidos tratados de direitos humanos acabam por alterar a Constituição. Esse processo de constitucionalização do direito internacional deve ser considerado como mais uma forma de mutação constitucional. Trata-se, por conseguinte, de mais um caminho, quiçá o mais importante, pelo qual se dá a benfazeja mutação constitucional, porque está em consonância com a dimensão internacional do direito e sua humanização. Assim, não se pode deixar de reconhecer a importância dessa forma de alteração da Magna Carta em face do processo de internacionalização da economia (globalização). Trata-se de um fenômeno com alto potencial reformador.<sup>34</sup>

Por meio dos entendimentos jurisprudenciais supra, os tratados passam a ser divididos em duas categorias: os decorrentes de direitos humanos, que se situam como normas constitucionais, se forem tratados ratificados após a EC n. 45/2004, ou como normas supralegais, se incluídos após a emenda e os tratados comuns, que terão paridade com as normas infraconstitucionais e assim poderão sofrer alteração por uma lei ordinária.

Referida aplicação é de suma importância na ordem interna, pois estabelece critérios diferentes de visão sobre a aplicação dos tratados. Se o tratado trazer matéria de direitos humanos, o

---

<sup>33</sup> Sabbag (2010, p. 579).

<sup>34</sup> Soriano (2003).

Judiciário,<sup>35</sup> *v.g.*, atuará em um processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável ao indivíduo, sobrepondo o tratado à normativa doméstica

[...] como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.<sup>36</sup>

Uma norma infraconstitucional não terá o condão de alterar o tratado de direitos humanos, pois sua supremacia hierárquica privilegiada irradiará em todas as outras normas. Aliás, a nova lei deverá observar os tratados internacionais de direitos humanos, sob pena de nascer maculada de inconstitucionalidade.

Quanto ao restante dos tratados, pelo conceito esposado pelo Supremo Tribunal Federal, uma nova norma poderá alterá-lo, ou até mesmo revogar seus dispositivos, pois se encontram no mesmo nível hierárquico e, portanto, sob a influência do conceito interpretativo de que uma lei mais nova revoga uma lei mais velha.<sup>37</sup>

Nesse sentido, é importante frisar o artigo 98 do Código Tributário Nacional, que impede, de forma clara, a revogação dos tratados internacionais, mesmo sob a influência de nova lei. Reza o artigo: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> A Constituição enfatiza que cabe ao STF avaliar a inconstitucionalidade dos tratados (artigo 102, III, ‘b’) e cabe ao STJ avaliar se há contrariedade ao tratado ou à norma federal (artigo 105, III, ‘a’).

<sup>36</sup> Brasil (2008).

<sup>37</sup> Esse, aliás, foi o entendimento esposado pela jurisprudência do STF desde 1977, ao verificar que o tratado, uma vez formalizado, terá a força de lei ordinária, pois, no entendimento do Ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* 77.631/SC, pensar o contrário seria uma forma de ofensa à Constituição e uma redução da atuação do Congresso Nacional em sua atividade típica (OLIVEIRA; SILVA, 2011, p. 26).

<sup>38</sup> Brasil (1966).

Acredita-se que a expressão do artigo 98 do Código Tributário Nacional é aquela que mais claramente respeita os tratados, pois o compromisso assumido internacionalmente não foi empreendido pelo Executivo ou por outro poder do Estado, mas por toda a população, por meio de sua soberania, e, para tanto, pensar de maneira contrária feriria de morte um dos maiores princípios da ordem internacional, o *pacta sunt servanda*.<sup>39</sup>

Ainda, na legislação interna, demonstra-se que, implicitamente, os tratados possuem grau de hierarquia supralegal. *Vide* o exemplo do artigo 5º do Código Penal que determina a aplicação da lei brasileira “[...] sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional” e o artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor apontando que os direitos previstos naquela carta “[...] não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário.”

Se aqueles diplomas não revogam, tampouco restringem as normas internacionais, então eles as afirmam, estabelecendo que os acordos internacionais estão em patamar superior às leis internas por refletirem a vontade da nação que somente poderia ser encerrada com a devida denúncia do Tratado.<sup>40</sup>

Após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, cabe ao Presidente da República, ou seu representante legal, proceder a ratificação do tratado, se assim entender. Vale destacar que a ratificação do tratado é um ato de competência exclusiva do Chefe do Executivo e, portanto, cabe a ele decidir sobre a conveniência e a oportunidade da realização do ato.<sup>41</sup>

Após a ratificação, o tratado passa a ter vigência no plano internacional e, internamente, tornam-se necessárias a promulgação e a publicação do decreto presidencial que ratificou o trata-

---

<sup>39</sup> Mazzuoli (2013, p. 339).

<sup>40</sup> Mazzuoli (2013, p. 345).

<sup>41</sup> Albuquerque e Mello (2001, p. 221) indica que “[...] antes da troca, depósito ou notificação dos instrumentos de ratificação, aceitação etc., o tratado pode ser aplicado provisoriamente até a sua entrada em vigor se as partes assim convierem.”

do, por meio da íntegra do respectivo texto e demonstrar a todos (administração pública, juízes, população, etc.) que aquele tratado deverá ser observado.

Consoante o entendimento já apresentado, um tratado somente poderá perder sua força normativa se for denunciado perante o Estado ou o organismo que o celebrou. Assim, resta identificar a figura da denúncia dos tratados, principalmente sob o enfoque da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625-3/DF.

#### **4 A DENÚNCIA DOS TRATADOS**

A denúncia é uma das formas de extinção de um tratado.<sup>42</sup> É o ato unilateral do Estado, que não desejando permanecer mais vinculado ao instrumento internacional, exprime sua vontade no sentido de se retirar dele.

Se o tratado é bilateral, a denúncia inviabiliza sua continuidade extinguindo o acordo. Se o tratado for multilateral (três ou mais Estados), a denúncia somente gerará efeitos ao Estado denunciante.<sup>43</sup>

A denúncia somente se opera quando as partes assim acordarem ou quando o texto insere tal possibilidade. A Convenção de Viena de 1969 admite também a denúncia de forma implícita diante da natureza do tratado, como os tratados sem prazo determinado ou os tratados de natureza técnica que não geram prejuízos aos contratantes.<sup>44</sup>

No que se refere à possibilidade de denúncia dos tratados, todas as Constituições Brasileiras, incluindo a de 1988, foram omis-

---

<sup>42</sup> Albuquerque e Mello (2001, p. 245-247) cita as seguintes formas de extinção dos tratados: A execução integral do tratado; Consentimento mútuo; Termo (tempo determinado); Condição resolutória; Renúncia do beneficiário; Caducidade; Guerra; Fato de terceiro; Impossibilidade de execução; A ruptura de relações diplomáticas e Denúncia unilateral.

<sup>43</sup> Mazzuoli (2013, p. 69).

<sup>44</sup> Albuquerque Mello (2001, p. 247).

sas, deixando a cargo da jurisprudência e das ações práticas a estipulação de regras para a atuação dos órgãos Legislativo e Executivo.<sup>45</sup>

A discussão da matéria formulou no Brasil o conceito de que o Presidente da República teria plenos poderes para denunciar um tratado. Em 1926, Clóvis Beviláqua, consultor jurídico do Itamaraty, emitiu um parecer<sup>46</sup> no qual o Presidente da República não precisaria ouvir o Congresso Nacional, vez que o tratado estipulava uma cláusula de denúncia aprovada pelo Poder Legislativo e, portanto autorizava o Chefe de Estado a exercer tal Poder de forma completa.<sup>47</sup>

#### 4.1 DENÚNCIA E A CONVENÇÃO N. 158 DA OIT

Nova discussão surgiu com o julgamento da Adin n. 1.625-3/DF, que discute a constitucionalidade da denúncia do Presidente da República à Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A Convenção n. 158 da OIT estipula, entre outras matérias, que “[...] não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”<sup>48</sup> e que a despedida arbitrária pode gerar o direito à indenização ou à reintegração forçada do empregado.<sup>49</sup>

O Brasil ratificou a Convenção n. 158 da OIT pelo Decreto n. 1.855, de 11 de abril de 1996, após a aceitação do texto pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 68, de 1992. Ocorre que ainda em 1996, mais precisamente em 20 de

---

<sup>45</sup> Mazzuoli (2013, p. 70).

<sup>46</sup> Este parecer tinha como propósito fundamentar a denúncia brasileira do tratado que formou a Sociedade das Nações (REZEK, 2008, p. 110).

<sup>47</sup> Rezek (2008, p. 110-111).

<sup>48</sup> Artigo 4º da Convenção (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1982).

<sup>49</sup> Artigo 10 da Convenção (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1982).

novembro, o Presidente denunciou a Convenção, estipulando que sua vigência perderia eficácia um ano após.<sup>50</sup>

Em agosto de 1996, poucos meses antes da denúncia do tratado, a Confederação Nacional da Indústria ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (n. 1.480) reclamando que o tratado infringia a norma prevista no artigo 7º, inciso I da Constituição. Com a denúncia unilateral, a Adin n. 1.480 foi julgada improcedente, pois sua matéria não mais poderia ser discutida.

Foi então que a Confederação dos Trabalhadores da Agricultura moveu uma nova Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin n. 1.625-3/DF) questionando a inconstitucionalidade da denúncia prestada pelo Presidente da República sem a prévia autorização do Congresso Nacional.<sup>51</sup>

No caso em tela, os Ministros Mauricio Correa (Relator), Carlos Brito e Joaquim Barbosa entenderam pela procedência da ação. Aduziram os julgadores que a Constituição tratou de forma tímida a relação entre os tratados e o direito interno, apontando que o texto constitucional somente falou da competência privativa do Presidente da República para celebrar tratados (artigo 84, VIII, CF).<sup>52</sup>

Em seus votos, os Ministros Mauricio Correa e Carlos Brito apontaram que a processualística de ingresso de um tratado referenciava a participação do Congresso Nacional e, portanto sua denúncia importaria em um ato de mesma forma ou hierarquia, não cabendo ao Presidente da República sua extinção unilateral.

Desde a formação do Estado americano, tem-se claramente que a possibilidade de celebrar e denunciar tratados deveria ser de competência do Chefe do Poder Executivo, pois abarca o poder do Estado Soberano nas relações exteriores, mas que sua atuação deve ser acompanhada e fiscalizada pelo Poder Legislativo, também detentor da representatividade popular.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Brasil (1996).

<sup>51</sup> Basto Lupi (2013).

<sup>52</sup> Basto Lupi (2013).

<sup>53</sup> Hamilton, Madison e Jay (2003) apresentam no capítulo 75 da obra *O Federalista* que a interação entre os poderes é a melhor medida, pois a celebração de tra-

Os votos demonstram claramente a interpretação do artigo 84, inciso VIII da Constituição de forma sistêmica, em que a aplicação do conceito de celebrar tratados está sujeita a referendo pelo Congresso Nacional e também sua denúncia não deve se furta ao crivo legislativo.

Primeiramente, o ministro Relator identificou que os tratados ingressavam no ordenamento jurídico após o encerramento de um ato complexo, que necessita efetivamente da participação do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Assim, a extinção da lei somente poderia ocorrer se o processo de encerramento seguisse o mesmo trâmite do processo de formação.

Em seu voto, o Relator denota que o Presidente da República, na possibilidade de denunciar tratados de forma unilateral, passaria a ter os poderes de denunciar o tratado, que inicialmente foi aceito por uma conjugação de esforços, maculando, assim, o princípio constitucional da separação de poderes.

De forma contrária aos votos dos Ministros Maurício Correa e Carlos Brito, o Ministro Nelson Jobim entendeu pela improcedência da ação, alegando que a Convenção n. 158 da OIT foi aceita de forma integral pelo Congresso Nacional, quando de sua promulgação, abarcando inclusive a previsão do artigo 17 que aceita a denúncia por parte do Presidente.<sup>54</sup>

O Ministro ainda salientou que a atuação do Congresso Nacional se restringe unicamente à aprovação do tratado assinado, e que para tanto, sua competência não extrapola os limites internos do país, cabendo única e exclusivamente ao Presidente a chancelaria sobre acordos e tratados internacionais.<sup>55</sup>

Além da discussão sobre a legitimidade de denúncia dos tratados, o voto do Ministro Joaquim Barbosa foi um divisor de águas na discussão da Corte, ao alertar que a norma internacional

---

tados não envolve somente a tarefa de legislar, tampouco as tarefas do Executivo, mas um agregado de ações de todo o Estado frente a outros Estados.

<sup>54</sup> Brasil (2007).

<sup>55</sup> Brasil (2007).

em mote se referia a direitos humanos e, portanto, a visão do intérprete deveria ser de outra forma.<sup>56</sup>

Inicialmente, o Ministro chega ao parecer que a Constituição Brasileira seguiu o modelo da Constituição norte-americana, promovendo o *treaty-making power* entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo; a participação deste não se restringe somente ao assessoramento, mas antes é aquele que resolve definitivamente a matéria sobre tratados.

Por essa linha de raciocínio, o Ministro entendeu que “[...] a Constituição de 1988, ao estabelecer, em seu artigo 4º, uma pauta a guiar as relações exteriores do Brasil, incumbiu os demais poderes, e não somente o Executivo, de fiscalizar a atuação da política externa.”

Esclarece que o intérprete da norma constitucional deve seguir seus valores maiores e que o Direito Internacional e o Direito Comparado cada vez mais caminham para o princípio da coparticipação entre parlamento e governo em matéria de tratados. “Não há, pois, presunções nesse campo, e sim, vontades constitucionais expressas em um determinado sentido. Tanto é assim que o próprio direito internacional não estabelece que a denúncia deva se operar sem qualquer intervenção do parlamento.”<sup>57</sup>

Confirmando seu entendimento, o voto apontou que no Direito Comparado se encontram muitas Constituições que previram em seu texto a necessidade de participação do Poder Legislativo.<sup>58</sup>

Em verdade, a tendência, cada vez mais crescente, de textos constitucionais repartirem as competências em matéria de denúncia de tratados representa o surgimento, no direito comparado, [...] do princípio da “coparticipação parlamento-governo em matéria de tratado”. Tal princípio estabelece o “caráter dividido de todo o *treaty power* e reconduz à unidade de

---

<sup>56</sup> Brasil (2009b).

<sup>57</sup> Brasil (2009b).

<sup>58</sup> O Ministro aponta que as Constituições da Dinamarca, Holanda, Espanha, Rússia, Argentina, Peru e Chile possuem normativa em que o órgão legislativo deve participar da denúncia de tratados.

disciplina de quaisquer atos decisórios em matéria de tratado”.<sup>59</sup>

O julgador apontou que o Decreto Legislativo n. 68, que aprovou a Convenção 158 da OIT, estipulou no parágrafo único do artigo 1º, que estavam “[...] sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares”<sup>60</sup>e, portanto não caberia ao Presidente a desobediência ao texto legal.

Se para os tratados a processualística se mostra tendente à coparticipação de vários atores políticos, quando estes tratarem de direitos humanos sua observância se mostra mais latente, pois a participação do máximo possível de agentes auxiliará na efetividade máxima destes direitos.<sup>61</sup>

O voto também mostrou claramente que a Convenção n. 158 da OIT, mais do que um tratado, é antes um tratado de direitos humanos, e sua forma de denúncia deve pelo menos observar uma postura crítica envolvendo necessariamente a participação do Legislativo.<sup>62</sup>

Entende-se que a Convenção ingressou no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 e, portanto, tem o caráter de norma supralegal.

Assim, a denúncia, sem a prévia autorização do Congresso Nacional, seria um ato extremo a uma espécie legislativa com alto grau hierárquico e que possui matéria protegida pela Constituição Federal e deixaria ao livre-arbítrio do Chefe de Estado a redução de proteção de determinados direitos humanos.

As teses esposadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, notadamente o voto do Ministro Joaquim Barbosa, são

---

<sup>59</sup> Brasil (2009b).

<sup>60</sup> Brasil (1992b).

<sup>61</sup> Brasil (1992b).

<sup>62</sup> Galindo (2002, p. 306-307).

muito sedutoras, mas ainda assim não finalizadas, pois a Adin n. 1.625-3/DF não foi totalmente julgada pelo Plenário daquela casa.

Prevalece, até o momento, portanto, os ensinamentos encartados por Clóvis Beviláqua e suplantados pelo STF<sup>63</sup> de que o Chefe de Estado detém amplos poderes para denunciar tratados sem a prévia consulta ao Parlamento,<sup>64</sup> razão que a Convenção n. 158 perdeu seus efeitos pela denúncia até então válida.

## 5 CONCLUSÃO

As Constituições brasileiras sempre se mantiveram afastadas para disciplinar a forma de inclusão e a denúncia dos tratados internacionais. Mesmo a Constituição de 1988 referenciou a matéria em poucos artigos,<sup>65</sup> quase sempre com um texto aberto, capaz de suscitar dúvidas.

A tratativa dos acordos internacionais foi melhor desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, suplantadas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, e também pela evolução da proteção dos direitos humanos, que nas duas últimas décadas causaram significativas mudanças no sistema normativo, como, por exemplo, a inclusão do § 3º ao artigo 5º da Constituição pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Com essa alteração, a Suprema Corte entendeu existirem três formas de tratados, que estariam situadas em pontos distintos da escala hierárquica normativa: os tratados de direitos humanos,

---

<sup>63</sup> No julgado RMS n. 8.799/61, a Suprema Corte manteve o conceito de liberdade ao Chefe de Estado para denunciar os tratados, não sendo necessária a participação efetiva do Congresso Nacional (BASTO LUPU, 2013).

<sup>64</sup> Basto Lupi (2013).

<sup>65</sup> Pode-se citar o artigo 4º sobre os princípios regentes na relação internacional, o artigo 5º, §§ 2º e 3º, acerca dos direitos humanos, e os artigos 49, 84, 102, 105 e 109 relativos à competência em matéria de tratados. Em todos eles o Texto Constitucional é pouco explicativo (salvo o § 3º do artigo 5º que trouxe um texto coerente, mas que na prática acarretou uma grande problemática de interpretação), confuso, com margem para interpretações dualistas, como ocorre entre os artigos 49 e 84.

incluídos pelas regras do § 3º, que seriam normas constitucionais; os tratados de direitos humanos, inseridos no ordenamento pelo processo legislativo, situados em um plano supralegal (abaixo da Constituição, acima das normas infraconstitucionais); o restante dos tratados que possuem paridade com as leis ordinárias.

Acerca da paridade dos tratados as leis ordinárias, observa-se que a possibilidade de revogação de nova lei interna frente aos tratados não é o melhor entendimento, vez que fere princípios internacionais, bem como a própria Convenção de Viena em seu artigo 27, merecendo, a nosso ver, uma necessária reforma.

A denúncia de tratados, por sua vez, mostra-se com grandes discussões, principalmente no julgamento da Adin n. 1.625-3/DF, que avalia a necessidade de participação do Poder Legislativo na formalização da denúncia, pois, nos termos dos votos já proferidos, cada vez mais se faz necessária a participação de muitos atores, principalmente quando se tratam de direitos humanos.

Enquanto se aguarda a decisão, nossa Corte Excelsa mantém seu entendimento de que o Presidente da República detém os poderes para denunciar um tratado, não precisando a participação do Congresso Nacional.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. *Curso de Direito Internacional Público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 1.

BASTO LUPI, André Lipp Pinto. *O Papel do Congresso Nacional na Denúncia dos Tratados: o caso da vigência da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (Adin n. 1.625)*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4038.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

BRASIL. *Ação direta de inconstitucionalidade 1.625-3*, de 03 de junho de 2009. Brasília, DF, 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2013

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 68, de 1992. Aprova o texto da Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre o Término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra em 1982, durante a 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 set. 1992a. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-68-16-setembro-1992-358557-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 nov. 1992b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2013.

BRASIL. Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT n. 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. *Diário Oficial da União*, 20 dez. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d2100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2100.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2013.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 dez. 2009a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2013.

BRASIL. *Informativo do STF*. Brasília, DF, 5 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo421.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

BRASIL. Lei n. 5. 172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, 25 out. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)>. Acesso em: 20 maio 2013.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Sistema Consular Integrado*. 2013a. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/clientes/dai/dai/teste>>. Acesso em: 20 maio 2013.

BRASIL. *Recurso Extraordinário n. 466.343-1*. 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131-1/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Julgado em 23 nov. 1995. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 01 ago. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91.361/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em 23 set. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 05 fev. 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2913889/habeas-corpus-hc-91361-sp>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASELA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONVENÇÃO DE VIENA. 2013. Disponível em: <[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

COUTO, Estevão Ferreira. *A Relação entre o Interno e o Internacional: concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2009.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O papel do Congresso Nacional na denúncia dos tratados: o caso da vigência da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (adi 1.625). In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010. Fortaleza. *Anais...* Fortaleza, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4038.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais: o treaty-making power na Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portal-TvJusticaNoticia/anexo/Artigo\\_Poder\\_Legislativo\\_e\\_Tratados\\_Internacionais\\_Valerio\\_Mazzuoli.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portal-TvJusticaNoticia/anexo/Artigo_Poder_Legislativo_e_Tratados_Internacionais_Valerio_Mazzuoli.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2013.

OLIVEIRA, Ana Carolina Rezende; SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. O Sistema Brasileiro de Incorporação de Tratados e a Eficácia do Direito Internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 58, jan./jun. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 158*. 1982. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SORIANO, Aldir Guedes. *Constitucionalização do direito internacional: uma nova forma de alteração da Constituição*. 2003. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/24739-24741-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



# **GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DA ESPANHA: NOTAS PARA COMPARAÇÕES COM BRASIL**

Fernando Domínguez García\*

## **1 PANORAMA DO SISTEMA DE GARANTIAS DOS DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978: ELEMENTOS PARA A SUA COMPARAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

### **1.1 O SISTEMA DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS NA ESPANHA**

É óbvio que o reconhecimento de direitos em um determinado ordenamento ficaria incompleto se não se estabelecessem uns mecanismos de proteção e garantia destes ante sua vulneração, que serão por vezes próprios e específicos do sistema de direitos, enquanto em outras ocasiões se utilizarão mecanismos intrínsecos ao Estado de direito – como a separação de poderes ou o império da lei – ou ao princípio de constitucionalidade – como a rigidez constitucional ou os mecanismos de proteção da supremacia da Constituição.<sup>1</sup>

---

\* Advogado do Parlamento de Cataluña; Doutor em ciências jurídicas pelo European University Institute (EUI) de Florença, Itália; Professor associado de Direito constitucional da Universidade Autônoma de Barcelona (UAB); Colaborador da Universitat Oberta de Cataluña (UOC).

<sup>1</sup> Utiliza-se aqui um conceito não amplo, senão restringido, de garantia constitucional dos direitos como “mecanismos jurídicos de segurança que o ordenamento constitucional estabelece a fim de salvaguardar e defender a integridade de seu valor normativo; os direitos fundamentais não serão aqui instrumentos asseguradores, senão objeto das garantias que explícita ou indiretamente contém o ordenamento constitucional”. Veja-se: De Luque (1981, p. 107-129).

A Constituição Espanhola de 1978 (CE, daqui por diante) trata ambos os aspectos – o reconhecimento de direitos e sua proteção ou garantia – no Título I que leva como rubrica *Dos direitos e deveres fundamentais*. Não obstante, seu tratamento faz-se separadamente. O Capítulo segundo do Título I, *Direitos e liberdades*, dedica-se ao reconhecimento de direitos, enquanto o Capítulo quarto titula-se precisamente *Das garantias das liberdades e direitos fundamentais*. Dito capítulo quarto contém dois artigos, o 53 e 54.

#### CAPÍTULO QUARTO – Das Garantias das Liberdades e Direitos Fundamentais

##### Artigo 53

1. Os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo segundo do presente Título vinculam a todos os poderes públicos. Só por lei, que em todo caso deverá respeitar o seu conteúdo essencial, se poderá regular o exercício de tais direitos e liberdades, que se tutelarão de acordo com o previsto no artigo 161, 1, a).

2. Qualquer cidadão poderá pedir a tutela das liberdades e direitos reconhecidos no artigo 14 e na Secção primeira do Capítulo segundo ante os Tribunais ordinários por um procedimento baseado nos princípios de preferência e brevidade e, se for caso disso, através do recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicável à objecção de consciência reconhecida no artigo 30.

3. O reconhecimento, o respeito e a proteção dos princípios reconhecidos no Capítulo terceiro serão desenvolvidos na legislação positiva, na prática judicial e na atuação dos poderes públicos. Só poderão ser alegados ante a Jurisdição ordinária de acordo com o que disponham as leis que os regulamentem.

##### Artigo 54

Uma lei orgânica regulará a instituição do Defensor do Povo, como alto comissário das Cortes Gerais, designado por estas para a defesa dos direitos compreendidos neste Título, para o qual poderá inspecionar a atividade da Administração, dando conta às Cortes Gerais.

De uma primeira leitura dos artigos 53 e 54 CE pode-se comprovar que contêm preceitos de diferente natureza:

- a) O artigo 53.1 CE estabelece elementos do regime jurídico próprio dos direitos e liberdades, especialmente unidos a sua aplicabilidade e a seu desenvolvimento normativo;
- b) O artigo 53.2 CE enumera os meios de defesa jurisdicionais específicos dos direitos fundamentais. Este apartado serve de fundamento para diferenciar os direitos fundamentais e direitos que não têm tal qualificativo;
- c) O artigo 53.3 CE é a base da distinção entre direitos (sejam fundamentais ou não) e princípios reitores da política social e econômica;
- d) O artigo 54 CE regula a instituição do Defensor do Povo que atua como garantia institucional dos direitos em Espanha.

O uso do termo “garantias” na rubrica do mencionado Capítulo quarto tem levado à doutrina espanhola teorizar todos os aspectos que nos mencionados artigos se tratam, seja de regime específico dos direitos, seja de mecanismos judiciais de garantia ou o resto de meios de proteção, sob a terminologia de garantia. A literatura jurídica espanhola classifica, então, as garantias em: (a) garantias normativas, (b) garantias jurisdicionais e (c) garantias institucionais. Esta tripla divisão é um lugar comum dos manuais de direito constitucional espanhóis.<sup>2</sup> Isto é, construiu-se uma teoria das garantias dos direitos sobre a base da literalidade dos artigos da Constituição, uma opção pedagogicamente acertada, mas dogmaticamente discutível. Não é de se estranhar, por isso, que se te-

---

<sup>2</sup>Veja-se: Molas (2008) e Aparicio e Barceló (2012). A terminologia varia segundo o manual que se consulte, mas a divisão tripartite das garantias é muito frequente. Outra terminologia (garantias objetivas – normativas –, subjetivas – judiciais – e orgânicas) pode se encontrar em: Pérez Royo (2012). Uma terminologia que também varia só nominalmente (garantias genéricas – normativas –, específicas – judiciais – e instituições de garantia) pode-se consultar em: Callejón (2012).

na declarado que em Espanha: “A expressão ‘garantias dos direitos fundamentais’ carece de um significado técnico-jurídico preciso.”<sup>3</sup>

No entanto, a regulação constitucional espanhola das garantias dos direitos e sua análise doutrinal tem uma grande virtualidade: situou-se às garantias dos direitos no lugar central do sistema de direitos.

No Brasil, por outro lado, o Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CB, daqui por diante) intitula-se *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Disse-se, no Brasil, que “[...] as garantias fundamentais não deixam de ser direitos” e que a diferença é que as garantias não protegem bens jurídicos concretos senão que “[...] fornecem instrumentos jurídicos ao indivíduo.”<sup>4</sup> Explicam-se então, indistintamente, direitos subjetivos e mecanismos jurídicos para sua proteção. No Brasil fala-se de *garantias* para se referir, principalmente, aos recursos ou ações judiciais, isto é, aos procedimentos judiciais específicos para a proteção dos direitos. Por isso, quando os manuais explicam as garantias dos direitos se referem basicamente aos instrumentos processuais para garantir os direitos (o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular).<sup>5</sup> Alguns autores falam do amplo leque de garantias constitucionais e sua aplicação aos direitos subjetivos, das garantias institucionais, e incluem, também, na explicação, as garantias políticas como a própria ideia da separação de poderes como mecanismo de garantia dos direitos.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Díez-Picazo (2005, p. 73).

<sup>4</sup> Segundo Bastos (2002, p. 274).

<sup>5</sup> Veja-se como ponto de referência esta tendência de explicar sob uma epígrafe intitulada “Garantias” as ações judiciais para a defesa dos direitos: Tavares (2011).

<sup>6</sup> Um manual que explica outros tipos de garantias, especialmente as relacionadas com as garantias constitucionais e as garantias institucionais: Bonavides (2013), especialmente o capítulo 15. Veja-se também neste sentido: Melo (2008).

## 1.2 OS DIFERENTES TIPOS DE DIREITOS EM ESPANHA SEQU- DO SUA GARANTIA

A doutrina espanhola utiliza diversos parâmetros para classificar os direitos constitucionais. Neste momento é necessário destacar um critério, arquetípico dos autores espanhóis, que deriva da própria sistemática do Texto constitucional ao regular os direitos e as liberdades e que está intimamente relacionado com as garantias que a Constituição estabelece. Conquanto o Título I da Constituição intitula-se, como já se apontou, *Dos direitos e deveres fundamentais*, o atributo “fundamental” pode se atribuir somente a uma parte dos direitos constitucionais, aqueles que gozam de um maior número de garantias.<sup>7</sup>

Assim, o máximo nível de proteção em Espanha se dispensa aos denominados “direitos fundamentais” *stricto sensu*, enumerados na seção 1<sup>a</sup> do Capítulo segundo do Título I da Constituição (artigos 15-29), com vinculação aos poderes públicos, proteção judicial, recurso preferencial e sumário, recurso de amparo constitucional (aplicável também aos artigos 14 e 30.2 CE), desenvolvidos por lei orgânica (artigo 81 CE) e cuja redação somente pode ser modificada mediante uma reforma constitucional agravada (artigo 168 CE).

A seguir se encontrariam os direitos e deveres dos cidadãos (artigos 30-38, seção 2<sup>a</sup> do Capítulo segundo do Título I), que não teriam o qualificativo de “fundamental”, que gozam de vinculação no que diz respeito aos poderes públicos; têm uma proteção judicial ordinária e seu desenvolvimento se efetua por lei ordinária,

---

<sup>7</sup> Há quem tem tentado atribuir a todos os direitos constitucionais espanhóis o caráter de “fundamental”. Javier Pérez Royo estima que todos os direitos constitucionais são direitos fundamentais, o que sucede é que alguns gozariam de um plus íntegro de fundamentalidade (art. 15 a 29 CE), outros teriam um plus parcial de fundamentalidade (art. 14 e 30.2 CE), enquanto o resto seriam substancialmente fundamentais. Note-se que apesar de que todos os direitos seriam formalmente “fundamentais” segue subsistindo a diferenciação entre tipos de direitos segundo as garantias que os protegem. Veja-se: Véase: Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

e cuja modificação constitucional segue a reforma constitucional ordinária (artigo 167 CE).

Esta distinção tão categórica entre direitos fundamentais e direitos não fundamentais, sobre a base das diferenças em suas garantias, não se produz no Brasil. É verdade que no Brasil não todos os direitos têm os mesmos mecanismos de proteção, nem as mesmas ações judiciais à sua disposição, mas não é possível construir uma dicotomia tão marcada como no sistema espanhol, porque a Constituição brasileira não parte de uma diferenciação em matéria de garantias constitucionais dos direitos.

### 1.3 AS GARANTIAS DOS PRINCÍPIOS REITORES DA POLÍTICA SOCIAL E ECONÔMICA EM ESPANHA

O capítulo terceiro do Título I regula os denominados princípios reitores da política social e econômica (artigos 39-52 CE). Ditos artigos contêm preceitos de natureza social, como o direito à moradia digna (artigo 47 CE), o direito à saúde (artigo 43 CE) ou à segurança social (artigo 41 CE), e mandatos dirigidos aos poderes públicos para proteger determinados bens ou valores, como o meio ambiente (artigo 45 CE) ou o patrimônio cultural e artístico (artigo 46 CE). Os princípios reitores da política social e econômica na verdade não são direitos, senão que contêm disposições que somente poderão ser alegadas ante a jurisdição ordinária, de acordo com as leis que as desenvolvam. *Prima facie*, só são informativos, e a própria Constituição os exclui da aplicabilidade imediata dos direitos. Convertem-se em direitos, por assim o dizer, quando a lei assim o estabelece. O Tribunal Constitucional tem deixado dito que “o valor normativo imediato dos artigos 39 a 52 da Constituição tem de ser modulado nos termos do artigo 53.3 da Norma Fundamental”, artigo que “impede os considerar normas sem conteúdo, obrigando aos poderes públicos aos ter presentes na interpretação tanto das restantes normas constitucionais como das leis” (SSTC 19/1982 e 14/1992, entre outras). Não obstante, pode-

-se produzir uma reversão na lei que os regule e voltar a ter um caráter meramente informativo de “a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos” (artigo 53.3 CE).

Não obstante, a doutrina não é pacífica com respeito à categorização dos princípios reitores da política social e econômica. Discutiu-se em Espanha se os princípios reitores da política social e econômica são normas meramente programáticas, que seguiriam às chamadas constituições dirigentes, como a portuguesa, garantias institucionais no sentido schmittiano, ou normas jurídicas dependentes ou não autônomas no sentido kelseniano, assimiláveis até verdadeiro ponto aos direitos de configuração legal, alegando que se produziu certa assimilação entre direitos e princípios reitores por parte da doutrina e, até verdadeiro ponto, pelo Tribunal Constitucional.<sup>8</sup>

A distinção entre direitos e princípios reitores é especialmente interessante quando se fala do Estado social. Na Espanha a Constituição só contempla de forma muito reduzida direitos de natureza social. Por exemplo, o direito à educação (artigo 27 CE) ou o direito de greve e de sindicalização (artigo 28 CE), que são direitos fundamentais. O direito ao trabalho é um direito constitucional sem a categorização de fundamental (artigo 35 CE). A maioria de pilares do Estado do bem-estar está constitucionalmente contemplada como princípios reitores da política social e econômica, que tinham em se aprovar a Constituição um caráter meramente informativo, e cuja vinculação derivou das leis que os desenvolveram. Os exemplos paradigmáticos de princípios reitores da política social e econômica que as leis têm assentado como direitos são a segurança social (artigo 41 CE), cuja Lei Geral de Segurança Social contempla a estabilidade dos mecanismos de proteção social que ampara a Segurança Social e um sistema de prestação por desemprego e de pensões públicas, ou a previdência espanhola (artigo 43 CE), que após a Lei 14/1986, de 25 de abril, Geral de Previdência, transformou-se em um sistema de assistência sanitária universal e gratuí-

---

<sup>8</sup> Sanmamed (2003, p. 269-316).

ta, tanto para espanhóis quanto para estrangeiros. Não obstante, o Real Decreto-Lei 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantir a sustentabilidade do Sistema Nacional de Saúde e melhorar a qualidade e segurança de suas prestações, tem limitado o acesso universal e gratuito para os estrangeiros irregulares, convertendo em um exemplo recente de reversão e modificação de uma lei, com mais de quinze anos de aplicação, que convertia em direito um princípio reitor da política social e econômica.

No Brasil, o artigo 6, CB, na redação dada pela emenda constitucional número 64, do ano 2010, estabelece 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, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Assim mesmo os artigos 7 a 11, CB, protegem o direito ao trabalho, à sindicalização e à greve. Que tais preceitos sejam considerados direitos no Brasil não implica que as leis não devam regular suas concretas condições e parâmetros, ou que não dependam dos recursos públicos ou das prioridades políticas, mas gozam do regime próprio dos direitos e das garantias que lhes são próprias, não existindo uma distinção como presente a Espanha entre direitos constitucionais e princípios reitores da política social e econômica.

## 2 AS GARANTIAS NORMATIVAS

As denominadas garantias normativas dos direitos são aqueles elementos do regime jurídico próprio dos direitos que têm que ver com as características que derivam de sua posição no ordenamento jurídico (categoria constitucional) e com os limites a seu desenvolvimento normativo pelas leis. No Brasil denominaram-se garantias constitucionais de direito objetivo.<sup>9</sup>

Na configuração das garantias normativas contempla-se o Poder Legislativo como “garantia” dos direitos, mas também se

---

<sup>9</sup> Bonavides (2013), especialmente o ponto 11 do capítulo 15.

estabelecem certas “cautelas ante o legislador.”<sup>10</sup> As principais garantias normativas dos direitos são as seguintes:

- a) Efeitos derivados do princípio de constitucionalidade. É bem sabido que a constitucionalização dos direitos supôs a atribuição aos direitos das garantias próprias do Texto constitucional, especialmente em relação à sua categoria normativa e modificação. Na Espanha existem duas vias para a reforma constitucional: uma primeira ordinária (artigo 167 CE) e uma segunda bem mais rígida e agravada (artigo 168 CE). Como já se apontou anteriormente, os direitos fundamentais somente podem ser reformados seguindo o procedimento rígido, equiparado à reforma total da Constituição, que implica um longo e pesado processo que leva a uns Cortes Gerais a aprovar o princípio de reforma por 2/3, a celebrar eleições e escolher umas novas Cortes Gerais, a discutir e, finalmente, aprovar a reforma por 2/3 partes de cada Câmara e a realizar obrigatoriamente um referendo entre a população. E o resto de direitos segue a via ordinária do artigo 167 CE, que somente precisa aprovação dos Cortes Gerais mediante uma maioria de 3/5 partes de cada Câmara e onde o referendo não é sempre necessário.

No Brasil, o artigo 60 § 4º CB estabelece que não se pode deliberar no Parlamento nenhuma proposta que pretenda abolir, entre outros, o voto secreto, universal e jornal e os direitos e garantias. Há uma discussão aberta na doutrina brasileira sobre o alcance, especialmente referido aos direitos sociais, desta cláusula pétrea.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> O vocabulário pertence a De Luque (1981, p. 107-129), especialmente p. 118.

<sup>11</sup> É oportuna a seguinte citação: “Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do principio objeto da

- b) O princípio de legalidade ou de reserva de lei. Em Espanha, o desenvolvimento normativo dos direitos é necessário que se faça por lei (reserva de lei), que ademais tem de ser lei orgânica, caso se trate de direitos e liberdades fundamentais (da seção 1<sup>a</sup> do Capítulo segundo do Título I). Dessa forma, a regulação dos âmbitos de liberdade corresponde ao Parlamento e ficam isentos da ação do Executivo e de seus produtos normativos, como é o regulamento (exceto remessa legal expressa), o Decreto-Lei e o decreto legislativo (que diz respeito aos direitos fundamentais).

No Brasil também existem limitações para a atuação do Presidente e do Poder Executivo quanto à regulação de alguns direitos, já que o artigo 62 § 1º, ponto I, alínea a, CB, veta as medidas provisórias ou de urgência a respeito de “nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral”. Também não se permite no mesmo âmbito a legislação delegada de acordo com o artigo 68 § 1º, ponto II.

- c) O conteúdo essencial. Na Espanha, o conteúdo essencial de um direito é aquele conteúdo mínimo que nunca pode ser afetado na regulação de seu exercício

---

proteção. De qualquer modo, é possível comungar o entendimento de que a proteção imprimida pelas ‘cláusulas pétreas’ não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido, pelo menos não no sentido de impedir todo e qualquer tipo de restrição. Não se pode negligenciar, neste contexto, que os direitos e garantias fundamentais (a despeito de constituírem limites materiais à reforma) podem ser objeto de restrição até mesmo pelo legislador infraconstitucional, desde que preservadas as exigências da reserva legal (quando for o caso), bem como salvaguardado o núcleo essencial do direito restringido e observados os ditames da proporcionalidade, de tal sorte que não nos parece aceitável a tese de que o poder reformador (ainda que sempre limitado) possa menos que o legislador ordinário”. (SARLET, 2003, p. 669). Veja-se também do mesmo autor: Sarlet (2003, p. 56-74).

e que permite o identificar como tal (STC 11/1981). O legislador espanhol não pode limitar um direito até o ponto de que fique impraticável, ou seja, irreconhecível, de forma que o conteúdo essencial seria o “límite dos limites” do direito. No Brasil falou-se doutrinariamente de um conceito similar (núcleo essencial ou conteúdo essencial), importando doutrina alemã e portuguesa, ao referir às cláusulas de intangibilidade dos direitos para que sirva como parâmetro à legislação infraconstitucional que os regule.<sup>12</sup>

- d) A aplicabilidade direta. Na Espanha, o artigo 53.1 CE indica que os direitos, sejam fundamentais ou não, vinculam a todos os poderes públicos. Por outro lado, os princípios reitores da política social e econômica somente são informativos e sua vinculação depende das leis que os desenvolvam. Por sua vez, no Brasil o artigo 5 §1, CB, estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. A aplicação imediata no Brasil ou a vinculação dos direitos na Espanha implica que os poderes públicos estão obrigados à aplicação direta da Constituição neste âmbito.

Em ambos os países, apesar da dicção constituição, expõem-se situações em que a aplicabilidade direta está em injunção. Na Espanha, os preceitos que contêm direitos constitucionais não são sempre normas de aplicação imediata. Nem sequer no âmbito dos direitos fundamentais sucede assim, porque existem direitos de configuração legal que requerem uma lei que contemple seus requisitos, efeitos ou limites. Costuma-se citar aos direitos de sufrágio ativo e passivo e de acesso à função pública (artigo 23 CE) e direito

---

<sup>12</sup> A doutrina, destacadamente Sarlet e Barroso, segue principalmente a Canotilho. Também é necessário citar Mendes (1997, p. 78), pelo resumo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que realiza.

à tutela judicial efetiva (artigo 24 CE) como os principais expoentes na Espanha de direitos de configuração legal, onde o Legislador pode desenvolver ditos direitos de diversas formas constitucionalmente lícitas, mas que deve respeitar o conteúdo essencial de ditos direitos. No Brasil, o denominado recurso direto de inconstitucionalidade por omissão (ação direta de inconstitucionalidade por omissão) do artigo 103 § 2 CB, que se pode interpor, entre outros supostos, quando não se pode desfrutar de um direito por ausência de legislação de desenvolvimento, reconhece explicitamente que não todos os direitos têm sempre uma aplicação imediata.

### 3 AS GARANTIAS INSTITUCIONAIS

A doutrina clássica alemã tem teorizado sobre as garantias institucionais (*Einrichtungsgarantien*) e, em concreto, sobre as garantias institucionais de natureza jurídico-pública (*institutionnelle Garantien*).<sup>13</sup> Nestas linhas emprega-se um conceito restringido de garantia institucional, ou garantia do instituto na doutrina brasileira,<sup>14</sup> que equivale a mecanismos de proteção dos direitos personificados em determinadas instituições públicas que têm cometido dita proteção dos direitos dos cidadãos. Assim, os poderes públicos, que antes eram vistos como “fonte de perigo dos direitos fundamentais”, passam a ser também um “mecanismo de sua garantia”.<sup>15</sup> Não se usa aqui o parâmetro schmittiano de garantia institucional como todo limite e condicionante do poder legislativo.

As garantias institucionais em Espanha denominaram-se também “garantias extrajudiciais” para distinguir da proteção jurisdicional dos direitos.

- a) O Defensor do Povo. O Defensor do Povo espanhol está definido no artigo 54, CE, como “alto comissá-

---

<sup>13</sup> Valha a explicação que realiza Canotilho (2003, p. 397).

<sup>14</sup> Bonavides (2013), especialmente o capítulo 15.

<sup>15</sup> Veja-se: De Luque (1981, p. 107-129), especialmente p. 116.

rio das Cortes Gerais [*Parlamento*] [...] para a defesa dos direitos” e é qualificado pela doutrina espanhola como o exemplo paradigmático de garantia orgânica ou institucional dos direitos na Espanha.<sup>16</sup> A principal função que a Constituição lhe outorga é o controle da Administração pública e seus agentes para dar conta e informar ao Parlamento. “Controle” que se for o caso equivale à supervisão, não a controle em sentido jurisdicional. Isto é, o Defensor do Povo é uma magistratura de supervisão que não tem poder de sanção à Administração ou seus servidores públicos, senão de persuasão política e denúncia pública, por intermédio de relatórios, recomendações ou advertências. Não obstante, a Constituição espanhola outorga-lhe duas faculdades para ativar a atuação do Tribunal Constitucional na defesa dos direitos: pode interpor recurso de inconstitucionalidade contra as leis e recurso de amparo para a defesa dos direitos fundamentais dos particulares (veja-se mais abaixo).

Dita instituição segue as figuras que se criaram em diversos países nórdicos para a proteção dos direitos. Ainda que o primeiro exemplo é o *Ombudsman* sueco, na regulação constitucional espanhola seguiu-se mais de perto outros exemplos, como o dinamarquês, porque o *Justitie Ombudsman* sueco faz parte do sistema de justiça, enquanto o sistema de controles da Administração na Espanha se baseia no controle jurisdicional e a posição do Defensor do Povo se centra em sua autoridade moral e sua posição de informante.

Também é oportuno destacar que a maioria de Comunidades Autônomas tem uma figura equivalente ao Defensor do Povo encarregada da supervisão da respectiva Administração autonômica.

---

<sup>16</sup> Escobar Roca (2010, p. 229-257).

No Brasil, por outro lado, não existe uma instituição equiparável ao Ombudsman ou Defensor do Povo espanhol.<sup>17</sup>

- b) O Ministério Fiscal e outros órgãos institucionais de garantia dos direitos. A doutrina espanhola costuma citar outros órgãos que se encaixariam com a ideia de garantia institucional. Entre eles se destaca especialmente o Ministério Fiscal (equivalente ao Ministério Público no Brasil). O artigo 124 CE indica que o Ministério Fiscal “sem prejuízo das funções encomendadas a outros órgãos, tem por missão promover a ação da justiça em defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público tutelado pela lei.” Em concreto, o Ministério Fiscal vai pelo respeito dos direitos fundamentais e liberdades públicas em quantas atuações exija sua defesa e pela proteção processual das vítimas, promovendo os mecanismos previstos para que recebam a ajuda e assistência efetivas (artigo 3 Lei 50/1981 do Estatuto Orgânico do Ministério Fiscal). Como se citará posteriormente, o Ministério Fiscal pode interpor recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional para a defesa dos direitos fundamentais dos particulares.<sup>18</sup> A doutrina espanhola também cita a Polícia ou o Exército como órgãos institucionais de garantia dos direitos. Inclusive há autores que ci-

---

<sup>17</sup> Alguns têm querido ver na Controladoria-Geral da União do Brasil um órgão equiparável aos ombudsman. Veja-se como o Governo federal usa a expressão “ombudsman” em algumas das traduções ao inglês de páginas relacionadas com a Controladoria: <http://www.brasil.gov.br/para/visit-and-live/consumer-protection/ombudsman>. Data de acesso: 20/05/2013. Há de destacar, não obstante, que está enquadrado dentro do Governo federal, que suas funções são mais de controle interno da Administração, e que não faz parte do Instituto Internacional do Ombudsman. Pode consultar-se a listagem de ombudsman das Caraíbas e América do Sul em: <http://www.theioi.org/caribbean-latin-america>. Data de acesso: 20/05/2013.

<sup>18</sup> Domínguez García (2001, p. 741-775).

tam o juramento do Rei e o Príncipe das Astúrias, ao aceder ao cargo, de “respeitar os direitos dos cidadãos” como limite negativo à sua função constitucional, que seria equiparável a uma garantia institucional.<sup>19</sup>

## 4 A PROTEÇÃO JURISDICIONAL

As garantias jurisdicionais são as que implicam a intervenção de um órgão jurisdicional que atua de forma independente ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Na Espanha as garantias jurisdicionais estão residenciadas/presentes? no Poder Judicial e no Tribunal Constitucional, que não faz parte do Poder Judicial e que é igualmente um poder independente dos poderes de natureza política. As concretas ações jurisdicionais que podem ativar os particulares, e as instituições legitimadas, dependem do tipo de direito ante o qual nos encontremos. A distinção entre direitos e direitos fundamentais é especialmente pertinente em relação à explicação dos diferentes níveis de proteção jurisdicional e dos tipos de garantias.

### 4.1 AS GARANTIAS JUDICIAIS

- a) Introdução. Na Espanha, os juízes e tribunais integrantes do Poder Judicial são os principais garantidores dos direitos constitucionais. Fala-se do Poder Judicial como guardião natural dos direitos (STC 115/1987). Ainda que exista a possibilidade de ir ao Tribunal Constitucional, a parte principal da proteção dos direitos produz-se em sede judicial. Neste âmbito, às vezes, é fácil confundir o direito com a garantia que o protege, como sucede com o *habeas corpus* (artigo 17.4 CE) ou a tutela judicial efetiva (artigo 24 CE). Em concreto, o artigo 24

---

<sup>19</sup> Olaechea (2007, p. 456).

CE contém um conjunto de direitos, formulados como garantias processuais, que tende a que as pessoas possam ir à jurisdição como instância decisiva para a defesa dos direitos e interesses legítimos, mediante o cumprimento das exigências dos princípios de constitucionalidade e legalidade e, muito especialmente, com respeito aos direitos e liberdades fundamentais.

- b) A proteção judicial ordinária ex artigo 24.1 CE. O primeiro apartado do artigo 24 CE contém o denominado direito à tutela judicial efetiva ou direito à jurisdição, o que significa que todo direito e interesse legítimo tem que poder se fazer valer, e tem que ser judicial, em um processo ante um órgão judicial.

#### Artigo 24

1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício dos seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir-se desamparo.

O Tribunal Constitucional espanhol, em relação à sua natureza, tem em concreto que “não é a de um direito de liberdade exercitável sem mais, diretamente a partir da Constituição, senão a de um direito de prestação, que somente pode se exercer pelos canais que o legislador estabelece ou, dito de outro modo, é um direito de configuração legal.” (STC 99/1985).

O Tribunal Constitucional tem considerado que o direito compreende não apenas o acesso à jurisdição que o qualifica de seu “núcleo”, senão também a utilizar os meios de prova e defesa pertinentes, a uma resolução de fundo fundada em direito, a interpor os recursos previstos legalmente e a que as resoluções sejam respeitadas e julgadas (STC 223/2001). Por isso é um direito de natureza eminentemente processual.

O direito à tutela judicial efetiva tem sido qualificado como o “direito estrela” do firmamento constitucional espanhol, já que estatisticamente é o mais invocado diante dos tribunais ordinários do próprio Tribunal Constitucional.<sup>20</sup>

- c) As garantias processuais do artigo 24.2 CE. O artigo 24.2 CE contém um conjunto de garantias constitucionais clássicas do direito penal que o Tribunal Constitucional espanhol tem considerado que, em muitos casos, é possível considerar garantias genéricas de todos os processos judiciais (STC 13/1981).

Artigo 24

2. Da mesma forma, todos têm direito ao Juiz ordinário pré-determinado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem demoras indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não declarar contra si próprios, a não se confessarem culpados e à presunção de inocência. A lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não se estará obrigado a declarar sobre fatos presumivelmente delituosos.

Costuma-se denominar coletivamente como “direito a um processo devido”, que evoca a ideia anglo-saxônica do *due process of law*. O artigo 6 do Convênio Europeu de Direitos Humanos, que se tratará posteriormente, fala do “direito a um processo equitativo”.

- d) O incidente de nulidade de atuações. O artigo 241, da Lei Orgânica 6/1985 do Poder Judicial, regula o denominado “incidente de nulidade de atuações” pelo qual “quem sejam parte legítima ou tivessem devido o ser poderão pedir por escrito que se declare a nu-

---

<sup>20</sup> Díez-Picazo (2005, p. 406).

lidade de atuações fundadas em qualquer vulneração de um direito fundamental dos referidos no artigo 53.2 da Constituição, sempre que não tenha podido se denunciar antes de recair resolução que coloque fim ao processo e sempre que dita resolução não seja suscetível de recurso ordinário nem extraordinário”. Será competente para conhecer deste incidente o mesmo julgado ou tribunal que ditou a resolução que tiver adquirido firmeza. Dessa maneira dá-se a possibilidade aos órgãos judiciais de reparar vulnerabilidades de direitos fundamentais, eventualmente que eles mesmos tenham podido cometer, e se evita que as partes judiciais tenham de esperar a finalização do processo e tenham de ir ao Tribunal Constitucional em recurso de amparo.<sup>21</sup>

O incidente de nulidade de atuações não está previsto como tal em nível constitucional, ainda que a própria ideia do Poder Judicial como guardião dos direitos implica a existência de um trâmite em todo o processo judicial para a proteção dos direitos. A regulação do incidente de nulidade de atuações tem sido potenciada em paralelo à limitação do recurso de amparo constitucional aos casos em que se acredite uma especial transcendência constitucional, produzidas pela Lei Orgânica 6/2007, de 24 de maio, pela que se modifica a Lei Orgânica 2/1979, de 3 de outubro, do Tribunal Constitucional.

- e) O recurso preferencial e sumário. Denominou-se também “amparo judicial” ou “amparo ordinário” para distingui-lo do amparo constitucional. Ainda

---

<sup>21</sup> Veja-se: Carrasco Durán, Manuel, “La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 95 (2012), pp. 65-93.

que ao início do período constitucional ditou-se a Lei 62/1978, de 26 de dezembro, de Proteção Jurisdicional dos Direitos Fundamentais da Pessoa, regulando as previsões do artigo 53.2 CE, atualmente não é um único recurso, porque sobre a base do mencionado artigo constitucional se ditaram diversas leis em razão das diversas ordens jurisdicionais (civil, penal, contenciosa-administrativa, trabalhista e militar).<sup>22</sup>

O próprio Tribunal Constitucional tem definido o recurso preferencial e sumário da seguinte maneira: “a preferência implica prioridade absoluta por parte das normas que regulam a concorrência funcional ou despacho dos assuntos; por processo sumário, como tem posto de relevo a doutrina, não cabe ir a seu sentido técnico (pois os processos de proteção jurisdicional não são sumários, senão especiais), senão a sua significação vulgar como equivalente à rapidez” (STC 81/1992).

- f) Especialidades em determinados procedimentos judiciais. Para além dos recursos e ações anteriormente explicados, existem no ordenamento espanhol algumas especialidades para a proteção específica de determinados direitos fundamentais. Os casos mais significativos são os previstos na Lei Orgânica 1/1982, de 5 de maio, sobre proteção civil do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, que permite à jurisdição civil adotar “todas as medidas necessárias para pôr fim à intromissão ilegítima de que se trate” (artigo 9.2), e na Lei Orgânica 9/1983, de 15 de julho, reguladora do Direito de Reunião, que em virtude da urgência

---

<sup>22</sup> Artigos 114 e 122 da Lei da Jurisdição Contencioso-Administrativa, artigos 249.2.1 e 399 e seguintes da Lei de Acusação Civil, art. 823 bis da Lei de Acusação Criminosa, artigo 175 e seguintes da Lei de Procedimento Trabalhista, artigo 518 da Lei Orgânica Processual Militar.

no exercício de dito direito estabelece uns períodos de impugnação especialmente curtos, de tão somente quarenta e oito horas (artigo 11). Também destaca a regulação específica do *habeas corpus*, por meio da Lei orgânica 6/1984, de 24 de maio, reguladora do procedimento de *Habeas Corpus*, dos processos eleitorais na Lei orgânica 5/1985, de 19 de junho, do Regime Eleitoral General, e do direito de retificação na Lei orgânica 2/1984, de 26 de março, reguladora do direito de retificação.

- g) Elementos para sua comparação com Brasil. Não existe no Brasil um único artigo, como o artigo 24 CE, que codifique o direito à tutela judicial efetiva ou direito a um processo devido, ainda que diversos pontos do artigo 5, CB, contenham o direito de acesso à jurisdição (ponto XXXV), a proibição dos tribunais de exceção (ponto XXXVII) e os elementos de um processo justo e com os necessários meios de defesa (pontos LIII, LIV, LV e LVI) e a um processo sem demoras indevidas (ponto LXXVIII).

O ordenamento constitucional português estabelece um amplo sistema de proteção jurisdicional dos direitos. Em geral estabelecem-se uns mecanismos ou remédios jurisdicionais que se concretam, principalmente, em recursos ou ações judiciais que são consideradas garantias constitucionais de natureza processual.<sup>23</sup>

Já se deixou dito que a CB trata, sem uma separação estrita, os direitos e os meios jurisdicionais para sua defesa, ainda que muitas das ações judiciais previstas se expliquem correlativamente nos pontos LXVIII e seguintes do artigo 5, CB. Muitas destas ações judiciais são recursos destinados a um tipo de direitos, como o *habeas corpus* ou o *habeas data*, ou a respeito de um tipo de situações, como sucede com o mandado de injunção, relativo às omissões dos

---

<sup>23</sup> Bonavides (2013), especialmente o capítulo 15.

poderes públicos. Não obstante, o mandado de segurança tem um caráter bastante amplo porque abarca a proteção de direitos não amparados pelo *habeas corpus* ou o *habeas data*. O caráter sumário e especial assimilam-no ao recurso preferencial e sumário na Espanha, se não fosse porque em Espanha atualmente não é um único recurso, senão umas características que compartilham diversos tipos de recursos regulados segundo os tipos de jurisdição (civil, penal, administrativa, social e militar).

#### 4.2 O RECURSO DE AMPARO ANTE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL

- a) Natureza do recurso de amparo. O artigo 53.2 CE contempla a possibilidade de ir ao Tribunal Constitucional por meio de um procedimento extraordinário denominado “recurso de amparo”, no que diz respeito aos direitos fundamentais (artigos 15 a 29 CE) e os direitos contemplados nos artigos 14 CE (princípio de igualdade) e 30.2 CE (objecção de consciência). Ainda que o artigo 161.1.b) CE indica que o recurso de amparo se interpõe “nos casos e formas que a lei estabeleça”, a Lei Orgânica 2/1979, de 3 de outubro, do Tribunal Constitucional (LOTC, daqui por diante) não tem excluído nenhum dos direitos, ainda que tem limitado indiretamente o número de casos que se podem admitir, fazendo com que o recorrente deva alegar e acreditar que o conteúdo do recurso justifica uma decisão sobre

o fundo por parte do Tribunal Constitucional em razão de sua especial transcendência constitucional, dada sua importância para a interpretação, aplicação ou geral eficácia da Constituição (artigo 50.1.b) LOTC, após a reforma produzida pela Lei Orgânica 6/2007).<sup>24</sup>

O recurso de amparo é um recurso subsidiário (STC 110/1988), que deve se interpor apenas quando já se esgotou a via judicial e que se tenha invocado a defesa do direito no procedimento judicial precedente, exceto para o suposto de impugnação de determinados atos não legislativos de origem parlamentar, já que se vai diretamente ao Tribunal Constitucional por meio do recurso de amparo (artigo 42 LOTC). Em palavras do próprio Tribunal Constitucional: “o artigo 53.2 CE atribui a tutela dos direitos fundamentais primariamente aos Tribunais ordinários [...], pelo que a articulação da jurisdição constitucional com a ordinária tem de preservar o âmbito que ao Poder Judicial reserva a Constituição [...]. O respeito à precedência temporária da tutela dos Tribunais ordinários exige que se apressem as possibilidades que os modos processuais oferecem na via judicial para o reparo do direito fundamental que se estima lesionado [...] esta exigência, longe de constituir uma formalidade vazia, supõe um elemento essencial para respeitar a subsidiariedade do recurso de amparo e, em última instância, para garantir a correta articulação entre este Tribunal e os órgãos integrantes do Poder Judicial, a quem primeiramente corresponde o reparo das possíveis lesões de direitos invocadas pelos cidadãos, de modo que a jurisdição constitucional somente pode intervir, uma vez que intentada reparação, a mesma não se produziu” (por todas,

---

<sup>24</sup> Germán Fernández Farreres, “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. (Comentarios a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, pp. 11-62. Veja-se também: Francisco Fernández Segado, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Madrida: Dykinson, 2007. Com respeito à especial transcendência constitucional: Miguel Ángel Montañés Pardo, “La «especial transcendencia constitucional» como presupuesto del recurso de amparo”, *Otrosí*, núm. 1, 2010, p. 30-37.

STC 284/2000). O Tribunal Constitucional espanhol tem colocado ênfase no fato que o recurso de amparo não é um novo recurso de cassação ou de revisão do direito aplicado por juízes e tribunais (Auto do Tribunal Constitucional 107/1980).

- b) Legitimação ativa e passiva. A legitimação ativa para interpor recurso de amparo corresponde a “toda pessoa natural ou jurídica que invoque um interesse legítimo, bem como o Defensor do Povo e o Ministério Fiscal” (artigo 162.1.b) CE). Isto é, a parte daqueles órgãos que vão ao Tribunal Constitucional em seu cometido de garantia institucional dos direitos, não somente pode promover o recurso de amparo ao titular do direito, senão que possa considerar com um interesse legítimo.

Com respeito à legitimação passiva, a dicção literal do artigo 41.2 da LOTC parece reconhecer que somente pode imputar uma vulnerabilidade de um direito fundamental a um poder público. Efetivamente, não se podem recorrer diretamente em amparo atos de pessoas privadas, já sejam físicas ou jurídicas. O que sucede é que é necessário atacar um ato de um poder público que não tem atendido ou remediado a vulneração de um direito, normalmente uma sentença do poder judicial que não tem protegido um direito alegado ante a jurisdição (STC 55/1983).

- c) Procedimento do recurso de amparo. O procedimento ante o Tribunal Constitucional é eminentemente escrito. Inicia-se com uma demanda onde se deve justificar a especial transcendência constitucional do caso (artigo 49.1 LOTC). Os procedimentos são decididos normalmente em uma das duas salas do Tribunal, enquanto as decisões processuais prévias correspondem a uma das quatro seções do Tribunal Constitucional (artigos 48 e 50 LOTC).

O Tribunal Constitucional pode suspender, de ofício ou a instância de parte, a execução do ato do poder público que supostamente vulnere um direito fundamental, sempre que não se cause uma perturbação grave a um interesse constitucionalmente protegido nem aos direitos de outras pessoas (artigo 56 LOTC).

- d) Efeitos das sentenças de amparo. As sentenças de amparo, quando são estimativas, podem reconhecer o direito, declarar a nulidade das decisões, atos ou resoluções que tenham impedido seu pleno exercício, determinando a extensão de seus efeitos e/ou restabelecer ao recorrente na integridade de seu direito, adotando as medidas apropriadas (artigo 55.1 LOTC). O Pleno do Tribunal Constitucional, após uma sentença adotada por uma seção ou uma sala em que se discuta que o problema da lesão do direito prove da lei, pode “se autoquestionar” tal assunto, e resolver posteriormente o tema seguindo os parâmetros do controle de constitucionalidade das leis (artigo 55.2 LOTC).

O Tribunal Constitucional determina quem deve executar a sentença, ainda que seja necessário considerar que as possíveis reclamações sobre indenizações são resolvidas pela jurisdição ordinária (artigo 92 LOTC). Com respeito às sentenças de amparo não cabe nenhum recurso interno na Espanha (artigo 93.1 LOTC).

- e) Elementos para sua comparação com Brasil. A própria ideia do recurso de amparo constitucional espanhol supõe a existência separada do Poder Judicial e do Tribunal Constitucional, coisa que não sucede no Brasil, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) exerce as funções típicas de Tribunal Supremo, enquanto última instância judicial, e de Tribunal Constitucional, com funções constitucionalmente atribuídas de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (ar-

tigo 102 CB). O Supremo Tribunal Federal do Brasil também é competente, por intermédio de recurso, para julgar diversos procedimentos judiciais estabelecidos em garantia dos direitos, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* ou o mandado de injunção. Por isso se disse que: “no Brasil não há uma única via processual para a proteção dos direitos fundamentais ante o STF.”<sup>25</sup>

## 5 A PROTEÇÃO SUPRANACIONAL E EUROPEIA

O artigo 5 § 2º CB estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal brasileira não excluem outros derivados do regime e os princípios por ela adotados e os dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.

Na Espanha não existe uma cláusula explícita de abertura às garantias internacionais, como sucede no Brasil, ainda que diversos artigos permitam essa abertura. O artigo 10.2 CE indica que “as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece *se interpretarão de conformidade* com a Declaração Universal de Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados por Espanha.” (grifo nosso). Esta redação tem criado um debate na doutrina espanhola sobre se os tratados sobre direitos fundamentais não seguem o regime geral dos tratados internacionais do artigo 96 CE (que são direito interno a todos os efeitos, uma vez ratificados e publicados na Espanha) já que só têm uma função hermenêutica (daí a literalidade do inciso “*se interpretarão de conformidade*”) ou têm uma função adicional à prevista no artigo 96 CE através do artigo 10.2 CE.<sup>26</sup>

No caso da Espanha, que é um dos Estados Membros da União Europeia, é necessário distinguir como a União Europeia

<sup>25</sup> Mendes (2008, p. 37-49).

<sup>26</sup> Veja-se: Díez-Picazo (2005, p. 161 e seguintes).

aborda o tema dos direitos, que não supõe uma instância superior de proteção dos direitos, senão meramente um sistema paralelo da proteção internacional que ocorre em nível regional no continente europeu, mediante o Conselho da Europa, que não é um órgão ou instituição unida à União Europeia. Como indica Argelia Queralt,

[...] na Europa esta proteção internacional e subsidiária a oferece o sistema europeu de garantia dos direitos humanos, desenvolvido no seio do Conselho da Europa. Diferente é por outro lado a natureza da proteção que oferece o sistema de direitos e liberdades fundamentais da União Europeia enquanto este não é um sistema de tutela subsidiário, senão um sistema primário e autônomo que protege os direitos dos cidadãos da União que tenham sido vulnerados sob o âmbito de competência do ordenamento jurídico comunitário.<sup>27</sup>

- a) O Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A formação de um direito internacional dos direitos humanos produziu-se sob os auspícios de diversas organizações internacionais, como as Nações Unidas ou a Organização Internacional do Trabalho. Uma destas tem sido o Conselho da Europa, cujo Convênio Europeu de Direitos Humanos, assinado em Roma, em 4 de novembro de 1950, cria um órgão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH, também denominado Tribunal de Estrasburgo ou Corte Europeia de Direitos Humanos), encarregado de garantir que os Estados que fazem parte do Convênio sigam suas regras. A característica fundamental do Convênio não são os direitos regulados –todos eles incluídos na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU – senão na via estabelecida para sua proteção. A novidade

---

<sup>27</sup> Veja-se neste mesmo volume o texto de Queralt “O sistema europeu de garantia dos direitos”. Da mesma autora: Argelia Queralt Jiménez (2003).

do Convênio Europeu de Direitos Humanos é que os cidadãos estão legitimados para interpor um recurso ante o TEDH. O particular que tenha esgotado sem sucesso os recursos judiciais disponíveis nesse Estado pode apresentar uma denúncia contra dito Estado por violação do Convênio.

As sentenças do TEDH podem prever uma satisfação equitativa se o direito interno não permite fazer frente de maneira perfeita às consequências da violação de um direito reconhecido no Convênio. Mas há de se destacar que é o direito interno da cada ser o encarregado de ordenar a execução da sentença. No caso da Espanha implica simplesmente uma indenização econômica. Outros países europeus têm previsto, por outro lado, que se possam revisar as sentenças internas após uma condenação do TEDH.

- b) A proteção dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia. Os Tratados originários constitutivos das antigas Comunidades Europeias não faziam uma referência geral aos direitos fundamentais. Parecia que as antigas Comunidades Europeias eram alheias aos direitos fundamentais em geral, ou que eram cegas a todos os direitos que não tivessem uma conexão com os aspectos econômicos, já que contemplavam as denominadas liberdades fundamentais (liberdade de circulação, direito de estabelecimento, livre concorrência e não discriminação por razão de origem nacional no exercício destas liberdades) que se acompanhavam no texto fundacional da cláusula de igualdade salarial entre homens e mulheres por um mesmo trabalho.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Veja-se: García (2012, p. 125-144).

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias começou a configurar os direitos fundamentais sob a técnica de reconhecê-los como princípios gerais do Direito comunitário. Ao não existir nos Tratados uma “declaração” ou uma sistematização de direitos fundamentais, estes foram extraídos pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias do Convênio Europeu de Direitos Humanos e das tradições constitucionais comuns aos estados membros, de forma que progressivamente foi existindo jurisprudência sobre o tema.

As sucessivas reformas dos Tratados constitutivos das Comunidades Europeias e da União Europeia foram introduzindo pontualmente os direitos e começa-se a falar de cidadania europeia (a partir do Tratado de Maastricht de 1992), integrada pela liberdade de circulação e de residência em todo o território da União, o direito de sufrágio ativo e passivo nas eleições municipais e do Parlamento Europeu no Estado de residência; a proteção diplomática e consular por parte das autoridades de todo Estado membro quando o Estado cuja nacionalidade tem a pessoa precisada de tal proteção não está representado em um Estado terceiro; e o direito de petição e de recurso ao Defensor do Povo europeu.

Outros instrumentos normativos também têm sido fonte de direitos nas antigas Comunidades Europeias e a posterior União Europeia. A Carta comunitária dos direitos sociais, conhecida como Carta Social, foi aprovada em 1989, em forma de uma declaração, por parte de todos os Estados membros, com exceção do Reino Unido. Considera-se um instrumento político que contém obrigações morais destinadas a garantir o respeito de determinados direitos sociais nos Estados membros. Estes direitos referem-se, sobretudo, ao mercado trabalhista, à formação profissional, a igualdade de oportunidades e o meio trabalhista.

Posteriormente julgou-se útil reunir os direitos fundamentais em vigor na União em um único texto para dar-lhes maior relevância. Surgiu a ideia de redigir uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, esforço que teve que superar vários estádios em Niza (ano 2000), em Roma por intermédio do malogrado Tratado

pelo que se estabelece uma Constituição para a Europa (ano 2004) e Estrasburgo (ano 2007). A partir de 1º de dezembro de 2009, data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta tem o mesmo valor jurídico dos Tratados (artigo 6.1, parágrafo primeiro, do Tratado da União Europeia). Tem-se-lhe outorgado um caráter vinculante, ainda que esteja incorporada como um anexo aos tratados. Não obstante, os artigos 51 e 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelecem claramente os parâmetros para evitar que se possa entender que os direitos proclamados em nível da União Europeia deslocam aos direitos internos dos estados membros, de forma que a Carta tem como destinatária a União, ainda que isto não lhe supõe assumir mais concorrências dos estados por este fato.

#### Artigo 51

##### Âmbito de aplicação

1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados.

2. A presente Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados.

#### Artigo 53

##### Nível de proteção

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos

do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

O Brasil faz parte do Mercado Comum do Sur (Mercosul). O artigo 1º do Tratado de Assunção de 1991 estabelece a “livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente.” Posteriormente, por meio do Acordo sobre residência para nacionais dos Estados Parte do Mercosul, Bolívia e Chile de 2002 estabeleceu-se o direito aos nacionais de ditos países que desejem residir no território de outro Estado signatário a obter uma residência legal neste último, de acordo com os requisitos e as condições fixadas no próprio Acordo. Sem dúvida estes passos recordam muito ao sucedido na União Europeia. O tempo dirá se o Mercosul acabará evoluindo a postulados mais políticos e se verá condenado a assumir a defesa dos direitos humanos e a impregnar-se da doutrina dos direitos em sua organização interna, do mesmo modo como tem sucedido na União Europeia.

## REFERÊNCIAS

APARÍCIO, Miguel Ángel (Dir.); BARCELÓ Mercè (Coord.). *Manual de derecho constitucional*. Barcelona: Atelier, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: CBE, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). *Manual de Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 2012. v. 2.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRASCO DURÁN, Manuel. La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 95, p. 65-93, 2012.

DE LUQUE, Luis Aguiar. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española. *Revista de Derecho Político*, n. 10, p. 107-129, 1981.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, Fernando. La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional. *Revista Jurídica de Catalunya*, v. 100, n. 3, p. 741-775, 2001.

FARRERES, Germán Fernández. La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. (Comentarios a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo). *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 81, p. 11-62, 2007.

GARCÍA, Fernando Domínguez. La integración de España en la Unión Europea. In: APARICIO, Miguel Ángel (Dir.); BARCELÓ, Mercè (Coord.). *Manual de derecho constitucional*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 125-144.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. La jurisdicción constitucional en Brasil: las relaciones entre el Supremo Tribunal Federal y los demás jueces y tribunales. *Revista Derecho del Estado*, n. 21, p. 37-49, dic. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Limites da Revisão Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Revista dos Tribunais*, ano 5, n. 21, p. 78, out./dez. 1997.

MOLAS, Isidre. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 2008.

OLAECHEA, Francisco Javier Enériz. *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución española*. Pamplona: Universidad de Navarra, 2007.

PARDO, Miguel Ángel Montañés. La especial trascendencia constitucional como presupuesto del recurso de amparo. *Otrosí*, n. 1, p. 30-37, 2010.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

ROCA, Guillermo Escobar. Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo (Análisis empírico, reconstrucción dogmática y propuesta del futuro). *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 26, p. 229-257, 2010.

SANMAMED, José Luis Prada Fernández de. Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, n. 122, p. 269-316, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. *Interesse Público*, n. 17, p. 56-74, jan./fev. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 669. jan./jun. 2003.

SEGADO, Francisco Fernández. *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*. Madrid: Dykinson, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

# A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO E O INSTITUTO DA DENÚNCIA ANÔNIMA: IMPACTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Paulo Ricardo Schier\*

## 1 INTRODUÇÃO

Uma das maiores preocupações do mundo contemporâneo, tanto na esfera pública quanto na privada é com o fenômeno da corrupção. Não sem razão, em um momento de crise do Estado de Direito,<sup>1</sup> aponta-se a corrupção como um dos fatores mais nocivos para a democracia e a racionalidade jurídica.<sup>2</sup> Se é certo que, no âmbito privado, a situação é preocupante, é evidente que é no setor público os seus impactos são mais perversos, pois, normalmente, os atos de corrupção colocam em jogo os pressupostos da democracia e de Estado do Direito. As ideias de respeito à legalidade e ao sistema jurídico,<sup>3</sup> respeito à igualdade de todos os cidadãos, bem como respeito aos valores inerentes ao princípio republicano,<sup>4</sup> como a

---

\* Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná; Professor de Direito Constitucional, em nível de graduação e mestrado, da UniBrasil, do Instituto de Pós-graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional; Professor Convidado da Universidade de Wrocław (Polônia); Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional – CNPq; Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional; Membro da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná; pauloschier@uol.com.br

<sup>1</sup> Zolo (2006, p. 3-94).

<sup>2</sup> Filgueiras (2008).

<sup>3</sup> Novais (1987, p. 86-92).

<sup>4</sup> Canotilho e Moreira (1991, p. 88-89).

impessoalidade, a transparência, a moralidade e a controlabilidade dos atos estatais,<sup>5</sup> caem por terra diante da corrupção.

Compreende-se, portanto, os motivos pelos quais o sistema jurídico brasileiro, seguindo uma tendência mundial (ao menos entre os Estados preocupados em levar a sério a democracia), vem criando, afirmando e desenvolvendo todo um aparato jurídico de combate à corrupção.<sup>6</sup> A tendência, como se disse, é mundial. Tanto assim que, no plano internacional, não são poucos os instrumentos normativos que tratam da matéria. Cite-se aqui, como exemplos, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais internacionais, da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCED), adotada em Paris, em 17 de dezembro de 1997 e a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 12 de dezembro de 1996, sobre a corrupção.<sup>7</sup>

Entre os instrumentos, e não são poucos, firmados no plano internacional, interessa especialmente ao presente ensaio aquele disposto no artigo 13, § 2º, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Referido dispositivo enuncia, expressamente, que os países signatários – entre os quais o Brasil – promovam medidas para viabilizar a *denúncia anônima*:

Cada Estado parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, *para a denúncia, inclusive anônima*, de quaisquer incidentes que possam ser

---

<sup>5</sup> França (2010, p. 29-30).

<sup>6</sup> Sobre a complexidade do conceito de corrupção, conferir Godinho (2011, p. 351-354).

<sup>7</sup> Esta Convenção é oriunda da Resolução n. 55/61, de 04 de dezembro de 2000, da Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da qual se reconheceu a necessidade de contar com um instrumento jurídico internacional eficaz contra a corrupção, e se decidiu, conforme a Resolução n. 56/260, estabelecer o Comitê Especial Encarregado de Negociar uma Convenção contra a Corrupção.

considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.<sup>8</sup>

O Brasil, como se antecipou, é signatário desta Convenção. Sua completa internalização ainda não foi operada. Contudo, é certo que seu conteúdo traz reflexos diversos no sistema jurídico brasileiro. Basta notar, por exemplo, que boa parte dos sítios eletrônicos governamentais e da polícia possui algum tipo de ferramenta que permite a realização de denúncias anônimas (de forma escrita ou mediante acesso a números especiais na via telefônica). Insta, portanto, indagar sobre a compatibilidade do dispositivo internacional citado em face do direito constitucional brasileiro, perquirindo se é possível, nesse campo, encontrar alguma solução que permita, concomitante, compatibilizar os mecanismos de combate à corrupção com a realização dos direitos fundamentais e humanos.

Justifica-se a preocupação pois, como se está a tratar de um Estado Democrático de Direito, ou mais especificamente de um Estado Constitucional, não se pode olvidar que, para além da simples subordinação a uma ordem jurídica, sua caracterização plena depende do grau de vinculação que estabelece com a proteção e a realização dos direitos fundamentais.<sup>9</sup> Logo, o Estado de Direito não é apenas um Estado de fins. É um Estado limitado em relação aos meios e aos fins.<sup>10</sup> Não basta subordinação e respeito às leis e ao sistema jurídico, é preciso que haja vinculação material aos direitos fundamentais. Não basta realização dos direitos fundamentais, é preciso que tal efetivação ocorra pelos meios adequados. No Estado de Direito, portanto, não é suficiente que a atuação estatal esteja revestida apenas de boas intenções, como a criação de mecanismos de combate à corrupção. É preciso compatibilizar os fins com os meios e outros fins igualmente protegidos e tutelados pelo Direito.

---

<sup>8</sup> Referida Convenção foi assinada em 09 de dezembro de 2003, em Mérida, no México, de modo que se considera o dia 09 de dezembro como o Dia Mundial de Combate à Corrupção (BRASIL, 2006).

<sup>9</sup> Grimm (2006, p. 29).

<sup>10</sup> Novais (1987, p. 101-102).

É preciso então compreender para pontuar a questão, o instituto da denúncia anônima no contexto do Estado Constitucional brasileiro e da sua vinculação aos direitos fundamentais. Isso significa dizer que esta vinculação deve ser considerada como vinculação ao sistema como um todo, e não aos direitos fundamentais de forma isolada. Afinal, no Brasil, a Constituição que protege os direitos fundamentais é a mesma que veda o anonimato, repudia o tráfico ilícito de entorpecentes e protege o patrimônio público, a república e a moralidade.

## **2 DENÚNCIA ANÔNIMA, SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL E OS DILEMAS CRIADOS PELA JURISPRUDÊNCIA**

No quadro delineado anteriormente como pressuposto, é de se considerar, a partir do referencial normativo constitucional brasileiro, que a instauração de processos administrativos ou judiciais com base em denúncia anônima é incompatível com o Texto da Constituição Federal, eis que representa afronta ao seu artigo 5º, IV, que confere especial proteção ao direito à honra, ao contraditório e à ampla defesa, ao vedar o anonimato.

Além disso, no plano infraconstitucional das normas brasileiras, para citar o exemplo do processo administrativo válido em âmbito nacional, a Lei dos Servidores Públicos Federais – Lei n. 8.112/90, em seu artigo 144, expressamente exige, para o processamento de denúncias contra servidor público, a identificação do denunciante, seu endereço e confirmação de autenticidade. Dessa forma, o artigo 6º, da Lei n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo) traz idênticas exigências.

A Lei de Improbidade Administrativa, outro importante referencial normativo para analisar esse tema no Brasil, em seu artigo 14, parágrafo único, impede o processamento de denúncia anônima. Esse quadro se repete em praticamente todas as norma-

tivas federais, estaduais e municipais que disciplinam a atuação da Administração Pública.<sup>11</sup>

Os marcos normativos brasileiros em relação às denúncias anônimas, como se pode notar, parecem deixar claro: denúncias anônimas não são admitidas.

Como, então, aceitar que o Brasil seja signatário de uma Convenção Internacional e venha em breve internalizar mecanismos que promovem e incentivam a denúncia anônima, mormente no plano que envolve o setor público? É preciso, pois, entender, que a vedação da denúncia anônima, no sistema, não é absoluta, como absoluto não é nenhum outro direito fundamental.

Isso porque a vedação de denúncias anônimas há de ser compreendida a partir da finalidade que a justifica, ou seja, a partir da fundamentação constitucional concreta que lhe fornece suporte. E então cabe a pergunta: No âmbito da Administração Pública brasileira, qual é a razão desta vedação de denúncia anônima, o que se pretende proteger? Esta é a primeira pergunta a responder.

A ideia central que parece orientar a vedação de denúncia anônima é o escopo de preservar a dignidade do cargo público e constitui um direito subjetivo dos servidores contra denúncias vazias, infundadas, perseguições políticas, agressões à honra perpetradas por desafetos ou por pessoas de má-fé, de modo a evitar que, sob o manto do anonimato, terceiros irresponsáveis venham a vilipendiar a imagem e a distinção de cidadãos que zelam e servem à coisa pública.<sup>12</sup> Em relação aos particulares, o escopo ainda se vincula à necessidade de proteção do nome, honra, dignidade, imagem e direito de defesa.

Não se trata, portanto, no setor público, de uma garantia da pessoa física do funcionário, porém, de uma proteção à dignidade do

---

<sup>11</sup> Não será objeto de análise específica a legislação penal e processual penal sobre o tema, nem outras que transbordem os limites do chamado processo administrativo. Trata-se, aqui, de um recorte metodológico necessário para respeitar os limites propostos pela organização da presente obra.

<sup>12</sup> Martins (2002).

posto público e ao alcance dos fins superiores da própria Administração.<sup>13</sup> Isso porque, sem regras, indivíduos inescrupulosos empregariam, anônima e impunemente, todo o tipo de difamação e calúnia, sem ao menos oportunizarem a defesa adequada dos ofendidos, que sofreriam o constrangimento da instauração de sindicâncias e processos administrativos disciplinares, procedimentos cujo conteúdo termina por se refletir publicamente, no âmbito da repartição pública, com irreparável gravame ao funcionário ilegalmente acusado.<sup>14</sup>

O artigo 144, da Lei n. 8.112/90, supracitado, então é uma garantia daqueles que exercem cargo público e da dignidade que se lhes presume. Por isso, requer-se prova robusta e identificação, qualificação, endereço e denúncia por escrito dos delatores, sob pena de os funcionários padecerem afrontas e danos físicos e morais irreparáveis apenas porque um desconhecido – eventualmente um desafeto ou mesmo pessoa mal-intencionada – resolveu adotar o expediente apócrifo como meio de prejudicar facilmente o servidor público.<sup>15</sup> E no Brasil não são poucas as situações conflituosas que decorrem da Administração Pública com os cidadãos que, não raro, desembocam em denúncias sem qualquer tipo de fundamento, como espécie de vingança a interesses privados não atendidos.

Pretende-se, logo, ao vedar a denúncia anônima, proteger o nome, a honra e a imagem dos próprios servidores públicos. Pretende-se, igualmente, tutelar o adequado direito ao contraditório e à ampla defesa. Pretende-se, também proteger a estabilidade das relações no âmbito da repartição pública e evitar, finalmente, que o direito e a máquina estatal sejam utilizados com a finalidade mesquinha de perseguição política ou com a finalidade egoística.

Nada obstante, apesar da vedação de denúncia anônima, as experiências administrativa e jurisprudencial do Brasil desmentem quase tudo o que se afirmou até o presente momento. Ou seja, pa-

---

<sup>13</sup> Carvalho (2000).

<sup>14</sup> Lessa (2001, p. 6).

<sup>15</sup> Rigolin (1995, p. 246).

rece que, nem mesmo no plano interno, há um acerto em relação ao alcance e ao papel das denúncias anônimas.

Afirma-se isso pois, ao se analisar a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros, no plano dos julgamentos que envolvem denúncia anônima em processos administrativos; o que se encontra é exatamente o oposto: a admissão quase que indiscriminada desse instituto. Impõe-se conhecer esse entendimento dos Tribunais nacionais eis que será a partir dele, de uma adequada compreensão de determinados excessos, que será possível construir um sentido democrático para viabilizar a aplicação da Convenção objeto do presente estudo.

Como já restou afirmado, ao se analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no âmbito dos julgamentos que envolvem denúncia anônima em processos administrativos, o que se encontra é a admissão quase que indiscriminada desse tipo de denúncia. A título exemplificativo, observe-se que no Recurso Especial n. 2006/0153177-0 (Superior Tribunal de Justiça), admitiu-se instauração de processo disciplinar com fundamento em denúncia anônima com suposta autorização no poder-dever de autotutela imposto à Administração. No Mandado de Segurança n. 2006/0249998-2 (Superior Tribunal de Justiça), o mesmo poder-dever de autotutela é que justifica a autorização para a instauração de procedimentos com base em denúncia anônima. A situação se repete em diversos outros casos: Recurso em Mandado de Segurança n. 2005/0044783-5; Recurso em Mandado de Segurança n. 2004/0162925-0; Mandado de Segurança n. 2000/0063512-0; Mandado de Segurança n. 2000/0125375-1; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 1991/0018676-7; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 4.435; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 1.278 e Recurso em *Habeas Corpus* n. 7.329, todos do Superior Tribunal de Justiça.

Ou seja, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nada obstante a vedação legal expressa da denúncia anônima, esse instituto se mostraria legítimo no sistema em vista do “poder-dever de autotutela” ou do “poder-dever de investigação”.

Em resumo, o resultado prático descortinado na experiência do Superior Tribunal de Justiça mostra que a invocação dos princípios da autotutela e da proteção dos bens e interesses públicos autoriza a superação de regras constitucionais e legislativas que expressamente vedam a denúncia anônima. Em outras palavras, o referido Tribunal trata princípios como se regras fossem, atribuindo-lhes um caráter de definitividade<sup>16</sup> para afastar a aplicação de regras que vedam denúncia anônima em qualquer situação.

No plano do Supremo Tribunal Federal, a leitura apresenta contornos mais complexos, isso porque, no STF (a Corte Constitucional brasileira), tanto a vedação de denúncias anônimas quanto os interesses vinculados com a autotutela, impessoalidade, moralidade, etc., vêm sendo tratados como se princípios fossem, demandando a solução dos diversos casos concretos, o devido sopesamento<sup>17</sup> (a expressão “ponderação de bens” e “sopesamento” é diretamente utilizada em quase todos os casos). A título exemplificativo, observe-se a seguinte decisão (apresentada abaixo de forma resumida):

MS 24.369-DF

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: DELAÇÃO ANÔNIMA. COMUNICAÇÃO DE FATOS GRAVES QUE TERIAM SIDO PRATICADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES QUE SE REVESTEM, EM TESE, DE ILICITUDE (PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS SUPOSTAMENTE DIRECIONADOS E ALEGADO PAGAMENTO DE DIÁRIAS EXORBITANTES). A QUESTÃO DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ANONIMATO (CF, ART. 5º, IV, “IN FINE”), EM FACE DA NECESSIDADE ÉTICO-JURÍDICA DE INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS FUNCIONAIS DESVIANTES. OBRIGAÇÃO ESTATAL, QUE, IMPOSTA PELO DEVER

---

<sup>16</sup> Sobre a aplicação das regras com caráter de definitividade, conferir Alexy (2008, p. 103-106).

<sup>17</sup> Sobre a aplicação dos princípios como mandamentos *prima facie*, conferir Alexy (2008, p. 103-106).

DE OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CF, ART. 37, “CAPUT”), TORNA INDERROGÁVEL O ENCARGO DE APURAR COMPORTAMENTOS EVENTUALMENTE LESIVOS AO INTERESSE PÚBLICO. RAZÕES DE INTERESSE SOCIAL EM POSSÍVEL CONFLITO COM A EXIGÊNCIA DE PROTEÇÃO À INCOLUMIDADE MORAL DAS PESSOAS (CF, ART. 5º, X). O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO CIDADÃO AO FIEL DESEMPENHO, PELOS AGENTES ESTATAIS, DO DEVER DE PROIBIDADE CONSTITUÍRIA UMA LIMITAÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. LIBERDADES EM ANTAGONISMO. SITUAÇÃO DE TENSÃO DIALÉTICA ENTRE PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA ORDEM CONSTITUCIONAL. COLISÃO DE DIREITOS QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO OCORRENTE, MEDIANTE PONDERAÇÃO DOS VALORES E INTERESSES EM CONFLITO. CONSIDERAÇÕES DOCTRINÁRIAS. LIMINAR INDEFERIDA.

DECISÃO:

[...]

O veto constitucional ao anonimato, como se sabe, busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, pois, ao exigir-se a identificação de quem se vale dessa extraordinária prerrogativa político-jurídica, essencial à própria configuração do Estado democrático de direito, visa-se, em última análise, a possibilitar que eventuais excessos, derivados da prática do direito à livre expressão, sejam tornados passíveis de responsabilização, “a posteriori”, tanto na esfera civil, quanto no âmbito penal. Essa cláusula de vedação – que jamais deverá ser interpretada como forma de nulificação das liberdades do pensamento – surgiu, no sistema de direito constitucional positivo brasileiro, com a primeira Constituição republicana, promulgada em 1891 (art. 72, § 12), que objetivava, ao não permitir o anonimato, inibir os abusos cometidos no exercício concreto da liberdade de manifestação do

pensamento, viabilizando, desse modo, a adoção de medidas de responsabilização daqueles que, no contexto da publicação de livros, jornais ou panfletos, viessem a ofender o patrimônio moral das pessoas agravadas pelos excessos praticados, consoante assinalado por eminentes intérpretes daquele Estatuto Fundamental.

[...]

Nisso consiste a ratio subjacente à norma, que, inscrita no inciso IV do art. 5º, da Constituição da República, proclama ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Torna-se evidente, pois, que a cláusula que proíbe o anonimato – ao viabilizar, “a posteriori”, a responsabilização penal e/ou civil do ofensor – traduz medida constitucional destinada a desestimular manifestações abusivas do pensamento, de que possa decorrer grave dano ao patrimônio moral das pessoas injustamente desrespeitadas em sua esfera de dignidade, qualquer que seja o meio utilizado na veiculação das imputações contumeliosas.

[...]

A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito, também fundamental individual, de resposta. O art. 5º, V, o consigna nos termos seguintes: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Esse direito de resposta, como visto antes, é também uma garantia de eficácia do direito à privacidade. Esse é um tipo de conflito que se verifica com bastante frequência no exercício da liberdade de informação e comunicação.

A presente impetração mandamental, nos termos em que deduzida, sustenta, com apoio na cláusula que veda o anonimato, a existência, em nosso ordenamento positivo, de impedimento constitucional à formulação de delações anônimas. É inquestionável que a delação anônima pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que

se delinieie, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição. O caso ora exposto pela parte impetrante – que é entidade autárquica federal – pode traduzir, eventualmente, a ocorrência, na espécie, de situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos. Com efeito, há, de um lado, a norma constitucional, que, ao vedar o anonimato (CF, art. 5º, IV), objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade (como a honra, a vida privada, a imagem e a intimidade), buscando inibir, desse modo, delações anônimas abusivas. E existem, de outro, certos postulados básicos, igualmente consagrados pelo texto da Constituição, vocacionados a conferir real efetividade à exigência de que os comportamentos funcionais dos agentes estatais se ajustem à lei (CF, art. 5º, II) e se mostrem compatíveis com os padrões ético-jurídicos que decorrem do princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput). Presente esse contexto, resta verificar se o direito público subjetivo do cidadão à rigorosa observância do postulado da legalidade e da moralidade administrativa, por parte do Estado e de suas instrumentalidades (como as autarquias), constitui, ou não, limitação externa aos direitos da personalidade (considerados, aqui, em uma de suas dimensões, precisamente aquela em que se projetam os direitos à integridade moral), em ordem a viabilizar o conhecimento, pelas instâncias governamentais, de delações anônimas, para, em função de seu conteúdo – e uma vez verificada a idoneidade e a realidade dos dados informativos delas constantes –, proceder-se, lícitamente, à apuração da verdade, mediante regular procedimento investigatório. Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “*hic et nunc*”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses

não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.

[...]

Parece registrar-se, na espécie em exame, uma situação de colidência entre a pretensão mandamental de rejeição absoluta da delação anônima, ainda que esta possa veicular fatos alegadamente lesivos ao patrimônio estatal, e o interesse primário da coletividade em ver apuradas alegações de graves irregularidades que teriam sido cometidas na intimidade do aparelho administrativo do Estado. Isso significa, em um contexto de liberdades em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método – que é apropriado e racional – da ponderação de bens e valores, de tal forma que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes penais e/ou administrativas que teriam sido praticadas por entidade autárquica federal, bastaria, por si só, para atribuir, à denúncia em causa (embora anônima), condição viabilizadora da ação administrativa adotada pelo E. Tribunal de Contas da União, na defesa do postulado ético-jurídico da moralidade administrativa, em tudo incompatível com qualquer conduta desviante do *improbus* administrador. Na realidade, o tema pertinente à vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, *in fine*) posiciona-se, de modo bastante claro, em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes, considerada a obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), torna imperioso apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público. Não é por outra razão que o magistério da doutrina admite, não obstante a existência de delação anônima, que a Administração Pública possa, ao agir autonomamente, efetuar averiguações destinadas a apurar a real concreção de possíveis ilicitudes administrativas[...]

[...]

Esse entendimento tem o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, indefiro, em sede de delibação, o pedido de medida liminar, sem prejuízo de oportuno reexame da questão ora veiculada nesta sede mandamental. 2. Requistem-se informações aos órgãos ora apontados como coatores, encaminhando-se-lhes cópia da presente decisão.<sup>18</sup>

Referida decisão sintetiza o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, em alguns casos concretos, após sopesamento (admitido ora explicitamente e ora intuitivamente), por vezes tolera a denúncia anônima (como no caso do MS n. 27.339/DF) e por vezes a afasta (*vg.* Inquérito n. 1.957-PR).

Ou seja, no Supremo Tribunal Federal, a questão é usualmente abordada a partir de categorias inerentes à teoria dos princípios, aceitando, sempre, respostas diferentes para cada caso concreto.<sup>19</sup> Parece não fazer diferença, aliás, para o STF, o fato de a legislação infraconstitucional trazer regras explícitas vedando a delação anônima (como se a prévia existência de um sopesamento legislativo, nesse campo, não trouxesse qualquer interferência no resultado dessas decisões).

Então, tanto a jurisprudência consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto a no do Superior Tribunal de Justiça, com o devido respeito, ao admitirem as denúncias anônimas quase que de forma indiscriminada, trazem alguns problemas de cunho prático e teórico.

Com efeito, no quadro de um Estado Democrático de Direito, causa certa estranheza o fato de a jurisprudência dominante dos tribunais superiores, com fundamentos diferentes, praticamente ignorar as regras do artigo 144, da Lei n. 8.112/90 e do artigo 6º, da Lei n. 9.784/99.

---

<sup>18</sup> Brasil (2002, grifo do autor).

<sup>19</sup> Alerta sobre a necessidade de que a ponderação seja realizada apenas em vista de um caso concreto, devendo-se evitar ponderações “abstratas”, pode-se encontrar em: Sarmiento (2003, p. 42-49).

No quadro do STJ, como se afirmou, a justificativa do entendimento transita por dois grandes argumentos: a aplicação da regra contida no artigo 143, da própria Lei n. 8.112/90, segundo a qual a autoridade administrativa, tendo ciência de irregularidade, é obrigada a apurá-la; aplicação direta do chamado “poder-dever de autotutela” (em verdade, um princípio com fundamento implícito na Constituição e com base normativa infraconstitucional, no campo em análise, no artigo 53, da Lei Federal n. 9.784/99: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”)<sup>20</sup>

Em relação ao primeiro argumento que justifica as decisões do STJ – cabimento da denúncia anônima por aplicação da regra do artigo 143, da Lei n. 8.112/90 –, parece que o referido Tribunal olvida uma necessária interpretação sistemática da legislação constitucional e infraconstitucional.<sup>21</sup> Deveras, na realidade tal raciocínio advém de um método de interpretação rude, qual seja, o método literal. O artigo 143, com efeito, obriga a apuração das irregularidades de que se tenha ciência; em seguida, o artigo 144 determina que não se apurem as irregularidades que tenham chegado ao conhecimento da autoridade por meio de denúncia anônima. Lendo com atenção os dois dispositivos, a única conclusão possível é a de que a autoridade não pode deixar de averiguar irregularidades que tenham chegado ao seu conhecimento da forma preconizado pela lei, ou seja, por meio de denúncia realizada por pessoa identificada, de forma legítima, consoante o meio lícito previsto em nosso sistema jurídico. O que significa dizer: a regra do artigo 143, da Lei n. 8.112/90, que impõe o dever de investigar, não nega a regra do artigo 144, do mesmo diploma legal. Trata-se antes de um reforço. A autoridade administrativa, quando a denúncia estiver revestida de seus requisitos – entre, não ser anônima –, tem o dever de inves-

---

<sup>20</sup> Brasil (1999).

<sup>21</sup> Sobre a necessidade de interpretação sistemática como imposição do princípio da unidade da Constituição, consultar Barroso (1996, p. 181-198).

tigar. O Poder Público não pode se furtar de averiguar as delações de ilicitudes e irregularidade que, na forma da lei, chegam ao seu conhecimento. Todavia, este dever não pode prevalecer se se tratar de denúncia anônima.

Esta parece ser a construção adequada da norma, que considera o método de interpretação sistemático e salva a aplicação de ambos os dispositivos. Nesse modelo de interpretação, nem a vedação de denúncia anônima retira a validade do dever de investigar e nem o dever de investigar retira a validade ou a possibilidade de aplicação da vedação de denúncia anônima. De outro lado, a interpretação literal suprime qualquer sentido prático do artigo 144, retirando-lhe completamente os efeitos e restringindo, também, os direitos do servidor.

Como se nota, portanto, a interpretação literal e isolada do artigo 143 equivale a uma peculiar declaração de inconstitucionalidade implícita do artigo 144, da Lei n. 8.112/90. Ora, uma vez que o artigo 144, da Lei n. 8.112/90, não foi, em momento algum, declarado inconstitucional (nem em sede abstrata e nem em sede de controle difuso), a sua não aplicação representa verdadeira violação ao Estado de Direito.

Ademais, nesse campo, a leitura conjunta dos artigos 143 e 144, da Lei 8.112/90, na sequência como foi colocada, indicia a necessidade de uma leitura ajustada em que, primeiramente, dever-se-ia considerar a existência do dever de investigação e, em seguida, como se criasse verdadeira regra de exceção, “desde que a denúncia não seja anônima”.

A segunda justificativa do STJ para admitir, em suas decisões, a denúncia anônima, está na invocação da aplicação direta do princípio da autotutela, que tem por escopo, como já restou adiantado, a tutela do interesse público, da moralidade, da finalidade, da eficiência, etc.

Nesse ponto, uma análise crítica deve ser desdobrada em dois pontos: o contido no artigo 53, da Lei Federal n. 9.784/99 – dever de anulação (autotutela) dos atos eivados de ilegalidade e a possibilidade de aplicação direta dos princípios constitucionais da administração pública, explícitos ou implícitos.

Na primeira linha de raciocínio, no que se refere ao “dever de autotutela”, pode-se imaginar que, embora dotado de fundamentação constitucional, e no que pertine com a sua aplicação em processos disciplinares, esse princípio está densificado (concretizado), em nível infraconstitucional, no artigo 53, da Lei Federal n. 9.784/99. Ao se considerar, ainda, que a atividade legislativa manifesta uma decisão em relação ao *modo* de realização das normas constitucionais, não se pode olvidar que, de forma crua, referido dispositivo da Lei n. 9.784/99, em nenhum momento, autoriza a utilização da autotutela a fim de tolerar denúncia anônima. O referido enunciado normativo expressa, rememore-se, o seguinte: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade [...]”<sup>22</sup> Como se nota, o dever de anular seus próprios atos somente é um dever em relação aos atos “eivados de vício de legalidade”.

Considerando o dispositivo, é preciso, logo, fazer uma distinção lógica: uma coisa é o dever de anulação do ato ilegal e outra é a possibilidade de aplicação de sanção disciplinar a quem cometeu o ato ilegal. Com esta distinção, fácil perceber que, uma vez constatada uma ilegalidade, a lei impõe o dever de anulação do ato ilegal. Aqui há autotutela. Mas isso, reitere-se, vale para a investigação do ato ilegal em sentido próprio. A aplicação de sanção disciplinar ao agente que cometeu a ilegalidade deve ocorrer mediante processo disciplinar que garanta o contraditório e a ampla defesa, eis que se trata de imposição de medida restritiva de direito de liberdade e/ou propriedade. A autotutela encontra, nesse campo, portanto, limite. Autotutela no plano do processo disciplinar será admitida apenas quando algum ato do processo administrativo estiver eivado de ilegalidade; jamais para justificar a abertura de processo disciplinar. Nesse aspecto, ilegal seria, sim, a abertura de processo disciplinar com fundamento no dever de autotutela insculpido no artigo 53,

---

<sup>22</sup> Brasil (1999).

da Lei Federal n. 9.784/99, quando este dispositivo alcança apenas o ato ilegal, e não a aplicação de sanção ao agente que o praticou.

Poder-se-ia, então, contra-argumentar que o dever de autotutela, nesse caso, não decorre própria e diretamente da lei, mas, antes, decorre diretamente da principiologia constitucional que protege o interesse público, a moralidade, a eficiência, a isonomia, a finalidade, etc., ou, em outras palavras, a supremacia do interesse público contra o interesse privado do particular (revestido de agente público).

Em face desse argumento, pode-se opor o debate emergente das reservas que parte da teoria do Direito Público tem levantado contra o discurso absolutizante da supremacia do interesse público sobre o privado. Aqui, mais uma vez, as preocupações manifestadas por essa doutrina se confirmam: de nada adianta invocar a vedação constitucional do anonimato, mesmo confirmada por regra inequívoca de legislação infraconstitucional, pois os interesses de um particular não podem superar a invencível supremacia do interesse público. Algo como que se afirmasse: o dever de autotutela protege o interesse público e a vedação de denúncia anônima protege o indivíduo, aqui pressupostamente ímprobo. Logo, interesses privados não podem prevalecer sobre os públicos e, assim, toda a vez que houver esse tipo de colisão, a resposta está pronta: que vença o interesse público.

Não é o caso, aqui, novamente, de desenvolver uma linha de argumentação nesse sentido. Faz-se referência, nesse momento, às observações lançadas em trabalhos anteriores.<sup>23</sup>

De outro lado, independentemente de se superar o problema da “questão” da supremacia do interesse público, seria possível levantar, como crítica ao modelo de interpretação do STJ, a forma como permite a aplicação direta de princípios constitucionais, revestidos de elevada abertura e indeterminação, para afastar a aplicação de regras legais muito claras que manifestam juízo de sopesamento do

---

<sup>23</sup> Panorama do debate sobre o mito da supremacia do interesse público sobre o privado pode ser encontrado em: Sarmento (2005).

legislador na aplicação de princípios.<sup>24</sup> Aqui, portanto, está-se a transitar por outro problema metodológico: a aplicação direta de princípios constitucionais para afastar a aplicação de regras legais.<sup>25</sup>

Este problema não está revestido de qualquer novidade. A produção teórica do direito constitucional e a teoria do direito, de modo geral, já tinham percebido certos perigos que o processo de constitucionalização, despido de critérios racionais, pode ensejar no campo da realização da justiça. A insegurança jurídica, a eventual incontrollabilidade das decisões, o excesso de subjetivismo e a abertura para os juízos morais no preenchimento dos conceitos indeterminados trazidos pelos princípios, o eventual déficit democrático que o afastamento das opções legislativas podem proporcionar, são alguns temas recorrentes que permeiam este debate.<sup>26</sup>

Não se pretende, neste estudo, abrir uma porta metodológica para a discussão desses temas relevantes. A presente abordagem assumirá, aqui, alguns pressupostos metodológicos para não fugir do tema central: a aplicação direta de princípios constitucionais em detrimento de regras infraconstitucionais revestidas de presunção de constitucionalidade (ou seja, sobre as quais não recaia um juízo de inconstitucionalidade evidente) é procedimento perigoso;<sup>27</sup> há que se conferir uma certa deferência às decisões expressadas pelo legislador infraconstitucional em homenagem ao princípio democrático e à segurança jurídica;<sup>28</sup> princípios, preferencialmente, devem ser aplicados por meio das regras que lhes proporcionam concretude e expressam as opções da sociedade em relação às concepções dos conceitos trazidos por aqueles;<sup>29</sup> logo, aplicação direta

---

<sup>24</sup> O problema do afastamento da aplicação de regras não evidentemente inconstitucionais diante de princípios dotados de elevada carga de indeterminação e abstração é interessantemente apontado em: Guastini (2008, p. 73-91).

<sup>25</sup> Esse tipo de problema já foi, de forma formar, abordado em: Schier (2007, p. 251-270).

<sup>26</sup> Nesse sentido, conferir Sarmiento (2007, p. 113-148).

<sup>27</sup> Neste sentido, conferir Ávila (2009, p. 187 e ss).

<sup>28</sup> Marrafon (2007, p. 362).

<sup>29</sup> Barcellos (2005, p. 165-200).

de princípios em detrimento de regras somente pode ser levada a efeito com reservas e mediante a demanda de um ônus argumentativo mais custoso.<sup>30</sup>

Nesse quadro, o que se nota, por tudo o que já se expôs, é que os argumentos que podem justificar a eventual aplicação direta da autotutela contra a vedação de denúncia anônima, no que se refere à linha de argumentação do STJ, não resistem a um processo de debate mais apurado. Apenas a referência genérica à possibilidade de aplicação direta dos princípios constitucionais da Administração Pública é que tem fundado essa prática.

Conforme resta claro, a não aplicação da regra que veda denúncia anônima se baseia, principalmente, na eventual aplicação direta do princípio da moralidade, da impessoalidade e da supremacia do interesse público.

No entanto, como se tem admitido mais recentemente, entende-se que apesar de o reconhecimento da normatividade dos princípios se constituir uma importante conquista no movimento constitucionalista e pospositivista que ganha força no Brasil a partir da luta pela efetividade da Constituição de 1988, que se consolida em meados da década de 1990,<sup>31</sup> isso não implica que as regras de direito possam ser descartadas com base em certos voluntarismos interpretativos típicos de novos jusnaturalismos e sua incessante busca de uma justiça ideal e abstrata ou novos realismos, segundo os quais o fim social se torna um critério interpretativo superador das fontes formais estatais.

Recair nessas posturas pode significar, na prática, a ruína do Estado Democrático de Direito, uma vez que a falta de densidade semântica dos princípios jurídicos faz com que eles se tornem verdadeiras “chaves-mestras” da interpretação jurídica, permitindo que se diga o que quiser acerca da moral, do justo ou ainda do interesse social.

---

<sup>30</sup> Marrafon (2007, p. 362).

<sup>31</sup> Barroso (2007, p. 203-249).

Ciente das armadilhas ocultas nessas perspectivas de realização do direito, Bobbio<sup>32</sup> lembra que as controvérsias entre o justo e o injusto, a moral e o imoral, são praticamente insuperáveis. Como exemplo é possível citar a crença de Locke na propriedade como direito natural e o repúdio dessa ideia por parte de socialistas utópicos.

Assim, há que se concordar com Maia<sup>33</sup> quando defende que:

[...] falar de positivismos não significa adotar uma posição radicalmente antipositivista, mas sim propugnar por uma superação desta *démarche* teórica na busca de uma compreensão mais ‘afinada’ da vida jurídica contemporânea. Ora, por um lado, não podemos nos recusar a reconhecer as incontornáveis contribuições dadas pelos juristas filiados ao positivismo jurídico à inteligência da estrutura da norma jurídica, bem como sua preocupação com a clareza, a certeza e a objetividade no estudo do direito, tudo isso referenciado à preocupação central dos estados de direitos contemporâneos com a segurança jurídica. Por outro lado, advogar um enfoque pós-positivista não significa defender – como é, por vezes, salientado por autores críticos a esse posicionamento – um retorno a posições jusnaturalistas devedoras de concepções metafísicas incompatíveis com o atual estágio de compreensão científica.

Desta feita, não há que se descuidar de uma análise apurada e colocar as questões envolvidas em seus devidos lugares.

Como já indicado anteriormente, a questão da moralidade, do interesse público e da impessoalidade não são necessariamente incompatíveis com a vedação de denúncia anônima. Tenha-se em mente que os princípios são pontos de partida e sua concretização não pode ser feita às custas de qualquer meio, especialmente quando, no caso em debate, ela atinge dispositivos constitucionais ainda

---

<sup>32</sup> Bobbio (2002, p. 56).

<sup>33</sup> Maia (2009, p. 123).

em vigor (artigo 5, IV), superando claros limites textuais da Constituição e das opções do legislador ordinário.

É preciso, então, para evitar arbitrariedades, identificar os parâmetros para uma correta dimensão da aplicabilidade dos princípios.

Princípios e regras jurídicas, enquanto espécies do gênero norma jurídica, operam funções diferenciadas mas interligadas no sistema jurídico. Princípios possuem maior carga axiológica e funcionam como instituidores de regras. Estabelecem, os princípios, direitos *prima facie*. As regras, por sua vez, descrevem condutas ou estruturas de modo mais objetivo, porque sua finalidade é tornar aplicável na vida prática os valores contidos nos princípios por meio de escolhas e opções normativas indispensáveis à sua concretização. As regras, por desempenharem essa função, estabelecem direitos definitivos.

Assim compreendidos, há de se reconhecer uma relação paradoxal entre ambos, à medida que o princípio funda a normatividade e depende de realização pela via de regras, as quais, por sua vez, apenas possuem “existência jurídica” porque aferíveis por um princípio que também lhes serve de fechamento interpretativo, dando o tom dos valores a serem juridicamente protegidos.

Um demanda o outro, com determinações recíprocas de sentido. Os princípios permitem a oxigenação do sistema, trazendo para dentro de si os conteúdos existencialmente dados em determinado período histórico. As regras especificam a aplicação dos princípios, ao mesmo tempo que existem em razão deles.

Em decorrência, postula-se que na solução imediata dos casos jurídicos, deve-se dar primazia às regras, vez que os princípios apenas adquirem aplicabilidade direta em situações muito específicas, em que se impõe uma decisão que deve suportar o ônus argumentativo.

Essa exigência de priorizar as regras surge como uma tentativa de alcançar o ideal de segurança jurídica almejado pelo Direito, conforme assinala Justen Filho:<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Justen Filho (2003, p. 53-54).

o reconhecimento da importância dos princípios conduziu a um certo desprestígio das regras, o que é um equívoco. A existência de regras é essencial para a segurança jurídica e para a certeza do direito. A regra traduz as escolhas quanto aos valores e aos fatos sociais. Permitindo a todos os integrantes da sociedade conhecer a solução prestigiada pelo direito.

A argumentação com base em princípios é especialmente relevante nos chamados “casos difíceis”. Com efeito, Dworkin<sup>35</sup> diagnostica que, frequentemente, a argumentação assentada em padrões normativos que não se adequam às características de regra jurídica, mas sim de princípios, ocorre em casos polêmicos, dotados de alto grau de problematidade.

Para determinar quais são estes casos não existe um critério universal, uma regra definidora ou um método que seja satisfatório. No entanto, é possível afirmar que eles possuem caráter problemático porque não se vislumbra uma resposta jurídica ou então, do oposto, são detectadas inúmeras possibilidades decisórias.

Ocorre, todavia, que não parece ser essa a situação do caso aqui discutido. A denúncia anônima é vedada expressamente na Constituição e em diversos dispositivos infraconstitucionais jamais declarados inconstitucionais. O Texto Constitucional, ademais, não estabelece diretamente qualquer exceção. Simplesmente expressa a vedação de anonimato. Não há, ainda, uma cláusula geral do tipo “é vedado o anonimato, salvo se ele for invocado contra o interesse, o poder ou a moral pública”. Isso não significa, todavia, que o legislador, sopesando bens constitucionais,<sup>36</sup> esteja impedido de estabelecer algum tipo de restrição nessa sede. Ora, a intervenção estatal, nesse campo sempre restritiva,<sup>37</sup> será legítima desde que justificada e preserve, em uma perspectiva de proporcionalidade,

---

<sup>35</sup> Dworkin (2002, p. 36).

<sup>36</sup> Conferir Silva (2009, p. 140).

<sup>37</sup> Silva (2009, p. 65-125).

o núcleo essencial do direito restringido.<sup>38</sup> E, nesse aspecto, a vedação do anonimato é apenas confirmada pelas regras infraconstitucionais. Eventuais restrições, destarte, poderiam ser colocadas pelo legislador infraconstitucional. Nada obstante, ao legislar sobre o “dever de investigação” (no caso do artigo 143, da Lei n. 8.112/90) e sobre o “dever de autotutela” (artigo 53, da Lei n. 9.784/99), no legislador ordinário não colocou tais deveres como exceções à vedação de denúncia anônima.

Também não há suporte fático que autorize a conclusão de que a vedação de denúncias anônimas, inevitavelmente, criará embaraços ao Poder Público no que se refere à anulação de atos ilegais. Poderá criar algum custo, sim, na aplicação de sanções ao agente público que cometeu a ilegalidade, mas isso integra o chamado “ônus da democracia”, da aplicação do devido processo legal.

A importância de valorizar as regras estabelecidas pela via da legislação democraticamente elaborada, destarte, surge como corolário do Estado Democrático de Direito, que tem o princípio da legalidade como seu pilar fundamental, imprescindível para que os cidadãos tenham condições de prever as condutas lícitas ou não. Na lição de Silva:<sup>39</sup>

[...] a lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.

Para Novais,<sup>40</sup> o princípio da legalidade consagra, ainda, a ideia da segurança jurídica, uma vez que

---

<sup>38</sup> Silva (2009, p. 183-208).

<sup>39</sup> Silva (1990, p. 107).

<sup>40</sup> Novais (2004, p. 262).

[...] sem a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos da actuação dos poderes públicos susceptíveis de repercutirem na sua esfera jurídica, o indivíduo converter-se-ia, em última análise com violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em mero objeto do acontecer estatal.

Com efeito, além da possibilidade de antever as condutas juridicamente reguladas, a noção de segurança jurídica implica a faculdade de invocar o aparato jurídico como garantia de segurança social, por meio do instrumental dogmático disponível, formado pelas normas de direito objetivo integrantes da ordem legal e também por inúmeros princípios de cariz constitucional, como o princípio legalidade, o princípio ampla defesa, o princípio da irretroatividade da norma, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, entre outros.

Estes princípios permitem que se vislumbre na ordem constitucional um bloco de direitos fundamentais que atentam para a necessária preservação da segurança jurídica, garantia de cidadania e previsibilidade jurídica, cuja origem remonta aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, estabelecidos no artigo 5º, incisos XXXVI a LXXIII, da Constituição da República de 1988.

Por certo, a ideia de segurança jurídica não pode servir para justificar qualquer direito positivo existente, mas deve acompanhar a concretização da justiça, em especial quando se trata de garantia fundamental do cidadão, na forma assentada constitucionalmente.

Na situação aqui desenhada, percebe-se que a aplicação autônoma do princípio da moralidade e da impessoalidade sem a devida contextualização e adequação, contra regras inequívocas que vedam a denúncia anônima, acaba promovendo a violação de uma outra série de princípios constitucionais de igual relevância jurídica, como o contraditório, a ampla defesa, a defesa da honra, da imagem e, entre eles, também, a segurança jurídica, em especial manifestada mediante o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Por isso, em caso de se configurar uma aparente colisão, a aplicação de um princípio deve gerar menos danos à ordem constitucional do que os prejuízos causados pela violação dos outros princípios. Na situação em comento, constata-se que a aplicação dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da supremacia do interesse público, para afastar a aplicação das regras que vedam a denúncia anônima, acarreta grave prejuízo aos princípios supramencionados.

Por isso, é preciso concordar que a constitucionalização do direito, se entendida de modo apressado, pode acarretar alguns efeitos indesejáveis que devem ser evitados.

Ciente da problemática, Barroso<sup>41</sup> aponta duas consequências negativas da má compreensão desse fenômeno teórico no direito brasileiro contemporâneo: a primeira, de natureza política, ocasionada pelo enfraquecimento do poder democrático majoritário e pelo desprestígio da legislação ordinária, e a segunda, de natureza metodológica, pois a textura aberta e vaga de algumas normas constitucionais pode levar ao decisionismo judicial.

Com base nesse diagnóstico, citado constitucionalista é taxativo ao destacar a importância de coibir tais efeitos. Notadamente em relação à prática do chamado decisionismo, diz ele:

É indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenha conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de comprometer a legitimidade democrática da função judicial.<sup>42</sup>

Para tanto, nos mesmos termos da linha de raciocínio e da proposta esboçada no presente estudo, Barroso<sup>43</sup> propõe dois parâ-

---

<sup>41</sup> Barroso (2009, p. 391-392).

<sup>42</sup> Barroso (2009, p. 392).

<sup>43</sup> Barroso (2009, p. 393).

metros metodológicos a serem seguidos pelos intérpretes em geral, quais sejam:

- a) Preferência pela lei: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente;
- b) Preferência pela regra: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia que por acaso pudessem postular incidência na matéria.

Ora, transpondo essas lições para o caso em tela, verifica-se que as leis ordinárias federais que tratam da matéria contêm “manifestações inequívocas e válidas do legislador”. Por isso, a aplicação do critério da preferência da lei em detrimento da aplicação direta dos princípios na situação aqui analisada, mesmo porque, reforçou-se, ele “[...] concretiza os princípios da separação dos poderes, da segurança jurídica e da isonomia.”

Também é visível que deve ser aplicado o critério da preferência pela regra, vez que os dispositivos legislativos amplamente citados anteriormente são válidos e descrevem condutas específicas a serem seguidas, merecendo o privilégio da prioridade.

Logo, portanto, pelo que se expôs, a interpretação predominante do STJ, que admite denúncia anônima, ao não conceber a possibilidade de qualquer sopesamento ou relativização da autotutela ou do dever de investigar: tem tratado princípios como se regras fossem; tem autorizado a aplicação direta de princípios constitucionais abertos e indeterminados contra texto de lei e contra regra válida no sistema; tem criado insegurança jurídica; e, tem cercado a ampla defesa, à medida que a não identificação do denunciante impede a eventual possibilidade de provar abuso de poder ou desvio de finalidade.

Todas as críticas lançadas ao modelo de interpretação predominante no STJ, sob a justificativa de aplicação autônoma dos princípios da moralidade, impessoalidade, interesse público, etc., servem também para o modelo de interpretação predominante no STF.

Com efeito, e de acordo com o que se demonstrou, as soluções colecionadas na experiência do Supremo Tribunal Federal mostram que nessa Corte a questão vem sendo trabalhada a partir de uma dogmática estritamente principiológica. As soluções apresentadas, normalmente, reportam-se à necessidade de realização de juízos de ponderação em cada caso concreto. Com efeito, na decisão supramencionada, proferida no MS n. 24.369-DF, todo o raciocínio é construído a partir de enunciados constitucionais tomados pressupostamente como princípios. Quanto a isso, de partida, nenhum problema. Há relevante produção teórica que defende que direitos fundamentais são princípios,<sup>44</sup> e nada impede que esse entendimento fique pressuposto no discurso. Na argumentação, percebe-se, o Ministro Relator coloca, de um lado, a vedação do anonimato (artigo 5º, IV) e, de outro, a legalidade (artigo 5º, II) e moralidade (art. 37, *caput*). Toda a construção da decisão considera uma abordagem genérica destes princípios, e, reiteradas vezes, refere-se à necessidade de resposta com base na ponderação, que seria método racional de decisão. Ao fim, a decisão nega a liminar e admite o processamento de denúncia anônima, afirmando que, cite-se novamente:

Na realidade, o tema pertinente à vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, *in fine*) posiciona-se, de modo bastante claro, em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes, considerada a obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), torna imperioso apurar comportamentos eventualmente

---

<sup>44</sup> Conferir, exemplificativamente Figueroa (2007, 3-34). Nesse mesmo sentido, Silva (2009, p. 108-113).

lesivos ao interesse público. Não é por outra razão que o magistério da doutrina admite, não obstante a existência de delação anônima, que a Administração Pública possa, ao agir autonomamente, efetuar averiguações destinadas a apurar a real concreção de possíveis ilicitudes administrativas [...]  
[...]  
Esse entendimento tem o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>45</sup>

O curioso, com a devida vênia, é perceber que toda a fundamentação construída no voto poderia conduzir, ao final, a uma conclusão absolutamente diferente. Ademais, em nenhum momento o voto tece considerações às disposições legais e regras que vedam expressamente o anonimato. Todo o raciocínio ocorre no plano da normatividade constitucional, com total abstração das opções do legislador ordinário.

Na decisão proferida no julgamento do Inquérito n. 1.957-PR, o STF, mediante julgamento levado a efeito no Plenário, deixou evidente que o anonimato é postura que afronta o Estado de Direito, indigna de acolhimento ou defesa, desprovida inclusive da qualidade jurídica documental que eventualmente pretenda ter (quando escrita ou reduzida a termo). Contudo, ela é apta a deflagrar procedimento de mera averiguação da verossimilhança se portadora de informação dotada de um mínimo de idoneidade. A delação anônima, destarte, seria postura repudiada em nosso direito constitucional pelo simples fato de colocar em risco a integridade do sistema de direitos fundamentais.

Ou seja, com pequenas nuanças entre os Ministros, firmou-se tese no sentido de que a delação de autoria desconhecida não é instrumento dotado de juridicidade, pois se constitui em um desvalor em face do próprio ordenamento jurídico que o repudia. A despeito de se tratar de um desvalor, caso a denúncia anônima releve indícios confiáveis dos fatos por ela encaminhados, não pode

---

<sup>45</sup> Brasil (2002).

o aparelho estatal que recebe a informação simplesmente ignorar a notícia. Assim, um juízo de ponderação autorizaria a superação deste desvalor para que a investigação da ilicitude seja eventualmente levada a efeito “com discrição e cautela”.

Conclui-se, mais uma vez: apesar da lei, apesar da regra, no plano principiológico, o juízo de ponderação permite o afastamento das decisões do legislador que, por sua vez, também são juízos de sopesamento entre bens constitucionais, todavia realizados em seara diversa.

Por isso, então, que o resultado prático da jurisprudência do STF supera uma das críticas antes delineada à jurisprudência do STJ: no STF a autotutela, a moralidade, a legalidade, etc., ao serem tratadas como princípios, não são absolutizadas. Contudo, o entendimento ainda permite o afastamento de regras e de opções legislativas que teriam “preferência” de incidência na solução do caso concreto.

### 3 CONCLUSÃO

Percebe-se, então, que o entendimento fixado no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal não impossibilita a recepção Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

Contudo, na linha que se vem descortinando no âmbito deste estudo, parece não se tratar também de entendimento muito democrático. É necessário, logo, buscar a defesa de uma perspectiva diversa, por meio da qual a denúncia anônima até possa vir a ser admitida no âmbito do direito interno brasileiro, e, então, mostrar-se legítima à recepção do mecanismo difundido no plano internacional. Mas essa aceitação há de ser compreendida com *granus salis*.

Deveras, apesar do entendimento fixado no âmbito dos tribunais superiores, como se demonstrou, o presente ensaio defende a tese de que a denúncia anônima, ao menos no campo de processos administrativos e judiciais, é vedada em nosso sistema jurídico. A

Constituição, expressamente, veda o anonimato. Isso, como se demonstrou anteriormente, para tutelar uma certa gama de direitos fundamentais vinculada à proteção da ampla defesa, do contraditório, da proteção do nome, da honra e da imagem, entre outros, dos delatados por esta via. E não é, portanto, sem razão, que a legislação infraconstitucional, como se demonstrou, revestida de presunção de legitimidade, veda, ao concretizar a Constituição, em mais de um dispositivo e em mais de um diploma, a denúncia anônima.

Se o problema for tratado no “plano de regras”, os dispositivos que se referem à autotutela e ao dever de investigar não substanciam exceções à vedação de denúncia anônima.

O dever de investigar subsiste desde que a denúncia não seja proveniente de delação anônima. A lei cria, primeiro, o dever de investigar, e, em seguida veda a denúncia anônima. Assim, até mesmo pela forma como ocorreu a construção legislativa no seio da Lei n. 8.112/90, não se trata de “[...] vedação de denúncia anônima que pode ser excepcionada em vista do dever de investigar”, mas o que se tem é “[...] dever de investigar, exceto se a denúncia for anônima.”<sup>46</sup>

A previsão legislativa de autotutela eventualmente aplicável aos processos disciplinares e administrativo, decorrente de aplicação da Lei n. 9.784/99, é autorizada – ou imposta, melhor dizendo, pois a lei usa o termo *dever* – para a anulação dos atos “eivados de ilegalidade”. A autotutela aplica-se, portanto, para nulificar o produto da atuação do agente político, o “ato ilegal”. A punição disciplinar do agente que cometeu a ilegalidade é coisa distinta. Esse intento é possível, mas se submete a um regime jurídico em que a autotutela encontra limite em face do devido processo legal, previsto na Constituição e delineado na legislação infraconstitucional, que não aceita a denúncia anônima nessa sede punitiva.

Ainda que se considere a discussão no plano principiológico, deveras, há que se reconhecer que várias soluções, de mérito e metodológicas, seriam possíveis.

---

<sup>46</sup> Brasil (1991).

Assim, na perspectiva metodológica, pressupondo os riscos, os perigos subjacentes a uma exacerbada principiologização, parece necessário se tomar o cuidado de dar preferência para a aplicação dos princípios por meio da mediação legislativa, manifestando, aqui, o estudo, uma clara opção pela primazia da regra, produto do legislador democrático, desde que, como sucede no caso em tela, o sopesamento legislativo não esteja revestido de flagrante inconstitucionalidade e respeito, portanto, os pressupostos constitucionais exigidos para as medidas de restrição.

Todavia, ainda no campo metodológico, nada obstante os riscos que a análise pode trazer nesse “plano dos princípios”, não é destituído de fundamentos sólidos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao conduzir o debate como se o problema fosse, sempre, uma questão de pura colisão entre princípios. Nesse caso, então, poder-se-ia admitir o sopesamento judicial mesmo contra as regras legais dotadas de constitucionalidade. Porém, esse procedimento, certamente, demandará um ônus argumentativo maior, principalmente no que se refere à leitura dos bens concretamente envolvidos na colisão.

Ao prevalecer essa linha de interpretação, que não é a que se defende no presente texto, seria legítimo sustentar, nas situações em que restaria autorizada, no caso concreto, a denúncia anônima, que a abertura de processo administrativo ficasse condicionada a uma prévia instauração de sindicância com o fim de averiguar alguns elementos que indiquem um mínimo de seriedade da denúncia anônima. Ou seja, em tais hipóteses, o processamento deveria, sempre, ficar condicionado à prévia instauração de investigação preliminar.

Afinal, certo é que a instauração de sindicância não é providência obrigatória para todos os casos. No entanto, diante de situações em que não existam elementos suficientes para a criação da Portaria de instalação do processo administrativo, impõe-se a instauração de sindicância para que sejam reunidos estes elementos básicos.

Nessa linha, não se defende, portanto, uma absoluta incompatibilidade da denúncia anônima com o sistema constitucional brasileiro. A vedação, em verdade, parece incidir em casos es-

pecíficos. A denúncia anônima, assim, é tolerada e admitida para deflagrar investigações preliminares, inquéritos, sindicâncias, etc. A experiência mostra, nesse sentido, que não poucos esquemas de corrupção foram derrubados a partir de investigações iniciadas nesse contexto, no qual o teor da Convenção da Nações Unidas Contra a Corrupção pode se mostrar legítimo. Todavia, a denúncia anônima não pode ser, por si só, considerada como suficiente para deflagrar qualquer tipo de processo administrativo ou judicial formal, que implique acusação ou permita qualquer tipo de medida restritiva de direitos fundamentais. Se este for o entendimento, a recepção desta Convenção representará conflito insuperável que impedirá a sua legítima recepção.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BRASIL. *Decreto n. 5.687*, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 09 de dezembro de 2003. Brasília, DF, 31 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 set. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.112/90*, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF, 18 de abril de 1991. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 set. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 29 jan 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no mandado de segurança: MS 24.369 DF. Relator: Ministro Celso de Melo. Decisão em 10 out. 2002. *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, 16 out. 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. A instauração de processos administrativos disciplinares a partir de denúncias anônimas. *Jus Naviganti*, São Paulo, 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=402>>. Acesso em: 28 set. 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEROA, Alfonso García. Princípios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuição do direito internacional ao combate à corrupção. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 58, p. 351-354, jan./jun. 2011.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006.

GUASTINI, Ricardo. *Teoria e ideologia de la interpretación constitucional*. Madrid: Mínima Trorra, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LESSA, Sebastião José. *Do processo administrativo disciplinar e da sindicância: doutrina, jurisprudência e prática*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2001.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pospositivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e complexidade nos 20 anos da constituição: momento para um equilíbrio prudente na atuação dos tribunais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS, João Barbosa. Processo administrativo disciplinar e o trato da denúncia anônima. *DN Direito Net*, São Paulo, 12 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/913/O-processo-administrativo-disciplinar-e-o-trato-da-denuncia-anonima>>. Acesso em: 28 set. 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.

\_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. IN: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

# CAPITALISTA COLETIVO IDEAL: O ESTADO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO

Matheus Felipe de Castro\*  
Riva Sobrado de Freitas\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por tema o Direito Fundamental ao Desenvolvimento, previsto na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e no inciso II, do artigo 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que o previu em sua “cláusula transformadora”, reconhecendo o seu valor estruturante para a nova democracia nascente no Pós-Ditadura.

A sua delimitação é fornecida pelas novas concepções que vêm constituindo o corpo teórico do chamado *Novo Desenvolvimentismo*, movimento que, partindo das concepções estruturais do velho desenvolvimentismo nacionalista latino-americano, supera-o e adapta-o à nova realidade internacional de um mundo multipolar, globalizado e fundado no livre comércio entre nações desiguais, ou

---

\* Doutor em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor adjunto do Departamento de Direito da mesma Instituição; Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado em Florianópolis; matheusfelipedecastro@gmail.com

\*\* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pós-Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra; Professora assistente-doutora da Universidade Paulista Júlio de Mesquita Filho; Professora pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; rivafreit@ig.com.br

seja, nações localizadas em posições assimétricas de poderio econômico, político e militar mundializado.

O problema do escrito girou em torno da pergunta sobre o papel do Estado para o *Novo Desenvolvimentismo*, após a sua ampla deslegitimação como agente competente para a direção política do desenvolvimento operada pelas teorias do neoliberalismo, que se tornaram preponderantes a partir da década de 1990, após a Queda do Muro de Berlim e o fim da URSS, mas que já vinha sendo gestadas nos EUA e no Reino Unido desde a década de 1970 e, principalmente, com os Governos de Ronald Reagan e Margaret Thatcher nas nações centrais respectivas.

A pesquisa teve como referencial teórico a Filosofia da Práxis, com importantes aportes na teoria do desenvolvimento fomentada pela Comissão Econômica Para a América Latina e o Caribe (CEPAL), principalmente no pensamento do economista brasileiro Celso Furtado. O método de abordagem foi o analítico-sintético, mas optou-se pela exposição em forma dedutiva.

## **2 A CRISE ECONÔMICA E O NOVO DESENVOLVIMENTISMO**

Os Estados Nacionais ainda parecem ser entidades importantes na constituição, desenvolvimento e reprodução do Modo Capitalista de Produção em nível mundial e local, não podendo ser dispensados como outrora se sustentou pelas teorias neoliberais; entre as quais as de Hayek (1985) e Friedman (1985) ocupam lugares de destaque. A crise econômica que se iniciou nos mercados norte-americanos a partir do estouro da bolha especulativa do *sub prime* e que se espalhou rapidamente pela zona do Euro, recolocou os Estados Nacionais no seu velho lugar de estruturas responsáveis pela manutenção das condições gerais da reprodução da forma-mercadoria, ou seja, aquilo que Offe e Ronge (1984, p. 125) chamaram de criação das condições segundo as quais “cada cidadão é incluso nas relações de troca”, a ser chamado a salvar o Capitalismo,

injetando, via Bancos Centrais, gigantescas somas de dinheiro nas economias abaladas pela crise.

Sim, para além dos discursos deslegitimantes do Estado, o fato é que eles são sempre chamados a salvar o Capitalismo quando ele é posto em xeque por suas próprias crises sistêmicas. Adotando uma forma mais liberal ou mais intervencionista, todos os Estados são chamados a interferir no terreno econômico, seja em tempos de calma seja em tempos de crise efetiva. A questão fundamental talvez seja “como” estes Estados podem intervir e o grau dessa intervenção. Se por ventura serão chamados a atuar na qualidade de emprestadores de última instância (*Lender of last resort*) salvando a iniciativa privada nos momentos de crise, ou se tornar-se-ão *Political Developers* (Estados desenvolvimentistas ou indutores do desenvolvimento), atuando permanentemente, mediante políticas de valorização do fator trabalho (*Employer of last resort*), visando à construção de uma sociedade de pleno emprego e bem-estar.

No entanto, o próprio conceito de desenvolvimento como pensado e propagado pelos países do centro está em descrédito. A imposição dos padrões de consumo da Europa e EUA (o *American way of life*) aos países da periferia do Capitalismo tem se mostrado problemática, porque tem levado à destruição sistemática do planeta e de seus recursos naturais.

A apropriação sem limites de bens materiais como forma de medição do bem-estar (*consumismo*) é um critério perigoso porque reduz o desenvolvimento a uma questão meramente econômica, ocultando deliberadamente os seus aspectos mais importantes (o Desenvolvimento é um processo de transformação das estruturas e relações políticas, sociais, econômicas, tecnológicas, culturais, ideológicas e internacionais que alteram qualitativamente as *relações de poder* em uma formação social determinada), prescindindo da cidadania, da participação ativa no poder, do meio-ambiente equilibrado, do acesso aos bens públicos fundamentais como serviços de saúde, educação, cultura, lazer, transporte, nutrição, bem-estar psíquico, água, saneamento ambiental, entre tantos outros direitos fundamentais. A economia não pode deixar de estar a serviço da

política, do bem-estar da população, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Não à toa, o Programa das Nações Unidas (PNUD) para o Desenvolvimento vem acompanhando experiências que buscam medir o desenvolvimento nacional sob critérios diversos daqueles impostos pelos países capitalistas centrais, como é o caso do conceito de *Bem viver*, categoria central da filosofia de vida dos povos andinos, especialmente da Bolívia e da experiência do Butão, onde desde os anos 1970 se construiu o conceito de *Felicidade Interna Bruta*, que parte do pressuposto de que a produção deve estar subordinada à realização dos direitos humanos, da cultura, do meio-ambiente, da boa governança, etc. (BAVA, 2009, p. 3).

Outro critério bastante difundido é o de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), idealizado pelos economistas Amartya Sen e Mahbub ul Haq, e que vem sendo usado desde 1993, também no âmbito do PNUD, em seu relatório anual, com o fim declarado de “Desviar o foco do desenvolvimento da economia e da contabilidade de renda nacional para políticas centradas em pessoas.” (UL HAQ, 1995).

O que está em jogo é a criação de um novo conteúdo para o desenvolvimento, que consiga realizar o bem-estar coletivo por vias alternativas ao modelo econômico tradicional do Capitalismo central, fundado na exploração máxima do trabalho/valorização máxima do capital, com concentração de renda social, subordinação dos países periféricos (e de seus povos) a condições humilhantes de exploração colonial e subserviência, consumo em massa de bens desnecessários, destruição sistemática da natureza e utilização predatória dos recursos naturais como fontes energéticas fundadas na queima do carbono.

O desenvolvimento tem se mostrado possível por vias alternativas, que recuperem o sentido principal da essência humana, que é o bem viver em sociedade (*solidariedade*) e a política como forma mais avançada do relacionamento social, com vistas à construção de uma *sociedade sustentável* para além das velhas formas do

consumismo, que vêm se mostrando esgotadas diante da nova realidade das nações em desenvolvimento.

Diante dessas constatações, vem surgindo no Brasil o debate em torno de um novo modelo de desenvolvimento, significativamente diferente dos anteriormente executados em nossa história. Como se sabe, o Brasil iniciou sua Revolução Industrial, que retirou o país de uma condição pré-capitalista (agrário-exportadora) para outra, capitalista industrial, de produção medianamente avançada, a partir de um fato político fundamental: a Revolução de 1930.

Desde então, com avanços e revezes, esteve em jogo a orientação política de projetos de desenvolvimento que, com nuances, variaram entre as posições extremas da manutenção geoeconômica do Brasil como fornecedor periférico de bens primários para as nações do centro do Capitalismo mundial (inserção liberal-periférica, como pensada na *Teoria das Vantagens Comparativas*, de Ricardo (1823)) e, outras, que apregoavam o rompimento dos laços de dependência, com superação da condição periférica nacional e constituição de um moderno sistema econômico fundado em avançadas relações capitalistas de produção e emprego de alta tecnologia.

No entanto, embora na teoria isso fosse uma proposição, nenhuma das experiências reais teve como princípio a *distribuição da renda nacional* para a grande massa do povo brasileiro. Furtado (1962, p. 14), às vésperas do Golpe Militar de 1964, sentenciava que o desenvolvimento que o Brasil havia conhecido nos decênios anteriores em nada modificara as condições de vida de três-quartas partes da população do país, tendo como principal característica uma crescente concentração social e geográfica de renda.

Invariavelmente, antes e depois do Golpe de 1964, as nossas experiências de desenvolvimento se guiaram pela lógica do arrocho, com superexploração do fator trabalho em benefício do fator capital, sem qualquer equilíbrio possível nessa relação. Significativo disso era o discurso do “milagre”, em torno de um “bolo” que cresceria até o ponto de ser repartido, o que nunca foi vivenciado pelo povo brasileiro.

Ora, a partir dessa constatação, pode-se afirmar que não existe “um desenvolvimento”, mas vários possíveis. Existem processos que alteram qualitativamente a vida política, social e econômica das nações e das pessoas, com melhorias reais em suas vidas (desenvolvimento em sentido próprio) e existem processos que acumulam capital para uma das partes envolvidas, sem qualquer política de redistribuição de renda, pressionando, portanto, pela miserabilização de grandes segmentos sociais, o que se aproxima muito mais de um mero crescimento quantitativo, com manutenção do *establishment* social. Esta última é, inclusive, uma das teses fundamentais da ortodoxia neoclássica, que sempre sustentou que os países em desenvolvimento deveriam crescer com concentração de renda, ou seja, com a renda dos salários crescendo abaixo da produtividade do capital, como forma de forçar poupança de reinvestimento.

Existem, portanto, duas formas teórico-ideais de o Estado garantir o desenvolvimento econômico: pela via do arrocho, que aprofunda desigualdades, acumulando de um lado em detrimento de outro, sem redistribuição de renda e com Estado gendarme, que corta gastos do Estado de bem-estar para investir no sistema financeiro como emprestador de última instância, tese defendida pela ortodoxia liberal; pela via do aprofundamento do Estado de bem-estar (aquecimento das demandas), valorização do mercado interno, da qualidade de vida de todo o povo, com redistribuição da renda nacional e consolidação de um verdadeiro Estado previdenciário, tese do desenvolvimentismo estruturalista latino-americano. O Brasil, transitando de um modelo ao outro, sempre manteve intacta a característica negativa da concentração de renda, o que apenas recentemente começou a ser mudado.

Em 1988, o povo brasileiro optou por um modelo de desenvolvimento que está inscrito na Constituição da República. Lá se encontram as diretrizes fundamentais de um avançado projeto político de desenvolvimento nacional, com natureza *normativa*, cuja grande especificidade é a constituição de uma sociedade de bem-estar, com pleno emprego, redistribuição de renda e melhorias reais nas condições de vida do povo brasileiro. Mas apenas recente-

mente se criaram condições objetivas e subjetivas para que aquele projeto pudesse sair do papel e enfrentar a vida real, obrando no sentido de superar as profundas *disparidades internas* e *vulnerabilidades externas* que assolam o país há séculos.

Assim, vem surgindo no Brasil a discussão em torno de um *Novo Desenvolvimentismo*, que já se encontraria inscrito na Constituição de 1988, mas que somente agora vem tomando seus contornos mais precisos e que necessita ser aprofundado teórica e praticamente. O velho desenvolvimentismo, surgido no bojo da *Escola Estruturalista Latino-Americana*, é a base fundante da qual surge o *Novo Desenvolvimentismo*. O velho desenvolvimentismo ainda mantém seu vigor, sendo necessário, no entanto, revisitá-lo a partir da realidade presente de uma nação já medianamente desenvolvida e com um bloco no poder diferente daquele existente à época do início da industrialização brasileira.

O velho desenvolvimentismo foi uma teoria nascida no bojo de um velho modelo, que não existe mais. Mas suas hipóteses centrais ainda são aplicáveis à nossa realidade, porque ela ainda guarda em si características fundamentais preservadas daquele passado. O *Novo Desenvolvimentismo* tem buscado supressumir-se no velho, dele guardando os preceitos fundamentais, mas adaptando-se a uma nova realidade de uma nova economia.

O Brasil, embora tenha sofrido profundas transformações políticas, sociais e econômicas, ainda não conseguiu superar a sua condição dependente e subdesenvolvida, localizando-se ainda em uma posição periférica na divisão internacional do trabalho, o que pressiona para que mantenha e reproduza velhas vulnerabilidades externas e crônicas disparidades internas (GUIMARÃES, 2005, p. 259).

Nesse passo, o *Novo Desenvolvimentismo* partirá do pressuposto de que nações com as características da brasileira não poderão se desenvolver nos quadros da globalização sem a adoção de uma *estratégia nacional de desenvolvimento* muito bem definida, manejada pelo Estado e que exerça pressões *anticíclicas* pela inserção soberana do Brasil no mundo.

Vários autores vêm se dedicando a organizar o pensamento neodesenvolvimentista. Bresser-Pereira e Gala (2010, p. 668), empreendendo um grande esforço de sistematização das teses do que chamaram “Macroeconomia estruturalista do desenvolvimento” e com base na obra já clássica de Bielschowsky (2000), conseguiram sistematizar as teses do velho desenvolvimentismo em algumas proposições centrais, analisando-as e concluindo quais delas ainda seriam válidas para a realidade brasileira, podendo integrar uma teoria do *Novo Desenvolvimentismo*. Partindo destes dois autores, apesar de acordos e desacordos que serão apontados na sequência, tem-se um quadro inicial, de onde se pode extrair o seguinte:

- a) *Tendência à deterioração dos termos de intercâmbio.* A tese demonstrou que nações produtoras primárias ou secundárias de baixo valor agregado precisariam cada vez mais produzir bens em quantidade para comprar cada vez menos bens primários de alto valor agregado, produzidos nos grandes centros tecnológicos capitalistas, eis que os preços dos primeiros sempre se depreciam no mercado mundial, enquanto os preços dos segundos somente se apreciam.

Evidentemente, por debaixo do jargão econômico, estaria implícita a constatação política de que as relações internacionais, de ordem política ou econômica, seriam sempre assimétricas, ou seja, desiguais. Disso derivaria a necessidade de as nações subdesenvolvidas fundarem seu desenvolvimento na industrialização e inovação tecnológica, como forma de quebrar aquela relação de poder.

Sem inovação técnico-científica, os produtos de uma economia se depreciariam tendencialmente, empobrecendo a nação como um todo e mantendo os laços de dependência externa, eis que a renda nacional ficaria dependente da demanda e das flutuações cíclicas dos mercados externos. Disso se deduziria a necessidade de o Estado-nação intervir na economia, com a finalidade de

realizar pressões que quebrem essa tendência, principalmente por meio do incentivo à produção científica e tecnológica;

- b) *Caráter estrutural do desenvolvimento.* Para a ortodoxia neoclássica, o desenvolvimento se operaria por meio da anárquica combinação dos fatores de produção na livre concorrência. O Consenso de Washington declarava explicitamente que sua estratégia de desenvolvimento se fundava em cinco pressupostos de livre mercado: a estabilidade de preços criaria condições para o cálculo econômico de longo prazo, estimulando o investimento privado; a abertura comercial e a valorização cambial imporiam disciplina competitiva aos produtores domésticos, forçando-os a realizar ganhos substanciais de produtividade; as privatizações e o investimento estrangeiro removeriam gargalos de oferta na indústria e na infraestrutura, reduzindo custos e melhorando a eficiência; a liberalização cambial, associada à previsibilidade quanto à evolução da taxa real de câmbio, atrairia a poupança externa em escala suficiente para complementar o esforço de investimento doméstico e para financiar o déficit em conta corrente; o desbordamento da renda e da riqueza, promovida pelo novo dinamismo incitado pelos mercados e pela ação focalizada das políticas sociais, seria a forma mais eficaz de reduzir as desigualdades e eliminar a pobreza (BELLUZZO, 2009, p. 4).

Para o estruturalismo, pelo contrário, o desenvolvimento não seria anárquico, mas *estrutural*, descrevendo um conjunto coerente de relações estáveis entre elementos do todo (FURTADO, 2000, p. 41). Mediante a atuação consciente do Estado, a industrialização de setores estratégicos transferiria o fator trabalho para setores com produção de valor agregado mais elevado, o que justificaria as políticas de industrialização;

- c) *Papel central do Estado para o desenvolvimento.* O Estado continuaria sendo a máxima esfera de definição dos destinos da nação, tendo papel estratégico na indução do desenvolvimento. Para além das teses sobre o fim do Estado, que tinham evidente conteúdo ideológico liberal, o cenário internacional apontaria para uma crescente multipolarização dos centros hegemônicos de poder e a constituição de blocos regionais que construiriam Super-estados (NAFTA, UNIÃO EUROPEIA, MERCOSUL, etc.);
- d) *Subdesenvolvimento como contrapartida do desenvolvimento.* Para o pensamento estruturalista, o subdesenvolvimento não seria uma fase para se chegar ao desenvolvimento, mas uma *relação assimétrica de poder* que operaria desde o início do desenvolvimento do Capitalismo a partir da Europa.

Nações capitalistas centrais o seriam porque teriam construído a sua riqueza sobre a espoliação de nações periféricas. A condição fundamental para que continuem a ser centrais é que mantenham as periféricas na periferia, ou seja, mantenham suas condições primário-exportadoras ou produtoras de bens sem valor agregado. Também desse pressuposto decorreria a conclusão do papel central do Estado no rompimento dessa cadeia de poder;

- e) *Indústria infante legitimando proteção tarifária e substituição de importações.* Embora a industrialização brasileira não esteja dando seus primeiros passos, uma política industrial estratégica de apoio principalmente àquelas empresas que atuam em setores considerados de interesse nacional e de grande potencial de empregabilidade formal, continuaria plenamente necessária.

Por outro lado, embora seja importante a consolidação de um forte setor empresarial orientado às exportações, com uso in-

tensivo de tecnologia e grande potencial de agregação de valor, com a finalidade de empregar a abundante mão de obra disponível e gerar excedentes (*superávits*) comerciais para o país, o Estado deveria conceder especial atenção à consolidação definitiva dos mercados internos nacionais, mediante uma política de produção de bens que seriam consumidos domesticamente;

- f) *Tendência dos salários crescerem menos do que a produtividade em razão da oferta ilimitada de mão de obra.* Velho problema nacional, derivado em grande medida da ausência de uma reforma agrária ampla na história brasileira, teria se formado um “exército industrial de reserva” que pressiona para baixo o nível dos salários. Tratar-se-ia de uma das causas estruturais da insuficiência da demanda interna brasileira, o que pressionaria para a não consolidação do mercado interno. Uma ampla política de emprego levada a cabo por um Estado que se constitua em *Employer of last resort* seria fundamental para gerar uma sociedade de pleno emprego em um país como o Brasil;
- g) *Inflação estrutural.* A tese da inflação estrutural teria sido superada no Brasil, eis que há muito o país conseguiu estabilizar a sua moeda, sob o jugo de medidas ortodoxas, a bem da verdade. De qualquer forma, a estabilidade monetária estaria sendo tratada como um dogma, quando na atualidade outras preocupações rondam o cenário econômico: a concorrência global nos manufaturados foi exacerbada pela rápida ampliação da capacidade na Ásia, sobretudo na China.

Se a isso se juntar uma desaceleração do crescimento norte-americano, as tendências da economia global serão, sem dúvida, deflacionárias (BELLUZZO, 2009, p. 5). Nesse passo, nada mais justificaria as políticas de *superávits* primários e taxas juros elevadas. O Banco Central brasileiro precisaria ampliar seus horizontes para

novas agendas importantes para o desenvolvimento nacional, como administração da taxa de câmbio e emprego;

- h) *Necessidade de poupança externa.* O Brasil não necessitaria de poupança externa para financiar seu desenvolvimento, embora não devesse adotar qualquer posição radicalmente contrária ao investimento *produtivo* externo. O financiamento interno seria fundamental para o rompimento dos laços de dependência externa e para a internalização dos centros de decisão econômica no país;
- i) *A taxa de câmbio como variável-chave do desenvolvimento econômico.* Embora essa não fosse uma tese inicial da escola estruturalista, os autores consideram que uma taxa de câmbio competitiva é fundamental para o desenvolvimento, porque coloca o mercado externo à disposição das empresas nacionais, estimulando os investimentos produtivos e aumentando a poupança interna.

Nesse passo, para eles, embora a taxa de câmbio devesse se manter flutuante, ela necessitaria ser administrada por meio de políticas implementadas pelo Estado com o fim de manter o equilíbrio da indústria nacional. Com base nessas considerações, chegar-se-ia ao seguinte quadro comparativo do novo desenvolvimento com o receituário da ortodoxia neoliberal que está sendo abandonada no Brasil e em várias partes da periferia capitalista:

Quadro 1 – Ortodoxia neoliberal e *Novo Desenvolvimentismo*

<b>Ortodoxia convencional</b>	<b>Novo Desenvolvimentismo</b>
1. A nação não tem papel econômico.	1. A nação é o agente responsável pela definição de uma estratégia nacional de desenvolvimento.
2. As instituições fundamentais para o crescimento são a garantia dos direitos de propriedade e dos contratos.	2. A instituição-chave para o crescimento é uma estratégia nacional de desenvolvimento.
3. Reformas devem reduzir o tamanho do Estado e desregular os mercados.	3. Reformas devem fortalecer o Estado e os mercados — estes devendo ser bem regulados.
4. O Estado não deve realizar política industrial, nem política de redistribuição.	4. Política industrial deve ser limitada e estratégica. Grande papel na distribuição da renda.
5. Não existem tendências estruturais a neutralizar.	5. Neutralizar tendência sobre apreciação da moeda e salários crescerem menos que a produtividade.
6. O crescimento deve ser financiado em boa medida por poupanças externas.	6. O crescimento deve se basear em poupança interna.
7. O Banco Central tem um único mandato: a inflação. Outros objetivos devem ser buscados pelo restante do Governo.	7. O Governo e o Banco Central têm três mandatos: a inflação, a taxa de câmbio e o emprego — os três essenciais para o desenvolvimento.
8. O padrão fiscal deve ser definido em termos de superávit primário.	8. O padrão fiscal deve ser definido de forma mais rigorosa em termos de déficit público e poupança pública.
9. A taxa de câmbio deve ser flutuante: não deve haver nem meta nem política para a taxa de cambio.	9. A taxa de câmbio deve ser flutuante, mas administrada; o objetivo é a taxa de câmbio de equilíbrio industrial.
10. O Banco Central e o Governo dispõem de um único mandato cada um: respectivamente a taxa de juros de curto prazo e a política fiscal.	10. O Banco Central e o Governo podem, adicionalmente, comprar reservas, impor controles de capital, etc.
11. Política de rendas não é necessária ou desejável.	11. Política de salário mínimo e de rendas deve contribuir para que salários cresçam com a produtividade.

Fonte: Bresser-pereira e Gala (2010, p. 681-683).

Embora o Quadro 1 represente uma excelente aproximação teórica ao *Novo Desenvolvimentismo*, as proposições de natureza *tática* elencadas pelos autores não são livres de críticas. Uma *estratégia* de desenvolvimento (constitucionalmente adotada) é realizada mediante movimentos instrumentais que não podem ser fixados *a priori* de forma rigorosa. Questões como as descritas nos pontos 4 (política industrial *limitada*), 8 (padrão fiscal definido de forma rigorosa em termos de *déficit público*) e 9 (taxa de câmbio *flutuante*) não podem ser adremente fixadas, devendo ser utilizadas com flexibilidade pelo Estado desenvolvimentista, sob pena de se criarem engessamentos que dificultam a realização do plano, como ocorre, por exemplo, com a atual política de manutenção de elevados superávits primários e elevadas taxas de juros, que acabam sendo tratadas de forma dogmática.

### 3 O PAPEL DO ESTADO PARA O NOVO DESENVOLVIMENTISMO

O regime econômico no qual atua o novo Estado desenvolvimentista é o *Capitalismo funcionalizado*, no qual as esferas do político e do econômico são tratadas de forma unificada, estando a economia subordinada aos critérios definidos pela democracia e a política atuando em razão da realização de uma economia deliberada como projeto. Verifica-se, ainda, uma profunda sinergia entre os investimentos públicos, capitaneados pelas empresas estatais, e os privados, induzidos ao “movimento” pelos primeiros, eis que um volume elevado de investimentos estatais em infraestrutura sempre foi crucial para a formação da taxa de crescimento econômico nas economias capitalistas do pós-guerra (BELLUZZO, 2009, p. 5).

Nele, o Estado exerce o papel do “empresário inovador” schumpeteriano, ou seja, agente de indução do desenvolvimento (*Political developer*), mediante fomento a novas combinações dos fatores de produção (capital/trabalho/crédito), inovação tecnológica e idealização/execução de planos econômicos que apostam “[...] no

poder indutor do governo de acender o ‘espírito animal’ do empresário.” (NETTO, 2007, p. 19).

O “Capitalista Coletivo Ideal” (Estado desenvolvimentista) é o *agente* principal do Capitalismo de Estado, que diante das frequentes *débâcles* do liberalismo vai se tornando uma necessidade nas economias contemporâneas, marcadas pela superação da economia concorrencial (de apropriação *individual*) em prol da economia oligopolista (exercida de forma *social* no interior das sociedades anônimas ou corporações), principalmente naquelas saídas das entranhas do colonialismo e que se constituíram e mantêm como de economia reflexa a do Centro.

Engels ([198-?]), p. 33) havia reconhecido esta necessidade quando afirmava que a evolução centralizadora/concentradora do capital rumo aos monopólios, em associação com a agudização dos conflitos sociais sob o regime capitalista, punha cada vez mais em xeque a sua permanência histórica, obrigando o Estado a assumir funções de administração das condições gerais da reprodução econômica do capital, inclusive mediante sua inserção na produção na qualidade de “empresário capitalista”, constituindo-se em “Capitalista Coletivo Ideal”, ou seja, em órgão centralizador daquela porção da propriedade comum a todos os capitalistas e que exerce a função necessária de regular todo o sistema, inclusive contra a vontade particular dos capitalistas isolados.

Não apenas o pensamento marxista constatou a necessidade da intervenção estatal para a administração do capital nas sociedades dominadas por esse modo de produção. Keynes (1983, p. 117), por exemplo, diante da verificação empírica da inoperabilidade do *laissez faire* – que ele identificava não como “[...] decorrente de fatos reais, mas de uma hipótese incompleta formulada para fins de simplificação” – para equilibrar uma economia de concorrência imperfeita, também via no Estado um aparelho central para o “[...] controle deliberado da moeda e do crédito”, com o fim de regular os “males” gerados pela desregulação econômica, criando uma situação ideal de *pleno emprego* dos fatores da produção.

Para ele, os principais defeitos da sociedade econômica marcados pelo liberalismo seriam a sua “[...] incapacidade para proporcionar o pleno emprego e a sua arbitrária e desigual distribuição da riqueza e das rendas”; o Estado cumpriria exatamente o papel de executar “[...] medidas destinadas a redistribuir a renda no sentido de aumentar a propensão a consumir.” (KEYNES, 1988, p. 245).

O *intervencionismo*, nessa perspectiva, faria com que o Estado retomasse ao *mercado* as funções de *controle da produção capitalista*, eis que a administração da taxa de juros, do volume de investimentos e de outros elementos considerados pelo liberalismo como pertinentes à esfera da liberdade de mercado, seriam, na verdade – como se pressupunha ainda à época de Adam Smith – “[...] objeto principal da arte prática de governar.” (KEYNES, 1988, p. 225).

A forma mestra de reprodução econômica que o intervencionismo de inspiração keynesiana introduziria seria exatamente o impulso ao desenvolvimento do fator *trabalho*, mediante políticas deliberadas de *pleno emprego* (construção da sociedade de bem-estar), que acabariam por aquecer a demanda, impulsionando a produção (KEYNES, 1988, p. 448-249).

Tanto os marxistas quanto Keynes exerceram influência decisiva na formação do pensamento desenvolvimentista da Escola Estruturalista latino-americana, que em torno das figuras de Raul Prebisch e Celso Furtado, pensadores ligados à CEPAL, da Organização das Nações Unidas, acabaram por desenvolver um pensamento original que rompia com os tipos teóricos (político-econômicos) eurocêntricos e estadunidenses, ao perceberem que a economia capitalista havia se desenvolvido não somente no eixo lógico da contradição capital *versus* trabalho assalariado, mas também no entorno gravitacional de uma relação geográfica de poder centro/periférica, impondo relações de dominação/subordinação não apenas entre classes no interior de uma sociedade, mas também entre nações que, a partir do Colonialismo, passaram a ocupar posições *assimétricas* no quadro das relações mundiais de poder (desenvolvimento/subdesenvolvimento).

Também para a Escola Estruturalista latino-americana, o Estado teria a função primordial de assumir o controle do desenvolvimento econômico, eis que o rompimento com as cadeias do subdesenvolvimento e da dependência externa somente poderia se operar pela via da política. Para os pensadores ligados à Escola, a economia mundial estaria *estruturada* em uma relação de poder que separa as nações em desenvolvidas e subdesenvolvidas ou, dito de outro modo, em *cêntricas* e *periféricas*, constituindo complexos instrumentos de transferência de excedentes (espoliação) destas para aquelas, permitindo-lhes a construção de sociedades de bem-estar em prol da manutenção da pobreza dos demais povos.

As nações cêntricas, em geral, seriam aquelas que, a partir do Colonialismo europeu, lançaram-se às grandes navegações em busca de novos mercados, conquistando e dominando novos povos e territórios e submetendo-os ao papel de produtores de matérias-primas para suas indústrias, tornando-os centros consumidores para seus produtos manufaturados. Essa relação político-econômica, geradora de uma estruturada *geoeconomia*, seria explicada pela *Teoria das Vantagens Comparativas*, de Ricardo (1823), como algo natural e até querido: nações de produção manufatureira deveriam produzir bens de alto valor agregado enquanto nações agrícolas deveriam continuar se especializando na produção de bens primários, realizando trocas no mercado mundial conforme as suas necessidades de consumo.

A Escola Estruturalista percebeu rapidamente que esta Teoria nada tinha de inocente: tinha antes a finalidade de congelar o *status quo* mundial, francamente favorável às nações do centro do Capitalismo. Mediante a descoberta da *tendência histórica à depreciação dos termos de intercâmbio*, os estruturalistas latino-americanos perceberam que os preços dos produtos primários tendem a se depreciar diante dos preços dos bens manufaturados de alta tecnologia, aprofundando dia a dia as relações de dominação das nações tecnológicas e inovadoras sobre as primário-exportadoras.

Dessa forma, o *laissez faire*, como assecuramento do “livre funcionamento das forças de mercado” seria, antes de qualquer coisa, um mecanismo ideológico *construído* pelos países desenvol-

vidos para manter os países subdesenvolvidos naquele esquema de subordinação. Nada teria de natural, sendo antes um instrumento de poder deliberadamente pensado e mantido para a dominação (FURTADO, 1971, p. 236).

Os autores estruturalistas perceberam que a economia não se restringiria a um problema *econômico*. Sua natureza mais profunda seria *política*, eis que o mercado não seria o produto de um movimento natural, mas uma instituição *histórica*, constituída e mantida pela ordem jurídica do Estado e, como tal, parte integrante desta ordem jurídica, porque a economia de mercado (e os seus pressupostos lógicos, a *anarquia produtiva* e a *livre concorrência*) não poderia se desenvolver em um vácuo institucional, necessitando, antes, de um ambiente propício que somente poderia ser produzido e reproduzido pelo Estado. O rompimento dos laços de dependência que oprimem a nação brasileira somente poderia ser alcançado mediante uma política de Estado deliberadamente destinada a esse fim (FURTADO, 1971, p. 236).

Nesse passo, o problema essencial de qualquer desenvolvimento econômico estaria concentrado na questão do *poder de Estado* e no seu controle por forças políticas interessadas na transformação da sociedade e das formas econômicas até então prevalentes, eis que o problema central dos países subdesenvolvidos seria a escolha de uma *estratégia política* de modificação das estruturas e não a formulação de planos convencionais de desenvolvimento fundados em técnicas quantitativas de política econômica (FURTADO, 1971, p. 247).

Esta estratégia identificaria o crescimento econômico como instrumento privilegiado do desenvolvimento na consecução da realização de um horizonte político de aspirações nacionais, democraticamente escolhido por um povo em sua constituição, com o fim de romper a lógica imposta pelo *laissez faire*, possibilitando a construção de uma sociedade de bem-estar:

[...] a pobreza relativa da grande maioria da população brasileira não deve ser aceita como fato de ordem natural, pois resulta de condicionantes históricos; o nosso atraso relativo tenderia a aumentar dia-a-dia,

caso nos retraíssemos em uma postura de *laissez-faire*. (FURTADO, 1962, p. 72).

Furtado (2000, p. 120-123) ressaltava, enfim, que na periferia capitalista, onde o dinamismo econômico não seria derivado de fatores internos (*inovação*), mas reflexos (demanda externa), o Estado tenderia a desempenhar o papel de “socializador de parte dos custos da produção”, sem o que não se obteria o ambiente necessário à expansão do desenvolvimento, tendo se transformado no fator decisivo do volume de investimentos nas forças produtivas e da reprodução da sociedade mediante uma abrangente política de redistribuição social, cabendo-lhe, ainda, o papel de difusor do progresso técnico, à medida que decidiria o volume de emprego e o nível do salário básico.

Então a necessidade central de se discutir democraticamente as funções do Estado nas economias subdesenvolvidas, aparelhando-o para a luta pelo desenvolvimento (FURTADO, 1962, p. 78), constituindo-o naquilo que Engels (189-) chamava de Capitalista Coletivo Ideal ou Estado Desenvolvimentista, ou seja, uma estrutura de poder funcionalizada que coloque o Desenvolvimento como Direito Fundamental constitucionalmente e internacionalmente previsto, uma meta a ser alcançada para a transformação das relações de poder no Brasil, garantindo a realização das propostas constitucionais de construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária.

Como se percebe, a discussão em torno da constituição do Estado Desenvolvimentista como estrutura/relação apta a racionalizar os processos anárquicos da livre concorrência perpassa o pensamento teórico dos séculos XIX e XX e se renova no século XXI, diante de novas crises econômicas (agora de superprodução de capitais fictícios) e do surgimento de um *Novo Desenvolvimentismo*. O Novo Estado desenvolvimentista ou Capitalista Coletivo Ideal, portanto, deve ser inicialmente percebido como administrador das condições necessárias à reprodução de um regime econômico determinado constitucionalmente.

É este Estado altamente desenvolvido em suas funções econômicas que será apresentado como esfera da racionalidade política, guiada pela *funcionalização* das instituições políticas, sociais e econômicas em prol da realização de valores éticos democraticamente escolhidos pela comunidade política nacional, em oposição à irracionalidade do mercado, que se guia pela lógica da maximização dos lucros/minimização dos custos em um regime de livre concorrência.

No caso brasileiro, no entanto, mais que um aparelho de administração do ambiente adequado à reprodução de uma ordem econômica determinada, o Capitalista Coletivo Ideal deve ser entendido, por estipulação constitucional, como um *poder e aparelho* de Estado *desenvolvimentista*, economicamente *intervencionista* e socialmente *redistribuidor*, dinamizador de um ambiente econômico que permita ao novo desenvolvimento brasileiro realizar uma ampla inclusão de setores historicamente excluídos das relações de poder social, geográfico, político e econômico, ambientes estes que devem ser definitivamente democratizados.

Mais que um simples empregador de última instância para os mercados em tempos de crise, o Estado Desenvolvimentista tem por função alocar recursos sociais em certos setores econômicos que interessam à realização do plano nacional, induzindo o desenvolvimento da iniciativa privada e garantindo que o produto social desse investimento seja efetivamente devolvido ao povo mediante políticas redistributivas e consolidação do Estado previdência.

O Capitalista Coletivo Ideal, correspondente político da sociedade anônima no Capitalismo financeiro, representa o estabelecimento da *propriedade social* nos marcos do Modo Capitalista de Produção, tornando todos os cidadãos espécies de acionistas do Estado na percepção de seus dividendos. Por meio de uma receita tributária progressiva e estabelecimento de um potente programa previdenciário e assistencial, o Capitalista Coletivo Ideal realiza a redistribuição – na forma de *salários indiretos* para todos os nacionais – de benefícios efetivos em saúde, educação, moradia, trabalho, lazer, esporte, cultura, transporte, provocando a relativa perda de importância da propriedade privada individual como meio de garantia

de reprodução material do indivíduo e de sua família (COMPARATO, 1990, p. 30), e colocando a perspectiva da *propriedade socialmente administrada* pelo Estado e garantida na forma de *seguridade social*, instrumento mais eficaz de liberação das necessidades de reprodução social para garantir o bem-estar material, moral e espiritual de todos os integrantes da nação (SILVA, 2007, p. 308).

#### 4 CONCLUSÃO

A pesquisa que originou o presente artigo conduziu sobre a temática do Direito Fundamental ao Desenvolvimento, buscando responder ao problema da atualidade ou defasagem histórica do papel do Estado na promoção do desenvolvimento na sociedade contemporânea, marcada pela financeirização econômica, pela globalização e pela livre alocação de recursos no e pelo mercado.

A questão parecia importante em virtude dos seguintes fatores, sem exclusão de outros:

- a) a previsão internacional do desenvolvimento como um Direito Fundamental pela Declaração do Direito ao Desenvolvimento, da Assembleia Geral da ONU, que reconheceu massivamente o Estado como agente promotor do Desenvolvimento;
- b) a previsão constitucional do Desenvolvimento como um objetivo nacional imposto ao Estado como agente de sua realização;
- c) o contraponto que as teorias do neoliberalismo impuseram à concepção do Estado como agente promotor do desenvolvimento, em face das novas relações de mercado surgidas com o fim do bipolarismo característico do período da Guerra Fria.

A crise econômica iniciada em 2007 no centro do Capitalismo mundial nos EUA e propagada para toda a União Europeia e

a aparente contradição nascida da relativa blindagem dos países periféricos, principalmente dos componentes dos chamados BRICS, aos seus efeitos, países estes que se desenvolveram no mesmo período ao adotarem políticas de desenvolvimento patrocinadas pelo Estado, bem como a intervenção ativa dos Bancos Centrais estadunidense, japonês e europeu para debelar a crise mediante a alocação deliberada de gigantescas somas de recursos tomados tributariamente aos cidadãos daquelas nações nas esferas privadas de mercado, estão a (re)demonstrar que os Estados nacionais, por mais que tenham sido atacados pela ideologia no neoliberalismo como agentes incapazes ou inaptos à direção do desenvolvimento, ainda jogam papel proeminente na administração das condições gerais exteriores da reprodução da forma-mercadoria, garantindo a livre alocação dos recursos sociais mediante a garantia em; última instância da inclusão de todos os cidadãos nas relações de troca.

Diante do chamado *Novo Desenvolvimentismo*, que encontra seu ponto de partida na concepção do velho desenvolvimentismo, mas que o supera e o adapta à realidade da Nova Ordem Mundial, os Estados Nacionais, especialmente o brasileiro, precisarão encontrar novas formas políticas de organização e direção da *república* comprometidas com o projeto de desenvolvimento nacional constitucionalmente previsto. E isso porque uma Constituição não pode ser encarada como um mero documento programático, sem valor real de transformação social. Ela é uma meta, um projeto de futuro e assim precisa ser encarada pelos juristas, além do olhar dogmático que lhes é natural.

O Estado, embora não seja o único ator relevante desse processo, ainda parece ser um dos principais atores capaz de fomentar o desenvolvimento, mediante a implementação de políticas propositalmente direcionadas ao fomento do investimento privado e a aceleração da circulação de bens e capitais na sociedade, funcionalizando essas relações e implementando instrumentos de compensação e redistribuição social que possam equilibrar o jogo do mercado, garantindo, enfim, que a sociedade de bem-estar, livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e da miséria e supera-

ção das desigualdades sociais e regionais, que a Constituição previu, possa vir-a-ser uma meta e uma realidade, e não simplesmente uma frase de efeito, uma carta de boas intenções.

## REFERÊNCIAS

BAVA, Silvio Caccia. Bem-vindas às novas idéias. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, n. 27, out. 2009.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Um novo Estado desenvolvimentista? *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, n. 27, out. 2009.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GALA, Paulo. Macroeconomia estruturalista do desenvolvimento. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 30, n. 4, 2010.

CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalista coletivo ideal: o Estado e o projeto de desenvolvimento nacional na Constituição de 1988*. 2009. 643 p. Tese (Doutorado em Direito)– Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: \_\_\_\_\_. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990.

ENGELS, Friedrich. Do socialismo utópico ao socialismo científico. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. São Paulo: Alfa-Ômega, [198-?]. v. 2.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

FURTADO, Celso. *A pré-revolução brasileira*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. 4. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Desafios brasileiros na era dos gigantes*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

HAYEK, F. A. V. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

\_\_\_\_\_. O fim do “laissez faire”. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.). *Keynes: economia*. São Paulo: Ática, 1983.

NETTO, Delfim. O PAC e a dívida. *Carta Capital*, São Paulo, n. 433, 2007.

OFFE, Claus; RONGE, Volker. Teses sobre a fundamentação do conceito de “Estado Capitalista” e sobre a pesquisa política de orientação materialista. In: OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

RICARDO, David. *The principles of political economy and taxation*. Lodon: J.M. Dent e Sons, 1823.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

UL HAQ, Mahbub. *Reflections on Human Development*. New York: Oxford University Press, 1995.