

## **Organizadores**

Luiz Rodolfo de Souza Dantas

Robison Tramontina

# Série

## **Direitos Fundamentais Sociais**

*Teoria dos Princípios, proporcionalidade, razoabilidade  
e a dimensão ideal do Direito – suas conexões: Tomo V99*



Editora Unoesc

978-85-8422-093-9



9 788584 220939

## **Organizadores**

Luiz Rodolfo de Souza Dantas  
Robison Tramontina

ISBN 978-85-8422-093-9

# Série

## **Direitos Fundamentais Sociais**

*Teoria dos Princípios, proporcionalidade, razoabilidade  
e a dimensão ideal do Direito – suas conexões: Tomo V99*



Editora Unoesc

## Editora Unoesc

Coordenação  
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva  
Revisão metodológica: Talita Varella da Silva  
Projeto Gráfico e Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

T314

Teoria dos princípios, proporcionalidade, razoabilidade e a dimensão ideal do Direito – suas conexões: Tomo VII / organizadores Luiz Rodolfo de Souza Dantas, Robison Tramontina. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. – (Série Direitos Fundamentais Sociais)  
396 p. ; il. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-093-9

1. Direitos fundamentais. 2. Proporcionalidade (Direito).  
3. Processo legal justo. I. Dantas, Luiz Rodolfo de Souza. II. Tramontina, Robison. III. Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor  
Aristides Cimadon

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

Pró-reitor de Graduação  
Ricardo Marcelo de Menezes

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

Diretora Executiva da Reitoria  
Lindamir Secchi Gadler

### Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti  
Débora Diersmann Silva Pereira  
Andréa Jaqueline Prates  
Ribeiro Jovani Antonio Stefani  
Lisandra Antunes de Oliveira  
Eliane Salete Filipim  
Luiz Carlos Lückmann  
Carlos Luiz Strapazzon  
Gilberto Pinzetta  
Marilda Pasqual Schneider  
Claudio Luiz Orço  
Maria Rita Nogueira  
Daniele Cristine Beuron  
Marcieli Maccari

### Comissão Científica

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

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

## SUMÁRIO

**APRESENTAÇÃO** ..... 7

**MIGRAR É DIREITO DE TODOS: IDENTIDADE, E (I)MIGRANTES E DIREITOS TRABALHISTAS NO BRASIL**..... 9

Thais Janaína Wenczenovicz, Rodrigo Espíúca dos Anjos Siqueira

**OS DIREITOS HUMANOS E A INFLUÊNCIA DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NA APARÊNCIA ESTÉTICA DO EMPREGADO NO CONTRATO DE TRABALHO** ..... 35

Isadora Kauana Lazaretti, Giovanni Olsson

**A QUESTÃO DO PROSELITISMO RELIGIOSO NO AMBIENTE DE TRABALHO E O PAPEL DOS SINDICATOS NO COMBATE A INTOLERÂNCIA** ..... 59

Kelda Sofia da Costa Santos Caires Rocha, Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS COMO RESISTÊNCIA À PRECARIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA, DA JUSTIÇA SOCIAL E DA DEMOCRACIA**..... 81

Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida, Cleber Lúcio de Almeida

**TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM, A PARTIR DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: AVANÇO OU RETROCESSO SOCIAL?**..... 103

Luiz Carlos Segala, Francine Cansi

**OS PARÂMETROS PARA A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM REGIME ESTATUTÁRIO INSTITUÍDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** ..... 121

Geverson Ampolini, Idir Canzi

**DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: DIMENSÕES DA EFETIVIDADE QUANDO EM CENÁRIO DE CRISE POLÍTICA, ECONÔMICA E INSTITUCIONAL** ..... 139

Rogério Luiz Nery Da Silva, Cristiane Brum Dos Santos

|   |            |
|---|------------|
| <b>O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS.....</b>  | <b>155</b> |
| Daiane Garcia Masson, Aline Mendes De Godoy, Katiane Fachini  |            |
| <b>O CONTROLE PONDERADO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA FOSFOETANOLAMINA .....</b>   | <b>173</b> |
| Fausto Santos de Moraes, Alexandre Atualpa Selayaran  |            |
| <b>O CUSTO DOS DIREITOS SOCIAIS EM CONTEXTO DE CRISE E A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE .....</b>  | <b>193</b> |
| Yuri Schneider, Ludmila Kolb de Vargas Cavalli  |            |
| <b>PODER, POLÍTICA E RELIGIÃO: A NECESSIDADE DE LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO À LIBERDADE POLÍTICA E RELIGIOSA NAS ELEIÇÕES .....</b> | <b>211</b> |
| Gabrieln Maçalai, Gilmar Antonio Bedin  |            |
| <b>ELEMENTOS CRÍTICOS À RECEPÇÃO TEÓRICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO ETAT DE L'ART BRASILEIRO .....</b>                     | <b>231</b> |
| Rafael Nascimento Lima de Freitas, Djefferson Amadeus de Souza Ferreira Amadeus   |            |
| <b>A GLOBALIZAÇÃO COMO FATOR DA PERDA DE IDENTIDADE DO ESTADO .....</b>   | <b>249</b> |
| Keila Fernanda Marangoni, Luiz Henrique Maisonnnett   |            |
| <b>O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL.....</b>                                  | <b>267</b> |
| Matheus Felipe de Castro, Tais Mirela Sauer   |            |
| <b>DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E TRIBUTAÇÃO....</b>   | <b>289</b> |
| Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira  |            |

**DA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA EM DECORRÊNCIA DO REQUISITO RELACIONADO À RENDA PER CAPITA PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA ..... 309**

Caroline Rodrigues Celloto Dante, Daniela Almeida Bittencourt, Fabrizia Angelica Bonatto Lonchiati

**A VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE DA MULHER NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: “PORNOGRAFIA DE VINGANÇA” E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ..... 331**

Maria Cristina Cereser Pezzella, Neline Fátima Rossetto Schmitt Krawulski

**SEGURANÇA PÚBLICA: POSSIBILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL ..... 357**

Volnete Gilioli, Rogério Gesta Leal

**NOVOS CONTEXTOS SOCIAIS E FAMILIARES: A ALIENAÇÃO PARENTAL A PARTIR DA LEI 12.318/2010 ..... 375**

Bianca Strücker, Ivo dos Santos Canabarro



## APRESENTAÇÃO

Os Direitos Fundamentais Sociais constituem-se como pilstras fundamentais do Estado Democrático de Direito. Além disso, podem ser entendidos como estruturas possibilitadoras da vida humana digna e decente. Tematizá-los é imprescindível e incontornável. Sendo assim, no contexto acadêmico, investigações cuidadosas sobre os referidos direitos são necessárias. A pretensão de tais empreendimentos deve ser descortinar seus meandros estruturais e apresentar propostas para consolidá-los e torná-los efetivos.

Atento aos desafios que a consolidação e a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais exigem, o PPGD em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) realizou em Chapecó, entre os dias 22 a 24 junho deste ano, o Unoesc International Legal Seminar - Winter 2016 - Teoria dos Princípios, Proporcionalidade, Razoabilidade e a Dimensão Ideal do Direito - suas conexões. O evento contou com o apoio da Rede Brasileira de Direitos Fundamentais (PUC-RS, Unibrasil, Unisc, Unifor, Unifio, USP-RP).

Os artigos que constituem este e-book passaram por avaliação prévia (double-blind review), foram apresentados e discutidos no GT de Direitos Fundamentais Sociais durante o supracitado evento. São textos redigidos por pesquisadores (docentes, discentes, doutores, mestres e mestrands) que se encontram em estágios diferentes de suas respectivas investigações. Contudo, de forma alguma, a qualidade das pesquisas resta prejudicada.

Boa leitura a todos.

Os Organizadores



# MIGRAR É DIREITO DE TODOS: IDENTIDADE, E (I) MIGRANTES E DIREITOS TRABALHISTAS NO BRASIL

Thais Janaína Wenczenovicz\*  
Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

Os fluxos migratórios e a migração<sup>1</sup> de pessoas acompanha o desenvolvimento da história mundial. Impulsionados por questões bélicas, culturais, climáticas, políticas, sociais ou econômicas, ambos se apresentam como uma característica persistente na movimentação dos grupos sociais em todos os continentes. O ato de migrar faz do indivíduo um emigrante ou imigrante. Emigrante é a pessoa que deixa (sai) um lugar de origem com destino a outro lugar. O imigrante é o indivíduo que chega (entra) em um determinado lugar para nele viver.

Geralmente os fluxos migratórios relacionam-se em sua maioria com as questões econômicas. Entretanto, pode-se dizer que são nítidas as diferenças existentes entre a livre circulação de bens, serviços e mercadorias e a mobilidade internacional das pessoas. Tanto para países da União Europeia e da América do Norte, quanto para o Brasil, torna-se difícil a criação e a implementação de políticas migratórias que atendam ao crescente fluxo de migrantes.

---

\* Docente Adjunta na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS). Professora Colaboradora do Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc).

\*\* Advogado, Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação das Faculdades Anglicanas de Erechim-RS e Tapejara-RS. Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc).

<sup>1</sup> Para esse estudo utilizar-se-á como conceito de migração o deslocamento de indivíduos dentro de um espaço geográfico, de forma temporária ou permanente. Destaca-se ainda que esses fluxos migratórios podem ser desencadeados por vários motivos: econômicos, culturais, religiosos, políticos e climáticos como os desastres ambientais (estiagem, terremotos, enchentes, dentre outros).

Percebida muitas vezes como uma ameaça à soberania e a identidade<sup>2</sup> nacional a deslocamento de massas humanas sempre foi uma das preocupações estatais. Em função das macro-políticas de desenvolvimento, nos últimos anos, aumentou o número de pessoas que deixam seus países em busca de novos lugares para viver em busca de liberdade, trabalho e segurança. Acena-se também para a prerrogativa do crescente número de conflitos armados que circundam a maioria dos continentes.<sup>3</sup>

E é em decorrência desse intenso crescimento do movimento internacional de pessoas, resultante das modificações sócio-políticas, e também do nefasto efeito dos conflitos armados em curso no globo terrestre que surgem muitos outros conflitos que refletem na interação entre aqueles que escolhem, ou são forçados a, emigrar de seus países na busca de segurança pessoal, alimentar, ou mesmo na esperança de melhores condições de trabalho e os nativos dos países destino da imigração.

No mundo contemporâneo, marcado por mudanças substanciais com uma crescente expansão econômica e inovações tecnológicas de toda ordem, em especial nas áreas de comunicação e transportes, observa-se um grande contingente populacional se deslocando interna e internacionalmente, o que implica na urgente tarefa de confrontar os fatos com o direito, a fim de se executar soluções políticas que tragam resultados positivos tanto para os Estados quanto para os seres humanos.

---

<sup>2</sup> O texto utiliza-se do termo 'Identidade' não a partir de conceitos biológicos, mas históricos, e nunca unificados. Cada um deles aponta para direções diferentes, o que significa dizer que o deslocamento é constante. Para Hall (2003, p. 13), "[...] se sentimos que temos uma identidade unificada desde o nascimento até a morte é apenas porque construímos uma cômoda estória sobre nós mesmos ou uma confortadora 'narrativa do eu'."

<sup>3</sup> A título de exemplo pode-se citar a Guerra da Síria. O conflito na Síria completou 4 anos com balanço humanitário dramático: o número de mortos passa de 215 mil, sendo que 7 milhões abandonaram suas casas. A Guerra civil teve início após repressão às manifestações de março de 2011 que marcaram a história do mundo contemporâneo. Segundo a (ACNUR), no país, mais de em torno de 60% da população vive na pobreza. Os combates destruíram as infraestruturas e, com isto, provocaram uma grande escassez de energia elétrica, água e alimentos, especialmente nas zonas cercadas pelo exército.

Nessa senda, o devido trabalho ocupa-se da categoria de migrantes voluntários. Esta ocorre quando o deslocamento se dá com vistas a melhores condições de vida, muitas vezes impulsionado pela busca por mais oportunidades de trabalho. E, nesse contexto pretende-se encetar breve análise sobre os direitos trabalhistas no sistema jurídico brasileiro, para, em seguida, verificar a legislação migratória brasileira em vigor, com breve olhar para os documentos legais internacionais a respeito dos migrantes, bem como as principais propostas de alteração legislativa no tocante aos imigrantes e suas famílias. Ao final, será verificada a existência e eficácia de mecanismos de proteção aos direitos dos imigrantes em busca de trabalho no Brasil.

## 2 SOBRE O ATO DE MIGRAR

Os fluxos migratórios impulsionados nos aspectos econômico e político são um fenômeno do mundo moderno e se relacionam diretamente com os postulados do liberalismo, adotados a partir do século XIX. No entanto, apesar de diversos pontos da teoria liberal terem seguido seu curso, o mesmo não se deu com a questão migratória. O que era liberdade de ir e vir passou a ser alvo de uma série de restrições legais, pois as variadas crises pelas quais passou o mundo levaram os governos a interpretar as migrações, por muitas vezes, como fatores de desestabilização econômica e/ou política.<sup>4</sup>

A este respeito, afirma Oliveira (2015, p. 252):

Nesse sentido, a temática migratória passa a ser objeto de debate e disputa ideológica e política entre os segmentos sociais envolvidos com a questão dos movimentos internacionais de população, tendo como consenso aparente a necessidade de uma nova legislação. No curso da discussão aparecem: o setor que propõe

---

<sup>4</sup> Para esse tema verificar o trabalho de Cavarzere (2001).

algumas mudanças, mas mantém o essencial do caráter restritivo, expresso na manutenção da seletividade migratória e na regulação de entrada e permanência dos estrangeiros, dado que enfocam as migrações de forma instrumental, procurando tirar proveito dos benefícios econômicos que essas possam proporcionar; surgem segmentos sociais, de inspiração humanista, que defendem novas lei e políticas migratórias pautadas na promoção e garantia dos direitos dos imigrantes; além das nuances do embate velado pelo protagonismo na condução da política migratória.

É nesta interação que os aspectos culturais, sociais e econômicos assumem especial relevância e, por muitas vezes, culminam em episódios piores de xenofobia e preconceito, seguidos por manifestações de abuso psicológico e violência física direcionados aos imigrantes.

Na tentativa de regular a entrada e saída de pessoas, e também organizar o sistema e possibilidades de legalização do *status* de imigrantes, os países elaboram sistemas legislativos migratórios, cada vez mais necessários diante da miríade de imigrantes em circulação no mundo atualmente. Estes sistemas legislativos nem sempre são produzidos sob uma orientação para a garantia dos direitos humanos dos imigrantes, bem como, não levam em conta os tratados e convenções internacionais a respeito do tema da imigração. É nesse processo legislativo que os Estados incorrem em violações ou omissões, acarretando sofrimento aos migrantes e suas famílias.

Não obstante, são as organizações econômicas<sup>5</sup> (sejam pessoas físicas ou jurídicas), que na tentativa de superar estes limites políticos impostos pelos Estados, que criam modelos flexíveis e adap-

---

<sup>5</sup> A migração econômica é a que exerce maior influência na população. É entendida como o deslocamento de contingentes humanos para áreas onde o sistema produtivo concentra uma maior ou uma melhor oportunidade de trabalho.

táveis à melhor circulação de bens e de indivíduos, com o objetivo de ampliar a intensidade das trocas, em especial nas regiões de fronteira. Esta postura conduz as pessoas a adotarem um estilo de vida de relações múltiplas e horizontais. Como se depreende das palavras de Pereira (2015, p. 23), a atuação dos organismos econômicos consagra o modo de ser e de viver da comunidade fronteiriça, com maior concisão e sucesso que a atuação dos organismos políticos e estatais.

É nesse entremado de legislação, incessante fluxo de pessoas e mercadorias, luta pela sobrevivência e diferenças culturais e sociais que ocorrem a maior parte das violações aos direitos dos imigrantes e de suas famílias.

Ao decidirem por emigrar, ainda em seus países de origem, muitos indivíduos enfrentam a ação das agências internacionais de tráfico de pessoas, para quem pagam altas somas em espécie, com o fito de realizar uma travessia e acabam sendo lançados ao mar com destinos muitas vezes opostos do caminho que pretendem seguir.

Já na chegada aos países de destino, os imigrantes enfrentam o desafio de integração com a nova comunidade, além do processo de adaptação a nova cultura, novos costumes, idioma diferenciado, e, não raras vezes enfrentam a hostilidade dos nacionais e até mesmo de instituições ou órgãos governamentais que não dão suporte a este movimento migratório, entendido como um ataque às questões políticas e sociais da nação. Também se verificam evidências de racismo, xenofobia e outras formas de discriminação face à inserção dos imigrantes na sociedade. Estas posturas conduzem à postura de desconfiança e imposição de responsabilidade pelos males da sociedade, apresentado os imigrantes como principais responsáveis pela crise ou pelos problemas do contexto local como falta de emprego, recessão ou estagnação da economia. Assim, os imigrantes, muitas vezes, acabam criminalizados em situações de abuso de poder e violência.

### 3 PANORAMA DA IMIGRAÇÃO NO BRASIL: IDENTIDADES E CONTEXTOS

O fluxo das migrações no Brasil foi caracterizado por diferentes etapas. O primeiro fluxo migratório aconteceu com o processo de ocupação e povoamento onde imigrantes portugueses instalaram-se no país com o fito de exploração de matérias-primas e metais preciosos e delimitação da posse do território. Após este período inicial, e com o objetivo de melhor explorar as terras, ocorreu à vinda de espanhóis, franceses e holandeses.

Nas primeiras décadas do século XIX, imigrantes de outros países, principalmente europeus, vieram para o Brasil em busca de terra e trabalho. Compravam terras, cultivar em pequenas e médias propriedades, e impulsionaram as atividades de manufatura e comércio variado - aqueles que tinham profissões (artesãos, sapateiros, alfaiates, etc.) na terra de origem abriam pequenos negócios no Brasil.

Seyferth (2013, p. 4), indica que a categoria imigrante aparece no campo político no momento de consolidação do Estado brasileiro, na década de 1840, por um lado associada ao povoamento do território e, por outro, ao trabalho livre, tendo em vista as diferentes necessidades do Império e de algumas de suas províncias. Antes desse período a palavra pouco aparece na legislação e nos escritos sobre a colonização estrangeira. O evento histórico aceito como marco inicial da imigração tem sido a fundação da colônia de Nova Friburgo (RJ) em 1819. A abertura dos portos, em 1808, porém, permitiu a entrada de estrangeiros e sua fixação em algumas cidades portuárias, engajadas em atividades comerciais.

No tocante ao período da “grande imigração”, ocorrido entre 1880 e 1920, os censos de 1900 e 1920 mostram que cerca de 80% da população estrangeira no Brasil se concentrava nos estados da região Sudeste, zona mais desenvolvida e com maior concentração de riquezas do Brasil.

Nessa região estavam as melhores ofertas de trabalho e oportunidades de moradia. Os estados de São Paulo e a então capital, o Rio de Janeiro, eram os maiores receptores de imigrantes, sendo que os estrangeiros chegaram a compor 24,14% da população do Rio de Janeiro e 20,89% de São Paulo no ano de 1900. Os outros dois estados do Sudeste, Minas Gerais e Espírito Santo, também contavam com significativa presença estrangeira. Os outros 20% dos estrangeiros residentes se concentravam sobretudo nos estados do Sul, especialmente no Rio Grande do Sul. No resto do Brasil, a presença de estrangeiros era bastante reduzida, correspondendo a menos de 1% da população local. Uma das exceções foi o estado do Pará, no extremo Norte, que recebeu significativo número de comerciantes portugueses nos primeiros anos do século XX (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

Na década de 1960, o Brasil deixou de receber grandes levadas de imigrantes. Os portugueses, que eram os únicos que ainda imigravam em massa para o Brasil, passaram a deslocar-se preferencialmente para outros países da Europa. Na década de 1970, houve algum fluxo de imigrantes entrando no Brasil, vindo principalmente da Coreia do Sul, China, Bolívia, Peru, Paraguai e de países africanos. Esses imigrantes, porém, já não tinham o impacto demográfico que tiveram as outras imigrações mais antigas no Brasil. Na década de 1980, o fluxo migratório do país inverteu-se devido a uma grave crise econômica enfrentada pelo Brasil, também chamada de “década perdida” (CAVALCANTI et al., 2014, p. 12).

Acresce-se a década de 1970, um fator relevante - a permissão por parte do Paraguai ao acesso de brasileiros a lotes de terras perto da fronteira do Brasil. O baixo custo da terra paraguaia permitiu a grande migração - hoje chamados de brasiguaios. Entretanto, nessa ordem houve irregularidade, corrupção administrativa e muitos perderam suas terras e voltaram para o Brasil.

Impulsionados pelo baixo preço das terras ocorreu grande emigração especialmente de agricultores e pecuaristas sul-riograndenses também para as terras uruguaias. Já através da facilidade na aquisição de terras na Bolívia, fazendeiros de soja foram para aquele país, principalmente para Santa Cruz de la Sierra (ALBUQUERQUE, 2010, p. 27).

Na década de 1980, o Brasil se converteu em um país de emigração. Fatores como desemprego, a inflação alta, a perda sistemática do valor real do salário, a queda da atividade econômica caracterizando a crise econômica dos anos 80, fizeram com que brasileiros deixassem o país. Muitos emigrantes foram descendentes de japoneses que foram para o Japão com o objetivo de fazer poupança e depois retornar para o Brasil e abrir negócio próprio. O país mais procurado entre os anos 80 e 90 foram os Estados Unidos e se estabeleceram principalmente em Nova York, em Boston e Miami na Flórida.

Assim manifesta-se Oliveira (2015, p. 252), a este respeito:

Depois de passar por um período de forte atração migratória, entre os meados do século XIX e os anos 1930, o Brasil ficou quase cinco décadas sem que as migrações internacionais tivessem grande relevância na dinâmica demográfica nacional. É com a chegada dos anos 1980 que o tema volta a ter importância à medida que o Governo Militar edita a Lei 6.815 e passam a ser percebidos movimentos populacionais de saída ao exterior. Isto fez com que, no final dos anos 1990-início da década de 2000, a questão migratória voltasse a ganhar importância na agenda política do país.

A imigração contemporânea no Brasil está caracterizada por um grande número imigrantes e refugiados provenientes de países centro-americanos como Haiti, africanos como o Senegal e Gana, e países vizinhos da América Latina e participantes do Mercosul, e, ainda, de países orientais que vivenciam conflitos armados, como Líbano e Síria (CAVALCANTI, 2015).

## Segundo Seyferth (2013),

[...] o Brasil é o destino de imigrantes principalmente latino-americanos, africanos e asiáticos, muitos dos quais em situação irregular perante a lei de estrangeiros. Não importa sua origem, o (i)migrante continua sendo considerado um outro problemático, num mundo globalizado onde os transnacionalismos e os localismos estimulam identidades territorializadas nem sempre aceitáveis no campo político, e os deslocamentos mais expressivos continuam sendo provocados por motivações de natureza econômica que, de certa forma, trazem de volta o velho estigma da “3ª classe”.

Em virtude da ausência de políticas migratórias claras e de legislação atualizada no tocante ao tema,<sup>6</sup> e, também pelo desconhecimento acerca de seus direitos no país, muitos imigrantes acabam por enfrentar problemas de legalização e inserção social e no mercado de trabalho. Por este motivo, faz-se necessária uma urgente atualização das políticas migratórias brasileiras, bem como da legislação referente ao tema, para que deem lugar à instrumentos normativos que sejam orientados pela garantia e promoção dos direitos humanos dos imigrantes.

Neste sentido, Cavalcanti (2014, p. 22) pontua:

As políticas de imigração deveriam ir na via de tratar as migrações na sua complexidade, multidimensionalidade e incluí-la de forma transversal nas diversas políticas públicas. A junção entre políticas que possam acomodar os imigrantes no mercado de trabalho formal, com a perspectiva dos direitos humanos, contribuirá de forma decisiva a consolidar a imigração como um ativo para o

---

<sup>6</sup> A legislação brasileira a respeito da imigração data do início da década de 1980, conforme se verifica mais adiante no presente trabalho.

desenvolvimento do país, não somente do ponto de vista econômico, mas também cultural, social e político.

Atualmente, a maior parte dos imigrantes ocupam espaço nas regiões sul e sudeste do Brasil. Comparativamente, em 2000 e em 2010, conforme dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), cerca de 71,3% e de 63% dos imigrantes, respectivamente, estavam situados nos estados de São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. O principal motivo desta concentração é a maior demanda por mão de obra nas indústrias, frigoríficos e construção civil (OLIVEIRA, 2014, p. 24).

Ainda segundo os dados coletados nos Censos Demográficos de 2000 e de 2010 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2000, 2010), em números absolutos, existiam, respectivamente, 683.836 e 592.591 imigrantes no Brasil. Percebe-se que, não obstante o expressivo número de imigrantes vindos ao Brasil entre 2000 e 2010, isso não foi suficiente para superar as reduções nos números totais de imigração resultantes dos óbitos e da re-emigração.

Segundo dados da RAIS,<sup>7</sup> em 2011 (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011) existiam 79.578 mil imigrantes inseridos regularmente no mercado de trabalho brasileiro. Deste total, 55.202 do sexo masculino e 24.376 do sexo feminino. Em 2013 (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2013), aquele número aumentou para 120.056 mil trabalhadores imigrantes no mercado de trabalho brasileiro, sendo 86.946 do sexo masculino e 33.110 do sexo feminino.

---

<sup>7</sup>A RAIS - Relação Anual de Informações Sociais, é o principal instrumento de coleta de dados do setor trabalhista, e foi instituída pelo Decreto n. 76.900, de 23 de dezembro de 1975. É gerenciada pelo Ministério do Trabalho e Emprego e contém as informações a respeito do mercado de trabalho formal, sendo declarada pelas empresas em caráter anual e com base nos dados do ano-calendário anterior à declaração.

É nesse universo complexo que os imigrantes que se destinam ao Brasil acabam por se inserir, enfrentando adversidades pela falta de legislação atualizada e orientada pelos direitos humanos, e, por vezes, tornando-se alvo de empregadores inescrupulosos, que objetivam, única e exclusivamente, o lucro máximo sem qualquer preocupação com a garantia dos direitos humanos dos imigrantes laborais.

Também se verificam incursões nos direitos da personalidade dos imigrantes, frente à ausência de mecanismos específicos de garantia e proteção destes direitos.

#### **4 RELAÇÕES TRABALHISTAS E IMIGRAÇÃO NO BRASIL**

Vários são os fatores que ocasionam violações aos direitos dos imigrantes em busca de trabalho no Brasil. A legislação migratória desatualizada e orientada pela segurança nacional, o desconhecimento dos imigrantes a respeito da legislação laboral brasileira, acrescida da atitude predatória de alguns empregadores - incide diretamente nesse processo de desrespeito aos direitos.

O deslocamento de milhares de homens e mulheres potencializou um debate intenso sobre o deslocamento de trabalhadores imigrantes nos movimentos contemporâneos populacionais e enfatiza o mercado de trabalho como um mecanismo primário fomentando as 'pátrias laborais'.

Sendo o fenômeno migratório marcado não só por elementos econômicos, a qualidade das relações de trabalho e da inserção do imigrante no contexto organizacional brasileiro, ocorre também, influenciada pela boa integração destas pessoas no contexto sócio-cultural onde se encontram. Assim, a análise do processo de inserção do imigrante no mercado de trabalho é fator chave para o direcionamento das políticas públicas que tratam da mobilidade social ascendente do país e o mercado de trabalho pode determinar o quanto

e como a mobilidade dos fluxos migratórios pode acontecer (CAVALCANTI, 2015).

No Brasil a força de trabalho imigrante caracteriza-se basicamente pelos trabalhadores classificados como migrantes laborais que normalmente ocupam setores da economia de baixa especialização e baixos salários. Antes de migrar o trabalhador ocupa em seu país de origem na sua maioria tem uma formação profissional superior e técnica exigida para o desempenho das suas atividades profissionais, possuem um “status social profissional”, porém ao ingressar no mercado de trabalho acabam em posições de atividades inferiores pois não são reconhecidas as formações nos países de destino explicitando as diferenças sociais, técnicas e econômicas (CAVALCANTI, 2015).

Outros ainda, mesmo em condições de trabalho formal e regular, acabam expostos às atividades insalubres, ao trabalho forçado, e são vítimas, dentro e fora do ambiente de trabalho, preconceito, racismo e xenofobia. A dificuldade na utilização do idioma português, aliada ao desconhecimento da legislação laboral, contribuem em grande medida, para a impunidade das violações perpetradas contra os imigrantes e seus direitos e garantias fundamentais.

Nos últimos dois anos, segundo a Coordenação Geral de Imigração (CGig) do Ministério do Trabalho e Previdência Social,<sup>8</sup> foram concedidas 2.843 (duas mil oitocentos e quarenta e três) em 2014, e, em 2015 2.332 (duas mil, trezentos e trinta e duas) autorizações permanentes de trabalho no Brasil. A Itália liderou em quantidade de pedidos de autorização permanente de trabalho com 457 (quatrocentos e setenta e um) em 2014 e 371 (trezentos e setenta e um) pedidos autorizados em 2015. O Japão vem em segundo lugar com 404

---

<sup>8</sup> Segundo o Relatório Trimestral (julho a setembro) 2015 de Autorizações de Trabalho concedidas a estrangeiros, do Observatório de Migrações Internacionais; Ministério do Trabalho e Previdência Social, Coordenação Geral de Imigração. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/obmigra/home.htm>>. Acesso em: 09 maio 2016.

(quatrocentos e quatro) e 348 (trezentos e quarenta e oito) pedidos concedidos em 2014 e 2015, respectivamente.

Percebe-se um leve decréscimo das autorizações permanentes de trabalho entre os anos de 2014 e 2015. Em relação à escolaridade, os profissionais com ensino superior completo lideram, por ampla margem, os números de autorizações permanentes de trabalho, com 1.830 (hum mil, oitocentos e trinta) e 1.175 (hum mil, cento e setenta e cinco) pedidos de autorização permanente concedidos em 2014 e 2015, respectivamente.

Já no contexto das autorizações temporárias de trabalho, em 2014 foram concedidas 43.897 (quarenta e três mil, oitocentos e noventa e sete) e, em 2015, apenas 34.536 (trinta e quatro mil, quinhentos e trinta e seis) pedidos autorizados para trabalho temporário. Assim como nas autorizações permanentes de trabalho, nota-se uma queda no número total de autorizações temporárias de trabalho, entre os anos de 2014 e 2015.

Em relação aos índices de trabalho escravo no Brasil, de acordo com o Índice Global de Escravidão,<sup>9</sup> elaborado pela Organização Não Governamental Walk Free Foundation, são 160.000 (cento e sessenta mil) pessoas vivendo em condições de trabalho análogas à escravidão hoje. O Ministério do Trabalho e Previdência Social realizou, em 2015, 143 (cento e quarenta e três) operações de fiscalização para erradicação do trabalho escravo em todo o país. Em tais operações, 2.748 (dois mil, setecentos e quarenta e oito) autos de infração foram lavrados, e R\$ 3.175.477,49 (três milhões, cento e setenta e cinco mil, quatrocentos e setenta e sete reais, com quarenta e nove centavos) foram pagos em indenizações pelas empresas autuadas.

Ainda há muito o que se fazer, mas o Brasil tem envidado muitos esforços na erradicação do trabalho escravo, e, segundo a

---

<sup>9</sup> O Índice Global de Escravidão pode ser encontrado em: <<http://www.globallslaveryindex.org/findings/>>. Acesso em: 09 maio 2016.

Walk Free Foundation, encontra-se no 143º lugar no Índice Global de Escravidão, com 0.0775% de sua população em condições de trabalho análoga à escravidão.

No Brasil, as relações laborais estão protegidas e reguladas pelo direito público, através da Constituição Federal de 1988 e da Consolidação das Leis Trabalhistas, bem como, na esfera da negociação coletiva sindical através das convenções e acordos coletivos e do próprio contrato de trabalho individual.

A Constituição Federal de 1988 desempenha papel primordial na garantia dos direitos dos trabalhadores uma vez que consagrou em seu artigo 7º, e incisos, o rol de direitos trabalhistas específicos, estabelecendo o patamar mínimo de garantias fundamentais aos trabalhadores. Este rol garante, dentre outros direitos, o direito: ao meio ambiente de trabalho seguro e sadio; salário mínimo nacional; descanso anual remunerado de trinta dias, com remuneração acrescida de um terço do salário; remuneração extraordinária pelo trabalho noturno; jornada máxima diária de dez horas, com remuneração acrescida de, pelo menos, cinquenta por cento, para as horas que excederem a oitava diária e a quadragésima quarta semanal; descanso semanal remunerado a cada seis dias trabalhados; gratificação natalina e proteção contra a despedida arbitrária, dentre outros.

Tais direitos fundamentais são conhecidos como os direitos laborais específicos do trabalhador e são estendidos a todas as pessoas em situação vínculo empregatício no país, independentemente de seu *status* migratório ou sua condição de nacional.

Vejamos o que diz Pereira (2015, p. 51) a este respeito:

Na constituição brasileira vigente, os direitos dos trabalhadores estão inseridos no Título II da Carta Magna, que trata “dos direitos e garantias fundamentais”, ou seja, os direitos trabalhistas, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, estão no mesmo patamar de outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade etc.

Assim, no Brasil, os direitos trabalhistas não podem ser negados a nenhum trabalhador sob pena de incorrer-se em uma violação dos direitos humanos fundamentais positivados na constituição.

Igual sorte têm os demais direitos fundamentais, tais como: da personalidade, à informação, à presunção de inocência, à ampla defesa e ao contraditório. Por estarem positivados no âmbito constitucional, tais direitos não podem deixar de ser garantidos a nenhuma pessoa no território nacional brasileiro. Mesmo no âmbito da relação de trabalho, quando o empregador exerce um poder diretivo, resultante do contrato laboral, tais direitos ainda devem ser protegidos, tendo em vista que o trabalhador não deixa de ser pessoa - cidadão - ao adentrar as portas do estabelecimento do seu empregador, e, portanto, deve ter protegidos e garantidos seus direitos de cidadão. Há um efeito de considerar o empregado “trabalhador-cidadão”, que deve ver protegidas as garantias e liberdades fundamentais.

A este respeito, assim se manifesta Almeida (2012, p. 10):

Ora, essa consagração dos direitos da cidadania como direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão despertou a ideia de que sua efetivação, no que tange aos trabalhadores, não deve ser perseguida apenas no contexto da sociedade política, mas também no âmbito das relações de trabalho.

Embora não estejam direta e expressamente positivados como direitos laborais, tais direitos devem ser entendidos como aplicáveis diretamente às relações de trabalho, por força do disposto na Constituição Federal brasileira, artigo 5º, inciso X.

No tocante à legislação trabalhista brasileira, ainda há muito o que fazer, embora se possa aplicar, direta e imediatamente, os direitos fundamentais às relações de trabalho, muitas são as violações e desrespeito às normas de proteção e garantia da dignidade do trabalhador imigrante.

## 4.1 LEGISLAÇÃO MIGRATÓRIA NO BRASIL E SEUS DESDOBRAMENTOS ATUAIS

A Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980,<sup>10</sup> conhecida como o “Estatuto do Estrangeiro” nasce no contexto sócio-político da ditadura militar e, por conseguinte, reflete uma forte orientação pela segurança nacional, o que se evidencia no tratamento do estrangeiro como potencial ameaça ao país, e, como resultado disso, segue-se uma negação dos seus direitos de organização e representação.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 embora tenha recebido a alcunha de “Constituição-cidadã” - pois, além de consagrar as bases da democracia brasileira, também estabelece um vasto rol de direitos sociais - não contempla muitos direitos específicos do imigrante.

Como resultado da mobilização nacional em torno da modernização da legislação migratória nacional, atualmente, tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 2516, apresentado pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira, em 04 de agosto de 2015, cujo objetivo é substituir o “Estatuto do Estrangeiro”, a Lei 6.815, de 1980.

O projeto tem 65 artigos e sete títulos e estabelece critérios relacionados à concessão de vistos, repatriação, deportação, expulsão e naturalização. Conforme a proposta, o “Estatuto do Estrangeiro” deve ser substituído por uma mudança na política migratória, atualmente subordinada à lógica da segurança.

O citado Projeto de Lei 2516,<sup>11</sup> de 2015, é o resultado da transformação do Projeto de Lei do Senado nº 288, de 2013. Quando de sua apresentação, em agosto de 2015, foi apensado a ele, o Projeto de Lei nº 5.565 de 2009, que também tinha o objetivo de reformar

---

<sup>10</sup> O atual “Estatuto do Estrangeiro”, Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6815compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815compilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2015.

<sup>11</sup> O Projeto de Lei n. 2516, de 04 de agosto de 2015, foi apresentado pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira, e atualmente tramita na Câmara dos Deputados e aguarda a apreciação da Comissão Especial criada para este fim. Conforme se verifica em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910>>. Acesso em: 19 set. 2015.

a legislação migratória brasileira. Assim, o Projeto de Lei do Senado nº 288, de 2013, foi transformado no Projeto de Lei 2516 de 2015, e o Projeto de Lei 5.655, de 2009, foi incorporado ao mesmo, ato que unifica a iniciativa legislativa de reforma do “Estatuto do Estrangeiro”, a Lei 6.815, de 1980.

A proposta de reforma mais antiga, o Projeto de Lei 5.565/2009, demonstrava tímidos avanços, vez que ainda continha dispositivos tais como: a preferência pela imigração de mão de obra especializada, inibição da participação política dos estrangeiros, restrições ao acesso à naturalização para quem responde a processo criminal, ampliação para dez anos o prazo mínimo de residência para quem deseja naturalizar-se brasileiro, e restrições à concessão de vistos aos apátridas.

Por sua vez, o Projeto de Lei do Senado 288/2013, demonstra claros sinais de avanços na garantia dos direitos dos imigrantes, conforme seus dispositivos que garantem: orientação do estatuto jurídico sobre a migração na direção das garantias e dos direitos, combate ao tráfico de pessoas, criação da figura do visto de trânsito, extensão para dez anos do prazo de visto para negócios e turismo, redução do prazo de residência para pedido de naturalização ordinária para quatro anos, e tipificação penal detalhada para quem comete o crime de tráfico internacional de pessoas.

Outros aspectos que merecem especial atenção no Projeto de Lei do Senado nº 288/2013, e que foram incorporados ao novo Projeto de Lei 2516, de 2015, tais como: a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos imigrantes, a não criminalização da imigração, o repúdio à discriminação e à xenofobia, a promoção da acolhida humanitária, a garantia do direito à reunião familiar, o direito à inserção laboral, social e produtiva através do acesso livre e igualitário aos serviços e programas sociais, à promoção do conhecimento acadêmico e proibição da prática de expulsão ou deportação coletivas.

Contudo, como resultado de legislação orientada para a segurança nacional, em detrimento da garantia e proteção dos direitos humanos, que ainda está em vigor, as condições enfrentadas pelos migrantes no Brasil estão aquém do ideal. Por vezes, a situação torna-se precária como decorrência do desrespeito e agressões à dignidade perpetradas pelos empregadores dos migrantes, na busca pelo lucro máximo, negando-lhes as condições mínimas necessárias ao trabalho digno.

Nas palavras de Sprandel (2015, p. 54), verifica-se esta precariedade de condições:

Numa avaliação breve do processo que estamos vivendo, pode-se afirmar que a realização do I COMIGRAR foi importante, mas não esgota as possibilidades de formulação e de implementação de políticas. Enquanto não se der mudança na legislação, seja por meio do Projeto de Lei nº 5.655, de 2009, do Projeto de Lei do Senado nº 288, de 2013, ou do encaminhamento de um novo projeto de lei pelo Poder Executivo, que cria uma Autoridade Nacional Migratória, o Conselho Nacional de Imigração continua sendo fundamental para o *aggiornamento* da legislação migratória e para respostas rápidas a crises, como se deu no caso dos imigrantes do Haiti.

Portanto, a necessidade de modernização da legislação referente ao processo migratório no Brasil demonstra-se urgente, para a garantia dos direitos fundamentais dos imigrantes e, como medida de atendimento, inclusive, das normas internacionais estabelecidas nos tratados e convenções ratificados pelo país.

Não obstante, a reforma da legislação migratória nacional não pode trazer dispositivos que mitiguem os direitos já garantidos atualmente. Isso em função do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, conforme assevera Pereira (2015, p. 117):

[...] os direitos humanos fundamentais necessitam ser preservados no que já foi conquistado. Daí surge o chamado Princípio da Proibição do Retrocesso Social, preservando da vontade dos legisladores os direitos humanos fundamentais, para que estes não sejam desconstituídos, proibindo o legislador de retroceder para reduzir o direito, principalmente o direito humano fundamental social.

A legislação internacional a respeito do tema migração e trabalho ainda carece de maior inserção no sistema jurídico brasileiro. Dos tratados e convenções internacionais existentes, apenas alguns foram ratificados pelo Brasil, a exemplo da Convenção OIT nº 97, que determina aos Estados a implementação de medidas de garantia de direitos dos trabalhadores migrantes, como por exemplo: a constituição de um serviço de auxílio, eliminação de toda propaganda enganosa, concessão de tratamento médico adequado e impedir o tratamento diferenciado e inferior ao dado aos demais trabalhadores nacionais, no tocante à liberdade sindical, remuneração e acesso à seguridade social. A Convenção OIT nº 97 foi ratificada<sup>12</sup> pelo Brasil em 18 de junho de 1965, promulgada pelo Decreto nº 58.819 de 14 de julho de 1966, que entrou em vigor na data 18 de junho de 1966.

No caso brasileiro, os Tratados e Convenções Internacionais que tratam de direitos humanos, quando ratificados, ingressam no ordenamento jurídico com o *status* de norma supralegal e tornam-se poderosos instrumentos de proteção de direitos humanos e direitos humanos fundamentais.<sup>13</sup>

Contudo, a Convenção Internacional para a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias, adotada pela Resolução 45/158 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em

---

<sup>12</sup> Conforme se verifica em: <<http://www.oit.org.br/node/523>>. Acesso em: 13 set. 2015.

<sup>13</sup> Os Direitos Humanos Fundamentais são aqueles entendidos como inerentes à pessoa humana e que estejam positivados no ordenamento jurídico constitucional de um Estado.

1990, entrou em vigor em 1º de julho de 2003, e, até o presente momento, não foi ratificada pelo Brasil.<sup>14</sup>

Ressalte-se a extrema importância da ratificação da referida Convenção Internacional, bem como da eficaz implementação de seus mecanismos, vez que ampliaria em grande monta os direitos e garantias aos trabalhadores migrantes, pois é baseada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, e cujo objetivo primordial é a proteção a dignidade dos trabalhadores imigrantes, legalizados ou não.

A Declaração Final da XVIII Cúpula Social do Mercosul,<sup>15</sup> ocorrida em Brasília, nos dias 14 a 16 de julho de 2015, exorta aos Estados membros do MERCOSUL a ratificar a Convenção Internacional de Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e de suas Famílias, que entrou em vigor em 2003, como medida de promoção da cidadania e de um MERCOSUL livre de xenofobia, em uma perspectiva de gênero. A Cúpula também insta aos Estados membros à formulação uma política migratória e de um marco jurídico de defesa dos direitos dos migrantes no âmbito do MERCOSUL e Estados associados em uma lógica de abandono da orientação pela segurança nacional e na direção da garantia da dignidade humana.

Por fim, no tocante às políticas públicas de imigração e à legislação migratória no Brasil, vale ressaltar a existência do I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (I PNETP) e do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (II PNETP).

Tais planos são resultado dos dispositivos da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, criada pelo Decreto n. 5.948 de 2006, e que busca:

---

<sup>14</sup> A referida Convenção Internacional ainda não foi ratificada e, atualmente, tramita na Câmara dos Deputados sob o número de MSC 696/2010, sendo a última movimentação registrada em 11 de junho de 2015, quando foi determinada a criação de Comissão Especial, conforme se verifica em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=489652>>. Acesso em: 13 set. 2015.

<sup>15</sup> O inteiro teor da Declaração Final da XVIII Cúpula Social do Mercosul pode ser encontrado em: <<http://www.cdhic.org.br/?p=2634>>. Acesso em: 13 set. 2015.

[...] uma articulação nacional, internacional, regional e local no enfrentamento ao tráfico de pessoas (no âmbito do poder executivo federal, principalmente do Ministério da Justiça), visa a traçar princípios, tais como: o respeito à dignidade da pessoa humana e garantia dos direitos humanos, não discriminação e proteção e assistência integral às vítimas (independentemente de nacionalidade), dentre outros. (PEREIRA, 2015, p. 125).

Estes planos nacionais são elaborados e articulados sob as seguintes diretrizes resultantes da referida política nacional: estímulo à cooperação nacional e internacional, bem como articulação e estruturação de uma rede de enfrentamento que deve envolver os órgãos públicos e sociedade civil, utilizando-se dos meios de comunicação sobre o tema do tráfico de pessoas, com os diversos fins.

A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, consubstanciada nos dois Planos Nacionais de Enfrentamento de Pessoas é de ser considerada avanço na legislação e políticas migratórias brasileiras, mas, ainda há muito por fazer na direção da garantia dos direitos fundamentais dos migrantes no Brasil. Muitas violações ainda são perpetradas como resultado da legislação desatualizada e carência de políticas públicas articuladas e organizadas com o objetivo da proteção aos imigrantes em busca de trabalho.

## 5 CONCLUSÃO

Os motivos que levam as pessoas a emigrar são diversos e profundos. Liberdade, trabalho e dignidade configuram a maior parte dos fluxos migratórios voluntários. Também se somam as primeiras intenções a fuga de conflitos armados, a perseguição política, a carência de segurança alimentar, as catástrofes climáticas ou mesmo na busca por um diferente estilo de vida para a migração involuntária.

Os constantes movimentos migratórios internacionais podem causar uma série de conflitos entre os imigrantes e os nacionais, como resultado dos enfrentamentos e embates sócio-culturais, linguísticos e religiosos. Nestes conflitos, os imigrantes podem ser alvos de ataques e violência física e psicológica, resultante da xenofobia e do preconceito existentes no país que os acolhe.

As políticas públicas e legislação migratória existem para regular, organizar a migração e orientar as práticas e protocolos referentes à regularização do movimento de entrada e saída de pessoas.

No caso brasileiro, a legislação migratória em vigor data de 1980, época em que vigorava no país um governo de orientação militar e antidemocrática, e tem marcante tendência à proteção e segurança nacional, em detrimento da garantia e proteção dos direitos dos imigrantes em busca de trabalho.

Dentre as iniciativas de reforma da legislação brasileira, há iniciativas que promovem a inclusão do imigrante nos direitos civis e políticos, propondo, inclusive a inserção do imigrante na vida política municipal ao permitir que o mesmo adquira capacidade política para votar e ser votado nas eleições municipais. No mesmo sentido vão as propostas de Emenda à Constituição, que intencionam a inserção do estrangeiro na vida política municipal.

Os projetos de lei referentes à reforma do chamado “Estatuto do Estrangeiro”, evidenciam aclamados avanços na legislação, promovendo as garantias e direitos dos estrangeiros, ampliando-lhes o grau de satisfação dos direitos e liberdades fundamentais, ao menos na esfera legislativa.

Na direção da proteção e garantia de direitos, os projetos de reforma da legislação migratória foram integrados em um projeto de vanguarda, que, se aprovado na íntegra, transformará a realidade legislativa brasileira de precária em garantidora de direitos e promotora da dignidade de todos os imigrantes.

Ainda há longo caminho a percorrer, mas é possível vislumbrar mudanças que trarão alento aos que padecem a exclusão e preconceito, e a criação de mecanismos de garantia dos direitos e liberdades fundamentais daqueles que recriam as fronteiras implantando as novas pátrias laborais.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, José Lindomar. *A Dinâmica das Fronteiras: os Brasiguaios na Fronteira entre o Brasil e o Paraguai*. São Paulo: Annablume, 2010.
- ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Refúgio no Brasil: uma análise estatística (janeiro de 2010 a outubro de 2014)*. Brasília, DF: ACNUR, 2014.
- BENHABIB, Seyla. A moralidade da migração. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, p. A18, 05 ago. 2012.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CAVALCANTI, Leonardo. Imigração e mercado de trabalho no Brasil: características e tendências. *Cadernos OBMigra-Revista Migrações Internacionais*, v. 1, n. 2, 2015.
- CAVARZERE, Thelma Thaís. *Direito Internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. Tradução Tomáz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Couto. 8. ed. Rio de Janeiro: P&A, 2003.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Brasil: 500 anos de povoamento*. Rio de Janeiro: IBGE, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Estatísticas do Século XX*. Brasília, DF, 2010.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. 2011. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/rais\\_anual/rais-2011.htm](http://portal.mte.gov.br/rais_anual/rais-2011.htm)>. Acesso em: 18 set. 2015.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. 2013. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/rais\\_anual/rais-2013.htm](http://portal.mte.gov.br/rais_anual/rais-2013.htm)>. Acesso em: 18 set. 2015.

OBMIGRA. *Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros*. Relatório Trimestral (julho a setembro): 2015/Observatório das Migrações Internacionais; Ministério do Trabalho e Previdência Social/Coordenação Geral de Imigração. Brasília, DF: OBMigra, 2015.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Migrações internacionais e políticas migratórias no Brasil. Migração e mobilidade na América do Sul. *Cadernos OBMigra-Revista Migrações Internacionais*, v. 1, n. 3, 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. *Conceitos básicos de migração*. Disponível em: <[www.csem.org.br/pdfs/conceitos\\_basicos\\_de\\_migracao\\_segundo\\_a\\_oim.pdf](http://www.csem.org.br/pdfs/conceitos_basicos_de_migracao_segundo_a_oim.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES. *Perfil Migratório do Brasil 2009*. Geneva: OIM, 2010.

PEREIRA, Cícero Rufino. *Direitos Humanos Fundamentais: o tráfico de pessoas e a fronteira*. São Paulo: LTr, 2015.

SAYAD, Abdelmalek. *A Imigração. Ou os Paradoxos da Alteridade*. São Paulo: EDUSP, 1998.

SEYFERT, Giralda. “Imigrantes, colonos: ocupação territorial e formação camponesa no sul do Brasil”. In: Delma P. Neves (Org.). *Processos de constituição e reprodução do campesinato no Brasil*. Brasília, DF: Nead; São Paulo: Ed. Unesp, 2009. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Imigrantes, estrangeiros: a trajetória de uma categoria incomoda no campo político*. Rio de Janeiro: PPGAS/Museu Nacional - UFRJ, 2013.

SPRANDEL, Márcia Anita. Marcos legais e políticas migratórias no Brasil. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (Org.). *Migrações e trabalho*. Brasília, DF: Ministério Público do Trabalho, 2015.



# OS DIREITOS HUMANOS E A INFLUÊNCIA DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NA APARÊNCIA ESTÉTICA DO EMPREGADO NO CONTRATO DE TRABALHO

Isadora Kauana Lazaretti\*  
Giovanni Olsson\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o escopo de provocar uma reflexão sobre a influência que o poder de direção do empregador gera na imagem do empregado em relação à sua apresentação pessoal - ou seja, do aspecto estético do indivíduo -, partindo da análise da conduta do empregador ao impor restrições quanto à imagem do empregado, e, ainda, ao exigir um padrão ou modo de apresentação como requisito para contratação ou manutenção do contrato de trabalho. A escolha do tema e sua investigação na presente pesquisa se deram pela emergência de inúmeros casos envolvendo discriminação no trabalho tendo como fundamento a aparência estética do empregado, que estão sendo objeto de discussão junto à Justiça do Trabalho.

O objetivo geral da presente pesquisa consiste em estudar os limites do poder de direção do empregador sobre a imagem do empregado, na busca de descobrir se a limitação da aparência estética do empregado pelo empregador constitui um dano à imagem e se tal conduta pode configurar prática discriminatória do trabalho.

O estudo também tem com propósito conceituar os direitos humanos e compreender sua força normativa; conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho; estudar o con-

---

\* Mestranda em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ). Atualmente desenvolve pesquisas nos seguintes temas: Poder, Atores Internacionais e Direitos Humanos. Advogada.

\*\* Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Comunitária Regional (UNOCHAPECÓ). Desenvolve pesquisas nos seguintes temas: atores internacionais, globalização, poder, governança com e sem governo, cidadania, direitos humanos, saber, educação para o trabalho, formação de Magistrados e metodologia do ensino e da pesquisa

ceito de poder diretivo do empregador e suas principais características e, por fim, analisar a influência do poder de direção do empregador na aparência estética do empregado no contrato de trabalho sob égide protetiva do princípio da dignidade da pessoa humana.

A importância jurídica do presente estudo se funda nos direitos humanos e no princípio da dignidade da pessoa humana no que diz respeito ao direito de imagem do empregado, uma vez que a restrição sobre a apresentação pessoal do empregado no trabalho pode atentar contra sua dignidade.

Os procedimentos metodológicos adotados na presente pesquisa envolvem o método dedutivo, sendo a pesquisa de caráter qualitativo. Foi utilizada a técnica da pesquisa bibliográfica, uma vez que são utilizadas referências teóricas já elaboradas. A análise tem caráter explicativo, porque se pretende demonstrar e ainda refletir sobre o poder de direção do empregador e seus limites quanto à imagem do empregado nas hipóteses envolvendo situação de limitação da imagem do empregado no contrato de trabalho.

## **2 OS DIREITOS HUMANOS EM AFIRMAÇÃO**

Os direitos humanos são considerados direitos históricos porque surgem de um contexto temporal determinado. No início da era moderna, em meio a uma intensa luta em defesa de novas liberdades que se opunham a antigos poderes, surgiram os primeiros indícios que demonstravam a verdadeira necessidade desses direitos. Eles originaram-se juntamente com a concepção individualista da sociedade e tornaram-se um dos principais indicadores do progresso histórico (BOBBIO, 1992, p. 1-2).

Esses direitos são o fruto da busca pela consolidação da dignidade da pessoa humana. Eles refletem e traduzem um processo de luta e ação social, e possuem um caráter historicocultural, uma vez

que seu conteúdo é variável, de modo que crescem e se enriquecem ao longo do tempo (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 218).

Bobbio (1992, p. 16-17) define os direitos humanos como “direitos que cabem ao homem enquanto homem” e “direitos que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, dos quais nenhum homem pode ser despojado” ou até mesmo incorporando à definição termos avaliativos, em que os direitos humanos seriam aqueles “cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização”. No seu entendimento, são direitos estendidos à universalidade de indivíduos, considerados como “fins” que merecem ser perseguidos.

Além disso, os direitos humanos são inerentes à posição de pessoa humana e não relativos aos aspectos sociais e culturais de uma determinada sociedade, porque abrangem direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos (PIOVESAN, 2012, p. 47).

Weiss (2011, p. 25) conceitua direitos humanos como aqueles que possuem caráter nodal para vida digna, que visam a proteção de valores e bens essenciais para que cada ser humano tenha a possibilidade de desenvolver as suas capacidades potenciais.

A natureza jurídica dos direitos humanos verifica-se com base na análise de determinadas liberdades do indivíduo. Pode-se dizer que os direitos humanos são concebidos como uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, onde os valores da igualdade e da liberdade se associam e se completam (PIOVESAN, 2007, p. 13).

Nesse sentido, são direitos essenciais, e é essa essencialidade que os faz diferentes e dignos de maior proteção. A extrema importância dos direitos humanos é reconhecida pelo fato de serem indispensáveis para firmar os limites das demais relações jurídicas estabelecidas entre o ser humano e o Estado, entre grupos de indivíduos e em relação a toda humanidade (WEISS, 2011, p. 25).

Oportuno salientar a persistência de um problema de concretização dos direitos humanos, a despeito de todos os incessantes esforços teóricos e normativos nessa direção. Como já destacado em outros estudos, tais direitos não se realizam integralmente em extensão e profundidade. Os direitos humanos não se realizam em extensão porquanto as “condições materiais objetivas de existência não permitem reconhecer parâmetros mínimos para algum referencial ético em termos de dignidade”. Também não se realizam em profundidade, ante a existência de divergências quanto à efetivação desses direitos (OLSSON, 2004, p. 3).

Imprescindível destacar que o fundamento primordial dos direitos humanos é a dignidade da pessoa humana. Isso configura o caráter pessoal desses direitos, em que o homem é visto como um ser racional, com possibilidade intrínseca de se realizar-se igualitária, livre e solidariamente junto aos demais. Os direitos humanos partem da premissa que “[...] todo ser humano tem o direito de ser respeitado como pessoa e de não ser prejudicado em sua existência.” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 220).

É impossível estudar os direitos humanos sem abordar sua divisão em gerações. Bobbio (1992, p. 1-2) sempre defendeu que “[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos.” Assim, a classificação dos direitos humanos em gerações tem por base e fundamento a pluralidade dos fatos históricos que contribuíram para sua evolução.

A primeira geração abrange os direitos da liberdade, que se dirigem exclusivamente aos indivíduos e são considerados direitos de resistência e oposição face à vontade estatal. Trata-se de verdadeiras faculdades ou atributos da pessoa, cuja característica principal é a subjetividade (BONAVIDES, 2008, p. 563-564).

Essa geração compreende os direitos de liberdade - ou seja, todos aqueles direitos limitadores do poder estatal, que reservam ao indivíduo uma esfera de ação frente ao Estado -, bem como os

direitos políticos -, que, além de conceberem liberdade, trouxeram a garantia da participação cada vez maior do indivíduo nos espaços de poder da sociedade (BOBBIO, 1992, p. 32).

A segunda geração de direitos humanos abrange as necessidades materiais do indivíduo (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 175). Esses direitos surgiram em razão de lutas de classes sociais, quando trabalhadores reivindicavam a ampliação e a universalização de direitos de liberdade e igualdade (MARX, 2000, p. 41).

Os direitos humanos de segunda geração são formados pelos direitos sociais, culturais e econômicos. Segundo Bobbio (1992, p. 32), esses direitos expressam o amadurecimento de novos valores, a exemplo do bem-estar e da igualdade. De forma sucinta, a segunda geração de direitos engloba o direito à saúde, ao trabalho, à educação, à assistência social e à liberdade sindical, assim como o direito de greve, o direito dos trabalhadores a gozar de férias, o direito ao salário mínimo, dentre outros.

Quanto à terceira geração, aqui estão os direitos de solidariedade ou fraternidade. Integram essa classificação os direitos ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à conservação do patrimônio histórico e cultural e à autodeterminação dos povos (MORAES, 2011, p. 26).

Sarlet (1998, p. 57) considera que essa geração de direitos é resultado das reivindicações fundamentais do ser humano ocasionadas, dentre outros aspectos, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, o que resultou em reflexos diretos no processo de evolução dos direitos humanos.

Por fim, cumpre salientar que, dentre a classificação tradicional acerca das gerações dos direitos humanos, Bonavides (2008, p. 571) considera a existência de uma quarta geração de direitos humanos. Segundo ele, “são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação, e o direito ao pluralismo”. Por

fim, os direitos humanos podem ser considerados um alicerce para ordem jurídica internacional, bem como ao ordenamento jurídico interno dos Estados, ao passo que se direcionam precipuamente a garantir a dignidade da pessoa humana de forma ampla e efetiva.

### **3 A PRIMAZIA CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO**

A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho estão elencados como fundamentos da República Federativa do Brasil, por disposição expressa da Constituição Federal, nos termos do art. 1º. Trata-se de dois princípios que brilham por todos os segmentos do ordenamento jurídico, exercendo papel de grande relevância no sentido de assegurar a organização e a coerência necessária ao universo normativo que impera sobre uma sociedade política (DELGADO, 2012, p. 75).

A dignidade humana e o valor social do trabalho - assim como a soberania, a cidadania e o pluralismo político - são os principais nortes que compõem a estrutura do nosso ordenamento jurídico, cujos princípios constitucionais devem ser rigorosamente observados (RIZZATTO NUNES, 2007, p. 37).

Conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma clara e satisfatória, constitui tarefa árdua, especialmente para alcançar a finalidade de elencar o que seria efetivamente dignidade atualmente, em razão de sua abrangência e das inúmeras garantias relacionadas ao referido princípio. Isso porque “[...] a complexidade da noção de dignidade humana não decorre apenas da variedade de bens que ela congrega: ela deriva, igualmente, das diferentes maneiras como esses bens se relacionam entre si.” (BARCELLOS, 2008, p. 220).

A dignidade da pessoa humana é o princípio mais importante no cenário mundial em razão do caráter universal que lhe é atribuído.

Deve ser observada em todas as relações jurídicas, na medida em que constitui um limitador da vontade estatal e da comunidade em geral.

Trata-se de uma qualidade inerente ao ser humano, que tem como principais características a irrenunciabilidade e a inalienabilidade. Essa qualidade deve ser reconhecida, promovida, respeitada e protegida pelo Direito (SARLET, 2012, p. 49-58). Assegurar a dignidade da pessoa humana é garantir ao ser humano o respeito e a consideração de “[...] um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante ou desumano.” (SARLET, 2012, p. 67).

Kant é um dos precursores da dignidade da pessoa humana, e entende que o homem deve ser considerado um fim em si mesmo, não podendo servir como um meio, sob pena de ser “coisificado”. Ele considera que “[...] tudo tem um preço ou uma dignidade”, sendo que, se algo tem um preço, é possível substituir por um equivalente, mas, quando algo está em posição elevada de todo e qualquer preço, de modo a não permitir substituição por algum equivalente, se fala em dignidade (KANT, 1980, p. 140).

A dignidade da pessoa humana é o principal direito fundamental garantido constitucionalmente, de modo que constitui o primeiro fundamento de todo o sistema jurídico brasileiro e a última estrutura da guarda dos direitos individuais e coletivos. Ademais, a “[...] proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.” (SARLET, 2012, p. 29).

Assim como a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho está expresso no texto constitucional como um fundamento da República, consoante previsão do art. 1º, IV. Outrossim, a ordem econômica constitucional está fundada na valorização do trabalho humano (art. 170 da CF). Igualmente, a ordem social tem como base o primado do trabalho, por disposição do art. 193 da CF. Essas previsões constitucionais nos levam a “[...] reconhecer o direito social do

trabalho como condição da efetividade da existência digna e da dignidade da pessoa humana.” (SILVA, 2003, p. 292-293). O valor social do trabalho se encontra previsto na Constituição Federal não apenas como forma de garantia de proteção ao trabalhador, mas, sim, de reconhecer o trabalho como o principal meio de transformação da economia e inclusão social (MARQUES, 2007, p. 115-116). O trabalho constitui um meio de elevação do homem a um estado de dignidade, diferenciando a pessoa humana de animais ou coisas (SUSSEKIND, 2003, p. 83). É incontroverso que os instrumentos normativos que incidem sobre as relações de trabalho devem sempre buscar priorizar os valores sociais do trabalho. Além disso, a dignidade do trabalhador, como pessoa humana, deve ter profunda ressonância na interpretação e aplicação das normas legais e condições contratuais de trabalho (SUSSEKIND, 2004, p. 66). A dignidade da pessoa humana e o valor social são duas bases da República Federativa do Brasil enquanto entidade política constitucionalmente organizada. O reconhecimento do valor social do trabalho constitui uma cláusula principiológica que carrega evidentes potencialidades de caráter transformador na ordem jurídica estatal. Em meio a uma moderna sociedade capitalista, “[...] o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional.” (GRAU, 2012, p. 196). O trabalho é um valor moral aceito pela sociedade e visa atingir o ideal da dignidade da pessoa humana. É um mecanismo fundamental para evitar a exclusão social, elidindo abusos já cometidos no passado, com a finalidade de construir uma sociedade mais justa e solidária, o que constitui um anseio da democracia moderna (BOCORNÝ, 2003, p. 71-72).

Esse primado importa na tomada de medidas adequadas para que a busca do pleno emprego seja alcançada, defesa de condições humanas de trabalho, prioridade de remuneração justa e proteção ao trabalhador de abusos que o capitalismo pode fazer surgir, visando

assegurar uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (SILVA, 2008, p. 132).

A Constituição Federal firmou o conceito e a estrutura normativa de Estado Democrático de Direito, fazendo constar em posição essencial a pessoa humana e sua dignidade, juntamente com o valor social do trabalho, inserindo, portanto, essas importantes bases no coração jurídico definidor do melhor espírito da Lei Maior (DELGADO, 2012, p. 73).

Por conseguinte, a interação desses princípios e demais disposições por eles contemplados são a base fundamental do Estado Democrático de Direito, cujo primado constitucional serve como norte para a ordem jurídica interna.

#### **4 PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR**

O poder, como categoria conceitual, manifesta-se nos mais diversos campos e possui inúmeras projeções, além de constituir um dos fenômenos mais presentes e importantes da história social da humanidade: ele está na família, no Estado, nas empresas, nas guerras, na escola e em tantos outros locais, de forma expressa ou simbólica. O estudo do poder abrange várias classificações e espécies, mas a mais importante para o âmbito do presente estudo é a do chamado “Poder Sobre”, que é aquele em que se verifica um exercício de autoridade capaz de sujeitar outros atores, e que pode ser conceituado como um instrumento de dominação, onde o indivíduo detentor de poder faz com que o outro se submeta à sua vontade (OLSSON, 2014, p. 147-148).

Na esfera trabalhista, o poder está presente na relação empregatícia através do exercício de autoridade que o empregador detém, fazendo com que o empregado se submeta contratualmente para o cumprimento dos objetivos empresariais. Aqui, o poder recai na figura do empregador, na medida que é ele o detentor dos meios

de produção. Com isso, o empregador é visto como a autoridade suprema na empresa, porque celebrou um contrato de trabalho com o empregado, porque controla diretamente o conjunto de uma organização empresarial e ainda porque é o responsável por assumir os riscos da atividade que exerce (HAINZENREDER JÚNIOR, 2009, p. 62-63).

Nesse viés, o poder do empregador é uma forma de manifestação do “Poder Sobre”, e desdobra-se em um feixe de categorias interconexas: poder diretivo, poder fiscalizador, poder disciplinar e poder regulamentar. O contrato de emprego tem como um de seus requisitos essenciais e específicos a subordinação jurídica e dela decorre um dos principais efeitos do contrato, que confere ao empregador grande influência tanto no âmbito da relação contratual trabalhista como na própria sociedade (DELGADO, 2012, p. 657-658).

A legislação trabalhista brasileira não define o poder empregatício de forma específica, mas sua identificação é possível pela análise do art. 2º da CLT, que conceitua o empregador como aquele que “dirige a prestação de serviços”. Também denominado de poder organizativo ou poder de comando, o poder diretivo pode ser conceituado, segundo Delgado (2012, p. 660), como “[...] o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos.”

Esse poder se manifesta na forma e no procedimento do exercício das atividades laborais adotado pela empresa, uma vez que sua principal característica são as ordens de comando, especificações e orientações em relação à prestação dos serviços por parte dos empregados (DELGADO, 2012, p. 660).

O poder diretivo pode ser ainda compreendido como o modo pelo qual o empregador escolhe como será desempenhada a atividade a ser prestada pelo empregado. Além disso, abrange o poder de organizar as atividades e as ordens de controle e disciplina para o melhor desenvolvimento da atividade laboral (HAINZENREDER JUNIOR, 2009, p. 65).

Em resumo, o poder diretivo se verifica a partir das condutas adotadas pelo empregador sobre o trabalho de seus empregados. Essas condutas abrangem atos que devem fazer com que estejam garantidos os meios de manutenção da atividade laboral de forma regular (HAINZENREDER JUNIOR, 2009, p. 71). Analisado o poder enquanto categoria conceitual a atenção volta-se ao estudo e a análise do controle do peso no contrato de trabalho e sua influência na imagem do empregado.

## **5 A INFLUÊNCIA DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NA APARÊNCIA ESTÉTICA DO EMPREGADO NO CONTRATO DE TRABALHO**

A questão envolvendo a aparência do empregado no contrato de trabalho possui grande relevância na esfera jurídico-trabalhista, e está constantemente sendo objeto de discussão em dissídios individuais na Justiça do Trabalho.

A Constituição Federal institui, no art. 3º, IV, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a proibição de condutas que demonstrem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

A Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) também proíbe a prática de qualquer atitude discriminatória. Fruto de uma convocação realizada pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, adotou diversas disposições relativas a vedação da discriminação em matéria de emprego e profissão. A referida norma define discriminação no art. 2º como “[...] toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1958).

Nesse sentido, a discriminação constitui uma violação dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, porque todo o ser humano, tem direito, independente de sua condição, ao progresso e ao desenvolvimento em liberdade e dignidade, asseguradas oportunidades iguais (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1958).

A previsão constitucional e internacional quanto à proibição da discriminação não se mostra suficiente e tampouco tem o condão de transformar as relações sociais e econômicas de forma eficaz ao ponto de elidir práticas discriminatórias. É evidente que a discriminação ainda é uma realidade, inclusive nas relações de trabalho.

No âmbito do presente estudo, porém, cabe analisar até que ponto é lícito ao empregador exigir padrões estéticos da apresentação do empregado no ambiente laboral, e se tais imposições limitam a imagem do empregado e violam o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador basilar do ordenamento jurídico brasileiro e da ordem internacional.

O direito de imagem constitui uma garantia constitucional fundamental da pessoa humana, a despeito de sua condição social ou atividade econômica, mesmo como empregado. É incontroverso que cada ser humano é livre para dispor do próprio corpo e apresentar sua imagem física da forma que lhe convém. Trata-se da “[...] representação gráfica da figura humana, podendo ser estática ou móvel, bidimensional ou tridimensional.” O direito de imagem não está restringido apenas à fisionomia da pessoa, mas compreende qualquer parte do corpo (FONTES JUNIOR, 2006, p. 73).

O direito à imagem é um direito da personalidade humana, “[...] inerente à pessoa e necessário na sua qualidade de vida”, tomou grande espaço na ordem jurídica e repercutiu de forma considerável (PAVELSKI, 2009, p. 126). Esse direito está diretamente ligado à liberdade, que configura uma “[...] condição para o desenvolvimento de todos os outros valores, constituindo o alicerce do máximo desen-

volvimento das faculdades superiores do indivíduo.” (FONTES JUNIOR, 2006, p. 6). A decisão individual sobre a forma de apresentação pessoal no meio social é indisponível pelo sujeito, uma vez que envolve tanto a liberdade de agir como bem entender na sua esfera individual, como também a proteção de sua imagem que se apresente.

Assim como os demais direitos, o direito de imagem faz parte de um núcleo mínimo destinado a garantir a dignidade da pessoa humana. Diante disso, é aplicável a toda e qualquer relação jurídica, inclusive à relação de emprego, porque, pela sua condição de hipossuficiente, o empregado está particularmente subordinado ao empregador e, assim, pode vir a ter seus direitos fundamentais violados (HAINZENREDER JÚNIOR, 2009, p. 37).

Nesse viés, importa salientar, na forma da análise do item anterior, que o poder diretivo do empregador não é absoluto, uma vez que está limitado por normas e princípios que circundam as relações de trabalho. Esses limites existem inclusive para impedir práticas discriminatórias e efetivar o direito ao trabalho digno. Contudo, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que inovou ao considerar a pessoa humana como o bem jurídico mais importante a ser protegido na ordem jurídica, sabe-se que a discriminação ocorre nas mais diversas relações sociais.

Desta forma, existem situações que o empregador exige e impõe determinados limites e condutas que impactam diretamente na forma de apresentação pessoal do trabalhador. A questão envolvendo o uso de piercing ou a existência de tatuagem no corpo do empregado já foi debatida no Recurso de Revista n. 1400-87.2007.5.02.0401<sup>1</sup> julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

---

<sup>1</sup> RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Desfundamentado o apelo revisional, visto que não satisfeitos os requisitos traçados na Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1. Não conhecido. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. BANCO DE HORAS. VALIDADE. Inadmissível recurso de revista quando o Tribunal Regional, com fundamento nas provas, reconhece a validade do acordo de compensação e regularidade do banco de horas. Eventual revolvimento do conjunto fático-probatório encontra

O uso de piercing e a existência de tatuagens provoca discussão no sentido de que a prática pelo empregador, ao limitar a imagem do empregado pela proibição de piercing ou tatuagem no contrato de trabalho, seria considerada um abuso do poder diretivo do empregador a ponto de configurar uma discriminação estética ou tratar-se de exercício regular do direito do empregador ao dirigir e organizar sua atividade, estabelecendo normas e restrições internas que limitam a imagem do empregado.

Outro exemplo do impacto do poder de direção do empregador na aparência do empregado envolve a exigência pelo empregador da utilização de uniformes e de vestimentas específicas. Sabe-se que essa exigência constitui uma forma de identificação da empresa, além de promover e garantir a igualdade entre os empregados no ambiente de trabalho.

Contudo, é cediço que a imposição da obrigatoriedade do uso do uniforme limita a imagem do empregado no que diz respeito à sua aparência física, porque impõe a utilização de uma vestimenta específica como requisito para o exercício da atividade laboral para a qual se prestou a trabalhar. Essa discussão foi objeto de análise, por exemplo, no Recurso de Revista n. 1644-11.2012.5.03.01432<sup>17</sup> pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Ainda, é importante relatar a questão envolvendo o uso de barba ou cabelos grandes por empregados do sexo masculino no ambiente de trabalho. Em sede de discussão no Recurso de Revista n. 115700-62.2004.5.05.0020<sup>2</sup> no TST, na mesma linha, discutiu-se a le-

---

o óbice do entendimento consubstanciado na Súmula 126 do TST. Não conhecido. DISPENSA. MOTIVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS DA EMPRESA. O Regional, a partir da análise das provas dos autos, evidenciou que o reclamante descumpriu reiteradamente as normas da empresa. Ressaltou, ainda, que a prova testemunhal demonstrou não ter havido tratamento discriminatório. Assim sendo, resta inafastável a aplicação da orientação expressa na Súmula nº 126 desta Corte, cuja incidência inviabiliza a análise de violação dos dispositivos da Constituição Federal invocados. Não conhecido (BRASIL, 2010).

<sup>2</sup> RECURSO DE REVISTA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A alegada omissão aponta pelo recorrente encontra-se sanada no julgamento de Embargos de Declaração ainda em

gitimidade e o poder do empregador ao fazer prever, como norma empresarial, a limitação do uso de barba e de cabelos grandes no contrato de trabalho. Entende-se, a depender do caso concreto, que tal limitação não teria o condão de configurar abuso do poder diretivo e não viola a imagem do empregado, uma vez que limitar o uso de barba ou de cabelos compridos caracterizaria uma medida de segurança. Em casos envolvendo empresas que atuam no ramo de fabricação e produção de produtos alimentícios a proibição de barba ou cabelos grandes constitui uma medida higiene e saúde pública para o processo produtivo do empregador. A exigência de um padrão estético ligado a uma boa aparência pelo empregador como requisito para contratação também já foi objeto de análise pelo TST, como exemplo no Recurso de Revista n. 421-28.2013.5.09.0658.<sup>3</sup>

---

sede Regional. Não conhecido. DANO MORAL COLETIVO. NORMA EMPRESARIAL. PROIBIÇÃO DE BARBA E CABELOS GRANDES. NÃO CONFIGURAÇÃO. A conduta expressa na edição da referida norma empresarial pela qual se limita o uso de barba grande é medida adequada, necessária e proporcional à regular disciplina no desempenho da atividade de segurança e transporte de valores. Tal conduta, portanto, não expressa poder concreto de violação ao núcleo essencial da dignidade do trabalhador. De tal sorte não comporta ilicitude capaz de justificar a condenação ao pagamento de danos morais coletivos. Não conhecido (BRASIL, 2010).

<sup>3</sup> RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS À EMPREGADA. CARACTERIZAÇÃO. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA NA PRÉ-CONTRATAÇÃO DO TRABALHADOR. A responsabilidade civil do empregador pela reparação decorrente de danos morais causados ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a conduta (culposa, em regra), o dano propriamente dito (violação aos atributos da personalidade) e o nexo causal entre esses dois elementos. O primeiro é a ação ou omissão de alguém que produz consequências às quais o sistema jurídico reconhece relevância. É certo que esse agir de modo consciente é ainda caracterizado por ser contrário ao Direito, daí falar-se que, em princípio, a responsabilidade exige a presença da conduta culposa do agente, o que significa ação inicialmente de forma ilícita e que se distancia dos padrões socialmente adequados, muito embora possa haver o dever de ressarcimento dos danos, mesmo nos casos de conduta lícita. O segundo elemento é o dano que, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, consiste na “[...] subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral”. Finalmente, o último elemento é o nexo causal, a consequência que se afirma existir e a causa que a provocou; é o encadeamento dos acontecimentos derivados da ação humana e os efeitos por ela gerados. O Tribunal Regional registrou que a reclamada não contratou a reclamante por ser pessoa obesa, apesar de o exame admissional considerar-lhe apta para a função de auxiliar de cortes. Caracterizado o abalo moral, deve ser mantida a decisão recorrida. Recurso de revista de que não se conhece. [...] Recurso de revista de que não se conhece (BRASIL, 2015).

A exigência de características físicas ligadas a questões estéticas pelo empregador (pessoa “bonita”, “alta”, “magra”, etc.) constitui uma prática de abuso do poder de direção e um ato discriminatório que afronta ao princípio da igualdade previsto constitucionalmente, bem como ao respeito às diferenças, violando a dignidade da pessoa humana.

A exigência de um padrão estético está também principalmente ligada ao peso do empregado. O controle do peso do empregado constitui, atualmente, uma forma de discriminação estética e de violação da dignidade do trabalhador quando tal prática ofender e invadir a privacidade do empregado. Há casos em que a discriminação ocorre no momento do processo seletivo de recrutamento de empregados, pela simples análise visual da imagem do trabalhador pelo empregador, geralmente envolvendo sobrepeso ou obesidade ou ainda na vigência do contrato de trabalho, quando, por circunstâncias diversas, há o aumento da massa corporal, ocasionando no ganho de peso do empregado. A mera imagem visual - leia-se, apresentação física do obreiro - pode constituir um elemento estético de discriminação pelo empregador antes mesmo de aquele ser contratado e ter a oportunidade de demonstrar sua qualificação profissional e sua capacidade laboral. O empregador, ao deixar de contratar uma pessoa pelo fato de estar acima do peso ou ser portadora de obesidade pratica uma ação de cunho discriminatório (MARQUES, 2002, p. 23).

Não se pode olvidar que essas condutas ferem a sensibilidade da pessoa humana e causam desequilíbrio emocional, afetando a paz interior do indivíduo e seu bem-estar. Isso faz com que reste violado o princípio da dignidade da pessoa humana. Ser excluído de uma seleção de emprego ou dispensado com ou sem justa causa pela condição da obesidade, sem qualquer justificativa plausível para tanto, configura um abuso do poder diretivo e uma prática discriminatória que atenta os direitos e garantias fundamentais previstas constitucionalmente. Contudo, além da discussão envolvendo o controle do peso na

fase pré-contratual, existe discussão quando o controle do peso é imposto como uma norma contratual. Isto é, o empregador exige por meio do contrato de trabalho que os empregados mantenham um peso ideal.

Aqui, verifica-se uma conduta visível de limitação da imagem do empregado, porque, ao impor como norma contratual a exigência da manutenção do peso de quando foi contratado, impõe-se a proibição do empregado de engordar durante o contrato de trabalho. A matéria é altamente controversa, mas a jurisprudência da mais alta Corte Trabalhista, no Recurso de Revista n. 2462-02.2010.5.02.0000,<sup>4</sup> reconheceu a validade dessa

---

<sup>4</sup> RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA – DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL – EXIGÊNCIA QUE A EMPREGADA MANTENHA PESO CORPORAL EM NÍVEL COMPATÍVEL COM OS INTERESSES DA EMPRESA. Afigura-se razoável que, tratando-se a ora reclamada de uma empresa que pretende comercializar produtos e serviços voltados ao emagrecimento, estabeleça determinados padrões a serem observados por seus empregados, pois do contrário estará totalmente esvaziada qualquer mensagem ou discurso propagado pela “orientadora” do segmento. Assim sendo, não se verifica a alegada ilicitude e nulidade da cláusula regulamentar que exigia a manutenção do “peso ideal” da empregada que se propôs ao exercício das funções inerentes à atividade essencial da empregadora, qual seja, “Vigilantes do Peso”. No entanto, a inobservância daquela obrigação não caracteriza ato de indisciplina previsto na alínea do art. 482 da CLT, a autorizar o despedimento por justa causa. A uma porque não observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade jurídicas que devem nortear as relações de trabalho, caracterizando abuso do poder disciplinar do empregador. Isto porque, o passar dos anos, indubitavelmente, traz ao corpo humano transformações indesejáveis e em determinados aspectos incontroláveis, como é o caso da diminuição do metabolismo orgânico e, em consequência, o aumento da massa corporal. Tais mudanças, pois, repita-se, muitas vezes incontroláveis, cláusula contratual de restrição ao ganho de peso do empregado apenas de forma muito excepcional e tão-somente quando plenamente justificada pela natureza da atividade empresarial e a direta conexão entre a imagem do empregado e a imagem do empregador pelo precípuo conteúdo ocupacional do objeto da prestação de serviços do trabalhador. Com isso, surge a indagação sobre a licitude da norma contratual que exige a manutenção do peso do empregado. Nas relações de trabalho, e levando em conta a proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais da pessoa humana, prevalece a premissa de que o empregador está impedido de adotar qualquer conduta discriminatória que diga respeito a alguma circunstância pessoal do trabalhador. Trata-se, portanto, de exemplos em que se verifica claramente como o poder diretivo do empregador impacta diretamente na imagem do empregado – em especial, à sua forma de apresentação pessoal não somente no ambiente de trabalho, mas perante toda a sociedade. É lícito ao empregador impor normas contratuais compatíveis com os interesses da empresa, cujas regras devem ser obrigatoriamente observadas pelos empregados. Contudo, tais imposições jamais podem vir a lesar as garantias, liberdades e direitos fundamentais dos trabalhadores. Além disso, em nenhuma hipótese, pode-se admitir que as normas impostas não podem ser consideradas, por óbvio, como fato gerador de indisciplina perpetrada pela autora, mormente considerando-se que o aumento de peso corporal, prejudica, antes, à saúde e o bem estar da própria autora. Não estamos aqui a falar, portanto, de ato de indisciplina alegada, mas sim, de mudanças orgânicas que antes de influenciar negativamente na prestação laboral, afeta a saúde, a própria vida, da trabalhadora. Note-se, por oportuno, que na hipótese dos autos,

pelo empregador tenham caráter discriminatório, porque, assim, haveria afronta aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Verifica-se, portanto, que, dentre os mais diversos aspectos que configuram discriminação no trabalho, a utilização de piercing, exposição de tatuagem, utilização de uniforme, proibição do uso de barba ou cabelos compridos, exigência de boa aparência e limitação do peso do empregado já ocupa espaço nas relações trabalhistas. Considerar esses elementos ligados à aparência do empregado como elementos negativos para não lhe permitir a continuidade da relação de emprego, ou ainda, na fase précontratual configura, a depender do caso concreto, tratamento discriminatório, cuja prática é repudiada na ordem jurídica brasileira e também internacional, porque afronta os direitos humanos e viola o princípio mais importante a ser resguardado: a dignidade da pessoa humana.

---

a reclamante foi admitida em 02/01/1992, e somente em meados de 2006 veio a receber a primeira advertência relacionada à inobservância do “peso ideal”. Ora, se a partir de um determinado momento, a empregada já não mais se adequava ao perfil do empreendimento, que, no caso específico, justificadamente exigia a manutenção do “peso ideal” durante o contrato de trabalho, poderia o empregador simplesmente demiti-la sem justa causa, ainda mais quando considerado o tempo em que a obreira permaneceu na empresa e a ausência de outras circunstâncias que pesassem contra o serviço prestado na vigência do contrato de trabalho. Neste contexto, não estaria o empregador, demitindo a empregada sem justa causa, motivado por discriminação, mas, sim, utilizando-se de seu poder diretivo para excluir de seus quadros aquele empregado que já não mais se adequava ao perfil e objetivo da empresa, ainda mais quando considerado que no início da relação contratual foi firmado compromisso pela obreira de se manter nas mesmas condições que anteriormente motivaram sua contratação. A duas porque, constatando-se, ainda, que a referida norma regulamentar que a empresa alega ter sido descumprida pela obreira, não dispõe, expressamente, que sua inobservância ocasionará a demissão por justa causa, dispondo apenas que se em 60 dias o empregado não atingir o peso ideal será despedido e levando-se em conta que o descumprimento da norma em epígrafe não pode ser considerado como ato de indisciplina, resta descaracterizada a existência do requisito da tipicidade e adequação/proporcionalidade da pena aplicada (justa causa) e o ato por ela praticado (aumento de peso corporal), mormente quando a empregada tenha passado profissional ilibado. Recurso de revista conhecido e provido (BRASIL, 2013).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo permite revelar situações ligadas à aparência estética do empregado, que, muitas vezes, constituem aspectos motivadores para a discriminação no trabalho. O empregador detentor do poder de direção pode adotar normas e estabelecer padrões a serem observados no ambiente laboral. Contudo, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 e os próprios fundamentos da ordem jurídica vedam qualquer tratamento discriminatório, não se admite que as imposições do empregador possam violar direitos, garantias e liberdades fundamentais. Pode-se considerar ainda que o estabelecimento de regras pelo empregador possui o condão de limitar a imagem do empregado, em especial, sua aparência e forma de apresentação pessoal. Dependendo do objeto da atividade empresarial exercida pelo empregador, tais regras podem vir a configurar o abuso do poder diretivo e tratamento discriminatório no trabalho. Verificou-se que a proibição do uso de piercings, a exposição de tatuagens, a utilização de uniforme, a proibição do uso de barba e cabelos compridos, exigência de uma boa aparência e o controle pelo empregador sobre o peso do empregado são algumas hipóteses em que o poder de direção do empregador impacta diretamente, influenciando na sua aparência, imagem e na sua apresentação física não somente no local de trabalho, mas, sim, perante a sociedade da qual o trabalhador está inserido.

Tem-se, ainda, que, dependendo do caso concreto, considerando a atividade exercida pela empresa, algumas limitações pelo empregador, mesmo que influenciem na imagem do empregado, são consideradas lícitas, desde que não estejam sendo violados os direitos e garantias fundamentais do trabalhador.

Analisando os casos concretos que foram objeto de julgamento pela mais alta Corte Trabalhista, admite-se a limitação de alguns direitos em razão do poder de diretivo do empregador apenas de forma muito

excepcional, e que não tenham o condão de violar a dignidade do trabalhador. Nos seus fundamentos, estabelece-se que a dignidade da pessoa humana é o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico, e constitui o substrato primordial em todas as relações jurídicas, não somente aquelas ocorridas na jurisdição brasileira, porque o referido princípio tem abrangência e efeitos no cenário internacional, sendo desnecessária sua positivação para que a pessoa humana goze dessa proteção.

Por fim, considera-se que o estudo de situações concretas envolvendo a limitação da imagem do empregado no contrato de trabalho por si só cumpre o papel social relevante de combater e prevenir práticas discriminatórias do exercício de atividades laborais, a fim de garantir, no âmbito interno e externo da ordem jurídica, a efetividade da garantia da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOCORNY, Leonardo Raupp. *A valorização do trabalho humano no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris Editor, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. *Constituição*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: DF, Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 2462-02.2010.5.02.0000*. Recorrente: Lourabil Cepera Groke. Recorrida: Vigilantes do Peso Marketing Ltda. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Acórdão 26 mar. 2013. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2462&digitoTst=02&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0000&submit=Consultar>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 421-28.2013.5.09.0658*. Recorrente: Cooperativa Agroindustrial Lar. Recorrido: Simone Odete de Souza Santos. Relator: Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. Acórdão 17 jun. 2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=421&digitoTst=28&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0658&submit=Consultar>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 11570062.2004.5.05.0020*. Recorrente: Ministério Público do Trabalho da 5ª Região. Recorrido: Nordeste Segurança e Transporte de Valores Bahia Ltda. Relator: Min. Emmanoel Pereira. Acórdão 17 mar. 2010. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=115700&digitoTst=62&anoTst=2004&orgaoTst=5&tribunalTst=05&varaTst=0020&submit=Consultar>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 1644-11.2012.5.03.0143*. Recorrente: Cristhina Ezidoro de Souza. Recorrido: Via Varejo S.A. Relatora: Min. Dora Maria da Costa. Acórdão 01 out. 2014. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1644&digitoTst=11&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0143&submit=Consultar>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 1400-87.2007.5.02.0401*. Recorrente: Anderson Barbosa da Silva Sugimoto. Recorrido: Atacadão - Distribuição, Comércio e Indústria Ltda. Relator: Min. Emmanoel Pereira. Acórdão 03 mar. 2010. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1400&digitoTst=87&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0401&submit=Consultar>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades fundamentais e segurança pública do direito à imagem ao direito à intimidade: a garantia constitucional do efetivo estado de inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

MARQUES, Christiani. *O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética*. São Paulo: LTr, 2002.

MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007.

MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLSSON, Giovanni. A apropriação liberal do discurso dos direitos humanos e uma nova hermenêutica de superação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 15. Região*, v. 24, p. 80-107, 2004.

\_\_\_\_\_. O poder político no espaço global: o protagonismo dos atores estatais e não estatais. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). *Relações internacionais, direito e poder: cenários e protagonismos dos atores não estatais: volume I*. Ijuí: Unijuí, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 111 da OIT: a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/pd-conv-oit-111-emprego.html>>. Acesso em: 21 set. 2015.

PAVELSKI, Ana Paula. *Os direitos da personalidade do empregado: em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador*. Curitiba: Juruá, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Paulo Henrique Tavares da. *Valorização do trabalho como princípio constitucional da ordem econômica brasileira*. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.

# A QUESTÃO DO PROSELITISMO RELIGIOSO NO AMBIENTE DE TRABALHO E O PAPEL DOS SINDICATOS NO COMBATE A INTOLERÂNCIA

Kelda Sofia da Costa Santos Caires Rocha\*  
Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país cuja cultura é permeada de valores oriundos da religião. Dividido em sua maioria por católicos, evangélicos e espíritas considera-se que a sua força de trabalho esteja sobremaneira composta por pessoas de alguma dessas crenças. Existem as manifestações religiosas de origem africana e oriental, que permeiam as festas e produções artísticas de todas as formas, porém é clara a influência maciça e dominadora das religiões de vertente cristã. Na contemporaneidade, muito se questiona sobre a liberdade religiosa e de que modo, ela pode ser garantida, respeitando-se os limites dos diversos credos, de sua ausência, e também, da esfera estatal. O Brasil, através da sua Constituição, nem sempre protegeu a liberdade de culto, quando nas Cartas Magnas de 1824, 1891 e 1937 havia previsão de uma religião oficial, neste caso, o Catolicismo Apostólico Romano. Já as leis fundamentais de 1934, 1946, 1967, a emenda nº 01 de 1969 e a atual de 1988, preveem a liberdade religiosa e de culto.

A atual Constituição, rege, todo o tempo, o combate à intolerância, pois sempre garante a inviolabilidade da liberdade de crença, como visto no artigo 5º, inciso VI. Já no VII, garante-se a assis-

---

\* Membro do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade da Universidade Estadual do Maranhão.

\*\* Professora da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB) e da Faculdade Pitágoras de São Luís. Doutoranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Especialista em Direito Civil e Processo Civil (Uniceuma). Especialista em Direito Público (Universidade Gama Filho - UGF). Especialista em Linguística Aplicada e Ensino de Línguas (Faculdade COC). Licenciada em Letras (Faculdade Atenas Maranhense - FAMA). Bacharel em Direito (Uniceuma).

tência religiosa nos internatos civis e militares. No VIII, há a proteção aos direitos por conta de professar uma fé, desde que não se alegue a negativa de fazer atos próprios de um cidadão devido à crença. O artigo 210, parágrafo primeiro, garante o ensino religioso nas escolas, mas de cunho facultativo, isso se deve à laicidade do Estado, ao eximir-se de impor essa obrigatoriedade. No artigo 226, § 2º indica a possibilidade de um casamento religioso com efeitos civis. E no artigo 231, o poder constituinte originário assegura a proteção às crenças dos índios. O Brasil, atualmente, é laico, não é ateu, por expor no preâmbulo, “sob a proteção de Deus”, não é confessional, por inexistir uma crença, uma denominação que o Estado possa privilegiar em relação aos demais.

Considerando o exposto, é óbvia a interferência nas relações de trabalho do fator religiosidade de empregados e empregadores, ou, até mesmo, a ausência dela como motivo para criação de atritos entre chefes e subordinados que exerçam algum tipo de fé enquanto o outro não. É garantida a proteção dessas pessoas em relação ao exercício do seu direito de crença, porém é questionável a questão da angariação de novos membros, pois para algumas pessoas é considerado inconveniente, e para outras não, a intervenção dos adeptos de algum tipo de orientação religiosa no seu cotidiano de maneira a constranger o indivíduo.

Visando realçar a posição dos sindicatos no combate a violência moral que trabalhadores são submetidos todos os dias ou ao pensamento do trabalhador corrupto que pode tomar algum proveito de sua religião com o propósito de prejudicar o empregador apresenta-se questões atuais através de julgados e o que implica a questão do direito coletivo nas situações analisando o alcance do debate em relação a esses exemplos.

A pesquisa tem como propósito estabelecer uma discussão sobre até onde vai o seu direito de divulgar uma crença e a liberdade da outra pessoa de não querer ouvir. Em relação as questões traba-

lhistas, observar as tentativas dos empregadores de converter os seus empregados de forma violenta e questionável gerando constrangimentos, ou de empregados que se recusam a cumprir suas obrigações por conta de preceitos religiosos sem oferecer aos empregadores formas de compensação.

A metodologia utilizada para os fins desejados foi o método dedutivo, quando as discussões surgiram com uma ideia generalizante, até especificar-se na essência da temática geradora, pois para Karl R. Popper, o método científico se dá a partir de um problema que recebe uma solução provisória, sendo que tal solução é novamente questionada com o propósito de gerar a eliminação do erro “[...] e, tal como no caso da dialética, esse processo se renovaria a si mesmo, dando surgimento a novos problemas.” (LAKATOS, 2003).

O método qualitativo foi essencial para que fossem compreendidos os pormenores da pesquisa. O método dialético existe no presente trabalho, ao propor que todas as nuances da realidade, sejam elas sociais ou naturais, estão interligadas de forma a ser necessária a análise de determinada situação mediante a ótica das circunstâncias determinantes e explicativas do fato.

Usou-se a pesquisa explicativa, ao se fazer compreender certos padrões que parecem contraditórios no que tange à liberdade religiosa e a laicidade mediante o uso de pensadores pertinentes a temática. Foi utilizada a pesquisa exploratória com o propósito de realizar levantamentos bibliográficos adequados ao desenvolvimento de uma demonstração panorâmica do posicionamento doutrinário de autores jurídicos e de outras áreas e observação de exemplos nacionais mediante análise de caso e a sua repercussão. A pesquisa bibliográfica sustenta toda a produção.

## 2 PROSELITISMO, LIBERDADE RELIGIOSA E LIBERDADE DE MUDANÇA DE RELIGIÃO

O proselitismo é conceituado, segundo a enciclopédia Barsa, como um tipo de atividade trabalhosa cujo propósito é criar prosélitos, ou seja, pessoas que aderem a uma religião, doutrina ou sistema de pensamento diferente daquele sob o qual fora criada. Entre o povo Hebreu correspondia as pessoas que resolviam, pela sua própria vontade, se submeter a adoração ao Deus de Israel, pois para que fizessem parte do povo era necessário que seguissem a mesma religião. Tal atividade é de suma importância para a sobrevivência das religiões.

Dentro do processo colonizatório brasileiro citam-se os exemplos das expedições jesuítas cujo propósito era a evangelização dos índios, sendo que de início, segundo Ribeiro, o objetivo era tornar a mão de obra nativa mais suscetível de dominação pelos colonos e a questão do sincretismo religioso entre as crenças de origem africana e o cristianismo que permitiram que as manifestações culturais religiosas continuassem a sobreviver apesar do constante combate da Igreja Católica a essas práticas permitindo que ganhassem adeptos.

Encarados como focos de desestabilização social, as religiões minoritárias não fazem parte de uma espécie de aliança entre o Estado e as denominações dominantes, principalmente as de caráter cristão, sejam elas católicas ou evangélicas, o que demonstra um problema de ordem jurídica que se manifesta relacionado ao proselitismo radical dentro dos locais de trabalho.

Ninguém deve ser impedido de propagar a sua fé, logo, ninguém é obrigado a ouvir o que não deseja. O proselitismo exercido com violência é uma das características do fundamentalismo que não é aceito entre os ocidentais, pois ideias devem ser discutidas e expressas de forma pacífica, tornando esse tipo de divulgação violenta ilegítima e inaceitável. Seguindo o que está escrito na Bíblia, livro

sob o qual a maior parte dos brasileiros dizem acreditar está escrito quenão é por força ou violência que se faz valer a palavra do Deus de Israel.

Estritamente ligado ao direito de expressão religiosa e de se agregar ao tipo de pensamento que for do agrado do indivíduo, o proselitismo se encontra elencado na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu Art. XVIII, que diz:

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS).

Toda pessoa que desejar participar de algum tipo de grupo religioso ou dele sair não poderá ter o seu direito tolhido de forma alguma, pois todos têm o direito de mudar de pensamento ou orientação quando bem lhe aprouver. Promulgando no dia 05 de outubro de 1988 a Constituição Cidadã “sob a proteção de Deus”, em seu preâmbulo, observa-se logo no início em seu Art. 5º os incisos VI, VII e VIII nos quais são tratados os direitos pertinentes a questão religiosa

As pessoas possuem o direito, segundo a Constituição de 1988, de ter liberdade de pensamento e consciência, de exercer seus cultos religiosos, de ter os locais de culto protegidos, oferecer e receber assistência religiosa e não ter nenhum tipo de privação de direito por qualquer motivo religioso. Também é vedado ao Estado dificultar de qualquer forma o funcionamento de estabelecimentos religiosos e de ter relações de subordinação com qualquer um deles. São elencados muitos outros direitos no ordenamento pátrio relacionados a proteção ao direito de exercício religioso, porém deve ser questionado quando deixa de ser uma simples divulgação de crenças e se torna um meio de agressão.

### **3 O PROSELITISMO RELIGIOSO NO AMBIENTE DE TRABALHO E A DEFESA DA DIGNIDADE HUMANA COMO OBJETO DO DIREITO COLETIVO**

Segundo Maurício Godinho Delgado o direito coletivo do trabalho corresponde a um conjunto intrincado de “institutos, princípios e regras jurídicas” (DELGADO, 2014) que regularizam a convivência entre empregados e empregadores não excluindo outros grupos sociais reconhecidos juridicamente através da devida consideração da sua atuação coletiva feita de maneira autônoma ou pelas entidades sindicais.

Entre as funções dos direitos coletivos, segundo Delgado, apresenta-se uma de particular interesse pela sua abrangência e importância: a função sociopolítica. Sendo um dos mais importantes meios de distribuição de riquezas por conta do seu caráter de defesa aos hipossuficientes trabalhadores está estritamente ligado a formação dos estados democráticos de direito.

Teoricamente é colocado como objeto do direito do trabalho as questões relativas a salários, melhores condições de trabalho, ajuste da jornada de trabalho entre outros, porém é essencial que seja colocado em pauta a questão da dignidade humana em seu sentido mais subjetivo visando proteger a integridade psicológica e moral do empregador e do empregado. Godinho apresenta quatro padrões de agregação de trabalhadores a seus respectivos sindicatos: sindicatos por ofício ou profissão, sindicatos por categoria profissional, sindicato por empresa e sindicatos por ramo empresarial de atividades. Considerando que em todos os ramos existem pessoas vinculadas a diversas religiões deve ser objetivo dos sindicatos proteger os direitos dos trabalhadores para que exerçam as suas funções independentes dos conceitos dos seus empregadores.

Os sindicatos possuem como maior função e prerrogativa a representação, lato sensu, das suas bases trabalhistas. Tendo como

interesse defender os interesses individuais, desde que representem algum tipo de impacto no grupo, e coletivos dos seus associados no plano da relação de trabalho.

Delgado manifesta que na própria Constituição Federal de 1988 existe a ênfase da função representativa dos sindicatos em seu art. 8º, III cabendo-lhes a defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria em questões judiciais ou administrativas (DELGADO, 2014).

Abrangendo as dimensões privada, administrativa e pública, no primeiro caso se manifesta quando o sindicato se põe em diálogo com os empregadores visando fazer valer os interesses da maioria, ou seja, do coletivo; no segundo, as relações entre o sindicato e o Estado objetivando a solução de conflitos nessa área de atuação e a terceira dimensão, ocorre quando procura se estabelecer contato com a sociedade civil a fim de encontrar apoio para as decisões, ações e teses laborativas através dos devidos meios legais.

Com o propósito de iniciar o debate relacionado ao assédio religioso no ambiente de trabalho e a proteção individual segue um julgado a título de exemplo extraído da jurisprudência do TST:

RECURSO DE REVISTA - LIBERDADE DE OPÇÃO RELIGIOSA - AMBIENTE DE TRABALHO - ASSÉDIO MORAL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MAJORAÇÃO DO VALOR. A indenização por danos morais deve ser fixada em compatibilidade com a violência sofrida pelo empregado, as condições pessoais e econômicas dos envolvidos e a gravidade da lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana, da honra e da integridade psicológica e íntima, sempre observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Na hipótese, tendo em vista as peculiaridades do caso em concreto - (conduta praticada, sua gravidade, o tempo de duração, bem como o duplo objetivo da indenização - compensar a empregada pela violação do seu patrimônio moral e desestimular a empregadora da

prática reputada abusiva - além da remuneração auferida pela reclamante, constatada a partir dos documentos juntados aos autos, e, mormente, a situação destacada no acórdão recorrido, qual seja, a de que não era obrigatória a participação dos empregados nos cultos realizados), deve ser mantido o quantum indenizatório fixado. Recurso de revista não conhecido. ASSÉDIO MORAL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - JUROS DE MORA - TERMO INICIAL. O termo inicial para a contagem dos juros de mora nas obrigações trabalhistas está regulado nos arts. 883 da CLT e 39, § 1º, da Lei nº 8.177/91. Segundo tais preceitos legais, os juros de mora incidentes sobre o valor da condenação, em qualquer caso, deverão ser calculados da data do ajuizamento da reclamação trabalhista. Incide a Súmula nº 439 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2013).

O caso acima é exemplificativo de uma situação que permeia todas as classes profissionais em maior ou menor grau. Partindo do supradito, observa-se que a religião não está fora da realidade das relações entre empregados e empregadores e que cada vertente religiosa, seja ela considerada religião ou seita, é essencialmente composta por pessoas que estão dentro dos mais diversos cargos espalhados pelo Brasil. O julgado exposto aponta para um problema oriundo da formação cultural intolerante que permeia a história brasileira. As pessoas criam rótulos como se alguém que não quiser participar do culto ou missa do local de trabalho não seja digno de ter seu trabalho valorizado. Muitos exigem a laicidade estatal, porém são incapazes de aceitar que isso implica na não discriminação de outras formas de religiões. Nada impede que o empregador realize atividades de ordem religiosa em conjunto com os funcionários, porém é abusivo que qualquer pessoa seja obrigada a tal.

Luciano Martinez ressalta que a função do direito em relação a sua função de regulação é tornar possível a realização de fins

sociais que sem a atuação dele jamais seriam alcançados, sendo que tais finalidades são modificadas de acordo com a cultura, tempo e sociedade, entretanto, coincidem geralmente com a ideia de promoção do bem comum. Ligando esse pressuposto a concepção de direito coletivo do trabalho e sindical compreende-se que ambos possuem a função primordial de melhorar a condição da classe trabalhadora. Seguindo a ideia da proteção individual do trabalhador por parte do sindicato na questão suscitada nesse artigo em relação a questão religiosa e o proselitismo abusivo o direito coletivo precisa apresentar padrões mais elevados do que os propostos na norma e alargar a atuação dos sindicatos no caso concreto (MARTINEZ, 2011).

Quando, por qualquer motivo, de ordem discriminatória religiosa, uma pessoa tem seu emprego comprometido por conta da orientação de seu superior deixa-se de ter uma das funções do direito coletivo exercida, pois a questão sociopolítica se torna desigual e ameaçada em decorrência do exercício do poder que o empregador tem sobre o seu funcionário. A pessoa seria obrigada a abandonar a sua identidade social de forma a não perder o seu sustento, caracterizando uma grande violência contra a dignidade do indivíduo. Os sindicatos que tem como propósito defender as classes profissionais das quais são oriundos não podem ignorar quando qualquer trabalhador sofrer um crime dessa natureza, pois, segundo Volpiano (apud RINALDI, 2014), “[...] o homem alcança a sua plenitude quando se insere nas várias dimensões da ética, da religião, da ciência, da economia e da arte.”

Observa-se outro ponto nas relações laborais relacionado ao direito de abster-se em dias de provas ou no trabalho por conta de datas comemorativas religiosas. O Estado não pode dar preferência a uma religião em detrimento das outras, porém observa-se culturalmente o domingo como um dia de descanso decorrente da tradição ligada a maioria cristã no ocidente, cuja importância é tão grande que João Paulo II em 1998 escreveu sobre essa data em uma Carta Apostólica, a *Dies Domini*.

Jaime Weingastner cita que para tornar mais fundamentado e para que ele efetivamente se concretize no ordenamento brasileiro o direito de alterar os dias de “[...] trabalho e de aulas/provas por motivo religioso, a substanciar o princípio da cooperação.” (NETO, 2007) deve o Estado produzir meios organizacionais e procedimentais, “[...] no âmbito laboral e educacional, para o mais amplo exercício do direito de dispensa ao trabalho e de aulas/provas por motivo religioso” (NETO, 2007), pois o direito de comemoração das igrejas e o direito individualizado de participar delas são interligados necessitando que para que um seja exercido o outro também seja garantido.

O TRF da 4ª Região foi acionado por um servidor que gostaria de participar das festividades do “Yom Kippur”, porém considerando que tal data não está elencada como ponto facultativo ou feriado nacional foi-lhe concedido o direito de com apenas um requerimento no setor de recursos humanos ter a sua falta justificada e manutenção do direito de exercício religioso. Partindo do exemplo, chega-se a conclusão que não há nada que obste o direito de participar das festas religiosas desde que seja previamente comunicado ao empregador e depois compensada em data estipulada, sendo que caso não seja atendido o pedido do empregado “[...] abre-se via para requisição judicial de rescisão indireta do contrato de trabalho.” (art. 483, ‘b’) (CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO).

As entidades de caráter religioso não podem restringir o acesso ao seu quadro funcional apenas as pessoas que sejam participantes da mesma fé. Como ilustração ressalta-se o Termo de Compromisso de Ajustamento firmado entre o Ministério Público do Trabalho e uma empresa do Rio de Janeiro sendo que algumas cláusulas eram que não deveria ser questionado na entrevista de emprego qual a militância religiosa do candidato, impossibilidade de discriminar para qualquer fim por conta de religião entre outros que estavam provocando dissensões horizontalmente e verticalmente entre os membros da empresa.

A função negocial dos sindicatos se manifesta necessária em casos como os supracitados, pois é através dela que se busca a formação de documentos de negociação coletiva, compostos por regras jurídicas que regerão os contratos de trabalho dos representados. Caso não seja atendido o justo pedido do empregado se manifesta a função assistencial dos sindicatos que se demonstra através da prestação de serviços a seus associados como os de caráter jurídico, fundação de cooperativas de consumo, criar e realizar a manutenção de escolas entre outros, sendo que no caso relacionado a função de proteção jurídica é a mais necessária.

Cassar remete a questão de que “[...] diante do progresso tecnológico e econômico, da globalização, da onda neoliberal das relações de trabalho, as condições de vida em sociedade têm se alterado com muita rapidez” (CASSAR, 2014) e que a maioria das pessoas estão sujeitas a um desequilíbrio na distribuição de renda somado a competição insana do mercado de trabalho capitalista, a questão da redução de custos podendo comprometer o emprego de milhares e a qualidade das condições de trabalho e a horizontalização da produção de bens e serviços fazendo com que “[...] desta forma, a insatisfação social da classe trabalhadora e empresarial, tem acarretado sucessivas batalhas travadas em busca de antagônicos interesses, ante a inércia do Estado.” (CASSAR, 2014).

Roberty Alexy, ecoando o pensamento de Jellinek, e Cassar concordam com a ideia de que ausentes soluções legislativas e garantias protetoras advindas do Estado, manifestadas através da ideia do status positivo que ressalta o acesso do cidadão a mecanismos de defesa perante o aparelho estatal, “[...] os próprios grupos sociais têm-se enfrentado, na tentativa de adequação de interesses, de equilíbrio de classes.” (CASSAR, 2014).

A liberdade e a proteção social devem ser objeto de manutenção estatal visando não prejudicar as relações no ambiente de trabalho, pois um local onde todos conseguem comunicar suas ideias

e ouvir sem estabelecer qualquer tipo de desentendimento que comprometa o bem-estar é um local produtivo e agradável para ficar uma frange parte do dia.

#### **4 O TRABALHO COMO CONDICIONANTE DA DIGNIDADE HUMANA**

Max Weber em *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo* apresenta um panorama de como a religião se infiltrou nas formas de produção e relações de trabalho ao mostrar que enquanto o povo era dominado pela Igreja Católica as pessoas não tinham a ideia de acúmulo de capital por medo do pecado da usura. Para o catolicismo não deveria haver a busca pelas obras, apenas pela salvação através do pagamento de indulgências e contribuições eclesiásticas, sendo que caso sobrasse algo do dinheiro do trabalhador era gasto com comida, bebida, o que mais fosse necessário e diversão.

Com o advento do Protestantismo o trabalho e seus frutos se tornaram uma maneira de glorificação. A pessoa sabia que estava salva se fosse bem-sucedida na terra, ou seja, a partir de então o acúmulo de capital se tornou uma corrida para demonstrar a salvação e o trabalho nunca foi tão valorizado. Para os seguidores dessa linha de pensamento o trabalho era uma forma de se manter afastado das concupiscências da carne, pois enquanto estava ocupado em seus afazeres não tinha tempo de pecar contra Deus. O protestante se torna dono dos meios de produção por conta da sua inclinação para mais trabalhar do que viver, conseqüentemente emprega outros auxiliando na salvação destes. O pensamento protestante se difundiu pelo mundo fazendo frente a própria doutrina catolicista.

Hobsbawn (2007) apresenta três observações sobre a questão da globalização: a primeira se remonta ao fato de que a globalização acentuou de forma ainda mais dramática as desigualdades sociais e econômicas dentro dos países, a segunda a situação das pessoas que estão em posição de mais vulnerabilidade serem mais atingidas pelo

fenômeno globalizante sendo que são os que menos se beneficiam, portanto, são atingidos de forma prejudicial e a última observação é o impacto político e cultural que se mostra cada vez maior dos países mais dominadores sobre os dominados por conta da sua influência nos meios de mídia de massa.

Mircea Eliade apresenta a importância da religião em relação a formação individual de cada pessoa e, de maneira didática, demonstra o nível de profundidade que as atitudes do Estado na defesa do direito do livre exercício religioso e da punição daqueles que ofendem seus pares por se encontrarem em uma linha de pensamento diversa da sua considerada soberana é indispensável para a manutenção do bem-estar social.

Mircea Eliade ressalta que em relação aos mitos há uma grande importância, pois eles “[...] preservam e transmitem os paradigmas, os modelos exemplares, para todas as atividades responsáveis a que o homem se dedica” (ELIADE, 1992) tornando possível a regeneração periódica do Cosmo e da sociedade através desses modelos paradigmáticos.

A necessidade do acesso à justiça com o propósito de ter o seu direito de liberdade religiosa defendido perante o empregador que, para todos os fins, é o mais forte na relação social e jurídica deve ser defendido pelo Estado quando na ausência dos sindicatos através dos seus advogados oferecendo por meio de políticas públicas mecanismos de defesa que possam atender grupos hipossuficientes que lutam para manter as suas peculiaridades culturais em qualquer meio.

Os direitos fundamentais são de suma importância para minimizar os impactos de políticas adotadas sem a devida observação das condições dos hipossuficientes, pois são fundamentados, precipuamente, na dignidade da pessoa dos quais também são frutos. Pierre Bourdieu apresenta sob a tradição marxista a ideia de que o Estado é um aparelho orientado para a manutenção dos interesses das classes dominantes e não do bem comum. As políticas públicas são

decorrentes das intenções governamentais e manifestações da sociedade como um todo, traduzidas no emprego dos recursos públicos em ações que devem beneficiar o cidadão através da atividade da Administração, em alguns casos contrariando os interesses dos poderosos comandantes do país.

Visando realçar a posição do Estado como protetor das liberdades fundamentais observando a sua não interferência na vida privada onde cada pessoa detém a supremacia das suas decisões em decorrência do status negativo, o status positivo alcançado pelos cidadãos através de lutas permite que a pessoa possa exigir que os seus direitos sejam cumpridos e exista a devida tutela jurisdicional para tal fato

O Estado deve encontrar formas de garantir o acesso à justiça dos trabalhadores que não encontram guarida nos seus respectivos sindicatos através do emprego de políticas públicas voltadas a garantir meios de aproximação entre os lesados e o poder judiciário sendo que o gestor determinará quem deverá ser beneficiado, onde os recursos serão aplicados e as razões que o levaram a investir naquele grupo ou setor objetivando o andamento das funções econômicas do país sem permitir que conceitos não-laicos interfiram no seu julgamento.

A vinculação do administrador a política não deve ser um fator ignorado em relação as decisões que possa vir a tomar, principalmente com a tradição brasileira de ter o seu governo composto por grandes fazendeiros, grupos religiosos cristãos e a elite branca, rica e escolarizada em geral. Traçando um paralelo entre Arendt e Bauman, as pessoas que se encontram em igualdade se unem com o objetivo de criar direitos para si marginalizando os diferentes, e, como trata Nilo Batista, os chamados por ele “mandões” que são os detentores do poder aquisitivo e político se aliam as classes intermediárias com o propósito de manter o controle social sobre os “mandados” que correspondem ao grande grupo de miseráveis absolutos, pois os que mais sofrem com o desrespeito aos seus direitos de livre manifestação são os desprovidos de recursos que não conseguem se defender por, de

alguma forma, depender do emprego que ocupa para sustento seu e de sua família.

O objetivo das políticas públicas é oferecer condições para que os “mandados” possam pleitear direitos contra os “mandões” e contra o próprio Estado de forma eficaz e aproveitável, pois o acesso à justiça é um direito basilar das democracias. A efetividade da paridade de armas entre os litigantes é reconhecidamente um fato utópico, cabendo ao Estado suplantar mediante o emprego de meios eficazes qualquer atentado ao sistema democrático de direito, principalmente quando os sindicatos não se mobilizam para defender individualmente os seus associados em situações de risco.

A definição é a apreensão refinada de determinado objeto, produzida a partir de seus traços constitutivos básicos e de outros caracteres que lhes são essenciais. Assim, levando em conta os elementos que mais claramente identificam o direito sindical e coletivo do trabalho, pode-se dizer que ele é o segmento do ramo laboral que regula, mediante específicos princípios e regras, a organização, a atuação e a tutela das entidades coletivas trabalhistas com o objetivo de disciplinar suas inter-relações e de, finalisticamente, empreender a melhoria nas condições de trabalho e de produção. Perceba-se que na definição de direito sindical e coletivo do trabalho é destacado o protagonismo das entidades coletivas trabalhistas - sindicatos de trabalhadores e associações patronais - na construção de um direito suplementar àquele oferecido como mínimo pelo Estado. (MARTINEZ, p. 623, 2011).

A questão do trabalho sofreu alterações no decorrer da história sendo considerado por muitos no início dos tempos uma forma de depreciação, porém na cultura de produção o trabalho é uma das facetas da dignidade humana, pois ele permite que a pessoa tenha acesso a bens e serviços que o possibilitam se manter no meio social ou se inserir de forma legítima. Não é bem-aceito socialmente que

alguém não queira trabalhar, sendo logo alvo de adjetivos pejorativos e exclusão do meio social.

## 5 A QUESTÃO DO MULTICULTURALISMO E FANATISMO NO BRASIL

Sérgio Buarque de Holanda em *Raízes do Brasil* apresenta uma característica da colonização do território brasileiro que se manifesta através da história nacional na forma como na contemporaneidade o multiculturalismo é encarado:

Na maior parte das suas possessões da América, o castelhano raramente se identificou a tal ponto com a terra e a gente da terra: apenas superpôs-se, com frequência, a uma e outra. Entre nós, o domínio europeu foi, em geral, brando e mole, menos obediente a regras e dispositivos do que à lei da natureza. A vida parece ter sido aqui incomparavelmente mais suave, mais acolhedora das dissonâncias sociais, raciais, e morais. Nossos colonizadores eram, antes de tudo, homens que sabiam repetir o que estava feito ou o que lhes ensinara a rotina. Bem assentes no solo, não tinham exigências mentais muito grandes e o Céu parecia-lhes uma realidade excessivamente espiritual, remota, póstuma, para interferir em seus negócios de cada dia. A isso cumpre acrescentar outra face bem típica de sua extraordinária plasticidade social: a ausência completa ou praticamente completa, entre eles, de qualquer orgulho de raça. (HOLANDA, p. 61, 2014).

O multiculturalismo é apresentado como uma nova forma sob a qual se dão as relações entre grupos diferentes etnicamente, socialmente, religiosamente, sexualmente, ou seja, possuem características culturais distintas, porém estão relacionados como frutos da globalização. Teixeira Coelho apresenta duas faces do multicultu-

ralismo, sendo que uma é o multiculturalismo como resultado e outra como multiculturalismo como programa:

[...] o multiculturalismo como resultado e o multiculturalismo como programa. O multiculturalismo como resultado decorre da coexistência, entendida como um dado, entre culturas diferentes e seus índices; é o paralelismo sincrônico de culturas distintas tais como derivam de processos históricos de embates e acomodamentos. [...] Já o multiculturalismo como programa propõe-se, diferentemente, a gerar esse paralelismo cultural ali onde ele não existe, de modo geral, e, em especial, a promover excepcionalmente uma ou algumas culturas, antes ditas oprimidas, num mecanismo de compensação por injustiças sociais passadas. (COELHO, p. 266, 2004).

Hobsbawn (2007) afirma que desde os anos 60, o veloz desenvolvimento da globalização iniciou um significativo efeito sobre o campo político, cultural e, mais do que em qualquer outro, econômico, pois criou algo impensável em outros tempos: um mercado globalmente unificado e sem controles. Deve ser ressaltado que para o historiador a globalização se trata de uma gama de atividades conectadas entre si que não podem ser obstadas pelos limites físicos e virtuais sendo um grande meio de intensificação das relações sociais. A grande problemática se encontra na necessidade de criar políticas que permitam a construção de projetos de vida diferenciados dentro de uma mesma sociedade.

Ribeiro aponta que além da questão religiosa citada, observa-se a problemática racial das classes menos abastadas que por conta da sua histórica condição de inferioridade econômica frente aos brancos pertencentes a elite nacional, tiveram seus direitos a uma escolha de exercício religioso desde os tempos da colonização suprimidos mediante as exigências dos patrões. As religiões de origem afro e as indígenas receberam as influências dos jesuítas, no período de

colonização. Atualmente, as diversas denominações evangélicas expandem suas fronteiras rumo às aldeias, o que pode competir com as crenças animistas e pajelanças típicas das diversas nações indígenas.

A questão da unificação das ideias através do processo de globalização é hipócrita no sentido de que o princípio eurocêntrico de mundo será considerado mais importante do que os demais oriundos dos países periféricos. O que ocorre nas relações trabalhistas é o reflexo de uma cultura desprovida de orgulho relacionada as raízes da formação brasileira que considera o que vem do estrangeiro branco, desde o período da colonização europeu e atualmente o norte-americano, superior ao nativo.

## 6 CONCLUSÃO

A função de proteção dos sindicatos a favor do empregado abrange o seu direito de exercer a preferência que melhor lhe couber para qualquer religião que desejar seguir ou, também, caso não deseje seguir qualquer doutrina religiosa deve ter o seu direito protegido sem que se obste a sua condição de trabalhador ou que as suas atividades empregatícias sejam comprometidas.

Não cabe ao empregador obrigar qualquer pessoa a seguir ou deixar de seguir qualquer orientação religiosa ou ideológica, sendo que o máximo que ele pode fazer, e o que é digno e aceitável, é a exposição pacífica e agradável de ideias que possibilitem o diálogo e não a contenda, pois é extremamente necessário que entre as pessoas exista um espírito de fraternidade entre seus colegas para que as atividades laborais não obedeçam o caráter de tortura, tal como descrito por Hannah Arendt eram encaradas as formas de trabalho, mas possam transmitir a ideia de dignificação humana.

A formação capitalista e globalizada dos meios de produção criam todos os dias novas classes e necessidades empregatícias sendo necessário a formação de pessoas cada vez mais capacitadas, o que

nem sempre, em países subdesenvolvidos como o Brasil, são possíveis de encontrar criando uma fila imensa de pessoas desempregadas ou alojadas em subempregos que não garantem condições mínimas de sustento para o indivíduo e a sua família.

Existe uma necessidade latente de proteger os empregados dos arbítrios de empregadores, como também não se deve deixar de observar os casos concretos, pois empregados também podem agir de má-fé. Observar a devida aplicação da lei e tendo em mente a devida aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ainda são as formas mais eficazes de evitar injustiças e garantir uma vida melhor para todos os brasileiros.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

A BÍBLIA SAGRADA. Tradução João Ferreira de Almeida. 4. ed. rev. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 12. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BARSA. *Enciclopédia Barsa Universal*. 3. ed. São Paulo: Barsa Planeta Internacional, 2010.

BRASIL. *Constituição*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Acórdão TST-RR-40079.2010.5.09.0004*. Apelante: Josicleia Aparecida Alves. Apelada: Vale Transporte Metropolitano S/C LTDA. Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, DF, 11 set. 2013. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst-NumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=400&digitoTst=79&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0004&submit=Consultar>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

COELHO, Teixeira. *Dicionário crítico de política cultural: cultura e imaginário*. São Paulo: Iluminuras, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

ELIADE, Mircea. *Mito do eterno retorno*. São Paulo: Mercuryo, 1992.

FEDERAL, Senado. *Direitos humanos: atos internacionais e normas correlatas*. 4. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

HOBBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. 8. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RINALDI, Micheli Volpiano. Direitos materialmente fundamentais contemplados em norma coletiva sem previsão expressa na Constituição Federal de 1988. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Bahia: JusPodivm, 2014.

NETO, Jayme Weingartner. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.



# A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS COMO RESISTÊNCIA À PRECARIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA, DA JUSTIÇA SOCIAL E DA DEMOCRACIA

Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida<sup>\*</sup>  
Cleber Lúcio de Almeida<sup>\*\*</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema central do presente artigo é o exame da relação entre a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas, a tutela e promoção da dignidade humana dos trabalhadores e a realização da justiça social e construção da democracia.

O artigo tem como objetivo demonstrar que a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas deve ser assegurada especialmente nos momentos de crises econômicas, nos quais ganham força as teses do liberalismo clássico, dentre os quais a defesa do Estado mínimo e a afirmação do contrato como instrumento por excelência da disciplina das relações de trabalho, ambas conduzindo à desconstrução do Direito do Trabalho ou ao Direito do Trabalho mínimo.

O retorno a estas teses faz

[...] girar para traz o relógio da história do trabalho, retornando aos tempos nos quais este era vendido pelo indivíduo à empresa como qualquer outra mercadoria, com as mesmas obrigações que resultam para os contratantes um contrato comercial: a mercadoria que vai do indivíduo à empresa deve ser de quantidade e natureza combinadas e ser fornecida no tempo oportuno. O mesmo vale para o dinheiro que vai da empresa para o

---

<sup>\*</sup> Doutora em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora do Faculdades Milton Campos, Brasil.

<sup>\*\*</sup> Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-doutor em Direito pela Universidad Nacional de Córdoba/ARG. Professor da graduação e do programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

indivíduo a título de retribuição [...]. A rotação ao contrário do relógio da história do trabalho provoca, sob o impulso da política, que tem atendido com diligência as exigências da economia, um curso diferente daquele adotado pela legislação sobre o trabalho desde o início dos anos noventa do século passado. De agora em diante este parece ser o critério utilizado para dismantelar o princípio contido na temível afirmação segundo a qual o trabalho não é mercadoria [...]. Ao período de desmercantilização do trabalho segue um segundo, e prossegue agora, um período de acentuada re-mercantilização do mesmo. (GALLINO, 2007, p. 58-61).

Estas teses, em suma, promovem a desumanização do trabalho humano, reduzindo-o à condição de mercadoria, bem como afastam a justiça social e a democracia do horizonte do Direito do Trabalho e do debate sobre a efetividade das suas normas e dos direitos por elas assegurados aos trabalhadores. Vale esclarecer que a mercantilização do trabalho significa “[...] separar o trabalho da pessoa do trabalhador [...], convertendo-o, com isto, em possível objeto de um mercado especializado: o mercado de trabalho.” (SUPIOT, 1996, p. 658).

Como adverte Umberto Romagnoli (2001, p. 30), “[...] o setor jurídico mais exposto a incursões corsárias é o Direito do Trabalho”, o que se deve ao fato de ser ele um limite aos poderes econômicos. Este doutrinador chega a afirmar, inclusive, que “[...] o direito do trabalho entrou em crise no curso dos anos 1970 a fim de permitir que a economia vencesse a sua própria crise.” (ROMAGNOLI, 2005, p. 7). Com isto, a cada crise da economia é anunciada a crise do Direito do Trabalho, como se este fosse uma mera variável da economia.

As incursões corsárias de que o Direito do Trabalho é vítima exigem a coragem da resistência, notadamente porque a fragilização do Direito do Trabalho resulta na precarização da tutela e promoção da dignidade humana, da justiça social e da democracia.

De outro lado, como anota Robert Alexy, é exatamente em tempos de crise que a proteção constitucional de “[...] posições sociais parece ser imprescindível.” (ALEXY, 2008, p. 513).

## **2 TRANSCENDÊNCIA ECONÔMICA, HUMANA, SOCIAL E POLÍTICA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS**

O debate sobre a efetividade das normas que compõem o Direito do Trabalho e, com isso, dos direitos por elas atribuídos aos trabalhadores, tem sido estrategicamente reduzido à uma questão econômica.

Em razão deste reducionismo, quando se discute o descumprimento das normas trabalhistas somente são colocados em destaque os custos do seu cumprimento, o que é realçado pelos partidários do sistema neoliberal, e a necessidade de satisfazer os créditos correspondentes aos direitos que asseguram aos trabalhadores, diante da sua natureza alimentar, por estarem vinculados à sobrevivência do trabalhador e sua família, o que é ressaltado por aquele que pugnam pela satisfação destes créditos.

Desse modo, a falta de efetividade dos direitos trabalhistas, inclusive fundamentais, é reduzida a um problema econômico. Por esta razão, inclusive, a atuação do Poder Judiciário na tutela de tais direitos se dá, via de regra, de forma sucessiva reparatória, ou seja, ele é provocado para reparar o dano patrimonial decorrente do desrespeito aos direitos trabalhistas.

No entanto, não se pode olvidar que, além de transcendência econômica, o Direito do Trabalho possui transcendência humana, social e política, o que conduz à conclusão de que a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas e o seu descumprimento possuem, além de transcendência econômica, transcendência humana, social e política.

É inegável que o Direito do Trabalho reconhece aos trabalhadores direitos que visam assegurar o acesso aos bens aptos à garantia do atendimento das necessidades básicas próprias e familiares. Daí a transcendência econômica do Direito do Trabalho.

Contudo, a finalidade do Direito do Trabalho é tutelar e promover a dignidade humana daqueles que dependem da alienação da sua força de trabalho e da manutenção do contrato de trabalho para atender às necessidades básicas próprias e familiares, o que faz assegurando o acesso a bens indispensáveis para uma vida conforme a dignidade humana. O Direito do Trabalho busca assegurar não apenas a sobrevivência física do trabalhador e sua família, mas persegue a criação de condições que assegurem uma vida conforme a dignidade humana. Apresenta-se, assim, a transcendência humana do Direito do Trabalho.

Cumpra registrar que o Direito do Trabalho não é apenas uma opção centrada na proteção do contratante mais débil, mas “[...] uma crítica humanista à ‘insensibilidade social’ do direito civil” (ABRANTES, 2004, p. 409), o que resulta na afirmação da dignidade humana do trabalhador e no reconhecimento da necessidade de sua tutela e promoção.

O trabalho humano é um dos fatores de produção de riqueza e da sua distribuição devem participar, da forma mais equitativa possível, todos aqueles que para ela contribuem. Desse modo, uma das funções primordiais do Direito do Trabalho é a distribuição da riqueza gerada pelo trabalho humano, o que lhe atribui a condição de instrumento de realização da justiça social, entendida esta como garantia de participação de todos nos benefícios do progresso econômico, social e cultural. Surge, desse modo, a transcendência social do Direito do Trabalho.

Neste sentido, Camerlynck e Lyon-Caen (1969, p. 26) sustentam que o Direito do Trabalho é “[...] um direito cuja razão de ser é a melhoria das condições de vida e de trabalho dos empregados”

e que “[...] o progresso social constitui a razão de ser do direito do trabalho. Ele é a expressão de um humanismo moderno.”

Por fim, o Direito do Trabalho procura criar as condições econômicas (estabelecimento de condições materiais de liberdade como exigência da possibilidade real de participação) e jurídicas (estabelecimento de instrumentos de participação e reconhecimento da classe trabalhadora como agente social) necessárias para a participação dos trabalhadores na tomada de decisões de política econômica e social. Salta aos olhos, destarte, a transcendência política do Direito do Trabalho.

A transcendência econômica, humana, social e política do Direito do Trabalho se comunica à efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas, o que significa que:

- a) o déficit de efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas resulta na precarização da tutela e promoção da dignidade humana, da justiça social e da democracia;
- b) a luta pela efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas não encontra justificativa apenas na necessidade de satisfazer os créditos de natureza alimentar do trabalhador. A efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas é uma exigência da dignidade humana do trabalhador, da justiça social e da democracia.

### **3 SIGNIFICADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA, ECONÔMICA, SOCIAL E POLÍTICA**

Como o artigo versa sobre a efetividade dos direitos fundamentais, cumpre esclarecer, ainda que de forma concisa, o significado e as características dos direitos fundamentais.

Direitos fundamentais são direitos inerentes à dignidade humana. Não se trata, contudo, de direitos cujo exercício decorre do simples fato de ter como titular um ser humano.

Com efeito, como adverte Flores (2016):

Falar de dignidade humana não implica falar de um conceito ideal ou abstrato. A dignidade humana é um fim material. Um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja ‘digna’ de ser vivida [...]. A dignidade consiste na obtenção de acesso igualitário aos bens tanto materiais como imateriais que se foram conseguindo no constante processo de humanização do ser humano [...]. Viver com dignidade [...] em termos materiais significa gerar processos igualitários de acesso aos bens materiais e imateriais que conformam o valor da ‘dignidade humana’.

Nesse compasso, a real titularidade dos direitos fundamentais trabalhistas pressupõe o acesso aos bens materiais e imateriais que conformam o valor da dignidade humana.

Os direitos fundamentais “são direitos básicos da pessoa” (dimensão subjetiva) e constituem a “[...] base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade” (dimensão objetiva) (MIRANDA, 1998, p. 9-10). Assim, além de serem direitos subjetivos, situação em que definem o “estatuto jurídico dos cidadãos” (LUÑO, 2007, p. 22), os direitos fundamentais possuem dimensão objetiva, assumindo, neste momento, a condição de princípios. Como princípios (dimensão objetiva), os direitos fundamentais constituem fundamento da ordem política, econômica, social e jurídica, na medida em constituem “[...] expressão do conjunto de valores ou decisões axiológicas básicas de uma sociedade consagrados em sua normatividade constitucional.” (LUÑO, 2007, p. 21).

Os direitos fundamentais vinculam o poder público e os particulares.

Para o Poder Legislativo, a vinculação aos direitos fundamentais significa, “[...] por um lado, que a regulamentação legislativa deve ser conforme com as correspondentes normas constitucionais e, por outro lado, que as normas constitucionais não exequíveis por si mesmas devem ser concretizadas nos termos por elas próprias previstos.” (MIRANDA, 1998, p. 280).

O Poder Executivo está vinculado aos direitos fundamentais no sentido da “[...] conformação da atividade administrativa pelos preceitos e princípios constitucionais”, o que significa que “[...] são nulos e não anuláveis (portanto, não sanáveis e impugnáveis a todo tempo) os atos administrativos ofensivos a direitos, liberdades e garantias, tomados estes segundo o conteúdo essencial decorrente dos preceitos da Constituição (e dos preceitos legais regulamentadores com eles conforme).” (MIRANDA, 1998, p. 281).

Em relação ao Poder Judiciário, esta vinculação é positiva, no sentido da “[...] sua interpretação, integração e aplicação de modo a conferir-lhes a máxima eficácia possível”, e negativa, o que exige a “[...] não aplicação dos preceitos legais que não os respeitem.” (MIRANDA, 1998, p. 284).

Os direitos fundamentais, embora na sua origem tenham sido concebidos para incidir na relação entre particular e Estado, também vinculam os particulares, observando-se que eles representam um limite ao poder e não se pode negar que a relação de trabalho é uma relação de poder.

Os direitos fundamentais são universais, no sentido de que o seu gozo deve ser assegurado a todos trabalhadores, de forma igual, na medida em que não podem “[...] ser estudados à margem da ideia de igualdade. Eles postulam uma atribuição não apenas universal como também igual.” (MIRANDA, 1998, p. 201).

O Direito do Trabalho surgiu e se desenvolveu em razão da intervenção do Estado na relação capital-trabalho e da ação coletiva dos trabalhadores, o que fez com que adotasse um modelo que é, ao

mesmo tempo, concessivo (direitos são concedidos aos trabalhadores pelo Estado) e aquisitivo (direitos são adquiridos pelos trabalhadores em razão da sua ação coletiva).

Distanciando-se do Direito Civil, o Direito do Trabalho adota como ponto de partida o reconhecimento da desigualdade de poder entre empregadores e trabalhadores e a necessidade de limitação da autonomia, tanto individual das partes do contrato de trabalho, quanto coletiva, ou seja, dos entes coletivos (empresas e sindicatos).

Para combater a disparidade de poder entre empregadores e trabalhadores e limitar a autonomia individual e coletiva, o Direito do Trabalho atribui aos trabalhadores direitos considerados indispensáveis a uma vida verdadeiramente digna.

José Carlos Vieira de Andrade aduz que existe “[...] um momento comum, característico e caracterizador da ideia de direitos fundamentais ao longo dos tempos, que é [...] a proteção da dignidade da pessoa contra os perigos que sempre resultam das estruturas de poder na sociedade.” (ANDRADE, 2006, p. 69). Esta ideia dos direitos fundamentais coincide com a essência do Direito do Trabalho, que é a tutela e promoção da dignidade humana de quem depende da alienação da sua força de trabalho para garantir o atendimento das necessidades básicas próprias e familiares e que se encontra, na prestação de serviços, subordinado ao empregador (tem-se, aqui, o poder da necessidade e o poder do empregador, em relação aos quais o trabalhador é protegido).

O Direito do trabalho possui, ainda, transcendência social, diante da sua contribuição para a realização da justiça social, o que não é estranho à ideia dos direitos fundamentais, visto que o seu gozo efetivo constitui condição de possibilidade da justiça social.

Não se olvide, ainda, a transcendência política do Direito do Trabalho, decorrente da sua participação na construção da democracia, o que também não é estranho à ideia dos direitos fundamentais, observando-se que estes

[...] podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político. (SARLET, 2007, p. 61).<sup>1</sup>

Nota-se, assim, a estreita relação entre Direito do Trabalho e direitos fundamentais. No entanto, como direitos fundamentais são direitos assegurados pela Constituição, era necessário o reconhecimento formal da existência de direitos fundamentais trabalhistas, o que ocorre no processo de constitucionalização do direito do trabalho.

No desenvolvimento de seu papel protetor da dignidade humana e de instrumento da justiça social e da democracia, o Direito do Trabalho foi constitucionalizado, operando-se, com isso, a sua constitucionalização.

Abre-se um parêntese para esclarecer que a expressão constitucionalização do Direito do Trabalho possui duplo sentido. Com efeito, a constitucionalização de um ramo do Direito é um processo, que tem como ponto de partida a inclusão de regras e princípios que o compõem na Constituição e que é totalmente realizado quando as regras e princípios constitucionais irradiam sobre todo o ordenamento jurídico, no momento da sua criação (processo legislativo e negocial), interpretação (processo judicial e análise e crítica doutrinária) e aplicação (administrativa e judicial), bem como sobre as concretas relações individuais e coletivas de trabalho (conformação das rela-

---

<sup>1</sup> Esta lição doutrinária afasta qualquer dúvida a respeito da relação entre Direito do Trabalho e democracia, que é intermediada, principalmente, pelos direitos fundamentais inerentes ao trabalho: os direitos fundamentais trabalhistas criam as condições necessárias para a participação dos trabalhadores na conformação da ordem social, econômica e jurídica.

ções de trabalho pela constituição do trabalho), isto é, quando ocorrer constitucionalização substancial do Direito do Trabalho.

Neste contexto, a inclusão de regras e princípios de Direito do Trabalho na Constituição corresponde ao início do processo de sua constitucionalização, isto é, a constitucionalização formal do Direito do Trabalho, o que faz surgir a constituição do trabalho. Este processo, para ser completo, exige que às regras e aos princípios constitucionais, inclusive de Direito do Trabalho, irradiem sobre todo o ordenamento jurídico laboral, qual seja, com a constitucionalização substancial do Direito do Trabalho.

A constitucionalização substancial do Direito do Trabalho é uma exigência da força expansiva ou irradiante da Constituição em relação ao sistema político, econômico, jurídico e social, visto que “[...] um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida [...], capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais.” (GUSTINI, 2009, p. 49). Ademais, somente com a constitucionalização substancial do Direito do Trabalho é que estará garantida a efetividade dos direitos por ela assegurados aos trabalhadores.

Realizado este registro, cumpre observar que a constitucionalização formal do Direito do Trabalho pode ter distintos alcances.

É que a constitucionalização formal do Direito do Trabalho pode significar a inclusão de suas regras e princípios na Constituição ou a inclusão de suas regras e princípios dentre aqueles que, na Constituição, asseguram direitos fundamentais. Dá-se, nesta hipótese, o que pode ser denominado constitucionalização qualificada do Direito do Trabalho.

A partir da Constituição da República de 1988 é lícito afirmar que o Direito do Trabalho foi formalmente constitucionalizado, mas de forma qualificada, ou seja, suas regras e princípios foram incluídas no texto constitucional no Título reservado aos direitos fundamentais.

Daí a conclusão de que vários direitos assegurados pelo Direito do Trabalho são direitos fundamentais.

E, considerando as funções da Constituição no ordenamento jurídico e nas relações sociais, pode ser afirmado que a constitucionalização do Direito do Trabalho tem, entre outras, as seguintes consequências:

- a) a localização das suas normas (regras e princípios) no centro da ordem jurídica;<sup>2</sup>
- b) o condicionamento da definição do conteúdo possível das normas jurídicas (constitucionalização como definição do conteúdo de normas jurídicas);<sup>3</sup>
- c) a imposição da interpretação das normas infraconstitucionais em sintonia com as normas e princípios constitucionais (constitucionalização como exigência de transformação do Direito segundo os valores e fins constitucionalmente estabelecidos);
- d) vinculação da atuação dos órgãos do Poder Judiciário (constitucionalização como condicionamento formal e substancial da solução dos conflitos decorrentes da relação de trabalho);
- e) imposição do respeito das regras e princípios que a compõem no contexto das relações individuais e coletivas de trabalho (constitucionalização da relação individual e coletiva de trabalho ou horizontalização dos direitos fundamentais trabalhistas);

---

<sup>2</sup> Com isto, o Direito do Trabalho assume a condição de elemento constitutivo da ordem constitucional global.

<sup>3</sup> A Constituição impõe limites e vínculos substanciais ao legislador ordinário. Dentre tais valores vale lembrar a liberdade, a igualdade, a justiça, a solidariedade e o pluralismo jurídico

f) restabelecimento da força normativa das regras e princípios que compõem o direito do trabalho eventualmente afetados por medidas flexibilizadoras, de natureza legislativa ou negocial (constitucionalização como reconstrução do Direito do Trabalho a partir do reconhecimento de força normativa da Constituição);

g) condicionamento da análise e crítica doutrinária do Direito do Trabalho;

h) estabelecimento, para o Estado do dever de não impedir ou criar embaraços ao gozo dos direitos inerentes ao trabalho (dever de respeito), impedir que terceiros impeçam ou criem embaraços ao seu gozo (dever de proteção), criar as condições necessárias para que o seu titular possa exercê-lo em sua plenitude (dever de realização concreta) e de estabelecer instrumental processual apto à sua adequada e efetiva tutela jurisdicional (dever de garantia).

Anote-se que os direitos inerentes ao trabalho, por terem sido alçados à condição de direitos fundamentais, passam a ser alcançados pela proteção resultante da técnica de autodefesa da Constituição (controle de constitucionalidade das leis e atos normativos) e das cláusulas pétreas (que implicam retirar do constituinte derivado o poder de suprimi-los).

Recorde-se que Direito do Trabalho estará plenamente constitucionalizado quando a constituição do trabalho condicionar a validade e o conteúdo das normas que compõem o Direito do Trabalho, se inserir no contexto da interpretação e aplicação destas normas no processo de solução de conflitos de interesses, incidir nas relações individuais e coletivas de trabalho e compor o universo doutrinário relativo a este ramo do Direito. Destarte, somente quando a constituição do trabalho exercer plenamente todas as suas potencialidades

é que se passará da constitucionalização formal para a constitucionalização substancial do Direito do Trabalho e que se produzirão as consequências acima apontadas.

Anote-se que, à luz da Constituição de 1988, pode ser afirmado que constituem direitos fundamentais trabalhistas, dentre outros: 1) ao trabalho e ao lazer (art. 6º); 2) à melhoria da condição social (art. 7º, caput); 3) à segurança no emprego ou à relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I); 4) ao salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais individuais e familiares com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (art. 7º, IV) e de garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebam remuneração variável (art. 7º, VII); 5) a piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (art. 7º, V); 6) à irredutibilidade do salário, salvo disposto em convenção ou acordo coletivo; 7) à proteção do salário (art. 7º, X); 8) à participação nos lucros ou resultados (art. 7º, XI); 9) de participação na gestão da empresa (art. 7º, XI); 10) à duração razoável da jornada de trabalho (arts. 6º e 7º, XIII e XIV); 11) ao repouso semanal remunerado (art. 7º, XV); 12) ao gozo de férias remuneradas com, pelo menos um terço a mais do que o salário normal (art. 7º, XVII); 13) à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, a seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, e à reparação de danos resultantes de acidentes de trabalho (art. 7º, XXII e XXVIII); 14) de participação na conformação da ordem jurídica (arts. 7º, XXVI, e 114, § 2º).

Todos estes direitos são, certamente, de suma relevância, mas um deles merece destaque especial, qual seja, o direito ao trabalho.

Primeiro, porque da leitura dos arts. 7º a 11 da Constituição resulta que vários direitos assegurados aos trabalhadores têm como

pressuposto a existência de uma relação de emprego, o que é deixado claro, por exemplo, pelo inciso XXXIV do art. 7º da Constituição.

Isto significa que, quanto maior o desemprego e a informalidade, maior a ausência de efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas, o que é agravado pelo fato de ter sido ultrapassada, em termos globais, a situação de existência de exército de mão-de-obra de reserva (trabalhadores que podem, ao menos em tese, ser incluídos no mercado de trabalho), para alcançar a existência de um exército de mão-de-obra desnecessária (excedente de trabalhadores ou trabalhadores sem possibilidade de inclusão no mercado de trabalho).

Segundo, porque o direito ao trabalho não só foi constitucionalmente reconhecido, como integra o catálogo dos direitos fundamentais, ou seja, foi considerado um direito inerente à dignidade humana.

Terceiro, porque, além de ser um direito fundamental, o direito ao trabalho é um direito humano, como tal reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XXIII, 1).

O fato de a Constituição adotar como princípio a livre iniciativa (art. 1º, IV) não impede, por si só, negar a existência do direito ao trabalho. Tanto isto é verdade, que situações existem em que a empresa está obrigada a contratar, como se dá em relação aos aprendizes e portadores de necessidades especiais, ao passo que, em outras, ao empregado é assegurada a continuidade da relação de emprego, o que implica, para o empregador, o dever de sua manutenção (hipóteses de estabilidade no emprego).

Na Constituição de 1988, o direito ao trabalho é reconhecido na dimensão individual, o que contempla o direito de acesso a um posto de trabalho (art. 6º, caput), o direito à educação e à formação para o trabalho (arts. 205, 214, IV, e 227, §3º, I a III), o direito à manutenção do posto de trabalho alcançado (arts. 6º, caput, e 7º, I), direito à não discriminação em matéria de admissão ou permanência no emprego (arts. 3º, IV, 7º, XX e XXX) e o direito de não se sujeitar à sindicalização como condição para a contratação (art. 8º, V), e na di-

mensão coletiva, que é traduzida pelo direito à adoção de políticas públicas voltadas ao implemento do pleno emprego (arts. 6º e 170, VIII).

Sarlet (2007, p. 603) afirma que o direito ao trabalho assume, como os demais direitos fundamentais, função positiva e negativa, asseverando que

[...] na sua função positiva o direito ao trabalho poderá não implicar um direito subjetivo a um lugar de trabalho (um emprego) remunerado na iniciativa privada ou disponibilizado pelo Poder Público, mas certamente se traduz na exigência (no dever constitucional) de promover políticas de fomento da criação de empregos (postos de trabalho), de formação profissional e qualificação do trabalhador, entre outras tantas que poderiam ser referidas e que vão veiculadas por lei ou programas governamentais ou mesmo no setor privado e que, o direito à proteção do trabalho e do trabalhador se decompõe [...] em um leque de normas atributivas de direitos, liberdades e garantias do trabalhador, bem como por meio de um conjunto de princípios e regras de cunho organizacional e procedimental, como é o caso do direito a um salário mínimo, da garantia de determinada duração da jornada de trabalho, proibições de discriminação, liberdade sindical e direito de greve, que, no seu conjunto, asseguram um direito ao trabalho em condições dignas.

Giubboni (2016) aduz que o direito ao trabalho constitui o “‘príncipe’, ‘arquetipo’ dos direitos sociais” e possui multiplicidade significativa, resultante desta sua natureza de direito social, podendo ser considerado como:

a) direito social a prestação pública: sob este prisma, o direito ao trabalho atua como “norma a um tempo de princípio e programática”, como “diretiva em matéria de política ocupacional, ‘como pretensão dos cidadãos a um comportamento dos poderes públicos que, desenvol-

vendo o programa previsto pela norma, realizem condições de pleno emprego””, implicando, portanto, para o Estado, a “responsabilidade de criar as condições para que todos os cidadãos tenham a concreta oportunidade de viver dignamente e livre de necessidades, graças, em particular, à ocupação estável no trabalho subordinado, como vínculo privilegiado de construção da própria cidadania social”;

b) direito de liberdade negativa: o direito ao trabalho se apresenta como “verdadeiro e próprio direito constitucional de liberdade. Esse se concretiza em uma situação jurídica (imediatamente acionável) de liberdade (negativa) da interferência ou imposição externa, proveniente indiferentemente dos poderes públicos ou privados, no acesso ao trabalho”. Nesta sua dimensão negativa, o direito ao trabalho se manifesta como “liberdade de desenvolver um trabalho ou uma profissão autonomamente escolhido”;

c) direito de liberdade positiva: trata-se do direito de “ascender ao trabalho e de manter o trabalho obtido sem sofrer a interferência abusiva ou discriminatória dos poderes públicos ou privados”. Neste sentido, o direito ao trabalho, como ‘direito de trabalhar’, é ‘um direito da pessoa, entendida como pessoa social’, que vai além da mera dimensão da liberdade negativa”.

Feitos estes registros, cumpre observar, ainda tendo em conta a Constituição de 1988, que também fazem parte da constituição do trabalho, por incidirem na relação de trabalho, as regras e princípios que asseguram o direito à dignidade (art. 1º, III),<sup>425</sup> à ordem juslaboral justa (art. 3º, I),<sup>526</sup> à vida, à liberdade, à igualdade, à se-

---

<sup>4</sup> O direito à dignidade compreende, como permitem afirmar os arts. 3º, IV, 5º, caput e incisos I, III, V, VI, VIII, X e XII, 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), e II, VI e XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito de estar a salvo de qualquer tratamento cruel, desumano, degradante, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, discriminatório, de ser reconhecido como pessoa e ao livre desenvolvimento da personalidade.

<sup>5</sup> <sup>26</sup> Como tal pode ser entendida a ordem jurídica em que é respeitada a condição de pessoa e cidadão do trabalhador, o direito ao trabalho, à duração razoável da jornada de trabalho e à justa remuneração, por exemplo,

gurança e à propriedade (art. 5º, caput), à igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I), à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV), à indenização por dano material, moral e à imagem (art. 5º, V), à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X), ao sigilo de correspondência e das comunicações, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII), à saúde e à segurança (art. 6º).<sup>627</sup> A hipótese é de direitos fundamentais trabalhistas inespecíficos, ou seja, de direitos fundamentais reconhecidos ao trabalhador na qualidade de pessoa humana. Tratam-se de direitos inespecíficos na medida em que não decorrem diretamente da relação de emprego, mas, isto sim, da condição de pessoa humana do trabalhador.

#### **4 DA CORRELAÇÃO ENTRE AS VÁRIAS DIMENSÕES DO DIREITO DO TRABALHO, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS**

Luigi Mariucci (2005, p. 1) chama a atenção para o fato de que “o direito do trabalho mais do que qualquer outro ramo do direito é condenado à concretude”.

A necessidade de concretude do Direito do Trabalho ganha especial relevo em razão:

- a) da sua transcendência humana, transcendência social e transcendência política.

---

<sup>6</sup> Esta previsão constitucional consagra o direito ao respeito. Combinados o art. 5º, caput e incisos I, IV, V, X, XII e XVII e 6º da Constituição com o art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, conclui-se que o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da segurança (individual, social e econômica), da propriedade, da igualdade entre homens e mulheres, da livre manifestação do pensamento, da intimidade, da vida privada, da hora, da imagem, do sigilo de correspondência e das comunicações, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, da identidade, da autonomia, dos valores, ideais, crenças, espaços e objetos pessoais, da segurança e de associação.

Desse modo, o debate sobre a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas não pode ser limitado ao campo restrito da satisfação dos créditos a eles correspondentes. Mais do que uma questão econômica, a efetividade de tais direitos envolve a qualidade da tutela e promoção da dignidade humana, da justiça social e da democracia.

b) da natureza fundamental de vários direitos que assegura aos trabalhadores.

Os direitos fundamentais, na sua dimensão objetiva, atuam como princípios orientadores da própria conformação da ordem jurídica. Por consequência, o déficit de efetividade dos direitos fundamentais significa o déficit da própria força normativa da Constituição.

Consoante Camerlynck e Lyon-Caen (1969, p. 3), durante muito tempo, prevaleceu um conceito abstrato e formal do Direito do Trabalho, considerado como “[...] um direito regente das relações individuais e coletivas de duas partes consideradas como iguais e simétricas”, que desconsiderava o dinamismo interno da relação de emprego, mas o Direito do Trabalho não é “[...] um direito das essências, mas das existências.”

Neste contexto, a titularidade abstrata dos direitos fundamentais trabalhistas deve ser substituída pela sua realização concreta, devendo a proteção e tutela da dignidade humana, a realização da justiça social e a construção da democracia saírem do mundo abstrato para povoar o mundo das existências.

Como adverte Baylos (1999, p. 116-118), a empresa

[...] também é uma organização que exerce poder privado sobre as pessoas. Poder social e econômico, mas também técnico-jurídico, que se realiza através do reconhecimento a um sujeito, em uma relação de débito e crédito, de poderes e faculdades negadas a outro, ou seja, poder de impor juridicamente ao outro as próprias

decisões. Na empresa, configura-se uma verdadeira 'autoridade' privada simbolizada no 'âmbito de organização e direção do empresário'.

A relação entre capital e trabalho é, assim, uma relação de poder.

Por consequência, quanto mais debilitado o Direito do Trabalho e carentes de efetividade os direitos que ele assegura ao trabalhador, notadamente os de status fundamental, mais se acentua o poder do capital e ganha força o princípio do mercado, segundo o qual o trabalho é uma mercadoria.

## 5 CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho possui transcendência econômica, transcendência humana, transcendência social e transcendência política, as quais se comunicam à efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas e, por consequência, ao seu desrespeito.

A efetividade dos direitos fundamentais não se resume ao campo abstrato, ou seja, ao reconhecimento normativo da sua titularidade, mas pressupõe o acesso aos bens materiais e imateriais que conformam o valor da dignidade humana.

A luta pela efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas não encontra justificativa apenas na necessidade de satisfazer os créditos de natureza alimentar do trabalho.

A efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas é uma exigência da dignidade humana do trabalhador, da justiça social e da democracia.

É principalmente em tempos de crise econômica que os direitos fundamentais trabalhistas devem ter a sua efetividade ainda mais realçada, para que o econômico não subordine a tutela da dignidade humana, a realização da justiça social e a construção de democracia,

isto é, que a dignidade humana, a justiça social e a democracia não sejam colonizadas pela economia.

O déficit de efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas resulta na precarização da tutela e promoção da dignidade humana, da justiça social e da democracia, assim como desprestígio da força normativa da Constituição e contra ele é preciso lutar, com todas as forças.

## REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. *A autonomia do direito do trabalho, a constituição do trabalho laboral e o artigo 4º do Código do Trabalho*. In: Estudos de Direito do Trabalho em homenagem ao professor Manuel Alonso Olea. Coimbra: Almedina, 2004. p. 409-431.

ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006.

BAYLOS, Antonio, *Direito do trabalho: modelo para armar*. Tradução Tarso Genro. São Paulo: LTr, 1999.

CARMERLYNCH; C. H.; LYON-CAEN, Gérard. *Droit du travail*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1969.

FAVOREU, Louis Joseph. La constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. 12, p. 31-43, ago. 2001.

FLORES, Joaquim Herrera. La complejidad de los derechos humanos: bases teóricas para una definición crítica. *Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*. Disponível em <<http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/rights/herrera/indez.htm>>. Acesso em: 11 maio 2016.

GALLINO, Luciano. *Il lavoro non è una mercê: contro la flessibilità*. Bari: Editori Laterza, 2007.

GIUBBONI, Stefano. *Il primo dei diritti social*. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordenamento europeu. Disponível em <[http://aei.pitt.edu/13686/1/giubboni\\_n46-2006int.pdf](http://aei.pitt.edu/13686/1/giubboni_n46-2006int.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2016.

GUASTINI, Riccardo. La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: o caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2009.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. Madri: Tecnos, 2007.

LYON-CAEN, Gérard; CARMERLYNCH; C. H. *Droit du travail*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1969.

MARIUCCI, Luigi. Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro. In Working Papers. *Centro di studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D’Antona*, n. 52, p. 140, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998.

ROMAGNOLI, Umberto. Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail. In: JEAMMAUD, Antoine (Coord.). *Le droit du travail confronte à l’économie*. Paris: Dalloz, 2005.

ROMAGNOLI, Umberto. *Os juristas do trabalho ante a globalização*. In: Impactos da globalização: relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa. São Paulo: LTr, 2001. p. 21-31.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUPIOT, Alain. Introducción a las reflexiones sobre el trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, v. 115, n. 6, p. 658-669, 1996.



# TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM, A PARTIR DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO: AVANÇO OU RETROCESSO SOCIAL?

Luiz Carlos Segala\*  
Francine Cansi\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

A terceirização da atividade-fim consiste na possibilidade da empresa transferir a responsabilidade trabalhista para um terceiro intermediador de mão de obra. Já o direito fundamental ao trabalho digno é o direito que o trabalhador possui de não exercer atividade degradante e sim exercer trabalho que possibilite sua ascensão pessoal e social, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios do direito do trabalho. O estudo buscará avaliar se a terceirização da atividade-fim viola o direito fundamental ao trabalho na ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como analisar se a terceirização da atividade-fim da empresa constitui conquista laboral ou um retrocesso trabalhista.

## 2 ASPECTOS SOBRE TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Está em voga o debate sobre a terceirização no direito do trabalho, atualmente o Tribunal Superior do Trabalho - TST rege a matéria através da Súmula 331, - com redação atualizada em 2011

\* Desenvolve pesquisas na área do Direito com ênfase em Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Direitos Sociais. Excelência em Cálculos Trabalhistas pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc.

\*\* Mestre em Desenvolvimento Regional: Estado Instituições e Democracia-(UNISC/RS. Docente de Graduação e Pós-Graduação. Pesquisa as Relações de Trabalho no Âmbito do Mercosul com ênfase nos Direitos Humanos e Sociais do Trabalho, Direitos Humanos, Direito Constitucional, Direito Internacional e Desenvolvimento.

\*\* Mestre em Desenvolvimento Regional: Estado Instituições e Democracia-(UNISC/RS. Docente de Graduação e Pós-Graduação. Pesquisa as Relações de Trabalho no Âmbito do Mercosul com ênfase nos Direitos Humanos e Sociais do Trabalho, Direitos Humanos, Direito Constitucional, Direito Internacional e Desenvolvimento.

- que trata de normatizar os limites da terceirização até então considerada lícita.

O Tribunal Superior do Trabalho - TST sumulou o entendimento de que é possível a terceirização de atividades temporárias e das atividades-meio da empresa, a exemplo do setor de conservação e limpeza e serviços de vigilância. O TST tratou também de dispor sobre a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços e do instituto da terceirização quando utilizado pela Administração Pública.

Conforme observado, o Tribunal Superior do Trabalho - TST não autorizou a terceirização da atividade-fim da empresa, tratou de considerar tal prática ato ilícito.

A Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho - TST, criada pela Resolução nº 4 de 1986 já tratava de limitar a terceirização de serviços, atualmente encontra-se cancelada e substituída pela Súmula 331.

Percebe-se que por muito tempo as empresas buscam utilizar livremente o instituto da intermediação de mão de obra. Após 1986, quando restou sumulado o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho - TST, o Judiciário brasileiro tomou conhecimento de diversas práticas adotadas pelas empresas tomadoras de serviços e também pelas empresas terceirizadas.

Atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar - PLC 30 que trata da liberação da terceirização da atividade-fim das empresas.

O instituto da terceirização enseja uma abordagem aprofundada, visto que grandes estudiosos do tema divergem sobre a sua legalidade.

O tema é de fundamental relevância, pois tanto socialmente quanto academicamente pairam dúvidas e incertezas quanto aos possíveis reflexos na vida do trabalhador e na própria sociedade, tanto a curto, médio e a longo prazo.

Na perspectiva social, sabe-se que o trabalho não deve ser abordado como mercadoria ou como objeto, — não se admite, à luz

dos princípios que regem o direito laboral e o direito fundamental do trabalhador à sua dignidade, a coisificação do trabalhador, o aluguel da sua força de trabalho por outrem (RESENDE, 2014, p. 197). Ou seja, o direito busca proteger o hipossuficiente e evitar a mercantilização da mão de obra.

O vínculo tradicional de emprego é marcado pela relação bilateral, existindo duas partes, de um lado o empregador, e de outro lado o empregado. Em contrapartida, na terceirização existe uma terceira parte, conhecida como empresa terceirizada, àquela que contrata o trabalhador e o intermedia diante do tomador de serviços, existindo assim uma relação trilateral: “O modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral.” (DELGADO, 2015, p. 473).

Desde a normatização da terceirização da atividade-meio, muito se debate sobre o tema, especialmente sobre os aspectos sociais inerentes ao instituto, sobretudo no que tange a condição de trabalho, remuneração e perdas trabalhistas. Conforme Bomfim, — a subcontratação de empregados contraria a finalidade do direito, seus princípios e sua função social e, por isso, constitui exceção [...] (BOMFIM, 2014, p. 481).

Com o advento da já superada Súmula 256 do TST em 1986, até a atual Súmula 331 do TST, muito já se discutiu sobre a restrição da terceirização da atividade-meio e sobre sua ampliação à atividade-fim. Ocorre, que, —o judiciário não encontrou outra saída a não ser a de corroborar com a nova tendência, ampliando as hipóteses de terceirização, o que pode ser observado pelo cancelamento da Súmula 256 do TST e consequente edição da Súmula 331 do TST (BOMFIM, 2014, p. 482).

Verifica-se que o Judiciário tratou de normatizar um assunto até então não legislado. Acabou por estabelecer os limites da terceirização, sinalizando quais as atividades passíveis de intermediação

de mão de obra, estabelecendo a responsabilidade subsidiária do tomador e fixando as especificidades do instituto quando utilizado pela Administração Pública pela atual Súmula 331.

Desde 1986 quando da edição da Súmula 256 do TST até a presente Súmula 331 revisada em 2011, percebe-se que com o passar do tempo o TST foi aumentando o rol de atividades passíveis de terceirização. Importante ressaltar que —sempre haverá uma tendência ao cometimento de abusos por parte das empresas. Toda organização empresarial busca primordialmente lucros, e somente a intervenção do Estado costuma ser capaz de evitar que essa sacrifique valores maiores (PAULO; ALEXANDRINO, 2013, p. 78). Perfaz-se neste aspecto a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nota-se que o setor empresarial insiste constantemente na liberação da terceirização, na ampliação da possibilidade de intermediação de mão de obra também para a atividade-fim da empresa, com o argumento de que essa permissão acarretará a especialização do serviço prestado pelo empregado e conseqüentemente em melhor remuneração.

O Projeto de Lei Complementar - PLC 30 trata especificamente de regulamentar e autorizar a terceirização da atividade-fim. Verifica-se na literalidade do texto esse claro objetivo:

Art. 1º Esta Lei regula os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes. [...]

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: I - terceirização: a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei [...]<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Projeto de Lei Complementar - PLC 30. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>> Acesso em: 02 de março de 2016.

Conforme se percebe, a tentativa é efetivamente autorizar a terceirização da atividade-fim por meio de lei infraconstitucional, além, é claro, de regulamentar a intermediação de mão de obra pela terceirização da atividade-meio já praticada e tida como lícita pelo judiciário. De forma mais clara e abrangente, Delgado (2015, p. 484) estabelece que a terceirização encontra-se limitada pela ordem constitucional vigente, pois os princípios e as regras magnas asseguram ao trabalhador, e por consequência à sociedade, a observância da dignidade humana, a valorização do trabalho, além da construção de uma sociedade livre, justa e solidária com o objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização.

Nesta lógica, se é verdadeiro que —não cabem fórmulas de utilização do trabalho que esgarcem o patamar civilizatório mínimo instituído pela ordem jurídica constitucional e legal do país (DELGADO, 2015, p. 484), clara é a relevância do presente estudo, haja vista a divergência jurisprudencial e doutrinária sobre o tema.

### **3 DIVERGÊNCIA SOBRE O INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO**

Inicialmente, para melhor compreensão e desenvolvimento do tema aqui abordado, compete demonstrar a divergência existente sobre o instituto da terceirização das atividades-fim das empresas. Em fevereiro de 2016 o novo presidente do Tribunal Superior do Trabalho - TST, Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho concedeu entrevista ao jornal —O Globo, dentre vários temas comentados na entrevista, um deles foi seu posicionamento pessoal sobre o instituto da terceirização da atividade-fim. Na oportunidade o jornal mencionou o entendimento sumulado pelo TST sobre a terceirização, lembrando que no Tribunal, como regra, está pacificada a impossibilidade de terceirização da atividade-fim. Ao ser indagado sobre sua opinião pessoal, proferiu o Ministro a seguinte resposta:

Não adianta ficar com briga ideológica de que não pode terceirizar na atividade fim, só meio. Não existe mais a empresa vertical, em que você tem do diretor ao porteiro, todo mundo faz parte do quadro da empresa. Hoje, você funciona com cadeia produtiva. A gente precisa urgentemente de um marco regulatório. [...]²

A entrevista do ilustre Ministro presidente do TST foi divulgada no dia 28 de fevereiro de 2016, de imediato, no dia 29 de fevereiro de 2016, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA emitiu nota oficial comentando os temas abordados pelo Ministro. Vale destacar o seguinte comentário tecido pela ANAMATRA quanto o papel institucional da Justiça do Trabalho no Brasil:

Não pode a ANAMATRA deixar de registrar, entretanto, que [...] pontos das convicções esboçadas na entrevista ao “O Globo” não se identificam com o pensamento majoritário da Magistratura do Trabalho e nem com aquele dominante no âmbito da Corte Superior Trabalhista, notadamente quando se diz sobre os rumos do Direito do Trabalho no Brasil, e menos ainda quanto ao papel institucional da Justiça Especializada ou quanto ao perfil de seus juízes.<sup>3</sup>

Após afirmar que as opiniões emitidas pelo Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho não estão em convergência com o posicionamento majoritário da Magistratura do Trabalho, e que vai de encontro ao pensamento dominante da Corte Superior Trabalhista, a

---

<sup>2</sup> Entrevista concedida ao jornal O Globo com o título: Presidente do TST defende flexibilização das Odefendeflexibilizacao-das-leis-trabalhistas-18766412>. Acesso em: 19 mar. 2016.

<sup>3</sup> Nota oficial emitida pela ANAMATRA com o seguinte título: –ANAMATRA divulga nota sobre a entrevista do presidente do TST ao O Globo. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-divulga-nota-sobre-a-entrevista-dopresidente-do-tst-ao-o-globo>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

ANAMATRA também teceu comentário sobre a convicção do novo presidente do TST quanto ao instituto da terceirização da atividade-fim:

Não por outras razões, em vários Congressos da Magistratura do Trabalho (CONAMATs), há anos, os juízes participantes defendem e aprovam teses que rejeitam a terceirização em atividades essenciais da empresa, como forma de evitar a lesão contumaz aos direitos fundamentais dos empregados; e, na mesma linha, afirmam o princípio da progressividade e da não-regressividade dos direitos sociais, como dispõem o artigo 7º, XXVI, combinado com o art. 114, § 2º, da CF e com o art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica.<sup>431</sup>

Do exposto, vislumbra-se a divergência entre estudiosos do tema, por um lado o novo Ministro presidente do TST, assim como parte da jurisprudência e da doutrina defendem a liberação da terceirização da atividade-fim da empresa, e de outro lado a associação representante dos magistrados do trabalho e a maioria da doutrina e jurisprudência posicionam-se contra a terceirização da atividade-fim, entendimento este constantemente ratificado.

#### 4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Devidamente demonstrada a divergência existente, bem como a relevância do tema, importante se faz a conceituação de direito fundamental, visto ser este a base de todo o estudo a ser desenvolvido.

Sarlet (2015, p. 29), leciona que, –direitos fundamentais – são aqueles – direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivos de determinado Estado [...]

---

<sup>4</sup> Nota oficial emitida pela ANAMATRA com o seguinte título: –ANAMATRA divulga nota sobre a entrevista do presidente do TST ao O Globo. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-divulga-nota-sobre-a-entrevista-dopresidente-do-tst-ao-o-globo>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

O direito fundamental ao trabalho encontra-se disposto no artigo 6º de nossa atual Constituição Federal. No inciso III do artigo 1º encontra - se previsto um princípio basilar e fundamental para o direito brasileiro, trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao abordar a matéria, Cansi (2009, p. 91) leciona que, —é consenso na doutrina e jurisprudência que a proteção à dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o ordenamento jurídico e também a finalidade derradeira do Direito. Portanto, a leitura e interpretação do tema terceirização da atividade-fim deve ser efetuada juntamente com o direito fundamental ao trabalho, respeitando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana. Cabe aqui a seguinte premissa:

A interpretação do Direito não pode estar separada dos princípios constitucionais e, sobretudo, dos princípios que consagram os direitos fundamentais. Por isso, a doutrina atual se posiciona no sentido de que os princípios fundamentais da Constituição Federal têm caráter normativo, tendo aplicabilidade imediata como se regras fossem. (CANSI, 2009, p. 91).

Para uma melhor compreensão sobre a dignidade da pessoa humana, o seguinte conceito direcionará o presente estudo:

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

própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p. 62).

Ocorre, que até mesmo a terceirização da atividade-meio da empresa tem sido frequentemente motivo de debates e estudos por conta de seus reflexos sociais e principalmente na vida do trabalhador. Por esse motivo se torna importante trazer alguns pontos sobre a terceirização da atividade-meio, para após serem abordados alguns aspectos do Projeto de Lei Complementar - PLC 30 do Senado Federal, que trata da liberação da terceirização da atividade-fim.

A expressão terceirização resulta da ideia de terceiro que participa e fornece mão de obra para o processo empresarial. Segundo Delgado (2015, p. 473), –para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. No mesmo sentido, Garcia (2014, p. 357) ensina que, “[...] a terceirização pode ser entendida como a transferência de certas atividades periféricas do tomador de serviços, passando a ser exercidas por empresas distintas e especializadas.”

Importante frisar que a terceirização deve ser vista como exceção ao sistema normativo infraconstitucional e constitucional, nessa perspectiva, afirma Delgado que a terceirização encontra-se limitada pela atual Carta Magna especialmente pelas seguintes normas:

[...] dignidade da pessoa humana (art.1º, III), da valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, III, combinado com art. 170, caput), da busca de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), do objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III), da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art.3º, IV). (DELGADO, 2015, p. 484).

No mesmo sentido, Bomfim (2014, p. 481) estabelece que, —a subcontratação de empregados contraria a finalidade do direito, seus princípios e sua função social e, por isso, constitui-se em exceção [...]

Importante ressaltar que, por outro lado, em tempos de globalização e disputa acirrada pelo atual capitalismo, —a terceirização é um fenômeno verificado com grande frequência nos dias atuais, como forma de diminuição de custos, prestação de serviços com maiores eficiência, produtividade e competitividade [...] (GARCIA, 2014, p. 358).

Conforme verificado, colidem interesses diversos, por parte do trabalhador a perspectiva de ascensão social e melhora de condições laborais e pessoais acarretando assim na concretização de uma sociedade mais justa e igualitária, de outra banda, temos a empresa que busca aumentar sua competitividade no mercado globalizado e por consequência a obtenção de maiores lucros.

Diante de tal colisão de interesses, havendo a falta de legislação dispondo de forma clara sobre o instituto da terceirização, restou ao judiciário após milhares de provocações, consolidar seu entendimento sobre as possibilidades e limites da terceirização, sendo então editada a Súmula nº 331 pelo TST através da Resolução nº 23/1993.

A Súmula nº 331 do TST estabelece as seguintes premissas:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e

limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.<sup>5</sup>

Da análise da referida Súmula 331 do TST podem ser destacadas as seguintes características: —[...] tem-se como lícita a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102/1983), de conservação e limpeza, —bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio [...] (GARCIA, 2014, p. 361). Também tem-se como lícita a contratação de serviços terceirizados temporários, conforme Lei 6.019/1974.

Entende-se que outras formas de intermediação de mão de obra, principalmente as ligadas à atividade-fim da empresa encontram-se proibidas. É extremamente necessário distinguir atividade-

---

<sup>5</sup> Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho - TST. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM331)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

meio de atividade-fim, pois esta distinção acarretará na concepção do que atualmente é tido como lícito e regular ou ilícito e irregular.

Leciona Garcia (2014, p. 361) que, —atividade-meio é aquela de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo atividade-fim, portanto, aquela que a compõe. As premissas trazidas por Delgado sobre a definição de atividade-meio e atividade fim auxiliam na diferenciação entre as duas categorias. O eminente autor leciona que:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. (GARCIA, 2015, p. 489).

Ainda, ao tratar sobre atividade-meio, ensina o autor:

[...] atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõe a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. (DELGADO, 2015, p. 489).

Destaca-se que a classificação em atividade-meio e atividade-fim atualmente costuma ser objeto de fraude por parte de alguns empresários que buscam a redução de seus custos de forma irregular. Porém, por outro lado, ocorre que algumas empresas não sabem ao certo o que é considerado atividade essencial ou não, gerando incer-

tezas sobre —o alcance do que seja atividade-fim e atividade-meio, para fins de caracterização da sua ilicitude ou não (PESSOA, 2015, p. 96).

Um aspecto extremamente relevante no estudo da terceirização é a responsabilidade trabalhista do tomador de serviços na relação trilateral existente. Atualmente a Súmula nº 331 do TST estabelece que a responsabilidade do tomador é subsidiária, neste sentido, Delgado (2015, p. 506) ensina que, —não há dúvida de que a interpretação contida na Súmula 331, IV, abrange todas as hipóteses de terceirização veiculadas na ordem sociojurídica brasileira.

Da ilustração até aqui abordada, clara é a preocupação existente sobre a terceirização e a possível violação de direitos fundamentais sociais. Quanto a atividade-meio, existe a discussão se é importante normatizar efetivamente sua existência, para assim garantir maior segurança jurídica as partes envolvidas e, sobretudo, proteger o empregado de experiências clandestinas.

O Projeto de Lei Complementar - PLC 30 atualmente está tramitando no Senado Federal. A maior crítica sofrida pelo projeto está na liberação da terceirização da atividade-fim da empresa, tal disposição é encontrada em vários artigos do PLC, ficando clara as suas intenções.

O artigo 2º do PLC 30 dispõe que:

Art. 1º Esta Lei regula os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes. [...]

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: I - terceirização: a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei. [...] <sup>6</sup>

<sup>6</sup> Projeto de Lei Complementar - PLC 30. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>> Acesso em: 20 de março de 2016.

Conforme acima demonstrado, o projeto trata de autorizar a terceirização de qualquer das atividades da empresa tomadora de serviços, ou seja, tanto à atividade-meio quanto à atividade-fim. Ocorre que esse assunto é tão contraditório que a matéria já está tramitando desde 2004 na Câmara dos Deputados, à época tramitava com a denominação Projeto de Lei 4.330/2004,<sup>7</sup> e, após mais de dez anos ainda encontra-se em discussão, haja vista a gigante discordância da maioria dos órgãos representantes de trabalhadores, da maioria do judiciário bem como da doutrina e demais instituições. A grande preocupação é sobre os reflexos sociais da liberação da terceirização da atividade-fim, bem como da possível afronta à Constituição Federal vigente e dos princípios basilares do direito nacional, especialmente os princípios magnos e os que visam à proteção do trabalhador. Sobre o instituto e suas possíveis consequências, nobre é o ensinamento de Delgado ao lecionar que:

Insista-se que a fórmula terceirizante, caso não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país. (DELGADO, 2015, p. 515).

O posicionamento do autor é referente à terceirização da atividade-meio, porém, parte-se da mesma linha de raciocínio quanto à terceirização da atividade fim.

Ao analisar a sistemática da intermediação de mão de obra, Severo leciona que, —a prática da locação de força de trabalho foi coibida, tanto em nível mundial quanto no Brasil, em razão dos efei-

---

<sup>7</sup> Projeto de Lei - PL 4.330/2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>> Acesso em: 27 de março de 2016.

tos perversos que gera, não apenas para o trabalhador, mas para a própria comunidade (SEVERO, 2015, p. 172).

Porém, como já mencionado, existe divergência sobre o tema, Pessoa ao escrever sobre o assunto comenta que:

[...] a terceirização de parte da atividade-fim somente ocorrerá nas hipóteses pontuais de contratação de empresa efetivamente especializada, que proporcione maior eficiência produtiva. O ganho decorrente dessa medida não decorrerá da redução do valor da mão de obra, mas da especialização. (PESSOA, 2015, p. 104).

Vale mencionar que o eminente autor também reconhece que a regulamentação e liberação da atividade-fim não acabarão com as fraudes e reduções salariais, porém, segundo ele, —certamente, isso será exceção. (PESSOA, 2015, p. 105).

Ao discorrer sobre a terceirização, Severo leciona que, —qualquer redução de direitos sociais implica, em última análise, piora das condições sociais de vida da maior parte da população [...] (SEVERO, 2015, p. 180). Nessa perspectiva, à terceirização, sobretudo da atividade-fim frustra o projeto social disposto em nossa Constituição Federal.

## 5 CONCLUSÃO

Da breve explanação do conteúdo aqui abordado, oportuno ressaltar que sob os aspectos e possíveis resultados da terceirização da atividade-fim, especialmente no que tange a melhora ou piora das condições sociais resta a indagação acerca das contingências trabalhistas sob esse modo de contratação.

Ressalta-se que a responsabilidade subsidiária é que procede da Súmula 331 do TST, onde a empresa prestadora de serviços deve cumprir com as obrigações trabalhistas e, a empresa tomadora de serviços também o fará. Por outro lado, a terceirização coopera

muito para as empresas que almejam dedicar-se de forma mais específica para a efetivação de sua atividade-fim e, se restar evidenciado o respeito ao trabalhador e, especialmente aos seus direitos laborais, esta é uma maneira de maximizar o número de prestação de serviços no país, contribuindo em larga escala para o crescimento e desenvolvimento econômico e em sentido geral no que tange ao progresso constantemente almejado. No entanto, urge a necessidade de legislação específica e que atenda os direitos fundamentais sociais para regulamentar a terceirização no direito do trabalho.

## REFERÊNCIAS

- ANAMATRA. *ANAMATRA divulga nota sobre a entrevista do presidente do TST ao o globo*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatradivulga-nota-sobre-a-entrevista-do-presidente-do-tst-ao-o-globo>>. Acesso em: 19 mar. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOMFIM, Vólia Bomfim Cassar. *Direito do trabalho*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- CANSI, Francine. *Limitações ao poder hierárquico do empregador frente à dignidade humana do trabalhador*. 2009. 117 p. Dissertação (Especialização em Direito)-Faculdade Meridional, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

O GLOBO. *Presidente do TST defende flexibilização das leis trabalhistas*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/presidente-do-tst-defendeflexibilizacao-das-leis-trabalhistas-18766412>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de direito do trabalho*. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PESSOA, Valton. A terceirização no Brasil: análise dos aspectos trabalhistas do PL nº 4.330/2004. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, ano 12, n. 67, jul./ago. 2015.

PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR. *PLC 30*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SEVERO, Valdete Souto. Terceirização: o perverso discurso do mal menor. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, ano 14, n. 54, abr./jun. 2015.

SHULTE ULGUIM, Jivago Pizarro. *A autonomia e o consentimento do ofendido pela lupa da dignidade da pessoa humana: análise da recusa transfusional por convicção religiosa*. 2013. 118 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais)-Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Súmula* 331. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331)>. Acesso em: 02 mar. 2016.

# OS PARÂMETROS PARA A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM REGIME ESTATUTÁRIO INSTITUÍDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Geverson Ampolini\*  
Idir Canzi\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O legislador pátrio entendeu por bem positivizar os meios destinados a resolver conflitos coletivos entre a Administração Pública e os Servidores reconhecendo a todos os servidores públicos o direito a sindicalização (Constituição Federal, art. 37, VI) e o direito à greve (CF, art. 37, VII) (MIJ 712-PA, 2007, p. 498-499).

O direito de greve dos servidores públicos estatutários foi criado pela Constituição de Federal de 1988<sup>1</sup> e representou um enorme avanço na proteção dos direitos trabalhistas, pois até então tal direito era simplesmente vedado (MARTINS, 2001, p. 35). Ainda assim a regulamentação da matéria dependeria de lei complementar editada pelo Congresso Nacional, o que até o presente momento não foi realizado.

Em função do princípio da estrita legalidade a submetidos todos os servidores públicos e na ausência de norma complementar autorizando o exercício do direito de greve dos servidores públicos estatutários, o exercício deste direito fica impossibilitando, impedindo inclusive o reconhecimento da licitude de greves eventualmente realizadas.

Em verificando a existência de tal lacuna no ordenamento jurídico, o sindicato dos trabalhadores do poder judiciário do Pará

---

\* Advogado. Especialista em Direito Tributário (Faculdade Damásio de Jesus).

\*\* Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela UFSC- Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pela UNOESC- Campus Chapecó.

<sup>1</sup> Art. 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988.

impetrou mandado de injunção (MIJ 712/PA) no Supremo Tribunal Federal requerendo que fosse suprida tal lacuna mediante o reconhecimento da licitude da greve realizada por tais servidores através da aplicação analógica da lei 7.783/1989 aos servidores em regime estatutário (MIJ 712-PA, 2007, p. 469).

Houve a necessidade de provocação do Poder Judiciário pois tais servidores não conseguiriam prosseguir nas negociações para repor as suas perdas salariais pois o Tribunal Justiça do Pará determinou a suspensão imediata da greve e desconto dos dias de paralisação não reconhecendo o direito de greve (MIJ 712-PA, 2007, p. 469).

Ao apreciar a matéria o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora do Poder Legislativo solucionando a ausência de norma mediante a aplicando a lei 7.783/89 ao caso, com algumas modificações em decorrências das peculiaridades do regime administrativo a que estão submetidos os servidores estatutários (MIJ 712, 2007, p. 471-506).

A omissão estatal que não realiza a vontade da Constituição permitindo a greve dos servidores é um comportamento de enorme gravidade jurídico-política, pois a Constituição também é violada na ausência de normas que permitam concretizá-la (MIJ 712, 2007, p. 514-517). Como bem observa Hesse (1991, p. 21):

[...] A Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão dos poderes há de pressupor a possibilidade de concentração do poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente - no mais tardar em momento de acen-

tuada crise - que ela ultrapassou os limites de sua força normativa.

O autor claramente explicita a necessidade de que a Constituição deve assentar numa estrutura plural e estar em constante processo de adequação à realidade social para que mantenha sua força normativa, como se verifica na hipótese em análise pois em Constituições anteriores o Direito de Greve era simplesmente vedado.

Restou definido que seriam aplicados os seguintes dispositivos da lei 7.783/89 à hipótese de greve de servidores públicos estatutários: (a) aplicação integral dos artigos 1º ao 8º, 15 e 17 e; (b) Aplicados com algumas modificações os artigos 3º, 7º, 9º e o 14º (MIJ 712, 2007, p. 471-472). Assim, foi dada plena efetividade à norma prevista no artigo 37, inciso VII da Constituição Federal que permanecerá válida até que seja editada norma complementar pelo Congresso Nacional para regulamentar a matéria.

Deste modo serão analisados e confrontados com doutrina e legislação aplicável os parâmetros instituídos pelo Supremo Tribunal Federal para o exercício do direito de greve dos Servidores Públicos Estatutários, sobretudo em face das peculiaridades de greve realizada no âmbito do regime de direito público.

## **2 OS PARÂMETROS INSTITUÍDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS**

### **2.1 NATUREZA JURÍDICA E REGIMES DE CONTRATAÇÃO**

Os direitos sociais são normas de ordem pública, imperativas e invioláveis pelos contratantes em quaisquer relações jurídicas. São direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados. Importante salientar que o rol

constitucional de direitos sociais previsto no artigo 6º e seguintes não é taxativo, não excluindo os demais direitos difusamente previstos no texto constitucional (MORAES, 2007, p. 194-195).

O direito de greve é um direito social, ou seja, um direito de segunda geração que se constitui numa prestação positiva a se realizada pelo Estado Social de Direito tendente a promover a igualdade substancial entre os cidadãos, sendo igualmente reconhecido como um direito fundamental e dotado de aplicabilidade imediata<sup>236</sup> (LENZA, 2013, p. 758).

A greve pode ser compreendida igualmente como fenômeno social, uma vez que o fenômeno possui outra dimensão além da jurídica, a dimensão da facticidade enquanto um fato histórico-social comum às relações de trabalho, sendo uma espécie de realidade anterior ao Direito (LIRA, 2009, p. 63).

No entender do então Ministro Eros Grau, relator da matéria, a greve é, antes de tudo, um poder de fato dos trabalhadores para melhorar suas condições de vida, sendo autoaplicável, pois seria um direito fundamental de caráter instrumental (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, p. 385).

As normas constitucionais podem ser classificadas quanto a sua produção de efeitos: são normas de eficácia plena aquelas que têm aplicação imediata, sem a necessidade de regulamentação supletiva; são normas de eficácia limitada as que precisam de regulamentação posterior para produção de efeitos; e as normas de eficácia contida que precisam de normas posteriores apenas para a restrição de seus efeitos (MARTINS, 2001, p. 37-38).

No entendimento do Supremo Tribunal Federal a norma prevista no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal é dotada de eficácia limitada, ou seja, necessariamente precisa de lei comple-

---

<sup>2</sup> Art. 5º, §1º da Constituição Federal.

mentar para que venha a produzir efeitos (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, p. 471-472).

Além disso, importante mencionar que a Constituição estabeleceu dois regimes de contratação para servidores públicos: o regime estatutário (cargo público) e o celetista (emprego público) cada um com suas próprias características.

O regime estatutário é o regime comum de contratação dos agentes públicos da administração direta. São selecionados mediante o concurso público e sua relação jurídica com a Administração não é natureza contratual, mas sim de natureza estatutária (administrativa) - de forma que pode haver alteração unilateral no regime aplicável a estes servidores (MAZZA, 2012, p. 441).

Os empregados públicos, por sua vez, são submetidos a um regime privado vinculado a Consolidação das Leis do Trabalho. Tal regime de contratação é padrão em se tratando de pessoas jurídicas de direito privado da administração indireta<sup>337</sup> (MAZZA, 2012, p. 443).

Tal distinção é relevante na medida em que os servidores públicos em regime estatutário não poderiam realizar seu direito de greve, pois não tinham lei específica autorizando o exercício deste direito, enquanto os servidores celetistas poderiam realizar greve, pois editada pelo Congresso Nacional norma regulamentando a matéria (Lei 7.783/89).

## 2.2 NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO E NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Apenas será possível a realização da cessação coletiva de trabalho (Art. 3º, caput, da Lei n. 7.783/1989) caso não haja a possibilidade de acordo entre administração e os servidores ou, ainda, caso não haja a possibilidade de submissão do litígio à arbitragem.

---

<sup>3</sup> Empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais e consórcios privados.

Existe ainda a necessidade de notificação formal (Art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 7.783/1989) da paralisação das atividades de trabalho à administração com antecedência mínima de 48 horas, sendo que em se tratando de greve em serviços ou atividades essenciais a comunicação deverá ser realizada com pelo menos de 72 horas de antecedência (Art. 13 da Lei n. 7.783/1989).

A doutrina denomina a notificação de “aviso-prévio da greve” e considera que tal determinação não viola a liberdade sindical, pois diz respeito a necessidade de comunicação da existência de greve. Igualmente, faz-se necessário que seja dado conhecimento ao Ministério do Trabalho para que sejam as partes convocadas para uma tentativa de mediação na Delegacia Regional do Trabalho (Art. 616 da Consolidação das Leis do Trabalho) (MARTINS, 2012, p 891), o Supremo Tribunal assentou que tais disposições referentes à comunicação da greve (notificação) deverão ser realizadas no caso de greve de servidores públicos estatutários com antecedência mínima de 72 horas do início da paralisação em qualquer hipótese (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, p. 413).

Além disso, antes da deliberação sobre a deflagração da greve deverá ser instaurada negociação coletiva para que haja a possibilidade de solução da controvérsia, de sorte que a negociação coletiva acaba se tornando uma condição para o exercício do direito de greve (MARTINS, 2012, p. 889). A entidade sindical ou comissão representará os trabalhadores na negociação coletiva ou perante a Justiça do Trabalho, admitindo-se ainda a possibilidade que uma comissão de trabalhadores não organizados instaure o dissídio coletivo (MARTINS, 2012, p. 890-891). Apenas caso não haja a possibilidade de acordo ou mesmo a realização de arbitragem será possível a cessação coletiva de trabalho (Art. 3º da Lei n. 7.783/1989), configurando-se a essencial a frustração da negociação para instauração de dissídio

coletivo (Art. 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988), sendo obrigatória a presença do sindicato nas negociações coletivas (Art. 8º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988) (MARTINS, 2012, p. 889). O Supremo Tribunal Federal definiu que é plenamente possível a realização de negociação coletiva entre os servidores e a administração pública visto que o artigo 3º da lei de greve prevê explicitamente a possibilidade de negociação coletiva (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, p. 411-413).

### 2.3 ASSEMBLEIA GERAL, DIREITOS E REPRESENTAÇÃO DOS GREVISTAS

A Lei de Greve (Art. 4º, caput, da Lei n. 7.783/1989) estipula que caberá a entidade sindical respectiva convocar, nos moldes do seu estatuto, assembleia geral para definir as reivindicações da categoria e decidir sobre a paralisação coletiva de trabalho. O estatuto da entidade (Art. 4º, § 1º da Lei n. 7.783/1989) deverá prever todas as formalidades de convocação e o quórum para deliberação. O Supremo Tribunal Federal definiu que no caso deflagração de greve de servidores públicos estatutários existe a necessidade de convocação de assembleia geral dos trabalhadores, para definir para definir reivindicações da categoria e definir a necessidade de paralisação dos serviços (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, p. 411 e 413). Caberá à entidade sindical ou comissão eleita representar os interesses da categoria no decorrer das negociações ou perante a Justiça do Trabalho (Art. 5º da Lei n. 7.783/1989), permanecendo a titularidade do direito de greve com os trabalhadores, cabendo a eles decidir sobre a conveniência da deflagração da greve (Art. 1º da Lei n. 7.783/1989). São assegurados aos grevistas (Art. 6º, incisos I e II da Lei n. 7.783/1989) o direito ao uso de meios pacíficos para persuadir outros trabalhadores a aderirem à greve, arrecadar fundos e divulgar livremente o movimento de greve. Tais direitos se justificam pela necessidade de garantir a comunicação e informação sobre a greve

aos demais trabalhadores, desde que não seja ofensiva a imagem do empregador e aos trabalhadores que não aderiram ao movimento grevista (MARTINS, 2012, p. 894).

O Estado ou qualquer entidade da administração não poderá (Art. 6º, §2º da Lei n. 7.783/1989) adotar quaisquer meios ilícitos para constranger os servidores a comparecer ao trabalho ou evitar a divulgação do movimento, bem como as manifestações e atos de persuasão (Art. 6º. §3º da Lei n. 7.783/1989) dos grevistas não poderão impedir o acesso dos demais trabalhadores ao local de trabalho ou redundar em ameaça ou dano à pessoa ou propriedade (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, p. 411 e 413). Um exemplo de conduta não admitida é o piquete em que os trabalhadores grevistas impedem o acesso ao local de trabalho daqueles que não aderiram à greve, sendo unicamente admitidos piquetes pacíficos destinados à divulgação do movimento (MARTINS, 2012, p. 894). A prática da sabotagem no decorrer da greve é vedada pois tal considerada implica no emprego de meios violentos, com o fito de produzir danos ou destruir bens da Administração, pois sendo a greve um ato omissivo deverá ser realizada de modo pacífico (MARTINS, 2012, p. 894). Todas estas disposições aplicam-se aos servidores públicos estatutários de modo que os grevistas não poderão adotar quaisquer meios ilícitos para persuadir os demais servidores a aderir a greve, nem causar dano à pessoa ou a propriedade alheia (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, p. 411, 413).

## 2.4 SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E PAGAMENTO DOS DIAS PARADOS

A doutrina distingue as hipóteses de suspensão e interrupção do contrato de trabalho. Ocorre a interrupção do contrato quando o empregado continua recebendo o salário embora não preste serviço, contando-se o tempo de serviço como se estivesse sendo realizado

normalmente, havendo uma suspensão parcial dos efeitos do contrato de trabalho (MARTINS, 2012, p. 348-349).

Em havendo suspensão do contrato de trabalho não há contagem do tempo de serviço e nem o pagamento pelos salários. A suspensão é a cessação total ou temporária da execução e dos efeitos do contrato de trabalho. O contrato permanece existindo, mas não produz seus efeitos (MARTINS, 2012, p. 348-349).

Desde que obedecidas todas as normas que regem a greve dos servidores públicos a participação em greve suspende os efeitos do “contrato de trabalho” de modo que as relações obrigacionais no decorrer da greve serão regidas nos termos do acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho (Art. 7º, caput, da Lei n. 7.783/1989) (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, p. 411 e 414).

Diante disso, em hipótese de greve não deverá haver o pagamento da remuneração nem tampouco a contagem do tempo de serviço, visto que no decorrer das paralisações o contrato de trabalho está suspenso não produzindo seus efeitos (MIJ, 2007, p. 552).

No caso de servidores celetistas, não pode haver fixação de suspensão do contrato de trabalho fora das hipóteses legais, pois isso pode vir a prejudicar os trabalhadores que podem remanescer sem receber o salário, a não ser caso ele próprio venha a requerer o benefício. Caso o empregado não retorne ao trabalho nesse período poderá o empregador aplicar justa causa ao empregado por conta do abandono de emprego, operando-se a rescisão do contrato de trabalho (CASSAR, 2011, p. 1002).

Caso a greve não seja considerada abusiva são devidos aos empregados os salários, podendo ainda as partes ajustar o pagamento através de acordo, convenção coletiva ou por determinação da Justiça do Trabalho, definindo-se a ocorrência de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho (MARTINS, 2012, p. 898).

O Supremo Tribunal Federal aplicou-se todas estas disposições a ocorrência de greve dos servidores públicos estatutários, de

modo que via de regra a greve suspende os efeitos da relação jurídica estatutária do servidor com a administração, não havendo a contagem do tempo de serviço nem tampouco o pagamento de remuneração (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, p. 411, 413).

## 2.5 VEDAÇÃO DA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

A lei de greve (Art. 7º, parágrafo único da Lei n. 7.783/1989) estabeleceu a impossibilidade de rescisão do contrato de trabalho dos servidores durante a ocorrência da greve e, também, a impossibilidade contratação de trabalhadores substitutos. Tal vedação à contratação de trabalhadores substitutos apenas vale enquanto reconhecida a licitude da greve, perdendo efeito quando houver a necessidade de contratação de trabalhadores para a garantia de serviços cuja paralisação implique em prejuízo irreparável de bens, máquinas ou equipamentos ou para a manutenção de atividades essenciais ao retorno dos demais servidores ao final da greve.

Tais normas aplicam-se a greve de servidores estatutários, sendo vedado o rompimento do vínculo funcional do servidor com a Administração, a não em caso de abuso do direito de greve. Igualmente, resta assegurada a possibilidade de contratação de trabalhadores temporários para a garantia de serviços cuja paralisação implique em prejuízo irreparável de bens, máquinas ou equipamentos ou para a manutenção de atividades essenciais ao retorno dos demais servidores ao final da greve (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, p. 411-414).

## 2.6 DISSÍDIO COLETIVO E COMPETÊNCIA

Devido a multiplicidade de conflitos sociais surgiu a necessidade de se criarem meios de se dividir uniformemente a responsabilidade pela resolução de tais conflitos entre os juízes, proporcionando-se uma maior efetividade na prestação jurisdicional mediante a

parametrização para a distribuição da jurisdição através da definição de regras jurídicas de competência (SCHIAVI, 2012, p. 188).

A lei de greve estabelece que cabe à Justiça do Trabalho provocada por qualquer das partes ou pelo Ministério Público do Trabalho decidir sobre a procedência (total ou parcial) ou improcedência das reivindicações dos grevistas, de modo que deve ser imediatamente publicado o competente acórdão (Art. 8º, caput, da Lei n. 7.783/1989).

Tais disposições referentes à competência da Justiça do Trabalho para o julgamento do dissídio de greve de servidores públicos não foram aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal no caso dos servidores públicos estatutários. Caso a paralisação seja nacional ou abranger mais de uma região da Justiça Federal ou unidades da federação a competência será do Superior Tribunal de Justiça. Estando limitada a apenas uma região federal, a competência será do respectivo Tribunal Regional Federal, enquanto em hipótese de greve de servidores estaduais ou municipais a competência caberá ao respectivo Tribunal de Justiça.

A comissão de trabalhadores também possui legitimidade para interpor dissídio coletivo, em não havendo entidade sindical para representá-la. Além disso, cabe ao tribunal trabalhista apreciar a legalidade ou ilegalidade da greve, bem como casos de abuso de direito cometidos (MARTINS, 2012, p. 898). Quando do ajuizamento do dissídio coletivo, as partes devem apresentar suas propostas finais fundamentadamente, que serão julgadas ou conciliadas pelo Tribunal (Art. 12 da Lei nº 10.192/2011), na sentença normativa. Todavia, ao contrário do que dispõe a lei de greve (Art. 8º, caput, da Lei n. 7.783/1989), a sentença normativa exarada pelo Tribunal deverá ser publicada no prazo de 15 dias da decisão do Tribunal (Art. 12, §2º, da Lei nº 10.192/2011) (MARTINS, 2012, p. 898).

## 2.7 ABUSO DE DIREITO E RESPONSABILIDADE

O direito de greve de servidores públicos estatutários deve ser exercido nos estritos limites definidos pelo Supremo no Mandado de Injunção 712 e caso sejam descumpridas tais normas, estamos diante de hipótese de abuso de direito (Art. 14 da Lei n. 7.783/1989), sujeitando os responsáveis as penas previstas em lei, bem como a responsabilização nas searas trabalhista, civil e penal (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, p. 411).

A abusividade material do direito de greve ocorre quando existe violação de norma imperativa, por exemplo, quando os grevistas realizam piquetes violentos, podendo igualmente ocorrer a abusividade formal, quando não são observadas as formalidades legais para exercício da greve (MARTINS, 2012, p. 895).

Não se constitui em abuso de direito no decorrer de greve a violação de acordo convenção ou sentença normativa mediante a paralisação com finalidade de exigir o cumprimento da condição estipulada, bem como em havendo um acontecimento que altere de modo substancial a relação de trabalho por conta da aplicação da teoria da imprevisão (MARTINS, 2012, p. 895).

Todos os atos cometidos no decorrer da greve sujeitam os responsáveis a sanções e uma vez constada a prática de crimes deverá o Ministério Público requisitar de ofício a abertura de inquérito para posteriormente oferecimento de denúncia contra os acusados (Art. 15, parágrafo único, da Lei n. 7.783/1989). A responsabilidade pela prática de atos ilícitos pode ser oposta tanto ao trabalhador como ao sindicato, verificando-se o abuso do direito de greve deve o sindicato deve ser responsabilizado ainda que atribua a culpa pela ocorrência da greve aos trabalhadores. Tanto os usuários dos serviços públicos bem como a administração poderão exigir do sindicato reparação pelos danos sofridos em decorrência da greve (MARTINS, 2012, p. 899). A punição ao servidor pela prática de abusos no decorrer da greve

tais como vedar o acesso de colegas ao trabalho, empregar violência ou causar danos ao erário público deve ser necessariamente individualizada (MARTINS, 2012, p. 899). Ainda assim, são assegurados aos grevistas o direito à liberdade, propriedade, e liberdade ao trabalho, não podendo o Estado ou mesmo quem quer que seja adotar práticas que violem tais garantias (PRETTI, 2010, p. 437). Todas estas disposições relativas à responsabilização e abuso de direito no decorrer da greve aplicam-se aos servidores públicos estatutários, ainda mais quando se trate de hipótese de greve em serviços públicos essenciais, em que a sociedade em geral possa ser afetada pela paralisação das atividades (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, pp. 411-414).

## 2.8 SERVIÇOS OU ATIVIDADES ESSENCIAIS

A lei de greve prevê (Art. 9º da Lei n. 7.783/1989) que mediante acordo entre empregador e funcionários deverão ser mantidas em atividade equipes de trabalhadores destinados a assegurar os serviços essenciais, ou seja, todas aquelas atividades cuja paralisação acarrete prejuízo irreparável (por causa de deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos) e a manutenção de serviços essenciais ao retorno das atividades.

Em se tratando de serviços ou atividades essenciais (Art. 11, caput, da Lei n. 7.783/1989) tanto os sindicatos, como os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados a garantir a prestação dos serviços indispensáveis às necessidades inadiáveis da comunidade, compreendidas (Art. 11, parágrafo único, da Lei n. 7.783/1989) como aquelas que se não forem atendidas colocam em risco iminente a sobrevivência, saúde ou segurança da população. As atividades essenciais restam consignadas em lei (Art. 10, da Lei n. 7.783/1989), a saber: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; fune-

rários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; compensação bancária. Como assevera Justen Filho (2013, p. 744):

A continuidade significa que a atividade de serviço público deverá desenvolver-se regularmente, sem interrupções. Dela derivam inúmeras consequências jurídicas, entre as quais a impossibilidade de suspensão dos serviços por parte da Administração ou do delegatário e a responsabilização civil do prestador de serviço em caso de falha. A continuidade do serviço público também justifica a utilização do poder de coação estatal para assegurar a supressão de obstáculos a tanto ou para produzir medidas necessárias a manter a atividade em funcionamento. [...]

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal as disposições dos artigos 10 e 11 da lei de greve não se aplicam à greve dos servidores públicos estatutários, pois todos os serviços públicos são essenciais, devendo ser garantido o núcleo essencial de atividade, independentemente de tratar-se ou não serviço essencial (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, p. 551-552). Na realidade tal entendimento revelou-se pouco adequado, pois efetivamente apenas deve ser garantida a continuidade dos serviços públicos essenciais, assim definidos em lei. Nos demais casos não haveria a necessidade de garantia do núcleo essencial da atividade.

## 2.9 LOCAUTE

A Lei de Greve (Art. 17, caput, da Lei n. 7.783/1989) proíbe o locaute, ou seja, a paralisação de atividades por iniciativa do empregador como meio de frustrar a negociação ou dificultar o atendi-

to das reivindicações dos empregados. Sendo constatada a prática de locaute por parte do empregador, a lei de greve estabelece que resta assegurado aos trabalhadores o recebimento de salários no decorrer da paralisação (Art. 17, parágrafo único, da Lei n. 7.783/1989).

O locaute é um ato voluntário e provisório do empregador, enquanto o fechamento de empresa por falência ou por ato legítimo de autoridade pública não é considerado locaute. O locaute previsto em lei que tem por finalidade unicamente frustrar as negociações no decorrer da greve e não a simples paralisação de atividades por parte do empregador com qualquer outra finalidade (MARTINS, 2012, p. 900).

Sendo verificado o locaute não existe a suspensão dos contratos de trabalho pois a lei veda tal ato por parte do empregador, constituindo-se tão somente em hipótese de interrupção do contrato de trabalho, podendo inclusive gerar a rescisão indireta do contrato de trabalho caso o empregador não proporcione serviços ao empregado (MARTINS, 2012, p. 900). O Supremo Tribunal Federal decidiu que tal disposição não se aplicaria a greve de servidores públicos estatutários, razão pela qual poderia o Estado determinar a paralisação das atividades dos servidores por sua própria iniciativa (Mandado de Injunção n. 712/PA, 2007, p. 411-414).

### 3 CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo foram especificados os parâmetros instituídos pelo Supremo Tribunal Federal para a regulamentação do Direito de Greve dos Servidores Públicos Estatutários no Brasil. Tal decisão significou um grande avanço na jurisprudência da Suprema Corte, pois até então a corte exigia a existência de lei complementar para o reconhecimento do Direito de Greve. Possibilitou também maior segurança e delineamento ao exercício do referido direito de greve no setor público.

A necessidade de regulamentação direta pelo Poder Legislativo foi suprida temporariamente pelo Supremo Tribunal Federal mediante aplicação analógica da lei de greve dos servidores públicos celetistas (Lei 7.783/89) à hipótese de greve no âmbito estatutário.

A omissão do Estado em não editar Lei Complementar para assegurar o Direito à Greve dos Servidores Públicos revela-se num comportamento de enorme gravidade político-jurídica, pois a Constituição também é violada na ausência de medidas concretizadoras de sua efetividade.

A grande dificuldade de inovação legislativa relativamente ao Direito de Greve dos Servidores Públicos Estatutários consiste na composição dos interesses conflitantes advindos de sua regulamentação: a Supremacia do Interesse Público versus a garantia dos Direitos Fundamental de Greve.

Ainda assim, a eficácia dos Direitos Fundamentais e Sociais possui precedência sobre quaisquer outros interesses, inclusive sobre a Supremacia do Interesse Público tal como analisado neste artigo. Faz-se mister que a Constituição seja continuamente aprimorada por meio do contínuo e incessante embate das forças sociais para que mantenha sua força normativa.

Quanto a possibilidade de regulamentação da matéria mediante edição de lei complementar pelo Congresso Nacional, recomenda-se a construção de um marco normativo consensual entre servidores públicos e Administração Pública que busque preservar o interesse público, sobretudo nas atividades essenciais, bem como privilegiar a participação popular direta nas discussões.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senador Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 de janeiro de 2014.

BRASIL. *Lei n. 7.783*, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2014.

BRASIL. *Decreto n. 7.944*, de 06 de março de 2013. Promulga a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, firmadas em 1978. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7944.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7944.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2014.

BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2014.

BRASIL. *Decreto lei n. 5.452*, de 01 de março de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2013.

BRASIL. *Lei n. 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas Federais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 712/PA*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558553>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Direito Sindical*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIRA, Fernando Barreto. *A greve e os novos movimentos sociais: para além da dogmática jurídica e da doutrina da OIT*. São Paulo: Ltr, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Greve do Servidor Público*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PRETTI, Gleibe. *Manual de Direito do Trabalho*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

# DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: DIMENSÕES DA EFETIVIDADE QUANDO EM CENÁRIO DE CRISE POLÍTICA, ECONÔMICA E INSTITUCIONAL

Rogério Luiz Nery Da Silva\*  
Cristiane Brum Dos Santos\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

Objeto secular de estudo, os direitos sociais se revelam temática de expressiva vivacidade hodiernamente, em especial pela instabilidade política, econômica e institucional do Estado Democrático de Direito brasileiro. A corrupção desmedida, somada ao descrédito dos órgãos públicos e Poderes perante a população, fomentam uma revisão do papel do Estado, marcadamente intervencionista, e, por consequência, da proteção dos direitos sociais.

Revela-se sob esse olhar que o ideal de justiça social perscrutado pelas nações a partir da 2ª Guerra Mundial encontra-se ameaçado pela insatisfação popular e desinteresse político, ao tempo em que se reduz significativamente a disponibilidade de recursos financeiros para a efetividade dos direitos sociais, seja pelas razões nominadas, seja pela crise econômica deflagrada mundialmente.

Nessa linha, o presente estudo apresenta relevância por examinar o nexos entre direitos sociais e políticas públicas, tendo por base a maximização da cobertura das demandas prestacionais sociais, a partir da alocação adequada e racionalização do bem público.

Nesse sentido, será promovido, no âmbito do primeiro capítulo, o estudo dos direitos humanos e fundamentais, em especial os direitos sociais, bem como das terminologias aplicáveis, evolução his-

---

\* Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da UNOESC; Pós-Doutorado na Université de Paris X.

\*\* Mestranda do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Especialista em Gestão Pública pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina e em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

tórica, classificações possíveis e os contornos decorrentes. Isso porque a compreensão adequada do tema viabilizará o desenvolvimento e aprofundamento das pesquisas nesse campo de estudo.

No segundo capítulo, procurar-se-á elucidar os aspectos relativos à eficácia e efetividade da norma de direito fundamental, essenciais para delinear a proposição que consta do terceiro e último capítulo do presente trabalho, que se destina a adentrar na temática que dá nome ao título, abordando a correlação entre políticas públicas e a dimensão de efetividade dos direitos sociais.

A pesquisa foi desenvolvida a partir do método hipotético-dedutivo, mediante pesquisa de natureza qualitativa e de caráter exploratório.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS SOCIAIS**

A técnica jurídica que concebe os direitos fundamentais revela-se fenômeno recente no âmbito do ordenamento constitucional brasileiro, inclusive integrando grande parte das constituições dos países com o desfecho da Segunda Grande Guerra Mundial. Isso porque as severas violações cometidas no período compeliram uma atenção destacada por parte das nações para a promoção, efetivação e proteção desses direitos.

A despeito da contemporânea acolhida desse viés, importa referir que a temática ganha corpo já nos primórdios da civilização, quando a sabedoria do povo da Grécia Antiga evidencia a preocupação da humanidade com os direitos que lhes são próprios. Na lição de Comparato (2003, p. 8), os primeiros contornos dos direitos humanos evidenciam-se entre os séculos VIII e II a.C., no chamado período axial, quando a humanidade começa a construir o conhecimento a partir de sua racionalidade.

Nos últimos séculos, o desenvolvimento da concepção de direitos ganhou novos capítulos, especialmente a partir da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, reconhecida e declarada pela Assembleia Nacional em 1789, bem como da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

Nesse ponto, sobreleva mencionar a assertiva de Bobbio (2004, p. 1), concernente ao nexos entre os direitos do homem, o regime democrático e a paz, como pressupostos interdependentes para a internacionalização dos direitos humanos. Defende que só há paz na democracia, a qual depende da proteção e reconhecimento dos direitos do homem, que somente serão reconhecidos em período de pacificação.

Muito embora seja relevante a discussão a respeito da evolução histórica dos direitos humanos, a pormenorização não se mostra necessária para os fins deste trabalho. Os apontamentos retro mencionados tem por exclusiva função demonstrar que os anseios pelo reconhecimento dos direitos acompanham a humanidade desde o seu advento enquanto civilização.

Superado esse aspecto, interessa examinar as concepções de direitos humanos e direitos fundamentais, considerando que por vezes são utilizados como expressões equivalentes. Para tanto, adotar-se-á a formulação desenvolvida por Sarlet (2015, p. 29), para quem a distinção está assentada no âmbito da positivação, de modo que aqueles estariam reconhecidos e positivados em documentos internacionais, outorgados a todas as pessoas, independentemente do tempo e do povo a que pertencem, ao passo que os direitos fundamentais se constituem naqueles positivados no ordenamento constitucional interno de cada Estado.

Trazendo à baila a lição da doutrina alemã, Comparato (2003, p. 57) apresenta o ponto de vista pelo qual, em verdade, os direitos fundamentais consistem em direitos humanos que foram re-

conhecidos e positivados, tanto na esfera interna dos Estados, quanto no plano internacional.

À luz da tese relativista dos direitos, a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais deve ser vislumbrada com ressalvas. Bobbio (2004, p. 17-21) refuta a concepção absoluta de fundamento, a partir de 4 argumentos: a imprecisão e generalidade do termo “direitos do homem”; a inexistência de direitos fundamentais por natureza, em atenção à historicidade e relatividade dos direitos; a heterogeneidade dos direitos, que acarreta a possibilidade da existência de fundamentos diversos para direitos diversos; e, por fim, o conservadorismo intrínseco em concepções que defendiam o fundamento absoluto de determinado direito.

Ainda no que diz respeito à historicidade, aspecto fundamental para o entendimento da temática dos direitos fundamentais, convém apresentar as chamadas dimensões de direitos fundamentais. Para Sarlet (2015, p. 45), o reconhecimento dos novos direitos e a revisão dos tradicionais dá corpo ao que se denomina, de forma clássica, de gerações, como corolários próprios do caráter relativista, histórico, material e mutável dos direitos fundamentais. Classificadas em um primeiro momento em três gerações, em alusão aos primados da Revolução Francesa, atualmente defende-se que estaríamos na sexta geração de direitos.

Nesse ponto, em especial, vale anotar a preferência do iminente jurista pelo uso da expressão “dimensões”, em lugar de “gerações”, posto que a primeira afastaria uma possível obscuridade derivada da segunda, no sentido de que haveria uma perda, uma substituição dos direitos a cada geração. Tal é a concepção de Silva (2010, p. 188-189), para quem os direitos sociais, próprios da segunda dimensão, não excluem ou sobrepõem-se aos direitos individuais de reação, mas, pelo contrário, somam-se a estes.

Importante classificação à compreensão dos direitos fundamentais diz respeito à subdivisão proposta por Alexy (2015, p. 203),

para quem, a partir do objeto do direito, é possível categorizá-los em direitos a ações negativas e direitos a ações positivas em face do Estado. Na lição do jurista, os direitos a ações negativas, ou direitos de defesa, podem ser “direitos ao não-embaraço de ações”, “direitos à não-afetação de características e situações” e “direitos à não-eliminação de posições jurídicas”.

Já os direitos a ações estatais positivas, na teoria alexyana, compreendem os “direitos a ações positivas fáticas”, enquanto direitos a prestações em sentido estrito, e os “direitos a ações positivas normativas”, enquanto direitos a prestações em sentido amplo.

A classificação formulada por Sarlet (2015, p. 174) acompanha a subdivisão apresentada, para quem os direitos fundamentais se dividem em direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestações, subdividindo-se estes em prestações em sentido amplo e prestações em sentido estrito.

Bobbio (2004, p. 21) estabelece uma relação de proporcionalidade na realização dos direitos sociais (“poderes”) e dos direitos individuais (“liberdades”), na medida em que a materialização daqueles direitos condiciona estes a um prejuízo, a partir de uma proporcionalidade inversa, em que quanto mais poderes, tanto menos liberdades, e vice-versa.

Sob esse prisma é possível adentrar na temática dos direitos sociais, verificado que não se trata, propriamente, de direitos prestacionais, como comumente se qualificam, mas de direitos cujas posições jurídicas podem apresentar um cunho positivo e/ou negativo. Nessa esteira, direitos sociais que compõem o catálogo da Constituição Federal albergam posições jurídicas prestacionais e de defesa, sendo, portanto, heterogêneos, do que se depreende que a espécie de direitos fundamentais a prestações em sentido estrito se harmoniza com a concepção de direitos sociais prestacionais.

Forçoso destacar a classificação triádica dos direitos prestacionais formulada por Alexy (2015, p. 444), segundo o qual os direitos

a proteção, os direitos a organização e procedimento e os direitos a prestações em sentido estrito seriam espécies de direitos a prestações em sentido amplo.

O ordenamento constitucional brasileiro define como direitos sociais educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.<sup>138</sup> A expressão “na forma desta Constituição”, por sua vez, revela o caráter programático das normas.

Reforçando o já esposado neste trabalho, os direitos sociais compreendem tanto direitos a prestações fáticas e jurídicas quanto direitos de defesa, a exemplo dos direitos trabalhistas de proteção a ofensas pelo empregador. Assim, direitos sociais não equivalem, necessariamente, a direitos prestacionais.

Vale registrar o conceito de Alexy (2015, p. 499), atribuído aos direitos a prestações em sentido estrito, para quem “[...] são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.”

Os direitos fundamentais sociais consubstanciam-se em verdadeira expressão do Estado de Bem-Estar Social (Welfare State), como elementos possibilitadores do primado da justiça social. Para Silva (2010, p. 187), o Estado, outrora liberal, direcionado à não intervenção nos direitos de defesa, transmuta-se para um viés intervencionista após os horrores vivenciados no início do século XX, ingerindo na esfera econômica para a promoção dos programas e metas sociais.

---

<sup>1</sup> Conforme artigo 6º da Constituição Federal da República Brasileira de 1988, com a redação dada pelas Emendas nº 26/2000, 64/2010 e 90/2015, “[...] são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Sarlet (2015, p. 191) estabelece uma relação umbilical entre os direitos prestacionais e o surgimento do Estado democrático e social de Direito, momento em que é revisado o papel do Estado à luz dos direitos de segunda dimensão, condicionando-se sua existência à promoção de prestações jurídicas e materiais aos indivíduos em sociedade para a realização da justiça social.

Sob outro enfoque, mas partindo da mesma concepção, Buccini (2006, p. 3) vislumbra o caráter instrumental dos direitos sociais, como “direitos-meio”. Isso porque a máxima desses direitos reside em oportunizar a todas as pessoas o gozo das liberdades e igualdades fundamentais, situadas no âmbito da primeira dimensão dos direitos.

De igual forma, na lição de Silva (2010, p. 187), é possível inferir que os direitos sociais dão ensejo a uma liberdade “por intermédio do Estado”, ou melhor, “graças ao Estado”, razão pela qual se justifica a postura estatal ativa, intervencionista, na salvaguarda dos direitos de defesa (“perante o Estado”).

## 2.2 OS DIREITOS SOCIAIS NO PLANO DA EFETIVIDADE

Ponto de grande relevância no estudo dos direitos fundamentais sociais cinge-se a sua efetividade, notadamente no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. A amplitude do catálogo de direitos presente na Constituição Federal revela que sua efetividade se vincula às possibilidades fáticas e jurídicas do Estado de promovê-los, de modo que as limitações orçamentárias são pautadas como grandes entraves na consecução desses objetivos.

Para Barroso (2015, p. 517-518), entende-se por efetividade a materialização do direito, o cumprimento da ordem consubstanciada na norma. Esse aspecto passa a ter relevo no plano constitucional na medida em que a Carta Magna e seus dispositivos são interpretados sob o prisma da doutrina da efetividade.

Segundo esse movimento, aflorado no processo de redemocratização do Estado brasileiro, a Constituição Federal se afasta do plano meramente formal, dissociado da realidade, para se fazer presente no mundo dos fatos, ingerindo no cotidiano das pessoas a partir da observância e cumprimento de suas normas. A doutrina da efetividade justifica a força normativa do texto constitucional, a partir da qual se deve prezar pela maximização dos efeitos dos dispositivos constitucionais.

Nesse aspecto, revela-se imperiosa a assertiva de que o ordenamento constitucional garantiu aos titulares de direitos fundamentais sua aplicabilidade imediata,<sup>239</sup> isso porque o conteúdo do dispositivo apresenta significativa correlação com os efeitos das normas constitucionais.

No que concerne ao alcance da referida norma, Sarlet (2015, p. 278) aventa a hipótese da amplitude de seu alcance, não apenas aos direitos individuais e coletivos, aderindo à doutrina que defende que todos os direitos fundamentais, não só aqueles que compõem a Constituição, são diretamente aplicáveis. E, na mesma linha de Luís Roberto Barroso, destaca o caráter principiológico do dispositivo, como um “mandado de otimização”, concepção que tem origem na distinção entre regras e princípios formulada por Alexy (2015).<sup>340</sup>

À luz dos ensinamentos de Silva (J., 2003, p. 52), a vigência, a validade (legitimidade) e a eficácia da norma constituem,

---

<sup>2</sup> Conforme artigo 5º, §1º da Constituição Federal brasileira de 1988, “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

<sup>3</sup> “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.” (ALEXY, 2015, p. 90-91).

em conjunto, uma condição geral de aplicabilidade das normas constitucionais, no sentido de que, para ser aplicável, a norma deve existir, ser válida no ordenamento jurídico e eficaz. O douto jurista concebe a aplicabilidade e a eficácia como expressões muito próximas da norma, na medida em que a aplicabilidade está condicionada à eficácia, assim como a premissa inversa também é verdadeira.

Sob outro prisma, Barroso (2015, p. 255) defende que a efetividade configuraria um quarto plano das normas, até então pouco explorado, em adendo ao da existência (ou vigência), da validade e da eficácia, que nesse ponto se assemelha à compreensão majoritária segundo a qual a eficácia das normas constitucionais diz respeito tanto à produção de efeitos jurídicos quanto a efeitos sociais.

Pois bem, tem-se, a partir desse viés argumentativo, que a eficácia da norma se diferencia nos planos jurídico e social. Consoante Sarlet (2015, p. 248), a eficácia jurídica diz respeito à capacidade de a norma produzir efeitos no mundo jurídico, constituindo-se em pressuposto para a eficácia social da norma. Nesse sentido, para ser eficaz na dimensão concreta, a norma deve estar apta a produzir efeitos jurídicos.

Já na acepção de Silva (J. 2003), a eficácia jurídica está diretamente relacionada aos elementos que compõem a condição geral de aplicabilidade, ao passo que a eficácia social compreende a realização, ainda que parcial, dos objetivos previstos pela norma.<sup>4</sup>

Examinando a problemática da efetividade a partir das espécies de direitos fundamentais, é indene de dúvidas que o plano de efetividade dos direitos de defesa prescindiria de maiores digressões. Trata-se de normas de alta densidade, de normatividade plena, aptas

---

<sup>4</sup> “[...] O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.” (SILVA, 2003, p. 66).

a produzirem os principais efeitos jurídicos de imediato, prescindindo, notadamente, da intervenção legislativa (SARLET, 2015; SILVA, 2003).

De outra banda, dado que todas as normas de direitos fundamentais possuem uma normatividade mínima, à luz do texto constitucional, mesmo as normas de direitos prestacionais, de cunho mormente programático, que carecem de intervenção legislativa, gozam de uma relativa densidade, a partir da qual se assegura a produção de determinados efeitos (SARLET, 2015; SILVA, 2003).

Interessa notar, nesse ponto, que Mello (2015, p. 56) defende a concepção de que os direitos sociais, aqueles direitos voltados à realização da Justiça Social, tem capacidade para produzir efeitos jurídicos de forma imediata, muito embora diferenciem-se pelas cargas eficaciais.

Em verdade, é possível afirmar que a problemática da eficácia, aplicabilidade e efetividade dos direitos sociais a prestações está relacionada a sua forma de positivação e seu objeto jurídico. Como delineado, inexistem maiores dificuldades concernentes à eficácia e efetividade dos direitos de defesa, no entanto, sobrelevase na dimensão dos direitos sociais prestacionais o fator custo.

A eficácia jurídica e social dos direitos sociais está diretamente relacionada à sua expressão econômica no mundo jurídico. Muito embora se defenda a dimensão positiva de todos os direitos fundamentais, representando custos financeiros para o Estado também a promoção e garantia dos direitos de defesa, a problemática ganha maior relevo no que toca a esses direitos a prestações, posto que sua realização está condicionada à alocação de recursos.

Em resposta à divergência emerge a chamada “reserva do possível”, como um limite fático e jurídico à realização desses direitos, dotada de uma dimensão tríplice, que compreende a disponibilidade fática, a disponibilidade jurídica e a proporcionalidade e razoabilidade da prestação (SARLET, 2015, p. 296). Trata-se de um verdadeiro óbice à efetividade dos direitos fundamentais sociais, que

se revela à medida que o Estado não dispõe de recursos orçamentários suficientes à promoção da Justiça Social.

### 2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA DIMENSÃO DE EFETIVIDADE EM CENÁRIO DE CRISE ECONÔMICA, POLÍTICA E INSTITUCIONAL

Dado o cenário de conturbação instalado na seara política e econômica brasileira, em atenção à profunda crise de gerenciamento e notável indisponibilidade fática dos recursos públicos, desvela-se o papel e a relevância das políticas públicas como mecanismos de promoção e efetividade dos direitos fundamentais sociais. Na destaca lição de Alexy (2015, p. 513), “[...] a extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído [...]”

O Estado intervencionista, voltado à Justiça Social, defronta-se com um montante limitado e cada vez mais diminuto de recursos orçamentários, ao tempo em que figuram posturas gerenciais em grande medida paternalistas e assistenciais, fazendo-se premente a necessidade de revisão das metas coletivas.<sup>542</sup>

A fim de possibilitar a racionalização dos recursos públicos, passam a ter aplicabilidade na administração pública as diretrizes próprias da lógica gerencial. Segundo Silva (2010, p. 192), sob esse viés, o Estado, agora gerencial, pautouse pela reorientação dos métodos para a consecução dos fins precípuos.

Nessa senda, tem-se as políticas públicas como instrumentos de ação governamental, consubstanciadas em processos, para a realização de metas sociais relevantes a partir do gerenciamento ade-

<sup>5</sup> “O paradigma dos direitos sociais, que reclama prestações positivas do Estado, corresponde, em termos da ordem jurídica, ao paradigma do Estado intervencionista, de modo que o modelo teórico que se propõe para os direitos sociais é o mesmo que se aplica às formas de intervenção do Estado na economia. Assim, não há um modelo jurídico de políticas sociais distinto do modelo de políticas públicas econômicas. [...]” (BUCCI, 2006, p. 5).

quado das receitas públicas, tendo por base determinados critérios objetivos: “realização dos objetivos definidos”, “seleção de prioridades”, “[...] reserva dos meios necessários” e “intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.” (BUCCI, 2006, p. 39).

Bucci (2002, p. 90-91) revela que o cerne do Estado se deslocou de um *government by law* para um governo de políticas públicas. Nesse novo panorama, o Estado repressivo volta-se para a sociedade complexa e plural, dirimindo conflitos e estabelecendo um planejamento e um plano para o bem-estar social.

Interessa notar, em atenção aos múltiplos sentidos atribuídos aos termos política e política pública e aos novos paradigmas das esferas do público e do privado, que o termo “público” não limita as políticas públicas ao Estado, mas se refere a uma política outorgada “por todos” e “para todos” (MASSA-ARZABE, 2006, p. 61).

Vale registrar, segundo Rua (2009, p. 18-19), que na ciência da Administração a expressão equivale ao termo *policy* e constitui-se em um composto de decisões e ações estratégicas direcionadas à alocação imperativa de recursos públicos em temas do interesse coletivo.<sup>643</sup> Resulta das atividades típicas da política (*politics*).

O discernimento dos conceitos de eficiência, eficácia e efetividade é fundamental na atividade de avaliação das políticas públicas. Rua (2009, p. 118) leciona que a eficácia “relaciona atividades com seus produtos iniciais, intermediários e finais (metas e objetivos)”, ao passo que a eficiência “relaciona produtos com seus custos (financeiros, humanos, tempo)” e a efetividade “relaciona produtos com seus efeitos na realidade em que se quer transformar, ou seja, consequências.”

---

<sup>6</sup> Conforme Celina Souza, políticas públicas constituem “[...] campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”. (SOUZA, 2006, p. 26).

Consoante já destacado no bojo do presente trabalho, o exame das políticas públicas destaca-se na medida em que se assenta a crise de efetividade dos direitos sociais. Na lição de Aith (2006, p. 217-245), os direitos humanos se constituem no cerne das políticas públicas, isso porque a sociedade estabeleceu e outorgou ao Estado a legitimidade para promover e proteger os direitos de seus integrantes.

Depreende-se, do exposto, que a realização dos efeitos concretos das normas de direitos sociais encontra arrimo nas políticas públicas, que constituem instrumentos importantes para o gerenciamento dos recursos públicos. Estas se justificam pela crescente indisponibilidade jurídica dos recursos públicos e pela necessidade de deliberação acerca de quais seriam os objetivos estatais socialmente relevantes.

Na lição de Comparato (2003, p. 64), a realização dos direitos sociais está condicionada à execução das políticas públicas, como princípios de Justiça Social. Interessa notar que, diametralmente à concepção do Estado social como um ideal inconcebível, à vista das limitações orçamentárias dos países e da intenção destes de não se perder em termos globais de competitividade, Bucci (2006, p. 1-49) revela que, em verdade, a concretização dos direitos prestacionais alça as nações, notadamente as periféricas, a um patamar de maior desenvolvimento humano e, conseqüentemente, a tornar-se uma economia mais competitiva.

Com base na linha argumentativa desenvolvida no curso deste trabalho, é forçoso inferir que a maximização da eficácia e da efetividade dos direitos sociais prestacionais subordina-se à alocação adequada dos recursos públicos, por intermédio das políticas públicas.

### 3 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, denota-se a relação umbilical entre os direitos sociais e o Estado de Bem-Estar Social, evidenciando um verdadeiro postulado constitucional, na medida em que a postura estatal deixa de ser precipuamente abstencionista para voltar-se à consecução dos ideais de Justiça Social.

Em que pese consistentes as intenções consubstanciadas no texto constitucional, evidencia-se no plano do ordenamento jurídico e da realidade concreta que há significativa dificuldade na efetividade das normas de direitos sociais. Isso porque a materialização desses direitos depende notadamente da disponibilidade de recursos públicos e encontra óbice na dimensão tríplice da reserva do possível.

Nesse cenário, uma revisão do papel estatal, que passa a se voltar às novas dinâmicas da ciência da administração, e o mecanismo das políticas públicas ganham enfoque, para redimensionar as metas sociais coletivas, consistentes na realização dos direitos sociais.

A título de reflexão, compreende-se a relevância das políticas públicas na dimensão de efetividade dos direitos fundamentais, em virtude de a disponibilidade fática e jurídica do dinheiro público ganhar destaque no cenário político e na economia brasileira, quando a sociedade se firma em uma avaliação severa do poder e serviços públicos.

Nesse sentido, como resposta ao problema central, os direitos sociais desvelam situação de preocupante e até alarmante descrédito ante a sociedade, pois foram alçados à autoria da grave crise econômica instalada, em que os vícios do Estado intervencionista desregularam os rumos dos programas sociais e da garantia de um mínimo existencial a uma parcela carente da população. Diversas dessas garantias sócias estão em risco de perder sua continuidade e outras já entraram na marcha da intermitência sazonal.

Assim, em atenção à relevância dos direitos sociais, tornam-se cogentes as políticas públicas para a efetividade daqueles, pois em um Estado em que os recursos são limitados, deve o Poder Público primar pela escolha racional na alocação do bem público e para então possibilitar a efetivação desses direitos.

## REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 217-245.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 4. reimp. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1. ed. 4. reimp. São Paulo: Malheiros, 2015.
- RUA, Maria das Graças. *Políticas Públicas*. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; Brasília, DF: CAPES, UAB, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. reimp. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. O Estado contemporâneo e a força subjetiva dos direitos sociais. In: BAEZ, N. L. X.; GESTA, R. L.; MEZ-ZARоба, Orides (Coord.). *Dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais*. São Paulo: Conceito editorial, 2010. p. 185-201.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

# O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Daiane Garcia Masson\*  
Aline Mendes De Godoy\*\*  
Katiane Fachini\*\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

A dignidade humana vista como princípio fundamental evidencia o reconhecimento do ser humano como a razão do direito e, por isso, entende-se que não é satisfatório que o Estado apenas garanta o direito à vida, é preciso a garantia de vida digna. Nesse contexto se insere o estudo do direito fundamental à saúde, visto que não se pode pensar em viver dignamente sem a materialização desse direito.

Nos últimos anos, verifica-se que foi atribuída verdadeira força normativa e efetividade direta às Constituições dos Estados Democráticos de Direito. Percebe-se que as normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata. Evoluiu a teoria dos direitos fundamentais, a protestar pela adoção de políticas públicas aptas a efetivá-los.

Demonstra-se, ao longo do trabalho, o status constitucional fundamental exigível da saúde como direito público subjetivo. Sabe-se que implantação de políticas públicas deve advir originariamente dos poderes Legislativo, pela normatização, e Executivo, pela regulamentação e planificação das ações de cada política pública. Diante de eventual descumprimento dessa ordem, necessário se faz discutir a respeito de como deverá se comportar o Poder Judiciário diante da colisão de princípios constitucionais.

\* Mestre em Direitos Fundamentais Unoesc.

\*\* Especialização em Gestão Interdisciplinar de Conflitos no Judiciário/CONTEM pela Escola Superior da Magistratura Catarinense. Mestranda na Universidade do Oeste de Santa Catarina/Unoesc.

\*\*\* Bolsista Pesquisadora do programa de Pesquisa do CNPq, pelo PIBIC.

Ao se garantir como direito fundamental o direito à vida e à dignidade humana, pressupõe-se o direito à saúde, já que o exercício de qualquer outro direito pressupõe a sua existência.

Diante do grande aumento de ações pleiteando o direito fundamental à saúde, necessária se faz a fixação de parâmetros e critérios que justifiquem e legitimem a atuação judicial no campo das políticas públicas. O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais; mas também não deve atuar além do que lhe cabe, causando, a pretexto de promover direitos essenciais, grave lesão a direitos da mesma natureza de terceiros.

Deve-se questionar a atuação dos juízes em relação à garantia desse direito, de forma a evitar-se o abuso promovido por alguns jurisdicionados e fixarse, ao mesmo tempo, limites de atuação para o Poder Judiciário não se imiscuir na função de administrador de recursos públicos.

A finalidade da pesquisa é debater sobre a aplicação da teoria da proporcionalidade ou da ponderação pelo Poder Judiciário, especialmente entre dignidade humana e possibilidade financeira, para a resolução de problemas relacionados ao direito fundamental à saúde.

O estudo se estrutura em dois capítulos, iniciando com a aproximação teórica sobre o tema dos direitos fundamentais e a estreita relação que mantêm com a dignidade humana. A seguir, passa-se à análise do direito à saúde e a teoria da proporcionalidade desenvolvida por Alexy. Para alcançar os objetivos delineados nessa pesquisa, utiliza-se predominantemente o método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica.

## 2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE HUMANA

Vários autores buscaram definir o conceito de direitos fundamentais. Canotilho (1993, p. 111) aduz que os princípios jurídicos

fundamentais são aqueles historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.

Silva (2005, p. 178) afirma que os direitos fundamentais do homem, como prefere, referem-se aos princípios que resumem uma concepção de mundo, informando a ideologia política de cada ordenamento jurídico. A expressão seria reservada, assim, para designar, no plano constitucional, as prerrogativas e instituições que estes expressam como garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Os direitos fundamentais podem ser definidos como aquelas posições jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e não sobrevive. Assim, para alcançarem seu real objetivo, devem ser efetivados não apenas em seu aspecto formal, mas e especialmente, em sentido material, concreto. Segundo Piovesan (2013, p.91), seriam dotados de uma força expansiva, que se projetaria pelo universo constitucional como um todo, servindo de norte interpretativo para as demais normas do ordenamento.

A Constituição brasileira, como forma de reforçar a necessidade de observância pelos demais poderes e pelos cidadãos, dos direitos e garantias fundamentais nela tratados, firmando verdadeira força dirigente e vinculante a estes, prevê a aplicabilidade direta e imediata de suas disposições, o que faz, em especial, pela previsão contida no §1º do art. 5º,<sup>1</sup> conferindo a máxima eficácia e efetividade às suas disposições.

Canotilho (1993, p. 578), ao tratar do tema, assevera que a função da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é assegurar aos direitos, liberdades e garantias eficácia advindo diretamente da Constituição, não dependendo de qualquer manifestação do

---

<sup>1</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – Art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

legislador. O autor define que estas não seriam mera “norma normarum”, mas “norma normata”, ou seja, não seriam fundamento para edição de outras normas, mas normas que regulariam diretamente os relações jurídico-materiais.

Os direitos fundamentais são a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente (SARLET, 2015, p. 63). Assim, tais direitos devem ser analisados sob o crivo da dignidade da pessoa humana, guardando, em relação àqueles não elencados no rol do artigo 5º da Constituição, sempre a necessária relação de compatibilidade (critério importância) com os demais direitos incluídos no catálogo. Isso porque todos estes, sejam escritos ou não, devem guardar, em relação ao seu conteúdo e importância, relação com os princípios fundamentais da Constituição. Piovesan (2013, p. 89) destaca que autores brasileiros, como Paulo Bonavides, sustentam que o princípio da dignidade humana serve de fundamento de validade de toda ordem jurídica, origem e objetivo para hermenêutica constitucional contemporânea. A dignidade seria, dessa forma, um superprincípio, como base principal para o Direito Internacional e para o Direito interno.

A dignidade da pessoa humana apresenta-se como um valor unificador dos demais direitos fundamentais, fundamento e base desses, legitimando o reconhecimento dos direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos na legislação internacional.

Piovesan (2013, p. 87) assevera que o valor da dignidade da pessoa humana se impõe como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, exercendo o papel de critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

Segundo Sarlet (2015, p. 96), é discutível qualificar-se o princípio da dignidade da pessoa humana, em si mesmo, como um

direito fundamental autônomo, seja na condição de base principal para aplicação dos demais direitos, em especial, os fundamentais, ou na condição de fundamento para se inferir os chamados direitos fundamentais decorrentes.

A Constituição, tratada como uma unidade, um sistema que favorece determinados valores sociais, elege, assim, o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido; a dignidade da pessoa humana caracteriza e imprime uma feição própria à Constituição de 1988. Consagra-se, assim, a função do homem como finalidade precípua da atividade estatal, passando o Estado a servir de instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas.

Considera-se, portanto, verdadeira violação da dignidade da pessoa humana quando um ser humano é tratado como mero instrumento, coisa, e não como sujeito de direitos que realmente é. A partir do momento em que a Constituição consagra expressamente a dignidade da pessoa humana, parte-se da ideia de que o homem, pelo simples fato de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular desses direitos, que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado.

A dignidade, assim, é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral. Como limite implica a impossibilidade de reduzir qualquer ser humano à condição de objeto, e ainda gera direitos fundamentais negativos contra atos que a ameacem ou violem. Como tarefa, dela decorrem deveres concretos de proteção por parte dos órgãos estatais, por meio de prestações positivas (SARLET, 2009, p. 32).

Mesmo após todas essas digressões acerca do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, a grande dificuldade que se vislumbra diz respeito ao seu conceito.

Alexandrino (2010, p. 13) aduz que “o princípio da dignidade da pessoa humana pertence ao grupo de realidades particularmente

avessas à claridade, podendo-se dizer que, quanto mais se busca um conceito, mas este estaria distante”. Canotilho (1993, p. 363), por sua vez, sustenta que se deve evitar um conceito fixo de dignidade da pessoa humana, filosoficamente sobrecarregado. Pacificando a discussão, Sarlet (2015, p. 102) afirma que a dignidade, como qualidade intrínseca, elemento integrante da pessoa humana, simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável.

Pode-se dizer que se trata de algo inerente a todo e qualquer ser humano, pelo simples fato de todos serem dotados de razão e consciência, verdadeira expressão da igualdade; consistiria, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa. Essa igualdade consiste na dimensão social ou comunitária da dignidade da pessoa humana que considera que todos são iguais em dignidade e assim convivem em determinada sociedade.

Deve-se ponderar que a autonomia conferida à pessoa é considerada em abstrato, como a capacidade potencial de cada ser humano autodeterminar sua conduta, não dependendo de que esta seja efetiva em cada caso concreto, de forma a abarcar, por exemplo, o absolutamente incapaz (vide o portador de grave deficiência mental), que possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.

Necessário que se ressalte que, além da dimensão natural da dignidade humana, a doutrina realça sua dimensão cultural. Sob esse aspecto, a dignidade apresenta-se como fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade como um todo.

Sarlet (2015, p. 104) alerta para o fato de que deve prevalecer, em certos casos, as especificidades culturais dos mais diversos povos, para justificar como legítimos atos que seriam considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana pela maioria das pessoas.

Como inerente a todo ser humano, não se admite que seja sacrificada em favor do grupo, não podendo ser retirada da pessoa,

caso em será perdida apenas quando ausente a vida, sem prejuízo de seus efeitos post mortem.

Os direitos fundamentais são, portanto, concretizações dos fundamentos do princípio da dignidade da pessoa humana, razão porque o art. 1º, inc. III da Constituição Federal não é uma mera declaração de conteúdo ético e moral, mas verdadeira norma positiva, com status constitucional, dotada de eficácia. Além disso, podemos tê-la como princípio fundamental estruturante da Constituição, que assegura uma unidade axiológica em relação aos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana tem uma função instrumental integradora e hermenêutica, sendo legitimadora de toda ordem estatal, elevando a Constituição a um diploma defensor da pessoa humana, sendo condição indisponível da democracia, não podendo dela dispor. Integra, assim, a própria essência, a identidade da Constituição, podendo ser identificada, nos dizeres de Sarlet (2015, p. 109), como limite material implícito autônomo ao poder de reforma da Constituição, não podendo o ser humano dela dispor, sendo irrenunciável, inalienável e intangível. É intransigível considerando-se que o ser humano não pode dela dispor livremente, ou estaria renunciando à sua própria humanidade. Considerando-se fundamento do sistema de direitos fundamentais, tem-se que estes devem ser considerados desdobramentos da primeira, devendo ser invocada apenas quando não for suficiente a invocação direta daqueles.

Para Alexy (2015-b, p. 174), “[...] o princípio da dignidade humana é o único princípio que pode ficar do lado dos direitos fundamentais sociais constitucionais em todos os casos.” Em outras palavras, os direitos sociais - dentre os quais a saúde - correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista que nenhum princípio é absoluto - nem mesmo o da dignidade humana - tem-se que, em caso de colisão entre princípios, será necessário que o juiz se utilize de sólidos argumentos

a fim de justificar uma decisão em um ou outro sentido, em cada caso concreto. Para isso, a teoria da proporcionalidade se mostra como uma solução jurídica viável e possível.

## 2.1 O DIREITO À SAÚDE E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY

A garantia do direito constitucional à vida e à dignidade pressupõe o direito à saúde, já que o exercício de qualquer outro direito condiciona-se à sua existência. A saúde tem caráter universal, sendo um direito subjetivo fundamental, essencial, inafastável, indispensável para a garantia do direito à vida e à dignidade humana, servindo para mitigar as desigualdades vez que cabe ao Estado garanti-lo, mesmo sem a devida contraprestação.

A partir dessas disposições constitucionais, o legislador ordinário editou a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que estabelece as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, além da organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

O art. 2º da Lei 8.080/90 define saúde como um direito fundamental, sendo dever do Estado garanti-lo, por meio de implementação de políticas públicas que visem à redução de riscos de doença e acesso aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.<sup>2</sup>

Além disso, o diploma legal estabelece os princípios para atuação do Sistema Único de Saúde (SUS),<sup>3</sup> com destaque para seu

---

<sup>2</sup> Lei 8080/90 - Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º: O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>3</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

caráter universal, garantindo a todos o acesso às ações e serviços de saúde. Prevê, ainda, o modelo operacional e a estrutura de funcionamento, seu financiamento e articulação entre os entes federados para implementação.

Necessário considerar que o tratamento ou medicamento a ser fornecido não pode comprometer o funcionamento do Sistema Único de Saúde, devendo tal análise se dar de acordo com o caso concreto. Além disso, deve-se privilegiar o tratamento disponibilizado pelo Sistema. O que se busca evitar, no caso, é o comprometimento do orçamento público, de forma a inviabilizar o atendimento das demais políticas do setor.

Ademais, a existência de políticas públicas evidencia que a determinação judicial não cria uma política estatal para o caso concreto, mas apenas determina seu cumprimento, em atendimento ao direito público subjetivo à saúde. Caso a medida que se pretenda não esteja abrangida por aquelas normatizadas pelo SUS, pode ter havido uma decisão administrativa de não abranger aquele tratamento ou medicamento; ou a vedação legal para tanto, como nos casos de medicamentos não licenciados pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), tratamentos experimentais ou não testados pela Sistema de Saúde Nacional.

É certo que a falta de Protocolo Clínico pelo SUS não pode servir de salvoconduto para não atendimento de demandas que afetam diretamente os direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, à vida e à saúde, exigindo, entretanto, ampla instrução probatória, o que impediria a concessão de uma medida de natureza cautelar.

Em todos esses casos, deve-se ter em mente que o direito à saúde, como direito fundamental, deve ser garantido por meio de políticas públicas, de responsabilidade do Estado. A atuação judicial deve ser tida sempre como subsidiária, sobrevivendo apenas quando houver omissão ou desrespeito às determinações constitucionais e legais, atribuindo-se a cada um dos poderes sua devida responsabilidade.

É certo que essa divisão administrativa não vincula o Poder Judiciário, de forma que, observada a competência concorrente constitucionalmente prevista<sup>447</sup> e da responsabilidade solidária reconhecida pelos Tribunais superiores,<sup>548</sup> cabe determinar a qualquer dos poderes federados a disponibilização de determinado medicamento ou serviço de saúde.

Nesse sentido, sempre que a Constituição defina um direito fundamental, esse se torna imediatamente exigível e, caso não seja garantido, cabível a intervenção do Judiciário, mediante a ponderação dos princípios envolvidos.

A ponderação de princípios, nesse caso, não pode ser feita apenas entre o direito à vida, à dignidade humana e à saúde de uma lado e a separação de poderes, princípios orçamentários e reserva do possível do outro. Na realidade, esta deve ser considerada de forma mais complexa, considerando o direito à vida, à dignidade humana e à saúde daquele que é beneficiado no caso a ser analisado e o direito à vida, à dignidade humana e à saúde de todos os demais membros da coletividade.

Nos últimos anos, tem-se observado o crescimento exponencial das ações que visam obter coercitivamente do Estado o cumprimento de obrigações diretamente ligadas a questões de saúde da população, seja a busca por medicamentos, tratamentos ou insumos.

Surge, então, a problemática em se estabelecer um equilíbrio entre a necessidade da população e a possibilidade de fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, cabendo ao Judiciário

---

<sup>4</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.

<sup>5</sup> Nesse sentido: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO. GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente (BRASIL, 2015).

atuar para determinar a implementação dessas políticas e para evitar abusos.

É pacífico que, havendo norma jurídica ou administrativa que determine que o Estado adote determinada postura em relação à disponibilização dos serviços de saúde, como medicamentos, esta poderá ser objeto de controle, em razão de sua atividade jurisdicional típica.

Nesse cenário, ganha espaço a aplicação da teoria desenvolvida por Alexy. Para ele, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Assim, os princípios podem ser entendidos como mandamentos de otimização. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, as pessoas devem fazer o que ela exige, e somente isso. Regras contêm determinações. O conflito entre regras pode ser solucionado de duas maneiras: por meio da introdução de uma regra de exceção em uma das regras ou por meio de declaração de invalidade de uma delas (ALEXY, 2008, p. 90-99). Diariamente, o Poder Público se esquiva de cumprir a determinação constitucional de efetivação do direito à saúde, sob o argumento da reserva do financeiramente possível. Para Olsen (2012, p. 209), a denominada reserva do financeiramente possível é traduzida como “escassez de recursos”, e adquiriu contornos de tese de defesa do Poder Público, adotada diante da judicialização de direitos, especialmente os sociais.

Alexy (2015-b, p. 176) afirma que “[...] o princípio das possibilidades financeiras é o argumento mais importante para a limitação dos direitos sociais”. Para o autor, o princípio da dignidade humana se encontra ao lado dos direitos sociais, e o princípio das possibilidades financeiras está ao lado dos argumentos contrários.

Ocorre que “A dignidade humana tem precedência sobre possibilidades financeiras quando o mínimo existencial não se vê garantido.” (ALEXY, 2015-b, p. 177). Ora, considerando-se que a dignidade humana se encontra ao lado do direito fundamental à saúde,

entende-se que o Estado não pode se valer do argumento de impossibilidade financeira se não está atendendo nem mesmo o mínimo existencial. O mínimo existencial, assim, adquire caráter de regra.

É certo que o papel do Judiciário, em um Estado verdadeiramente democrático e de direito, é interpretar a Constituição e as leis, preenchendo as lacunas legislativas sempre que necessário. Tem ganhado cada vez mais relevo a sua atuação como construtor de normas legais.

É necessário levar em consideração a existência de casos simples e casos difíceis de análise sobre o mínimo existencial. Nos casos simples a subsunção não é problema. Por outro lado, em casos difíceis, como quão cara pode ser a ajuda médica para salvar uma vida, não há como fazer subsunção pura, será indispensável valer-se da ponderação entre dignidade e possibilidade financeira, fato que prova a relação entre os direitos sociais e a ponderação ou balanceamento (ALEXY, 2015b, p. 177-178).

No caso da colisão entre princípios, um deles terá que ceder. Em determinado caso concreto, um princípio terá precedência sobre o outro e em outro caso concreto não terá. Conflitos entre princípios ocorrem na dimensão do peso. O conflito entre princípios deverá ser resolvido “[...] por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes.” Sopesar os interesses conflitantes é constatar no caso concreto qual dos interesses tem mais peso. Não se elimina um dos princípios do ordenamento jurídico, apenas é estabelecida uma precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2008, p. 90-99).

De fato, os sacrifícios são inevitáveis quando princípios colidem entre si. Nesse caso a ponderação se torna indispensável. A ponderação é o foco da proporcionalidade *stricto sensu* e determina que “[...] quando maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em atender ao outro.” (ALEXY, 2015a, p. 19).

Para garantir a observância dos direitos fundamentais à vida, saúde e dignidade da pessoa humana, cabível a ponderação de princípios, de forma a optar-se por solução, existindo mais de uma validamente aceita, aquela que mais se coaduna com o ordenamento, suprimindo a omissão dos Poderes Públicos, suspendendo qualquer medida que ofenda aos primeiros ou determinando o adimplemento de ações de forma a garantir a observância, pelo menos, do mínimo existencial.

A ponderação é uma forma de argumentação jurídica racional. As alternativas contrárias à ponderação são uma espécie de intuicionismo de dignidade humana. Intuicionismo é uma confissão de irracionalidade (ALEXY, 2015a, p. 36).

A ponderação, portanto, consiste em uma técnica a ser aplicada pelo magistrado sempre que se deparar com um caso de difícil resolução. A materialização do direito fundamental à saúde leva ao Poder Judiciário muitos casos difíceis para serem resolvidos.

### 3 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais alicerçam o Estado Democrático de Direito e vinculam os três poderes, que devem trabalhar para garantir sua efetividade. O princípio da dignidade humana, por sua vez, é direito inerente a toda pessoa e está ligada diretamente aos direitos sociais, tais como o direito fundamental à saúde. A Constituição, ao garantir a saúde, estabeleceu que se trata de direito de todos e dever do Estado. É, portanto, um direito fundamental, de observância obrigatória ao qual se deve dar a máxima efetividade. O Poder Público busca implementar políticas públicas para dar efetividade ao direito à saúde, de forma a atender ao maior número de pessoas. Mesmo assim, o que se observa é um aumento vertiginoso das ações judiciais que visam obter coercitivamente do Estado a disponibilização de tratamentos e, em especial, o fornecimento de medicamen-

tos. É certo que o Judiciário pode e deve atuar em defesa dos direitos à vida, à saúde e da dignidade da pessoa humana, buscando, por meio da técnica da ponderação de princípios, garantir a máxima efetividade, mas sempre observando a justiça.

Apesar da existência de uma divisão de responsabilidades, formulada na via administrativa, cabe ao Judiciário determinar a qualquer dos entes federados, de forma concorrente e solidária, a materialização do direito à saúde, quando houver omissão ou ilegalidade na conduta dos poderes Executivo e Legislativo. Obviamente, não cabe ao magistrado substituir o administrador público, sob pena de ofensa aos princípios da separação dos poderes e da igualdade, além de comprometer o planejamento e orçamento públicos.

Não se pode perder de vista que disponibilizar um medicamento de alto custo, em análise preliminar e sem maiores digressões acerca da sua eficácia a apenas um paciente pode inviabilizar o atendimento de diversos outros pacientes que aguardam na fila de atendimento. Isso porque, a cada demanda individual que é atendida, outras deixam de ser por questões orçamentárias. Nesse campo, incide a reserva do financeiramente possível, argumento que leva em consideração que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as demandas sociais.

É certo que cabe Judiciário atuar para garantir o direito à saúde. Mas não cabe a ele assumir o papel de protagonista, tendo sempre como norte as políticas públicas já existentes e definidas pelo poder Executivo.

O Poder Público, por vezes, não cumpre a determinação constitucional de dar efetividade ao direito à saúde, argumentando que não possui recursos financeiros para tal. Nesse ponto, ganha espaço a tese da ponderação de princípios, a considerar, de um lado, o direito que todo ser humano possui de viver com dignidade, desfrutando de saúde, e, de outro, o argumento da reserva do possível. Cabe ao magistrado, em cada caso concreto, fazer o sopesamento.

A dignidade humana, portanto, encontra-se ao lado do direito fundamental à saúde, por isso, o Estado não pode se valer do argumento da reserva do financeiramente possível diante de casos em que não atenda nem mesmo o mínimo existencial, o qual acaba por adquirir caráter de regra.

Mas é preciso levar em consideração que nem sempre o mínimo poderá ter caráter de regra. Na resolução de casos difíceis isso não será possível, será necessário recorrer à ponderação entre dignidade e possibilidade financeira, e isso acaba por provar a relação que existe entre saúde e a teoria da ponderação de princípios.

O Poder Judiciário deve se valer da teoria da proporcionalidade ou ponderação de princípios fundamentais, em especial entre a dignidade humana e a possibilidade financeira, a fim de resolver problemas difíceis relacionados ao direito fundamental à saúde. À primeira vista, tem-se a impressão de que o direito à saúde sempre prevalecerá, mas tal impressão apenas poderá ser confirmada com a aplicação da fórmula do peso em cada caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo Alexandrino. Perfil Constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 11, abr./jun. 2010.

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. Tradução Rogério Luiz Nery da Silva. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e nãopositivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015a.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais sociais e a proporcionalidade. Tradução Rogério Luiz Nery da Silva. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e nãopositivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015b.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em 12 maio 2016.

BRASIL. RE 855178 RG. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em: 05 mar. 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 mar. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. In: José Adécio Leite Sampaio (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

OLSEN. Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. 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.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed., rev. e atual. nos termos da reforma constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.



# O CONTROLE PONDERADO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA FOSFOETANOLAMINA

Fausto Santos de Morais\*  
Alexandre Atualpa Selayaran\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi planejado sob o tema do Direito à Saúde, mais especificadamente sobre a possibilidade legal de se utilizar a substância da fosfoetanolamina - pílula do câncer - no tratamento de neoplasia maligna e o controle judicial dos Direitos Sociais.

A referida temática, principalmente com o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 em face desta permissão legal (Lei n.º 13.269/16), desperta ainda mais o debate acerca da legitimidade democrática dos agentes políticos, o dever de proteção aos Direitos Fundamentais e o adequado posicionamento do Judiciário.

Nesse contexto, assume-se para o presente trabalho a seguinte problemática: quem deve decidir sobre a fosfoetanolamina? Diante disso, trabalharse-á com a hipótese de um modelo de controle judicial moderado para aferir o dever de proteção aos direitos fundamentais.

Por conta disso, pretende-se aqui, de maneira geral, apresentar a proposta teórica de Mathias Klatt acerca da reformulação da ideia de intervenção judicial no tema dos Direitos Positivos. Tal proposta será desenvolvida mediante o uso do método fenomenológico-hermenêutico.

---

\* Doutor e mestre em Direito Público - Unisinos. Pesquisador na área da Hermenêutica Jurídica, Argumentação Jurídica, Direitos Fundamentais, Teoria do Direito, Direito Constitucional, e Direito e Literatura. Docente da Escola de Direito e do PPGD da Faculdade Meridional - IMED/ Passo Fundo.

\*\* Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa: Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais; - IMED, sob coordenação do Prof. Dr. Fausto Santos de Morais. Monitor na disciplina Introdução ao Estudo do Direito - Controle de Constitucionalidade.

O motivo pelo qual a presente pesquisa justifica-se está relacionado com dois principais aspectos: (a) repercussão social acerca da fosfoetanolamina, conforme verifica-se de inúmeras notícias apontadas no desenvolver deste estudo; (b) os debates que ainda ocorrem acerca da (re)formulação da legitimidade democrática e, também, judicial, especialmente quando está-se tratando da proteção dos Direitos Fundamentais, num contexto (brasileiro) de judicialização da política e de ativismo judicial.

Por fim, calha mencionar, ainda, que este artigo está estruturado sob 3 (três) objetivos específicos. Num primeiro momento, será apresentada toda a celeuma em relação à fosfoetanolamina. Posteriormente, será apresentado o debate acerca da impossibilidade de intervenção judicial na proteção aos Direitos Fundamentais em pleno Estado Democrático de Direito. Derradeiramente, será apresentada a teoria do controle judicial ponderado.

## 2 DA FOSFOETANOLAMINA

A substância da fosfoetanolamina, conhecida popularmente como “pílula do câncer”, ganhou repercussão nacional em meados do ano de 2015 em razão da possibilidade de utilizar tal substância no combate efetivo ao câncer e pelo fornecimento de cápsulas sintéticas pela Universidade de São Paulo (USP).<sup>1</sup>

O fornecimento de tais cápsulas pela USP gerou tanto no sistema jurídico quanto no sistema político-sociais inúmeros debates acerca da possibilidade jurídica da USP e até mesmo do Estado fornecer a fosfoetanolamina sintética às pessoas portadoras de câncer.

O referido debate deu-se em razão do medicamento encontrar-se ainda em fase experimental e, portanto, sem o devido regis-

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/saude/2016/03/pilula-do-cancer-polemica-fosfoetanolamina>>.

tro sanitário, conforme depreendese de diversas notícias circuladas em sites jurídicos, não jurídicos e principalmente de ações judiciais em que se pleiteou o fornecimento de tal “pílula” experimental.<sup>2</sup>

Vale mencionar, nesse contexto, que o conceito de medicamento é estipulado pela Lei n.º. 5.991/1973, a qual dispõe no art. 4º, II, que medicamento é todo “[...] produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico.”

No que tange ao registro dos medicamentos no Brasil, verifica-se que a base legal é a Lei n.º 6.360/76 e o órgão nacional responsável pela verificação dos requisitos necessários para a concessão do registro sanitário de medicamentos é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, conforme dispõe a Lei n.º 9.782/99.

Convém, dentre tantos dispositivos, transcrever *ipsis litteris* o artigo 16, caput e incisos I e II da referida Lei:

Art. 16 O registro de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, dadas as suas características sanitárias, medicamentosas ou profiláticas, curativas, paliativas, ou mesmo para fins de diagnóstico, fica sujeito, além do atendimento das exigências próprias, aos seguintes requisitos específicos: II - que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias; III - tratando-se de produto

---

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-07/decisao-stf-distribuicao-fosfoetanolamina-perde-efeitos>>; <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-06/lewandowski-libera-estoque-remanescente-fosfoetanolamina>>; <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-14/capsula-cancer-tema-audiencia-publica-oab-sp>>; <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/juiza-federal-manda-usp-uniao-fornecerem-capsula-cancer>>; <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-03/tj-sp-nao-proibe-producao-capsulas-cancer-orgao-especial>>; <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-03/pessoas-cancer-capsulas-mesmo-decisao-tj-sp>>; <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-30/usp-fornecer-capsula-cancer-mulher-41-anos>>; <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-12/usp-fornecer-capsula-cancer-paciente-rs>>; <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-11/tj-sp-cassa-liminares-mandavam-usp-fornecer-capsula-cancer>>; <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-04/usp-autuada-produzir-pilula-cancer-farmaceutico>>.

novo, que sejam oferecidas amplas informações sobre a sua composição e o seu uso, para avaliação de sua natureza e determinação do grau de segurança e eficácia necessários.

Embora seja atribuição da ANVISA a concessão do registro sanitário aos pleitos administrativos, foi sancionada pela Presidenta da República no dia 14/04/16 a Lei n.º 13.269 de 2016, que, em suma, permite o uso excepcional<sup>3</sup> da fosfoetanolamina sintética por pessoas portadores de neoplasia maligna, desde que atendidos os seguintes requisitos: a) laudo médio comprovando o diagnóstico; e b) assinatura de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal.

A indigitada Lei, em tese, encerraria o debate a respeito deste medicamento destinado ao câncer, porém diversas entidades relacionadas com a saúde pública demonstraram descontentamento com a posição legislativa tomada pelos agentes políticos, conforme observa-se em inúmeras notícias veiculadas eletronicamente.<sup>4</sup> Em virtude do descontentamento político, científico e jurídico em relação à publicação desta Lei, a Associação Médica Brasileira (AMB) ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal em face desta norma jurídica primária (ADI 5.501) com o objetivo de que a Suprema Corte brasileira declare a inconstitucionalidade desta permissão legal.

<sup>3</sup> A ideia de excepcionalidade prevista na lei dá-se em razão da ausência de registro sanitário do medicamento sob questão.

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/vida/noticia/2016/03/oms-diz-que-nao-ha-provas-de-eficaciada-pilula-do-cancer-5232459.html#>>; <<https://www.abrasco.org.br/site/2016/04/fosfoetanolaminasintetica-carta-aberta-da-abrasco-para-reivindicar-ve-to-ao-projeto-de-lei-463916/>>; <<https://www.abrasco.org.br/site/2016/04/presidente-dilma-sanciona-sem-vetos-a-lei-que-autoriza-apilula-do-cancer/>>; <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/menu++noticias+anos/201616/anvisa+re+forca+alerta+para+os+riscos+sanitarios+provocados+pela+lei+n+13269>>; <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-17/medicos-pedem-stf-suspenda-lei-libera-pilula-cancer>>; <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/04/associacao-de-farmaceuticas-critica-liberacao-dafosfoetanolamina.html>>.

A citada ação está fundamentada na violação do Direito à saúde, Direito à segurança e à vida, assim como na violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (sic).<sup>5</sup> Além disso, a autora aduz que a fosfoetanolamina perpassou tão só pelos testes pré-clínicos, ou seja, a despeito dos rumores de eficácia, não foram realizados testes clínicos para fins de obtenção do registro sanitário.

Desse modo, a AMB entende que a permissão, mesmo em caráter excepcional, está de fato desrespeitando os referidos Direitos Fundamentais e, também, a legislação infraconstitucional, a qual visa à segurança e efetividade dos medicamentos.

Após demonstrar de maneira sucinta toda a celeuma política, científica e jurídica a respeito da “pílula do câncer”, será analisado nas próximas seções o presente tema sob o foco deste trabalho.

### **3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E LEGITIMIDADE DO CONROLE JUDICIAL**

É a partir do Constitucionalismo Contemporâneo que se tem o reconhecimento dos Direitos Fundamentais como normas jurídicas constitucionais (supremacia constitucional), autoaplicáveis e de vinculação aos três poderes (NOVAIS, 2012, p. 199).

Esse movimento é visualizado no Brasil com a promulgação da Constituição Federal da República Brasileira de 1988, eis que a referida Carta Máxima restabeleceu o regime democrático no país, ou seja, a Constituição instaurou o Estado Democrático de Direito (STRECK, 2014, p. 275).

Consoante Barroso (2013, p. 30-31), a Constituição brasileira está atrelada aos pressupostos teóricos do Constitucionalismo Contemporâneo, o qual possui como marco inicial o término da 2ª Guerra Mundial.

---

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/medicos-questionam-lei-libera-uso.pdf>>.

No que tange ao Constitucionalismo Contemporâneo, pode-se afirmar, ainda, que é nesta nova concepção que exsurge um dos principais debates na dogmática jurídica. Tal debate está atrelado às relações entre Democracia e Jurisdição Constitucional, eis que as (novas) Constituições pós 2ª Guerra Mundial, além de estabelecerem pontos formais, direcionaram-se ao estabelecimento de uma “obra material aberta (MORAIS, 2009, p. 72).

Sendo assim, muito se discutiu e ainda se discute acerca da legitimidade para atribuir sentido à Constituição, principalmente acerca do papel do Poder Judiciário na proteção e/ou concretização dos Direitos Fundamentais num Estado Democrático de Direito.<sup>6</sup>

Conforme Streck, a indigitada discussão é empregada principalmente pelas Teorias Procedimentalistas e Substancialistas, eis, pois, tais teorias pretendem responder o questionamento referente ao papel da Jurisdição Constitucional, tendo em vista as novas teorias para redesenhos institucionais na Democracia (2014, p. 151).

De acordo com o constructo teórico da Teoria Procedimentalista da Democracia, o papel do Judiciário seria de “ser guardião das formas da democracia”. Isto é, a jurisdição constitucional exercida pelo judiciário deveria tão somente verificar o respeito aos procedimentos da participação popular (OLIVEIRA, 2009, p. 47).

Por outro lado, os adeptos à Teoria Substancialista da Democracia entendem que cabe ao Judiciário a função de interpretar a Constituição e, conseqüentemente, proteger de maneira mais contundente os Direitos Fundamentais (STRECK, 2014, p. 163-164).

Considerando tais perspectivas teóricas distintas atinentes à intervenção do Poder Judiciário em questões relativas ao dever de proteção dos Direitos Fundamentais num Estado Democrático de Direito, entende-se neste trabalho que ainda se faz necessário repensar

---

<sup>6</sup> No contexto brasileiro, pode-se afirmar que a referida proposição é fundamentada em dois principais movimentos. Sendo eles: a) judicialização da política e b) ativismo judicial.

a relação entre a Legitimidade Democrática e o Poder Judiciário na proteção dos Direitos Fundamentais a fim de reformular a ideia de tudo ou nada.

Diante desse embate teórico, apresentar-se-á na próxima seção a teoria proposta por Matthias Klatt em relação à intervenção judicial nas decisões do Poder Legislativo ou Executivo que visam instituir (ou deixam de instituir) políticas públicas para concretização dos direitos fundamentais sociais.

#### 4 CONTROLE JUDICIAL PONDERADO DOS DIREITOS POSITIVOS

Em relação aos Direitos Sociais, sabe-se que muitos debates ocorreram - até mesmo se eram ou não Direitos Fundamentais - e ainda ocorrem, principalmente sobre a adequada atuação do Poder Judiciário na concretização destes direitos num contexto cada vez maior de judicialização da política.<sup>755</sup> Alexy contribui para esse debate ao defini-los como deveres estatais de proteção, ou seja, que exigem uma ação do Estado (ALEXY, 2008, p. 459) e, para além disso, apresentam-se com a mesma natureza de princípio. Isto é, exigem uma proteção estatal mais ampla possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, dessa forma podendo colidir com outros princípios (ALEXY, 2008, p. 463).

Ao se entender o princípio da proporcionalidade como critério ambivalente, tanto na proibição do excesso quanto a proibição de proteção deficiente, Alexy desenvolve diferentes metodologias para controlar a sua aplicação. Assim, concentrando-se na análise da proteção deficiente oferecida pelo Estado, dever-se-ia considerar outra estrutura de argumentação própria que, em que pese seja parecida

---

<sup>7</sup> De maneira ilustrativa, convém mencionar os debates referentes às seguintes questões: (a) Reserva do Possível, (b) Mínimo Existencial, (c) Separação dos Poderes e (d) Ativismo Judicial. Para maiores esclarecimentos em relação à temática cf. Figueiredo (2013), Leal (2009) e Sgarbossa (2010).

com a análise da proibição do excesso, possui suas peculiaridades próprias (MICHAEL, 2010, p. 196).

No que diz respeito às políticas públicas, entende-se que o relevante é apresentar a proposta de Alexy sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade como proteção deficiente. No entanto, quando a proporcionalidade diz respeito à proteção eficiente, exigir-se-á considerar questões um pouco diferentes quanto à proibição do excesso. Nesse sentido, a análise inicia com o exame da exigência de um meio de proteção em atenção à determinada finalidade (MICHAEL, 2010, p. 197), fazendo com que se constitua o dever do Estado atuar para alcançar aquele dito objetivo. O objeto de análise é a ordem para empregar determinado meio (MICHAEL, 2010, p. 197).

Num segundo momento, o que se coloca em verificação é se o meio empregado é idôneo para atingir a finalidade requerida. Se o meio não for idôneo a qualquer fim ou, pior, implicar na ofensa de outras finalidades, ele deve ser considerado deficiente (MICHAEL, 2010, p. 197).

A terceira verificação será se o Estado realizou os meios necessários para atingir a finalidade protetiva consagrada como Direito Fundamental, devendo o Estado promover o meio menos gravoso com o mesmo resultado, como forma de proteger os Direitos Fundamentais e demais finalidades constitucionais. Nesse momento, a ponderação se faria quanto à existência de meios mais efetivos e igualmente moderados para a realização dos fins postos ao Estado (MICHAEL, 2010, p. 197).

Isto é, especula-se, a medida deveria potencializar a efetividade da finalidade sem promover maior intervenção em outros finalidades (ou Direitos Fundamentais) concorrentes. Essa análise, nos moldes da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, exigiria o uso da ponderação.

Num quarto e último teste sobre a proteção deficiente, exigir-se-ia o exame quanto à conveniência da proteção (MICHAEL, 2010, p. 198). Quer dizer, somente seria possível revisar a conveniência do

meio pedido e a alternativa adotada pelo Estado quando outro meio fosse único, mais idôneo e efetivo. Fora dessas condições, a omissão ou a medida adotada gozaria de um espaço de discricionariedade decorrente de uma prognose constitucional-legislativa (MICHAEL, 2010, p. 198).

Ainda no que diz respeito aos Direitos Sociais, conforme entende Klat (2015, p. 218), estes possuem, em si, quatro problemas. Quais sejam: a) justificação; b) conteúdo; c) estrutura e d) competência/justiciabilidade.

Muito embora o autor mencione quatro problemas atinentes aos Direitos Positivos, será trabalhado apenas o problema da competência/justiciabilidade, que, ao fim e ao cabo, está inter-relacionado aos demais problemas.<sup>8</sup>

O debate acerca da competência e/ou justiciabilidade dos Direitos Sociais refere-se ao adequado posicionamento do Poder Judiciário a ser adotado na concretização dos Direitos Fundamentais a prestações positivas, haja vista a competência democrática dos agentes políticos para decidir sobre o tema (KLATT, 2015, p. 220).

Segundo o indigitado autor (2015, p. 216), este problema trata-se, em síntese, de um conflito de princípios de competência, ou seja, conflito entre princípios formais, razão pela qual faz-se necessária a utilização da máxima da proporcionalidade para a solução deste conflito.

A ideia de princípios formais está relacionada, do mesmo modo, com o conceito de princípios materiais de Robert Alexy. Quer dizer, portanto, que princípios formais, também, são mandamentos de otimização (de algo) na maior medida possível, atendidas no caso as possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2014, p. 13).

---

<sup>8</sup> Tal delimitação justifica-se em razão da própria abordagem que será realizada neste artigo e, sobretudo, em função do espaço numeral permitido.

Contudo, é possível diferenciar os princípios materiais e formais em virtude da “palavra algo”, eis que o objeto a ser otimizado nos princípios materiais refere-se a conteúdos como, por exemplo, vida, liberdade, saúde, mínimo existencial, dentre outros (ALEXY, 2014, p. 13).

Por outro lado, o objeto de otimização dos princípios formais são as próprias decisões. Não importando, portanto, o conteúdo material. Isto é, os princípios formais requerem que as normas jurídicas vigentes sejam otimizadas pela autoridade competente.

A fim de exemplificar a categoria dos princípios formais, Alexy menciona o princípio da Democracia (representativa), que ilustra a noção de princípios formais, pois o citado princípio trata, em simples palavras, de decisões tomadas pelos agentes políticos democraticamente eleitos.

Retomando a proposta de Klatt (2015, p. 237), o autor afirma que a solução do problema da intervenção judicial dos Direitos Sociais dar-se-á mediante uma postura flexível, tendo em vista que o nível de intensidade da intervenção judicial será flexibilizado - mediante a utilização da ponderação - ao invés de se apostar num modelo de “tudo ou nada”.<sup>9</sup>

Desse modo, a estruturação da ponderação de princípios formais dar-se-á de maneira idêntica aos princípios materiais. Isto quer dizer que a ponderação decorre da primeira lei de ponderação. Qual seja? “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” (KLATT, 2015, 240).

Assim sendo, a ponderação deste conflito de competências deverá seguir três questionamentos (KLATT, 2015, p. 240). “Qual o

---

<sup>9</sup> A ideia de “tudo ou nada” está relacionada com uma concepção de Jurisdição Constitucional que intervém pouco ou muito nestes casos. Estes modelos podem ser compreendidos a partir das Teorias Substantialistas ou Procedimentalista. Para maiores esclarecimentos, cf. Streck (2014).

grau de não satisfação da competência”? “Qual a importância de satisfazer a outra competência”? “A importância justifica a não satisfação da primeira competência?”

Em relação a esta primeira etapa da ponderação, o autor aduz que se trata de uma estrutura interna e em virtude disso será uma justificação de ordem interna do conflito de competência (2015, p. 240-241).<sup>10</sup>

No que se refere à justificação externa, verifica-se que está ligada à avaliação no caso concreto do grau de intensidade da intervenção judicial na esfera de decisão política dos Direitos Sociais (2015, p. 241).

Nesta seção apresentaram-se ideias gerais acerca do controle judicial ponderado dos Direitos Positivos. Na próxima etapa deste estudo será abordada apenas a questão do grau de intensidade do controle judicial.

#### 4.1 INTENSIDADE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

Primeiramente, convém destacar, com fulcro na proposta de Klatt, que a justificação externa, mencionada na seção anterior, é dependente de argumentos externos à ponderação (2015, p. 242). Tais argumentos, conforme aduz o autor, estão atrelados ao peso concreto (grau de intensidade) da interferência judicial na competência dos agentes políticos.

O autor (2015, p. 242) propõe, portanto, quatro fatores - não taxativos<sup>11</sup> - que contribuirão para quantificar o peso concreto da interferência do Poder Judiciário na decisão política do Poder Legisla-

---

<sup>10</sup> No presente artigo não será apresentada de maneira minuciosa a questão sobre a justificação interna, eis que, conforme já apontado, este artigo foi delimitado com intuito de problematizar tão só a questão da justificação externa, até mesmo em razão do número de páginas permitidos para este ensaio.

<sup>11</sup> Para o autor os fatores apresentados não são taxativos em razão que poderão ser utilizados outros fatores complementares no caso específico.

tivo ou Executivo. Anteriormente à apresentação dos elementos que poderão contribuir na verificação do peso concreto da interferência judicial, importante mencionar os níveis de intensidade desta intervenção, ou seja, os níveis que representam o peso concreto do controle judicial.

O nível de intensidade, consoante o autor, será definido apenas no caso concreto, pois só será possível constatar o grau de intervenção após a análise das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso (2015, p. 221).

A intensidade da intervenção será averiguada em consonância com a escala triádica desenvolvida pelo autor, a qual está relacionada à deferência do Poder Judiciário ao Legislativo e/ou executivo (2015, p. 232-234)

Tal escala triádica é ilustrada da seguinte maneira: a) controle de leve intensidade; b) controle de moderada intensidade (intermediário); e c) controle de séria intensidade.

No que tange ao controle de leve intensidade, o autor menciona que é, por parte do Poder Judiciário, um alto grau de deferência aos agentes políticos. O controle de nível intermediário, por outro lado, está relacionado à qualidade da decisão do Poder Legislativo ou Executivo, ou seja, se a decisão foi apropriada ou eficaz (2015, p. 232-233). O controle de séria intensidade, por sua vez, corresponde a um grau ínfimo de deferência às decisões tomadas pelos poderes políticos, eis que o Judiciário está vinculado à ideia de efetividade dos Direitos Fundamentais pela via judicial (2015, p. 233-234). São, portanto, esses os níveis de intensidade do controle judicial, que serão verificados, conforme já referido acima, no caso concreto e mediante a utilização de quatro fatores. Quais sejam?

Os fatores - não exaustivos - são os seguintes:<sup>12</sup> a) qualidade da decisão; b) segurança epistêmica das premissas; c) legitimidade democrática; e d) princípios materiais.

A qualidade decisória será auferida mediante a análise dos argumentos justificadores da decisão. Além disso, ressalta Klatt que quanto maior a qualidade da decisão legislativa/executiva maior será o peso atribuído à competência desta decisão (2015, p. 242-243).

A insegurança epistêmica das premissas está associada ao consenso das premissas argumentativas da decisão. A (in)segurança epistêmica existe em relação às premissas normativas e empíricas (2015, p. 245).

Ademais, destaca o autor que quanto maior a insegurança das premissas - sejam elas normativas ou empíricas - maior será o peso da decisão do poder político em razão da legitimidade democrática para decidir sobre questões controversas. Por outro lado, a insegurança epistêmica quanto às premissas não poderá causar a omissão do Poder judiciário, o qual deve, ao menos, averiguar a existência fática da insegurança e, sobretudo, se a decisão foi coerente e racional (2015, p. 248).

No caso da fosfoetanolamina é possível visualizar com mais clareza tal questão, haja vista a inexistência de consenso<sup>1361</sup> em relação às premissas empíricas deste medicamento (segurança e eficácia do medicamento).

A legitimidade democrática para a tomada da decisão também é um importante fator para a determinação do peso concreto do controle judicial. No entanto, ao contrário de um entendimento apriorístico, calha mencionar que tal fator poderá influenciar um

---

<sup>12</sup> Por questões de delimitação do tema e, até mesmo, em razão dos fatores “b” e “d” encontrarem-se mais relacionados ao tema da fosfoetanolamina, não será realizado maiores aprofundamentos em relação aos demais itens.

<sup>13</sup> .f.r a seção 1, na qual é apresentada a celeuma em torno da segurança e eficiência do referido medicamento.

controle judicial maior, consoante a proposta do autor (2015, p. 248 - 249).

Por último, os princípios materiais condizem com a seguinte ideia: (i) quanto mais intensa a escolha política afetar um Direito Fundamental, menor será a competência dos poderes políticos para decidir (2015, p. 250). Contudo, caso inexistirem quaisquer interferências em princípios materiais, a importância da competência do órgão político para decidir sobre a matéria será elevada. (2015, p. 250).

No caso sob estudo, ou seja, no conflito de competência instaurado diante da publicação da Lei da nº 13.269/16 e do futuro julgamento da ADI 5.501, pode-se afirmar que todos os fatores descritos acima estão ligados ao caso e poderão contribuir para o Supremo Tribunal Federal adotar o adequado e necessário grau de intervenção na futura decisão, tendo em vista o dever de proteção aos Direitos Positivos.

A despeito da possibilidade de se visualizar todos os fatores (não exaustivos) no presente caso, constata-se que dois fatores se sobressaem neste caso. Quais sejam? A insegurança epistêmica das premissas empíricas e os princípios materiais.

Em relação à insegurança epistêmica das premissas, é visível tal fator, eis, pois, não há consenso acerca da eficácia e segurança científica da utilização deste medicamento no tratamento da neoplasia maligna. Considerando tão só a insegurança epistêmica, poder-se-ia afirmar, com base na proposta teórica de Klatt, que a competência legislativa para decidir sobre tal seria demasiadamente elevada (controle judicial de leve intensidade). Todavia, numa análise conjunta entre insegurança epistêmica e princípios materiais, esta afirmação não é adequada. Por que não? Porque no caso está-se analisando uma decisão legislativa, na qual não se tem certeza acerca das premissas epistêmicas (empíricas) e que interfere de maneira direta no Direito Fundamental à saúde das pessoas portadoras da doença. Nessa senda, importante transcrever a segunda Lei da Ponderação,

conforme o constructo teórico de Robert Alexy. Nas palavras do autor, “[...] quanto mais pesada for uma interferência<sup>1462</sup> em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justifiquem.” (ALEXY, 2014, p. 9).

Vale destacar, nesse contexto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da temática. Para a Corte Suprema o registro sanitário de medicamentos se faz necessário, haja vista que apenas com tal ato administrativo (vinculado) de conceder o registro (ou não) é que se tem a certeza de segurança e eficácia dos medicamentos.

O citado entendimento restou consolidado no julgamento do Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, que tinha como objeto a tentativa do Estado do Ceará em reformar a decisão interlocutória - deferimento da antecipação de tutela antecipada - para fins de não fornecer o medicamento denominado Zavesca-Miglustat a uma jovem para o tratamento da patologia NIEMANN-PICK, tipo C, que custava aproximadamente R\$ 52.000,00 aos cofres públicos.

No julgamento do referido agravo regimental, o Min. Relator Gilmar Mendes, com fulcro nos argumentos colhidos em audiência pública, a qual foi convocada pelo indigitado Min. em razão de inúmeros casos análogos à temática discutida na ação, expôs, além do entendimento supramencionado, em seu voto importantes critérios para o fornecimento de medicamentos via Poder Judiciário. Dessa maneira, entende-se que a Lei n.º 13.269/16 sobre a fosfoetanolamina vai de encontro com o entendimento do STF, o que, por si só, já indica o possível posicionamento a ser adotado no julgamento da ADI. Por fim, de acordo com o constructo teórico apresentado neste trabalho, o nível de intensidade do controle judicial no futuro julgamento da ADI 5.501 será de séria intensidade, conforme tudo indica, eis que ine-

---

<sup>14</sup> Alexy (2014, p. 20) menciona, também, que interferências em Direitos Fundamentais sem nenhuma justificativa material, ou seja, apenas em razão de legitimidade democrática, não é apenas desproporcional, mas, também, arbitrária.

xiste certeza quanto às premissas epistêmicas empíricas (eficácia e segurança do medicamento, que, via de regra, são confirmadas pelo registro do medicamento na ANVISA).

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho sustentou a hipótese da possibilidade de um controle judicial ponderado sobre as decisões de outros órgãos competentes como o poder legislativo e o poder executivo. No caso em questão, sobre a criação da obrigação legal de fornecimento da fosfoetanolamina, sustenta-se ser possível ao poder judiciário intervir nessa ordem considerando os seguintes argumentos:

- a) anteriormente à publicação da Lei nº. 13.269/16 já existiam debates acerca da fosfoetanolamina, especialmente no que tange à segurança e eficácia deste medicamento;
- b) os debates não encerraram com a publicação da referida lei, o que, por outro lado, só gerou mais debate acerca - relevância social do tema;
- c) ainda se discute, e muito, a respeito da reformulação da legitimidade democrática em pleno Constitucionalismo Contemporâneo em relação ao dever de proteção aos Direitos Fundamentais e o adequado posicionamento do Poder Judiciário;
- d) uma possibilidade teórica para a referida reformulação é com um posicionamento ponderado da intervenção judicial no controle de medidas políticas que visam a efetividade do Direitos Sociais;
- e) o STF na decisão paradigmática da STA 175 consolidou o entendimento que o registro de medicamentos na ANVISA faz-se necessário a fim de atestar a segurança e eficácia do referido medicamento/tratamento;

f) com fulcro na proposta teórica de Mathias Klatt, assim como de Robert Alexy, o STF poderá decidir acerca da fosfoetanolamina e, nesse sentido, adotará possivelmente um controle judicial de séria intensidade na ADI 5.501, tendo em vista a inexistência de certeza empírica quanto à eficácia deste medicamento.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Princípios Formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. *Lei n. 5.991*, de 17 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5991.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5991.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 6.360*, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 9.782*, de 26 de janeiro de 1999. Define o sistema nacional de vigilância sanitária, cria a agência nacional de vigilância sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.269*, de 13 de abril de 2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175*. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KLATT, Mathias. Direitos a prestações positivas: Quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis Editora, 2015.

MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade - para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 189-206.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional em países “periféricos”. In: BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *20 Anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos Editora, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Notas sobre uma teoria da Constituição Dirigente constitucionalmente adequada ao Brasil. In: BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago; STRECK, Lenio Luiz (Org). *20 Anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



# O CUSTO DOS DIREITOS SOCIAIS EM CONTEXTO DE CRISE E A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

Yuri Schneider\*  
Ludmila Kolb de Vargas Cavalli\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende realizar uma reflexão acerca dos custos de efetivação de direitos sociais em face da crise econômica que se abate sobre o Brasil nos dias atuais, em especial relativamente às prestações estatais na área da saúde pública. Toma como impulso à pesquisa a necessidade de se estabelecer uma racionalidade para a distribuição e o arranjo orçamental em época de escassez, desconstruindo premissas usuais aplicáveis ao custeio do sistema público de saúde. Parte-se também da constatação de em épocas de escassez de recursos há forte apelo para a restrição de direitos sociais, em face de seu suposto elevado custo, ameaçando, desta forma, a provisão de verbas destinadas ao SUS - Sistema Único de Saúde.

Serão discutidas as concepções de custo relativamente a direitos civis e sociais e a forma de avaliar o custo de efetivação ou de cerceamento de um direito. Também se fará referência à experiência internacional de enfrentamento de crise, avaliando-se principalmente o posicionamento da Organização Internacional do Trabalho - OIT acerca da redução da proteção social.

O objetivo final do presente trabalho é identificar possíveis rumos para as políticas de saúde pública face à carestia de recursos estatais.

---

\* Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Professor de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc. Professor de Direito Administrativo e Econômico (Graduação e Pós-Graduação) da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - FMP/RS.

\*\* Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc, em Chapecó - SC. Integrante do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais.

## 2 QUANTO CUSTA UM DIREITO SOCIAL?

### 2.1 O CUSTO DOS DIREITOS CIVIS E DOS DIREITOS SOCIAIS

Vivemos em uma sociedade capitalista, e isto é um fato que independe de ideologias, visto tratar-se de mera constatação. No capitalismo quase tudo tem ou pode vir a ter um preço. Portanto, não é nenhuma surpresa que até mesmo os direitos, incluindo aqueles erigidos à categoria de fundamentais, possuam um custo. Não há almoço grátis.<sup>1</sup>

Quando se trata da distinção entre direitos fundamentais civis e direitos fundamentais sociais um dos aspectos que costuma se destacar em meio ao debate é a forma de efetivação aplicável a cada categoria. Enquanto a tradição jurídica nos leva à conclusão de que os direitos civis exigem do Estado apenas a garantia de “deixar fazer”, no segundo caso, dos direitos sociais, o Estado assume uma obrigação de efetivamente fazer algo. Assim, cria-se a mitológica a visão de que o Estado se abstém para garantir liberdades e se agiganta em esforços hercúleos para promover prestações sociais. Todo este raciocínio, por sua vez, leva, inevitavelmente, à análise da quantificação dos custos de tais direitos. À primeira vista o “deixar fazer” se mostra muito menos oneroso do que o “fazer”, que envolve prestações materiais imediatamente mensuráveis. Mas esta premissa carece de análise mais apurada.

É certo que as despesas diretamente necessárias à efetivação de direitos sociais se mostram mais expressivas. Porém, mesmo os direitos civis possuem repercussão econômica, ainda que indireta (SARLET, 2015). O direito ao voto, por exemplo, só poderá ser exercido

---

<sup>1</sup> A expressão possui origem controversa, mas pode-se afirmar que foi popularizada por Milton Freendman. O autor inclusive possui uma obra cujo título é *There is no such thing as a free lunch*. O presente trabalho se apropria da expressão considerando-a como parte do repertório dos ditos populares.

se o Estado fornecer ao cidadão locais e material de votação, agentes públicos de fiscalização e organização, sistemas de apuração e até o policiamento necessário à segurança de todo o processo. Mesmo nos casos em que o Estado se abstém de atuar, como no exercício da liberdade religiosa, a implicação financeira da garantia ao direito se faz presente, como nos impostos que deixam de ser arrecadados em virtude da imunidade tributária dos templos. Portanto, pode-se afirmar sem sombra de dúvida que os direitos civis também implicam em aportes financeiros do Estado, podendo até mesmo, em alguns casos, superar o custo de efetivação de determinados direitos sociais.

## 2.2 O DIREITO QUE CUSTA CARO

Firmada a premissa de que todos os direitos possuem alguma implicação econômica, resta indagar quais são os elementos que podem indicar se um direito possui um custo demasiadamente alto. Em palavras mais vulgares, quais são os direitos caros e quais os baratos?

A sociedade de consumo implantou com sucesso no inconsciente coletivo a ideia de que o custo é elevado quando não podemos pagar por algo (artigos de luxo, por exemplo, cujos preços não conhecem limites) ou quando um bem apresenta um valor superior ao que lhe é atribuído usualmente. Estas concepções parecem ter sido transpostas ao plano jurídico, uma vez que no cotidiano da administração pública e até mesmo dos tribunais é comum a assertiva de que não é possível a satisfação de alguns direitos, tendo em vista seu custo elevado. Esta escusa se apresenta frequentemente acompanhada do postulado da “reserva do possível”. A ideia central da teoria é que se o Estado não dispõe de recursos financeiros suficientes, então não pode atender a todas as demandas sociais.

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado,

uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Pode-se observar, por via oblíqua, que a teoria da reserva do possível implica no reconhecimento de que alguns direitos são considerados excessivamente dispendiosos diante da afirmação de que o Estado não dispõe de meios para custeá-los.

Porém, é de se indagar se as leis da oferta e da procura são realmente aplicáveis a direitos fundamentais, se a valoração de direitos sociais deve seguir as regras de mercado.

O viés definitivo quanto ao valor de um direito pode se encontrar na medida de sua necessidade e urgência. Assim, se determinada prestação estatal não é necessária, os recursos nela empregados podem ser dispendiosos ao orçamento estatal, por comprometer o fornecimento de outros bens cuja necessidade é preemente. É o caso da construção de monumentos de embelezamento em cidades com carência de postos de saúde e escolas. Ainda que o valor total da construção seja em parte subsidiado pela iniciativa privada ou contratado abaixo do valor usual de mercado, quando pessoas carecem de atendimento médico e de serviços educacionais qualquer valor dispendido em benfeitorias voluptuárias é elevado. O exemplo inverso reforça a tese. O tratamento para neoplasias malignas costuma ser de alto custo, seja em relação aos medicamentos empregados, contratação de profissionais especializados ou mesmo aquisição de equipamentos como os destinados à radioterapia. Porém, é de se considerar que o tratamento de tais patologias é uma necessidade inquestionável, revestindo-se também de urgência, uma vez que a demora no atendimento pode levar ao agravamento do quadro. Portanto, a assistência médica ao câncer apresenta um valor compatível com sua relevância social.

De tal análise decorre que o custo dos direitos não deve ser sopesado em relação à demanda de mercado, mas sim em relação à demanda social.

### 3 O CUSTO DO CERCEAMENTO DE UM DIREITO

Até o presente momento a análise de custos observou apenas as implicações econômicas diretas decorrentes da realização de direitos. Porém, quando se trata de políticas públicas de efetivação de direitos sociais a valoração do ônus não pode ser meramente contábil e direcionada a efeitos imediatos. A seguridade social, por exemplo, pode ser comparada a uma espécie de investimento, visto que os efeitos futuros da adoção de medidas de caráter protetivo importam em benefícios à coletividade.

A proteção securitária social, longe de se afigurar como um gasto que onera os cofres públicos, deve ser vista como um investimento em pessoas, e, por via oblíqua, em mercados. As alterações neste sistema não podem considerar fatores contábeis puros, mas sim buscar um equilíbrio entre a efetivação de direitos fundamentais e as possibilidades econômicas estatais. (DRAIBE, 1993).

É possível identificar dois principais eixos nestes ganhos: diminuição de despesas futuras e aumento de arrecadação em face do desenvolvimento econômico. O primeiro caso é de fácil ilustração, já que na área da saúde os investimentos em medicina preventiva costumam gerar expressiva diminuição na necessidade de internamentos, cirurgias, uso de medicação e demais tratamentos curativos. Também se verifica nos programas de capacitação de jovens e adultos, fator que pode amenizar as despesas com a concessão de seguro de desemprego e assistência social. O ponto será pormenorizado mais adiante, em que se demonstrará a experiência interna-

cional de incremento à proteção social como elemento propulsor do desenvolvimento econômico. De todo modo, desde já se revela que é extremamente complexo avaliar o real custo dos direitos sociais, não bastando, para tanto, o uso puro da matemática. Mais uma vez adotando o caminho inverso para o raciocínio, podemos identificar que o cerceamento de direitos sociais pode trazer elevados custos no que diz respeito ao desenvolvimento econômico e humano.

A economia realizada às custas de cerceamento de direitos e desamparo a riscos sociais, a despeito de aparentemente poupar aos cofres públicos quantias vultuosas, pode se traduzir futuramente em dispêndios superiores. Assim, por exemplo, o trabalhador desempregado, quando desamparado, pode acabar sendo reduzido à miséria, tornando-se dependente da atuação estatal para prover o próprio sustento e o de sua família. No caso das aposentadorias concedidas em valores reduzidos, o que se afigura é a redução do poder de compra dos aposentados, justamente em um período da vida em que os gastos com saúde se elevam. Desta forma, o poder público passa a ter de fornecer mais serviços e medicamentos de forma gratuita nas redes de saúde, pois para um universo cada vez maior de cidadãos estes cuidados tornam-se inacessíveis na via privada.

Portanto, é inegável que a economia resultante da limitação de orçamento quanto aos direitos sociais tem o potencial para se converter em custos futuros, inclusive alcançando as próximas gerações.

A manutenção de políticas públicas de garantia a direitos sociais, longe de se afigurar como fonte de oneração aos cofres públicos, deve ser vista como um investimento em pessoas, e, por via oblíqua, em mercados. De fato, a experiência internacional revela que os investimentos em direitos sociais, mesmo em quando realizados em períodos de crise, podem trazer importantes contribuições à estabilização econômica. Neste sentido, a Recomendação n. 202 da Organização Internacional do Trabalho OIT, apresenta o fomento securitário como resposta ao avanço da inflação, recessão e desem-

prego. O documento também expõe a ideia de que seguridade possui dupla função: como direito humano, é capaz de reduzir a pobreza, a desigualdade, a exclusão e insegurança social; como planejamento econômico impulsiona o desenvolvimento e o progresso, fomentando o emprego formal e servindo de instrumento à estabilização do mercado (OIT, 2012). Ressaltase que o documento foi elaborado também com base em dados de enfrentamento à crise que assolou diversos países europeus a partir de 2008, fornecendo, deste modo, um amplo aparato empírico. Não se trata de defender uma relação de automatismo entre bem-estar social e desenvolvimento econômico, mas sim de afirmar que o primeiro oferece condições de viabilidade ao segundo, algo que até mesmo os críticos desta posição acabam por reconhecer (KERSTENETZKY, 2012).

## **4 CRISE E DIREITOS SOCIAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE**

### **4.1 DEMANDA POR DIREITOS EM PERÍODO DE CRISE**

Como é notório, o Brasil tem passado por uma crise econômica de grandes proporções, em especial desde o início de 2015. Após quase duas décadas de prosperidade e estabilidade, o país voltou a conviver com altos índices de inflação, recessão e desemprego. Somada a tais circunstâncias, uma grave crise institucional se abate sobre a nação, expondo a ruína do orçamento público e a necessidade de revisão dos gastos governamentais. Mais do que uma bravata de alguns setores conservadores da sociedade, a revisão de políticas públicas de efetivação de direitos sociais passou a ser indispensável para a recuperação do país, inclusive de sua credibilidade frente a investidores internacionais. Os recentes rebaixamentos do Brasil quanto à sua nota de crédito perante agências de classificação de riscos são a prova disso, da repercussão direta do desequilíbrio das contas públicas na captação de investimentos de nossa economia.

Ocorre que períodos de crise trazem à tona um paradoxo na atuação estatal, pois em épocas de escassez o orçamento sofre abalos, mas é justamente nestes momentos que a coletividade mais necessita do amparo do Estado. A questão carece de minuciosa ponderação.

A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. Parece plausível a objeção de que a existência de direitos sociais definitivos - ainda que mínimos - tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível. (ALEXY, 2015).

De fato, o que se constata é que os períodos de crise produzem uma alteração na demanda por prestações de cunho social. Ou seja, em reduzida definição, há menor oferta de recursos estatais, mas há maior procura por proteção social. Neste contexto, não seria equivocado afirmar que a crise econômica torna os direitos sociais mais caros, se tomado o ponto de vista do senso comum e o viés puramente econômico. Por outro lado, se considerada a necessidade e urgência da proteção social em contexto de crise, o custo (não o preço!) dos direitos sociais se mostra menos oneroso em contraste a

prestações ou serviços estatais supérfluos (embelezamento, festividades, etc).

O fato é que a escassez oriunda de contexto de crise altera globalmente a situação das demandas sociais, destacando necessidade e urgência de determinadas prestações estatais em detrimento de outras.

#### 4.2 A MATRIOSKA DA CRISE: DIREITO À SAÚDE

Como na referência às tradicionais bonecas russas, que se aglomeram uma dentro da outra, encontramos na crise econômica estatal um agravamento da já crônica crise existente na prestação de serviços de saúde na rede pública, o SUS. E com os mesmos contornos da primeira boneca-crise de nossa matrioska, a saúde nos revela novo paradoxo.

Em relação à saúde, a palavra “crise” foi usada no passado para indicar que o paciente estava numa condição grave e enfrentando a morte. Nesta altura, convocava-se uma junta - isto é, uma reunião de vários médicos - para debater que tratamento administrar. [...] Talvez seja por isto que a definição de “crise” se adapte mal à situação em curso, a qual, pelo menos na esfera econômica, parece ser bastante estável. Existe o risco de o termo “crise” estar sendo usado deliberadamente para dar a impressão de que a condição que ora experimentamos só é temporária e que logo seremos capazes de superá-la, utilizando o tratamento apropriado. (BAUMAN; BORDONI, 2016).

Se a crise econômica vigente já nos desafia a conceituá-la quanto à sua perenidade ou transitoriedade, o que se dirá da crise na saúde brasileira, que parece ter se iniciado antes mesmo da formação do Estado? Ainda que se admita uma situação crônica de crise, se a saúde já nela se encontrava, o desequilíbrio econômico estatal apenas trouxe o agravamento de um problema, mas não o criou. Es-

tes jogos mentais, realizados com base em definições e uso de termos, poderiam conduzir a uma infundável discussão. Não é este o objetivo do presente trabalho, razão pela qual opta-se pela premissa - correta ou equivocada - de que a crise econômica desencadeia em nossa sociedade uma crise na prestação dos serviços de saúde, à medida em que reduzidos os recursos orçamentários para sua efetivação.

Quando se trata da impossibilidade do Estado de prover todas as prestações sociais em face de escassez de recursos públicos, é comum que se fale que existem limite insuperáveis, diante dos quais nem mesmo as necessidades humanas mais básicas poderiam ser garantidas. Portanto, caberia ao poder público direcionar verbas para alguns setores essenciais em detrimento de outros, frequentemente com implicações inclusive sobre o direito à vida.

Neste quadro de escassez, não há como realizar, *hic et nunc*, todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento sócioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. Portanto, não é (só) por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia. A escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras “escolhas trágicas”, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. Melhorar a merenda escolar ou ampliar o número de leitos na rede pública? Estender o saneamento básico para comunidades carentes ou adquirir medicamentos de última geração para o tratamento de alguma doença rara? Aumentar o valor do salário mínimo ou expandir o programa de habitação popular? Infelizmente, no mundo real nem sempre é possível ter tudo ao mesmo tempo. (SARMENTO, 2008).

As chamadas “escolhas trágicas”, embora constantemente invocadas quando da discussão da implementação de prestações relativas ao direito à saúde, não se verificam com a mesma constância no mundo dos fatos. Uma rápida análise das contas públicas demonstra que o Estado brasileiro tem efetuado, por exemplo, grandes aportes financeiros nos setores de esporte e cultura, financiando eventos internacionais como a Copa e as Olimpíadas e festas com artistas famosos, como no Reveillon de Copacabana de 2015. Seria falacioso considerar que um governo capaz de arcar com bilhões para a construção de estádios não teria condições financeiras de garantir a entrega de medicamentos para transplantados, como vem ocorrendo silenciosamente na rede pública de saúde.<sup>2</sup>

Os casos de real impossibilidade econômica são raros. Os tratamentos capazes de gerar custos estratosféricos são usualmente experimentais ou inovadores, ou ainda realizados em outros países, fugindo completamente à política de saúde delineada na Constituição. Tais situações não devem servir como fio condutor da definição do direito à saúde nem mesmo podem embasar a negativa judicial do acesso ao tratamento medicinal digno.

Ainda que se considere o contexto de crise econômica, há ampla margem de ação na simples revisão dos gastos desnecessários, remanejamento de dotações orçamentárias e redução das verbas destinadas a setores de menor urgência. O Estado se encontra em desequilíbrio, mas não falido nem incapaz de recuperar seu vigor econômico, como nos casos de nações atingidas por guerras, eventos climáticos catastróficos, embargos internacionais e outras situações extremas. Portanto, a simples menção às chamadas “escolhas trágicas” deve ser vista com muitas reservas.

---

<sup>2</sup> Os fatos aqui mencionados são de conhecimento público e notório, amplamente divulgados pela mídia, razão pela qual optou-se pela ausência de referências bibliográficas. Remetemos o leitor à consulta perante qualquer meio de comunicação, destacando a profusão de notícias quanto a tais temas.

Foi assinalado anteriormente que o custo das prestações relativas a direitos sociais não segue propriamente as regras da demanda de mercado, de oferta e procura, mas sim uma forma de demanda própria, que denominamos de demanda social. As prestações relativas ao direito à saúde seguem esta linha de raciocínio. Ou seja, um medicamento não será caro ou barato, mas de uso necessário e/ou urgente. Podemos ainda agregar à questão de saúde pública um fator que chamaremos de demanda biológica. Trata-se do aumento da procura por determinado tratamento, medicamento ou prestação em virtude de condições naturais, como o advento de epidemias, doenças causadas por eventos climáticos e até mesmo o surgimento de novos patógenos (algo relativamente comum em se tratando de vírus e suas variáveis). Assim, por exemplo, em um ano de inverno rigoroso haverá maior necessidade de leitos hospitalares e atendimento ambulatorial, alterando a dinâmica de distribuição de recursos e, por consequência, o custo da garantia do direito à saúde. Na insuficiência de tais recursos, poderá se falar - mais uma vez - em crise.

#### **4.2 PECULIARIDADES DO DIREITO À SAÚDE: A VIDA SAUDÁVEL COMO PLATAFORMA PARA O EXERCÍCIO DOS DEMAIS DIREITOS E OS CUSTOS DA NEGATIVA DE TRATAMENTO OU ADOÇÃO DE ALTERNATIVA TERAPÊUTICA MENOS EFICIENTE**

Quando se trata do direito à saúde deve-se considerar, ainda que por via oblíqua, como uma garantia do direito à vida e uma premissa para o exercício de todos os demais direitos.

Vale destacar o direito a saúde como direito subjetivo inerente e essencial ao indivíduo, sendo que, ausente este, indubitavelmente restar-se-á anulado ou prejudicado os demais direitos considerados fundamentais. [...] O direito à saúde está diretamente ligado ao direito à vida e que dada a sua essencialidade também é classificado como um direito da personalidade. Pois, é perfei-

tamente conclusivo, que se o indivíduo não puder gozar de saúde, outros direitos não lhe despertarão interesse e nem poderão sequer ser exercidos. (SIQUEIRA; FAZOLLI, 2014).

A relevância da garantia do direito à saúde parece bastante óbvia, principalmente se a considerarmos como forma básica de realização da dignidade da pessoa humana. Embora alguns países não incluam a proteção universal à saúde como um dos deveres estatais, sem a garantia à saúde - e, por via oblíqua, também à vida, resta prejudicado o exercício de direitos como a liberdade de expressão, cultura, direito à informação e outros. Sendo assim, causam estranhamento posicionamentos no sentido de que os custos do direito à saúde seriam tão elevados a ponto de que o Estado simplesmente não possa suportá-los. Ora, sem saúde, de que valeria prover até mesmo educação a uma população assolada pelos mais diversos males? Pouca ou nenhuma serventia haveria em fomentar a cultura de um povo enfermo, ou equipar as forças armadas de um contingente capaz de sucumbir às mais variadas patologias.

Mesmo os defensores das análises puramente contábeis para políticas públicas de direitos sociais deixam de avaliar o custo do cerceamento do direito à saúde e das prestações para tal necessárias. Pode-se redigir uma extensa lista de situações cotidianas na administração pública e até mesmo nos tribunais, em que em nome de uma suposta economia imediata de recursos acaba-se por criar expensas ainda maiores para o futuro. Ilustra-se o ponto com os seguintes exemplos:

a) É comum que municípios destinem recursos insuficientes aos setores de diagnósticos (laboratórios de análises, radiografias, ultrassonografias, ressonâncias magnéticas, etc). A fila de espera por tais serviços costuma ser extensa, fazendo com que pacientes esperem por meses para obter um diag-

nóstico. Assim, muitas patologias que poderiam ter sido extirpadas com facilidade logo de início acabam se convertendo em casos graves, muitas vezes com sequelas permanentes ou gerando a necessidade de tratamentos mais agressivos e dispendiosos;

b) É comum que medicamentos destinados ao tratamento oncológico sejam de alto custo, implicando em gastos elevados para cada ciclo de tratamento. Mas muitos destes medicamentos oferecem oportunidade de cura ou remissão que os tratamentos convencionais não são capazes de garantir. Quando o poder público se nega a fornecer tais fármacos, sob a alegação de ausência de recursos, acaba por comprometer uma parte de seu orçamento com tratamentos paliativos que também possuem alto custo, se considerado o valor necessário à manutenção da equipe oncológica, aquisição e manutenção de aparelhos como os de radioterapia, e que se prolongarão possivelmente por anos;

c) É também comum em todas as regiões do país que a fila de espera por cirurgias seja extensa e com espera de até anos para atendimentos simples. Existem diversos procedimentos cirúrgicos que oferecem cura para patologias crônicas que envolvem despesas com medicamentos e atendimentos médicos constantes. Assim, a destinação de verbas para a realização imediata das cirurgias poderia reduzir a longo prazo os custos de acompanhamento destes pacientes;

d) Por fim, resta observar que muitos dos tratamentos pleiteados em juízo possuem custo inferior ao valor dispendido com a movimentação judiciária - processo, servidores, advogados, juízes, recursos, perícias, etc), de modo que a grande

economia consistiria justamente em proporcionar o amparo medicinal àqueles que necessitam.

Os exemplos elencados são apenas uma amostra de infinitas razões pelas quais o direito à saúde merece tratamento diferenciado quanto à análise de custos. Devem ser avaliados a necessidade das prestações, o dispêndio com as alternativas terapêuticas ou com a falta delas, além do já mencionado custo social envolvido com o cerceamento de direitos e a possibilidade de agravamento da situação de dependência do cidadão frente ao Estado.

A condição vital do direito fundamental à saúde e sua imprescindibilidade na realização da dignidade da pessoa humana nos levam à conclusão de que são caros os direitos que furtam recursos à plena efetivação deste direito social e que, mesmo na impossibilidade de rearranjo orçamentário (leia-se: cortes qualitativos em setores de menor necessidade ou urgência), a manutenção de um sistema público de saúde funcional pode ser garantida por outras maneiras.

Quando afirmamos que o Estado é insustentável por que motivo se coloca sistematicamente em causa o modelo e não se discutem mecanismos de correção? Por que razão a questão é colocada do lado da despesa? Não será necessário mexer nos dois pratos da balança? Não será possível aumentar a receita fiscal? Por que razão a equação não contabiliza o valor da coesão social e da universalização do acesso aos serviços de educação, saúde e proteção social? Por que discutimos a questão segundo uma lógica redutora? (MATA; ALVES, 2013).

É possível, portanto, que uma minuciosa e qualitativa reforma tributária traga mais respostas ao sistema de saúde que os cortes e rearranjos comumente adotados como resposta a crises econômicas.

## 5 CONCLUSÃO

Em tempos de crise é grande a pressão para redução dos gastos estatais, especialmente no que diz respeito a políticas públicas de efetivação de direitos sociais. O discurso neoliberal prega que reside justamente em tais ações governamentais o motivo da ruína orçamentária, dado seu oneroso custo. Mas afinal, é de se perguntar, afastadas as rasas premissas das planilhas de gastos, quanto custa um direito?

Mesmo após desmistificada a ideia de que direitos sociais são sempre mais dispendiosos que direitos civis, a relação que estabelece o custo de um direito social permanece complexa, envolvendo a avaliação não apenas do modo de implementação dos programas governamentais, mas também o custo social e humano no caso de eventual cerceamento de direitos. Assim, resta demonstrado, por exemplo, que medidas restritivas e austeras na área de segurança social são contraproducentes ao desenvolvimento econômico, a despeito do imediato porém ilusório alívio nas contas públicas.

Migrando a discussão para a efetivação do direito à saúde, é inegável sua condição de prevalência face a outras áreas de atuação do Estado, em face da demanda social envolvida (necessidade e urgência), além da flutuação decorrente de demandas factuais e biológicas. A vida, garantida pela proteção à saúde, é premissa elementar à realização da dignidade da pessoa humana e ponto de partida para a existência dos demais direitos. Assim, negar assistência de saúde para garantir a cultura pode inclusive ser considerada uma medida de extrema violação à isonomia, pois se nega a alguns a proteção à vida para o deleite daqueles que já dispõem de saúde.

Apesar de toda a limitação orçamentária decorrente do contexto de crise econômica vigente, o que se observa no panorama brasileiro é uma ampla possibilidade de rearranjo estatal, mediante redirecionamento de verbas destinadas a setores menos essenciais para a proteção social. Além disso, é válida a discussão acerca da

ampliação das formas de custeio dos serviços estatais, uma vez que a Constituição Federal vigente não deixa margem de dúvida quanto à extensão do Estado e de seu forte compromisso com a segurança social.

Conclui-se, assim, que a avaliação do custo de um direito fundamental passa não apenas pela análise contábil, mas também pela ponderação das consequências de seu descumprimento, das expectativas futuras de desenvolvimento econômico e humano e até mesmo pela relevância dos bens jurídicos envolvidos, sendo a área da saúde um dos melhores exemplos da complexidade de tal tarefa.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

DRIABE, Sônia Mirian. O Welfare State no Brasil: características e perspectivas. *Caderno de Pesquisa*, Unicamp, n. 8, 1993.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MATA, João; ALVES, Nuno. O que dizem as estatísticas sobre a dimensão do Estado. In: RODRIGUES, Maria de Lourdes; SILVA, Pedro Adão e (Org.). *Políticas públicas para a reforma do Estado*. Coimbra: Almedina, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação 202*. Genebra, 2012. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/recomendacao\\_202.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/recomendacao_202.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Sociais*. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabricio. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 2, n. 2, 2014.

# PODER, POLÍTICA E RELIGIÃO: A NECESSIDADE DE LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO À LIBERDADE POLÍTICA E RELIGIOSA NAS ELEIÇÕES

Gabrieln Maçalai\*  
Gilmar Antonio Bedin\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O regime democrático e, especialmente, os processos eleitorais que ele pressupõe testam a firmeza de vários princípios constitucionais e os limites constitucionalmente estabelecidos. De fato, embora a Constituição Federal de 1988 assegure de forma categórica modalidades de sufrágio para o exercício democrático e coloque freios nos poderes existentes na sociedade, em muitas ocasiões é possível verificar abusos e manifestações que tornam ilegítimo o ato de votar.

Neste contexto, surgem, na própria Constituição e no Direito Eleitoral as modalidades de repressão do abuso de poder. Vários são os tipos de poder que podem influenciar durante o período das eleições: poder econômico, autoridade, midiático e, o objeto deste estudo, o poder religioso.

Rubem Alves (1984) deixa claro que a religião sempre esteve e está presente no ser humano de alguma forma, criando relações

---

\* Mestrando em Direitos Humanos pelo PPGD da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Campus Ijuí/RS (UNIJUÍ). Bacharel em Teologia pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), Licenciado em Filosofia pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI) e Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Campus Ijuí/RS (UNIJUÍ). Especialista em Direito Eleitoral, Direito Tributário e Ciência da Religião pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI), especializando em Docência do Ensino Superior e Psicomotricidade pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI) e em Espaços Alternativos do Ensino e da Aprendizagem pelo Instituto Federal Farroupilha - Campus Santo Augusto (IFF). Membro da Equipe Editorial da Revista de Direito Dos Monitores da Universidade Federal Fluminense.

\*\* Doutor (2001) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor permanente do Curso de Graduação em Direito e do Curso de Mestrado em Direitos Humanos Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) e do Curso de Graduação em Direito, do Curso de Mestrado e do Curso de Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI). É Editor-Chefe da Editora UNIJUÍ, líder do grupo de pesquisa Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade e autor, organizador e tradutor de vários livros.

de influência e de poder. Por mais que se tente apartar o homem da religião, o desejo religioso dele sempre está presente.

Este artigo, por meio do método hipotético-dedutivo, busca entender o antigo, mas atual fenômeno do abuso de poder religioso nas eleições, e de como se manifesta. Através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, num primeiro momento se analisa a questão da democracia e da soberania popular. Posteriormente se analisa a questão da religião, perpassando a religiosidade e o consequente poder religioso.

Por fim, se verifica o abuso de poder religioso. Para tal, se analisa um julgado do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, vinculado a Igreja Mundial do Poder de Deus e seus líderes. Isto não significa que a intensão é analisar as condenações judiciais sobre o tema. O que se quer é apenas refletir, a partir de um exemplo, como pode ocorrer o abuso do poder religioso.

## **2 ELEIÇÕES: LIBERDADE INDIVIDUAL E LIMITES DO PODER**

O Brasil, está hoje, vivendo um recente período de democracia. Esta nova democracia, representativa, busca basear-se em certos princípios que precisam garantir a soberania popular. Por isso, a Constituição Federal de 1988, afirma que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei [...]” (artigo 14).

Tal situação busca garantir a liberdade individual de escolher o candidato, proposta, partido e posição que cada brasileiro, que esteja no gozo de seus direitos políticos, possa escolher ou milite. Logo, a democracia representativa, como no modelo adotado no Brasil, pressupõe a contagem de votos, onde a maioria passa a representar a vontade do povo.

Para garantir que a soberania não seja vítima da vontade de elites e detentores de poderes maiores que grande parte da popula-

ção. Por isso, a Constituição e o Direito Eleitoral. O artigo 14 da Lei Maior pontua as condições de exigibilidade, tais como a idade mínima par concorrer (de 18 a 35 anos), filiação por seis meses a um partido político devidamente registrado, domicílio no local do voto ou da pretensa candidatura por no mínimo um ano, dentre outras. Não cumprir um dos requisitos impede o usufruto da capacidade política passiva, o de ser votado.

Não havendo condições para a elegibilidade, o pretense candidato se torna inelegível, o que pode se dar de duas formas: absoluta ou relativa. No que tange a inelegibilidade absoluta, é possível mencionar que carrega em si a vida pregressa do candidato, conforme o artigo 14, §9º da Constituição Federal, in verbis: “§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições [...]” (BRASIL, 2016).

A parte final do mesmo artigo menciona a inelegibilidade relativa, dizendo “[...] legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.” (BRASIL, 2016). Tais condições visam garantir a normalidade e paridade no pleito eleitoral, e podem ser superadas com o afastamento voluntário do candidato da situação que o impede, antes do período do pleito.

Exemplo disso são as pessoas que exercem cargos ou funções que poderiam garantir certa quantia de votos, pela influência, que outros não candidatos não conseguiriam. É o caso de funcionários públicos por exemplo, que em geral precisam de três a seis meses de efetivo afastamento para que possam concorrer a cargos eletivos (lei Complementar Nº 64/90). Apresentadores de televisão ou locutores de rádio, por exemplo, também necessitam de afastamento prévio para

concorrer (artigo 44, § 1º, da lei n. 9.504/97), mesmo não exercendo funções públicas. Isto é, o que se chama de desincompatibilização.

Assim, é possível verificar que não é a vida pregressa, o passado, do candidato que impede o gozo do direito de ser votado. É a influência e poder causados pela causa ou função que causa captação ilícita de sufrágio, abalando a democracia, que fica viciada, e sujeita aos abusos por parte de quem tem interesse em eleger algum candidato específico. Este não é um fato novo. Montesquieu (2016) afirma que:

[...] trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem, diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite.

Impor a própria vontade, noutras palavras, é um desejo próprio do ser humano. Por isso, a democracia não é um fenômeno natural e nem o mais abrangente da história humana. Mas é, quiçá, o mais importante para a atualidade e para o direito.

O substantivo abuso (do latim *abusus*: *ab* + *usu*) diz respeito a ‘mau uso’, ‘uso errado’, ‘desdobramento do uso’, ‘ultrapassagem dos limites do uso normal’, ‘exorbitância’, ‘excesso’, ‘aproveitamento’, ‘uso inadequado’ ou ‘nocivo’. Haverá abuso sempre que, em um contexto amplo, o poder - não importa a sua natureza - for manejado com vistas à concretização de ações irrazoáveis, anormais inusitadas ou mesmo injustificáveis diante das circunstâncias que apresentarem e, sobretudo, ante os princípios agasalhados no ordenamento jurídico. Por conta do abuso, ultrapassa-se o padrão normal de comportamento, realizando-se condutas que não guar-

dam relação lógica com o que normalmente ocorreria ou se esperaria que ocorresse. A análise da razoabilidade da conduta e a ponderação de seus motivos e finalidades oferecem importantes vetores para a apreciação e o julgamento do evento. Já o vocábulo poder, no contexto em tela, deve ser compreendido no seu sentido comum, expressando a força bastante; a energia transformadora, a faculdade, a capacidade, a possibilidade, enfim, o domínio e o controle de situações, recursos ou meios que possibilitem a concretização ou a transformação de algo. Revela-se na força, na robustez, no império, na potencialidade de se realizar algo no mundo. Implica a capacidade de transformar uma dada realidade ou a faculdade de colocar em movimento um estado de coisas ou uma dada situação. Poder é também vontade: vontade de potência. Na esfera política, em que se destacam as relações estabelecidas entre indivíduos e entre grupos, compreende-se o poder como a capacidade de influenciar, condicionar ou mesmo determinar o comportamento alheio. Destarte, a expressão abuso de poder deve ser interpretada como a concretização de ações - ou omissões - que denotam mau uso de recursos tidos, controlados pelo beneficiário ou a ele disponibilizados. As condutas levadas a cabo não são razoáveis nem normais à vista do contexto em que ocorrem, revelando existir exorbitância, desdobramento ou excesso. O abuso de poder constitui conceito jurídico indeterminado, fluido e aberto, cuja delimitação semântica só pode ser feita na prática, diante das circunstâncias que o evento apresentar. Portanto, em geral, somente as peculiaridades do caso concreto é que permitirão ao intérprete afirmar se esta ou aquela situação real configura ou não abuso. (GOMES, 2011, p. 210-211).

Não se pode olvidar a grande variedade de poderes em que se pode haver excessos: poder político, daqueles que já gozam de mandatos eletivos, poder econômico, daqueles possuem mais riquezas e

poderes aquisitivos, poderes midiáticos, daqueles que controlam a mídia e as massas expectadoras. No entanto, um poder antigo tem hoje causado discórdia no que tange a eleições: o poder religioso.

### 3 RELIGIÃO, RELIGIOSIDADE E PODER RELIGIOSO

A religião é a tentativa de ligação do homem a sua divindade. São teias, regadas a símbolos, pontos de contato entre o homem e o que este elege como sagrado. No passado, não ter religião era como estar contaminado com uma doença letal. Com o passar dos anos, tais situações foram se invertendo. Cada vez mais, o desejo pela religião é suprimido pela sociedade. Alves (1984) aponta isto, e prossegue afirmando que tal desejo, embora negado, está sempre presente, tal qual os instintos sexuais em um celibatário.

Em verdade, durante toda a civilização humana, a religião sempre foi um dos pontos centrais que guiavam o homem. Fustel de Coulanges (2002), em sua obra, *A cidade antiga*, aponta que, na Antiguidade, renunciar a religião da cidade e a familiar era o mesmo que renunciar a cidadania e todos os seus direitos. Já na Idade Média, a religião, mais especificamente a Igreja Católica Romana, passou a controlar a sociedade, após a queda do Império Romano.

Esta situação, conforme leciona Bedin (2013), se estende até o surgimento do Estado moderno, com a Paz de Westfália. Neste período, as nações passaram a optar pela secularidade (laicidade) ou a uma religião oficial. É exatamente neste período que nasce o que hoje as sociedades democráticas tanto cultuam: a liberdade religiosa.

A liberdade religiosa é parte da liberdade de consciência, que está intimamente ligada a liberdade de expressão e de pensamento e tem por objetivo permitir ao ser humano que siga sua consciência, conforme seus ditames e convicções. Tal liberdade é composta por três formas: liberdade de consciência filosófica, política e de consciência religiosa, sendo esta última a mais complexa. Tal

complexidade se deve ao fato de que esta liberdade abarca consigo mais três: a liberdade de crença, de culto e de organização religiosa (BEDIN, 2002).

Assim, o Novíssimo Aulete Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa (2011, p. 844), aponta que a liberdade de pensamento é o “[...] direito individual de cultivar e externar as próprias opiniões, julgamentos, crenças etc.” Assim, tal liberdade está refletida no livre arbítrio do indivíduo de pensar conforme sua maneira, necessidade e desejo, sem que haja sobre isso pressões.

Dória (apud GALDINO, 2006, p. 29)

[...] diz que Consciência é termo com dois sentidos inconfundíveis [...]: percepção imediata, sem os sentidos, das ideias e sentimentos de quem e por quem os tenha, [...] e conjunto dos princípios que cada qual haja por verdadeiro, como diretrizes morais, que adote. É, mais ou menos, neste segundo sentido, que o termo consciência é usado na frase liberdade de consciência.

A liberdade de crenças, ou liberdade religiosa *stricto sensu*, por seu turno, é

A liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embarçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença. (SILVA, 1989, p. 221).

Desta maneira, a liberdade de crença, sendo mais restrita que a liberdade de consciência, se ocupa de exprimir o direito de

aderir a uma religião ou não, bem como mudar de crença quando julgar necessário.

Diuturnamente, a liberdade de culto, é quem garante aos “[...] crentes de qualquer religião honrar a divindade como melhor lhes parecer, celebrando as cerimônias exigidas pelos rituais.” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 33). Ou seja, a liberdade de culto está atrelada com a manifestação da religião, visto que, garante ao fiel a possibilidade de orar, entoar hinos e buscar ao seu deus da forma como deseja. Em muitos momentos da história houve liberdade religiosa, mas não a liberdade de culto, como ocorreu no Brasil Imperial, em que os africanos escravizados não podiam expressar sua religião através de seus cultos originais, precisando migrar para o sincretismo, assim como já tratado.

Por fim, a liberdade de organização religiosa “[...] diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização de igrejas e suas relações com o Estado.” (SILVA, 1989, p. 221). Assim, o Estado laico garante a possibilidade de organização das religiões, não interferindo nelas. No entanto, estas estão obrigadas a seguir o ordenamento jurídico, em seus diversos mandamentos: civis, penais, administrativos, tributários, dentre outros.

No entanto, a religião não ficou de lado, esquecida. Permaneceu viva, ainda que se transformando para adentrar nas novas realidades surgidas. É o fenômeno da religiosidade, explicado por Andrade (2013),

Faz referência à vitalidade da imaginação popular, reinterpreta a leitura sacerdotal a partir de suas experiências cotidianas, reelaborando crenças religiosas e expressões rituais próprias e espontâneas, que mantêm vivas suas convicções e esperanças [...] Para Mauro Batista, é vista enquanto um modo de viver a religião, de pensar a religião, de praticar a religião. Consiste em atos, pensamentos, ações. É tudo aquilo que expressa a

religião. Já Mandianes Castro afirma ser a religiosidade plural e serve de elemento identificador para os diferentes quadros sociais; de um povo, de uma nação, de uma classe social, e de uma etnia.

A religião é algo dinâmico, tal qual o direito. Em cada sociedade e época apresenta uma face, e passa a fazer parte do ser humano. Neste sentido, mesmo enfraquecida, a religião continuou a operar na sociedade. É o que Hegel (1997) ensinou, afirmando que Estado e religião passam a ter regiões diferentes, mas o mesmo objetivo. Ambas buscam a verdade. O Estado, no entanto, faz tal procura para todos, por meios conhecidos e com meios definidos. Ou seja, busca realizar a vontade coletiva da sociedade. A religião, por seu turno, busca a verdade através do contato com o sagrado, da fé, daquilo que é transcendental, objetivando, desta forma, busca a verdade espiritual, que satisfaça o homem, livrando-o de suas mazelas humanas, sociais e econômicas, por exemplo.

Neste mesmo sentido, Alves (1984, p. 12) afirmava que a religião é composta por

Promessas terapêuticas de paz individual, de harmonia íntima, de libertação da angustia, esperanças de ordens sociais fraternas e justas, de resolução das lutas entre os homens e de harmonia com a natureza, por mais disfarçadas que estejam nas máscaras do jargão psicanalítico/psicológico, ou da linguagem da sociologia, da política e da economia, serão sempre expressões dos problemas individuais e sociais em torno dos quais foram tecidas teias religiosas.

Agora, a religião passa a ditar regras para a conduta pessoal do ser humano. No entanto, um elemento continua intacto no fenômeno religioso: a sacralidade. E nisto, passam a diferir o conhecimento religioso do que se chama de filosófico, visto que, enquanto o

segundo se baseia em perguntas e investigações, o primeiro não pode ser questionado. Já o conhecimento científico se baseia na demonstração, comprovação fática do que se estuda (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, 2016).

A religião, então, se utiliza de grandes narrativas e de “ordens divinas para construir e possuir o que deseja. É o que Freud (apud OLIVEIRA, 2016) ensinou:

Médico psicanalista, Sigmund Freud afirma que as civilizações usam a religião para controlar os instintos e impulsos dos seus indivíduos, estabelecendo uma ordem moral por meio das leis divinas, muito mais sólidas e poderosas do que as leis humanas. Deste modo, passa-se a obedecer aos preceitos da sociedade devido o temor do castigo pela ordem divina.

O discurso religioso, por ser um “falar divino”, é, sem dúvidas, um fenômeno que carrega em si a impossibilidade de discussão ou de questionamento, e, por isso, é obedecido pela grande maioria de seus fiéis.

#### **4 ABUSO DE PODER RELIGIOSO NAS ELEIÇÕES**

Como mencionado, nos casos de grande influência de um cargo, para que haja condições legais de exigibilidade, o candidato precisa, por um período de tempo, se afastar de tais funções. No entanto, os religiosos não necessitam de nenhum período de desincompatibilização. Não obstante, muitas vezes são trampolim para eleição de um ou outro candidato.

Deste fenômeno, surgem o que se chama de Bancada Evangélica do Congresso Nacional. Políticos, deputados ou senadores que não militam por causas partidárias ou ideologias. Seguem apenas os interesses de seus grupos políticos. Isto, se verifica desde o primeiro

deputado pentecostal eleito no Brasil. Este evento, cruza a história da Igreja Evangélica Pentecostal O Brasil Para Cristo e de seu fundador, Missionário Manoel de Mello.

Em 1962, Mello elegeu como deputado federal um jovem assistente, Levy Tavares. Tavares era filho de pastor metodista e cursava o seminário daquela igreja. Pentecostalizou-se na Cruzada [Nacional de Evangelização] e foi acolhido na BPC. Serviu dois mandatos na Câmara. O outro político da BPC foi Geraldino dos Santos, jovem pastor metodista que aderiu a IEQ [Igreja do Evangelho Quadrangular], vindo a ser secretário executivo. Em 1963, candidatou-se a vereador em São Paulo. Não encontrando apoio, transferiu-se para a BPC. Em 1966, em dobradinha com Tavares, elegeu-se deputado estadual, os dois pelo MDB. Mas em 1970, a história foi outra. Havendo perdido o apoio de Mello, passaram para a Arena numa tentativa de salvar a vida política. Tavares foi derrotado, mas Geraldino se manteve por mais um mandato. Assim, terminou a primeira fase política dos pentecostais. (FRESTON, 1993, p. 88-89).

A Bancada Evangélica não possui ideologia. Seu pensamento está direcionado a usas religiões, já que, sem o apoio destas, a vida pública de seus políticos não prosperará. Campos (2006, p. 85-86) aponta que

Os partidos ou programas não lhes fazem diferença alguma, porque o essencial para eles é a manutenção do apoio da Igreja que os elegeu. Sem essa Igreja, ele nada é; perde a função de locutor, pois o discurso não lhe pertence; não passa de um mero coadjuvante, que participa de uma dramaturgia que não dirige; e recebe da instituição que o escolheu um script pronto para uma atuação fundamentada na plena, total e irrestrita obediência às autoridades religiosas.

Mais do que isso, os políticos religiosos fazem uso de pelo menos dois elementos que os colocam a frente de outros em campanhas eleitorais: o discurso religioso e os títulos eclesiásticos.

O primeiro fenômeno, acontece essencialmente quando sacerdotes incluem em seus discursos pensamentos e opiniões políticas. É o que deu, em Minas Gerais com dois deputados e o “Apostolo” Valdemiro Santiago, conforme se verifica no julgado do TRE-MG:

[...] no dia 4 de outubro de 2014, a menos de 24 horas do início das eleições, os candidatos participaram de evento comandado pelo autodenominado “Apostolo Valdemiro Santiago”, evento esse chamado de “Concentração de Poder e Milagres”, realizado na Praga da Estação, nesta Capital, onde aquele líder religioso apresentou os candidatos como representantes da obra da Igreja Mundial do Poder de Deus no Parlamento, pedindo aos milhares de fiéis presentes que neles votassem no dia das eleições. O investigador frisou que os então candidatos Franklin e Marcio estiveram presentes no evento, panfletaram seu material de campanha e subiram no palco com o Apostolo Valdemiro, momento em que foi pedido que cada um dos ali presentes conseguisse mais 10 (dez) votos para os candidatos. Segundo o investigador, o abuso do poder econômico seria decorrente do patrocínio da Igreja Mundial do Reino de Deus,<sup>1</sup> que pagou pela estrutura necessária a realização do evento, que contou com shows e fretamentos para transporte dos fiéis, maciça panfletagem, sem, contudo, a correspondente indicação dos referidos gastos na prestação de contas de campanha dos candidatos beneficiados. O abuso do poder político ou de autoridade ou religioso, por sua vez, poderia ser identificado no atrelamento de pedido de votos a crenças e práticas religiosas, com influência indevida na vontade do eleitor, tendo sido o episódio presenciado e

---

<sup>1</sup> Em verdade, seria Igreja Mundial do Poder de Deus.

registrado por membros da Polícia Militar, que formalizaram um boletim de ocorrência. Assim, o evento, segundo o investigador, teria extrapolado o objetivo religioso para não mais atingir os fiéis, mas, sobretudo, os milhares de eleitores ali presentes, na tarde anterior a eleição, eleitores estes que eram abordados por obreiros com vestimentas da Igreja Mundial, quando chegavam ao evento, que lhes entregavam propaganda eleitoral dos candidatos. (MINAS GERAIS, 2015).

Neste caso, um líder religioso de abrangência nacional, atuou em favor de seus obreiros para colocá-los dentro em cargos eletivos. Para tal, houve abuso de poder econômico, visto que outros candidatos não tiveram a mesma estrutura, tanto de show como de transportes, abuso de autoridade pois o líder supremo do grupo estava pedindo, e o abuso de poder religioso, se mostra muito evidente em toda a situação.

De outra banda, os títulos eclesiásticos são o que elegem muitos. É a posição que ocupam na religião, não apenas a situação que os circula. Não que não possam ter ou executar alguma função religiosa. Blancarte (2008, p. 27), aponta que

Os legisladores e funcionários públicos, mesmo que tenham suas crenças pessoais (religiosas ou de outro tipo), não devem nem podem impô-las à população. Legisladores e funcionários devem responder essencialmente ao interesse público, que pode ser distinto de suas crenças pessoais [...] Em resumo, legisladores e funcionários públicos não estão em seus cargos a título pessoal e devem, mesmo que ainda tenham direito de ter suas próprias convicções, primar pelo interesse público em suas funções e responsabilidades.

O mesmo é válido para os candidatos: não podem, enquanto futuros funcionários públicos, se basearem apenas no seu pastorado,

por exemplo, para galgarem um cargo, desvirtuando totalmente a democracia.

Blancarte (2008, p. 29), é um estudioso mexicano da religião e da política. Ele aponta que existem dois graves erros que precisam ser evitados no que se refere aos Estados laicos-democráticos:

[...] por um lado, a tentação de usar o religioso para buscar uma legitimidade política, já que precisamente ao fazer isso se enfraquece a verdadeira fonte de autoridade do Estado laico-democrático, que é o povo. A outra tentação é que alguns políticos têm de serem usados para cumprir os fins sócio-políticos de grupos religiosos. Sobretudo porque estes, geralmente fazem parte de grupos de autoridades religiosas que nem sequer expressam a vontade de seus seguidores.

Estas são, na verdade, as consequências do abuso de poder econômico: a legitimação política através da religião e a cumprimento de interesses econômicos das suas religiões. A primeira consequência é uma flagrante contaminação a laicidade. A laicidade não está manifesta nos textos legais ou constitucionais, como no Brasil, mas nas decisões tomadas.

Neste sentido, é possível um país ser legalmente laico, mas nas suas decisões ser religioso, como por vezes o Brasil é, tanto que se faz necessário analisar abusos de poder religioso nas eleições. De outra banda, o Estado pode ser confessional, como no caso da Dinamarca, que é luterana, mas que suas posições são tomadas com base na soberania popular e não com base nos mandamentos de uma outra religião (BLANCARTE, 2008).

No entanto, Carvalho (2011, p. 129) fala da necessidade, de alguns cidadãos, referente a escolha de candidatos alinhados com alguma doutrina religiosa:

A demanda da sociedade brasileira em geral por candidatos alinhados a preceitos religiosos cristãos é bastante sintomática, sobretudo quando se tem em vista que, por quase quatro séculos, o catolicismo era a religião que ordenava a vida dos brasileiros (seja auxiliando Portugal no processo colonizador, seja enquanto a única religião oficial do Império). Entretanto, uma vez formalizada a separação Igreja-Estado em fins do século XIX, verifica-se que a que a vivência da laicidade no Brasil ainda é bastante precária.

Embora o Brasil seja um país secular, a religião ocupa ainda um papel fundamental na sociedade e, por isto, existem benefícios constitucionais concedidos às religiões. Contudo, é possível identificar que, às vezes, alguns líderes religiosos podem ultrapassar seus limites institucionais e tentar incluir, de forma inadequada, no espaço público ou em processos eleitorais. O regime democrático e os processos eleitorais que ele pressupõe democracia devem ser protegidos desta ingerência indevida e seus autores punidos exemplarmente pelos seus atos.

Obviamente, embora o político seja um homem público e que forma opinião, é um ser humano que tem garantida as liberdades, como de crença, consciência e de religião. Mas esses direitos, embora fundamentais e que não devem ser desrespeitados, apontam para a necessidade de deveres também fundamentais. Tais deveres são considerados limites as individualidades, mas são constituintes dos Direitos Humanos. É que o viver em sociedade exige pessoas solidárias e não solitárias (PEDRA, 2013). Sobre o tema, Nabais (2009, p. 64) leciona que: “[...] os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídicoconstitucional própria colocada ao lado e correlativa aos direitos fundamentais, uma categoria que, como correctivo da liberdade traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objetivos do bem comum.”

Assim, a convivência em sociedade pressupõe a existência de direitos fundamentais que podem ser exigidos não apenas por serem mencionados no texto Constitucional ou legal, mas que podem e ver adimplidos graças aos deveres fundamentais, que muito mais que limitações ao exercício de direitos e liberdades, são constituidores e legitimadores dos direitos humanos fundamentais, por isto são de extrema importância (PEDRA, 2013).

Observa-se, neste sentido, que o político, embora cidadão, detentor de direitos políticos e de liberdades como a religiosa, detém uma maior exposição de sua vida pessoal: precisa declarar bens a Justiça Eleitoral, tem seus passos seguidos por milhões de usuários de redes sociais e ainda explora sua figura ressaltando pontos positivos, quando seus adversários ressaltam pontos negativos e contraditórios. Essa exposição, no entanto, não pode suprimir o direito pessoal de expressar uma determina religião, independente de qual seja.

Neste sentido, Blancarte (2008, p. 27), aponta que

Os legisladores e funcionários públicos, mesmo que tenham suas crenças pessoais (religiosas ou de outro tipo), não devem nem podem impô-las à população. Legisladores e funcionários devem responder essencialmente ao interesse público, que pode ser distinto de suas crenças pessoais [...] Em resumo, legisladores e funcionários públicos não estão em seus cargos a título pessoal e devem, mesmo que ainda tenham direito de ter suas próprias convicções, primar pelo interesse público em suas funções e responsabilidades.

Assim, como cidadãos e sujeitos de direitos que são, os políticos são detentores de todos os direitos fundamentais humanos, e por isso podem gozar da liberdade religiosa. No entanto, esta liberdade precisa regrar-se a ponto de não interferir na laicidade estatal, que se

dá mediante o desprezo de alguma minoria, com o objetivo explícito ou velado de dar vantagem a religião que cultua, ou que tem afinidade.

E tal situação, tem origem na colonização que o Brasil enfrentou, fortemente baseada no patrimonialismo. Assim, o pouquíssimo espírito republicano é originado na ideia de que as casas do governo são extensões da residência do soberano (rei), ou seja, o patrimônio público é parte da casa do rei, ou dos detentores do poder. Isto cria privilégios, apadrinhamentos e usos da coisa pública para interesses individuais ou de grupos determinados (BEDIN; NIELSSON, 2012). O que contraria a visão republicana de respeito pelo público. Isto se verifica, por exemplo com benefícios a uma ou outra religião em desfavor de outra.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder religioso possui ainda hoje uma influência significativa sobre as pessoas. Por isso, coibir seus abusos nos momentos de manifestação da soberania popular não é mitigar a liberdade religiosa. Ao contrário, é uma de suas garantias e uma das formas constitucionais de garantia de proporcionalidade com outras liberdades (como a do livre exercício soberania popular).

Igualmente, isto visa coibir que os religiosos eleitos legitimem a suas práticas políticas nos ditames religiosos e que apenas interesses religiosos, de sua fé específica, sejam assegurados. Neste sentido, o abuso de poder religioso é tão prejudicial como o abuso o financeiro, de autoridade ou midiático. Por isso, todas estas formas de poder devem ser limitadas.

A religião continuará no ser humano. No entanto, cada vez mais precisa ter um caráter privado (individual). O caráter público é vedado, visto que, são muitas as religiões existentes, não podendo existir uma situação de unanimidade entre todas. Por outro lado, a

legitimidade das decisões e ações do governo deve ser a soberania popular e não os mandamentos e doutrinas religiosas.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem Azevedo. *O que é Religião*. São Paulo: Abril Cultural; Brasiliense, 1984.

ANDRADE, Solange Ramos de. História das religiões e das religiosidades: uma breve instrução. In: MARANHÃO FILHO, Eduardo Meinberg de Albuquerque (Org.). *(Re)conhecendo o sagrado*. São Paulo: Fonte Editorial, 2013.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A Idade Média e o nascimento do Estado Moderno: Aspectos históricos e teóricos*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2013.

\_\_\_\_\_. *Os direitos do homem e o Neoliberalismo*. 2. ed. rev. e ampl. Ijuí: Unijuí, 2002.

\_\_\_\_\_; NIELSSON, Joice Graciele. Estado de direito e cultura patrimonialista: o desafio da afirmação da dimensão republicana do Estado brasileiro na atualidade. *Revista Pensar*, p. 100-114, 2012.  
BLANCARTE, Roberto. O porquê do Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar n. 64*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.504*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF, 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

CAMPOS, Leonildo Silveira. Os políticos de Cristo: uma análise do comportamento político de protestantes históricos e pentecostais no Brasil. In: BURITY, Joanildo; MACHADO, Maria das Dores (Org.). *Os votos de Deus: Evangélicos, política e eleições no Brasil*. Recife: Fundação João Nabuco, Ed. Massangana, 2006.

CARVALHO, Nara Pereira. *A Formação da Liberdade Religiosa: peculiaridades e vicissitudes no Brasil*. 2011. 169 p. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

COULANGES, Fustel de. *A cidade Antiga*. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CUNHA, Magali. *Onde estão os protestantes?* Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/t2g3ymegnximx56/o%20globo%2029102015.pdf?dl=0>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRESTON, Paul. *Protestantismo e Política no Brasil: da Constituinte ao impeachment*. 1993. 303 p. Tese (Doutorado - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1993.

GALDINO, Elza. *Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GEIGER, Paulo (Org.). *Novíssimo Aulete dicionário contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2011.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais. Ação de Investigação Judicial Eleitoral n. 537003. Acórdão de 27 ago. 2015. Relator Paulo César Dias, Relator Designado Maurício Pinto Ferreira. *Diário da Justiça Eletrônico*, 24 set. 2015. Disponível em: <[http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=MG&proc\\_essoNumero=537003&processoClasse=AIJE&decisaoData=20150827&decisaoNumero=&protocolo=4203162014&nocache=0.9436128711639247](http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=MG&proc_essoNumero=537003&processoClasse=AIJE&decisaoData=20150827&decisaoNumero=&protocolo=4203162014&nocache=0.9436128711639247)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_montesquieu\\_o\\_espirito\\_das\\_leis.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de efetivação dos Direitos Fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

OLIVEIRA, Marizil de. *A influência da religião na vida do homem*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/4823664/A\\_Influencia\\_da\\_religiao\\_na\\_Vida\\_do\\_Homem\\_Resumo\\_A](https://www.academia.edu/4823664/A_Influencia_da_religiao_na_Vida_do_Homem_Resumo_A)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Conhecimento Religioso*. Disponível em: <[http://user.das.ufsc.br/~cancian/ciencia/ciencia\\_conhecimento\\_religioso.html](http://user.das.ufsc.br/~cancian/ciencia/ciencia_conhecimento_religioso.html)>. Acesso em: 16 mar. 2016.

# ELEMENTOS CRÍTICOS À RECEPÇÃO TEÓRICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO ETAT DE L'ART BRASILEIRO

Rafael Nascimento Lima de Freitas\*  
Djefferson Amadeus de Souza Ferreira Amadeus\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

Sabe-se da importância do Direito enquanto conjunto de normas para assegurar a preservação das condições existenciais do homem perante a sociedade, de forma a garantir a *Diké*, por meio da *phronesis*. Isto é, a garantia do justo deve ser dada a partir da capacidade de julgamento, da prudência do homem julgador, decidindo-se conforme no e pelo Direito, mantendo assim sua integridade enquanto ordenamento jurídico e sua coerência decisória.

O Direito, a partir de um pressuposto etimológico, deve ser entendido em sua tradição como aquilo que é consagrado pela Justiça enquanto virtude moral (*ius*) e como *directum*, enquanto ato de justiça, proferido pelo aparato judicial. Nesse sentido, depreende-se que a razão de justiça não é autoevidente, isto é, ela não se encontra previamente determinada pela natureza, mas tais premissas devem ser postas pelo sujeito racional da modernidade (BARRETO; CULLETON, 2010). Tal razão de justiça é garantida por um conjunto de regras e princípios que regem o convívio humano em um deter-

---

\* Professora Assistente do Grupo IBMEC na disciplina Introdução ao Estudo do Direito e pesquisadora na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Tem experiência na área de Teoria do Direito e Direito Internacional, com ênfase em Arbitragem, Política Pública e Gestão Governamental. Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas do CBMA.

\*\* Mestrando em Direito Público (UNESA-RJ). Pós-Graduado em Filosofia (PUC-RJ). Pós-Graduado em Ciências Criminais (UERJ). Pós-Graduando em Processo Penal (ABDCONST). Pesquisador no grupo institucional de pesquisa em Filosofia do Direito, coordenado pelo Dr. Vicente de Paulo Barretto (UNESA/CNPq). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro - para além da influência do Código Rocco (1941), coordenado pelo Dr. Geraldo Prado (FND-UFRJ). Pesquisador no grupo de pesquisa Hermenêutica e Ciências Criminais, liderado pelo Dr. Salah Hassan Kaled Júnior (FURG/CNPq). Membro da Comissão de Direito à Educação da OAB-RJ. Coordenador do Grupo de assuntos Penitenciários da Comissão de Direito à Educação OAB-RJ. Advogado.

minado contexto histórico, dotando a definição de Direito de uma perspectiva concretizadora, do fenômeno jurídico enquanto conceito interpretativo, realizado em um único momento: applicatio - interpretação, aplicação e justificação em um único momento - a partir da compreensão do qual o sujeito tem de si mesmo na sua relação intramundana e com os objetos. Desta forma, tem-se um aspecto de continuidade ao longo da história na definição do conceito de Direito.

O *etat de l'art* no Direito brasileiro funda-se sob o paradigma do Estado Democrático de Direito (*Demokratischenrechstaat*) exige a análise de quaisquer teorias tendo a Constituição como sua condição de validade e existência dentro do ordenamento jurídico. Sobre tal paradigma, é possível afirmar a superação do Estado Absolutista - em suas duas gradações: *Polizeistaat* e *Machtstaat* - limitando o exercício do poder e submetendo à política ao regime impessoal imposto pela lei (LEAL; BARRRETTO, 2006), poder este exercido pela livre formulação das preferências políticas por meios não-violentos por parte da própria sociedade (AIETA; BARRETTO, 2006). Isto implica em afirmar que qualquer modelo teórico que busque suprimir as conquistas democráticas sedimentadas no contexto brasileiro deve ser afastada, sob pena de violar a garantia de vedação ao retrocesso social, em que pese o livre exercício das preferências políticas dos cidadãos aptos a influenciar nas decisões políticas dos representantes políticos e o exercício pleno dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Brasileira, entendida como *locus de sentido* para aos fins que se destinam o presente trabalho: buscar pela resposta constitucionalmente adequada quanto á importação e aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no paradigma do Estado Democrático de Direito no Direito brasileiro.

Este deve ser o papel da Constituição, enquanto *locus de fundamentalidade* do ordenamento jurídico, calcadas na concepção de

Constituição dirigente, tal como proposta por Canotilho (1994),<sup>1</sup> como medida de transformação da realidade social realizada pelos próprios sujeitos, concretizando-se aquilo que Hesse (1998) afirma como a realização de uma ordem jurídica fundamental materialmente aberta.

O trabalho em apreço tem por escopo a análise da tese alienígena do Estado de Coisas Inconstitucional proposta na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF) segundo os pressupostos de legitimidade do ordenamento jurídico brasileiro, fundado em pressupostos legais e democráticos, de tal maneira a se respeitar a tradição democrática recentemente implementada em terrae brasilis, de forma a possibilitar avanços na jurisdição constitucional brasileira, respeitadas as conquistas alcançadas pela democracia constitucional brasileira no etat de l'art do Direito brasileiro.

Tal anamnese deve ser realizada de forma a refutar aquilo que Warat (1994) chama de “senso comum teórico dos juristas”, espaço reservado ao secreto, no qual são aceitas verdades tidas como absolutas a fim de se velar o componente político escondido por de trás, a partir de opiniões comuns dos juristas crédulos em uma realidade fundada em uma ilusão epistêmica, sedimentada no mito, definido pelo autor como “[...] substituição do tempo histórico por uma sucessão de fábulas que apresentam as ações e acontecimentos como a concreção de protótipos eternos ritualmente alcançados.” O mito tem dupla função: é compreendido e imposto, concretizado a partir da fé no mito em serviço de uma dada ideologia, à função do poder (WARAT, 1994).

---

<sup>1</sup> É importante frisar a advertência de Canotilho (2002) quanto à “morte da constituição dirigente”: “Compreender-se-á, assim, a relativização do dirigismo em certos escritos afirmamos que a constituição dirigente morreu.” Entenda-se: morreu a “Constituição metanarrativa” da transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes. O sujeito capaz de contar a récita e empenhar-se nela também não existe (“aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticos”). O sentido da “morte” fica, pois, esclarecido. Só esta “morte” estava no alvo da nossa pontaria.

## 1.1 A IMPOSSIBILIDADE DE ALCANÇAR A COISA EM SI

O Estado de Coisas Inconstitucional, da forma como defendida e teorizada na literatura jurídica atual, parece buscar a gênese dos problemas fulcrais de inconstitucionalidades na sociedade brasileira, buscando-se a motivação e causa do ser das coisas (ousia) inconstitucionais, como é possível se observar no próprio “mover filosófico” do “pai da metafísica”, Aristóteles, como se denota do seguinte trecho de sua obra:

*El ser se entiende de muchas maneras, pero estos diferentes sentidos se refieren a una sola cosa, a una misma naturaleza, no habiendo entre ellos sólo comunidad de nombre; mas así como por sano se entiende todo aquello que se refiere a la salud, lo que la conserva, lo que la produce, aquello de que es ella señal y aquello que la recibe; y así como por medicinal puede entenderse todo lo que se relaciona con la medicina, y significar ya aquello que posee el arte de la medicina, o bien lo que es propio de ella, o finalmente lo que es obra suya, como acontece con la mayor parte de las cosas; en igual forma el ser tiene muchas significaciones, pero todas se refieren a un principio único. Tal cosa se llama ser, porque es una esencia; tal otra porque es una modificación de la esencia, porque es la dirección hacia la esencia, o bien es su destrucción, su privación, su cualidad, porque ella la produce, le da nacimiento, está en relación con ella; o bien, finalmente, porque ella es la negación del ser desde alguno de estos puntos de vista o de la esencia misma. En este sentido decimos que el no-ser es, que él es el no-ser. Todo lo comprendido bajo la palabra general de sano, es del dominio de una sola ciencia. Lo mismo sucede con todas las demás cosas: una sola ciencia estudia, no ya lo que comprende en sí mismo un objeto único, sino todo lo que se refiere a una sola naturaleza; pues, en efecto, estos son, bajo un punto de vista,*

*atributos del objeto único de la ciencia. (ARISTÓTELES, 1999).*

Contudo, deve-se frisar que o problema do ser, conforme anotado por Stein (2005), é um problema hermenêutico. O ser relaciona e liga-se ao homem e lhe é condição de possibilidade de sentido. O ser, desta forma, não pode ser explicado em uma dimensão afastada da dimensão dos entes. Ser e ente se dão no mesmo movimento, isto é, são externalizados transcendentalmente, através da compreensão do próprio ser, que vê no homem a sua condição de realização.

Desta forma, pode-se afirmar que não é possível obter a “origem” das inconstitucionalidades, mas tão somente pode-se perguntar acerca do fenômeno, a partir dos seus parâmetros de finitude. Assim, tendo o homem como sua própria condição existencial de afirmação do fenômeno, pode-se também afirmar o estudo do fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional sugere “tarefa de des-ocultação” (STRECK, 2014), analisando o fenômeno jurídico a partir da tradição do Direito, de forma a torna-lo novamente visível, em que o fenômeno “[...] aparece e pode-ser-levado a mostrar-se.” (STRECK, 2014).

## **2 DESENVOLVIMENTO: DOS PRESSUPOSTOS DO ECI E SUA APLICAÇÃO EM COLÔMBIA**

Inicialmente, deve-se analisar o Estado de Coisas Inconstitucional a partir de sua aplicação na Corte Constitucional Colombiana (CCC), entidade da justiça colombiana que vê no ECI a verdadeira possibilidade de, excepcionalmente, galgar eficácia nas decisões proferidas pela corte constitucional, dada pela inércia reiterada e prolongada das autoridades públicas em solucionar o problema que viola sistematicamente direitos e garantias fundamentais, que somente em colaboração pela pluralidade de entes públicos envolvidos seria capaz de alterar a situação litigiosa.

Diante de tal objetivo, a CCC, na Sentencia T-025/04, sugere os cinco pressupostos para a configuração do ECI:

*Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. (COLÔMBIA, 2004).*

Assim, tem-se como primeiro requisito a gravidade da situação de violações de direitos frente foi expressamente reconhecida

pelo legislador para definir as condições em que tais violações ocorrem, e destacar a múltipla violação de vários direitos. Como segundo requisito, apresenta-se o elevado volume de tutelas movidas pelos que tiveram seus direitos violados. O terceiro requisito é apresentado como a tentativa frustrada de inúmeras autoridades públicas de várias partes do país em tomar a adequada medida corretiva, específica ao problema de sua região. Como quarto requisito, depreende-se da decisão que deve ocorrer um processo de continuidade na violação de tais direitos em que não é atribuível a uma única entidade pública. Já o quinto requisito, refere-se à violação dos direitos em fatores estruturais em descompasso com os prazos previstos na norma jurídica e com os meios para cumprí-los, o que aprofunda a dimensão quanto à insuficiência de recursos, verificada a incapacidade institucional para reagir ao problema que viola continuamente direitos fundamentais.

Constatados tais requisitos, Lima (2015) coloca a sistematização da seguinte linha de ação do Estado de Coisas Inconstitucional: inicialmente identifica e prova-se o quadro de violações sistemáticas de direitos fundamentais; segundo, a Corte Constitucional declara o Estado de Coisas Inconstitucional; em terceiro, comunica-se o ECI aos órgãos competentes para a solução do litígio violador de direitos fundamentais e adotam-se medidas de cunho administrativo para a resolução do conflito; em quarto, estabelece-se prazo para a apresentação de plano de solução elaborado pelas autoridades competentes; em quinto, apresenta-se plano de ação pelas autoridades competentes; em sexto, ocorre a execução do plano pelas entidades competentes; em sétimo, monitora-se o cumprimento do plano de ação pelo Poder Judiciário; em oitavo, findo o prazo concedido para a superação do ECI, verifica-se o cumprimento das medidas e da superação do ECI; em nono, caso não ocorra a superação do ECI, realiza-se novo diagnóstico, a verificar as responsabilidades pelo incumprimento; em décimo, realiza-se nova declaração de ECI e repete-se o esquema de atuação, com a intensificação da atuação judicial.

Tal atuação, segundo Campos (2015), possui dois objetivos principais: superar bloqueios político-institucionais, além de aumentar a deliberação e o diálogo sobre as causas e soluções das coisas declaradas inconstitucionais. Estes objetivos, segundo o articulista, foram alcançados em graus de eficácia distintos nos dois casos mais relevantes de atuação da Corte Constitucional Colombiana na aplicação do ECI: Sentencia T-153/98 e Sentencia T 025/04. Na primeira tratava-se do mesmo problema da ADPF 347: o problema da superlotação e das condições desumanas das penitenciárias nacionais, enquanto que a segunda cuidava do deslocamento interno forçado de pessoas, dado o contexto de violência oriunda da atuação de grupos paramilitares no país. O articulista afirma que a diferença no grau de eficácia entre as duas sentenças da CCC deu-se pela ausência de monitoramento pela CCC no primeiro caso, isto é, pela ausência de retenção/manutenção de jurisdição da CCC sobre a decisão. Já no segundo caso, formularam-se remédios para os problemas violadores de direitos fundamentais e monitorou-se via CCC, retendo-se a jurisdição, o que, segundo o autor, fez diferença para que o segundo caso lograsse êxito quanto à sua eficácia de concretização da minoração da violação de direitos fundamentais e no primeiro caso não. De fato, ante a realidade e o contexto histórico-constitucional da Colômbia, é possível que a declaração do ECI tenha efeitos que incrementem o grau de eficácia das decisões judiciais promovidas pela CCC, através do diálogo permanente entre os órgãos envolvidos sob jurisdição supervisionada e coordenada pela Corte Constitucional, bem como pela adoção de ordens jurídicas flexíveis entre os órgãos envolvidos. Assim, pode-se afirmar que, a invocação do ECI em jurisdição colombiana deu-se para “[...] suprir a ausência de um mecanismo jurídico-processual coletivo ou abstrato de proteção dos direitos fundamentais.” (LIMA, 2015).

## 2.1 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A TEORIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Contudo, há de se ter cautela na qualificação às nomenclaturas atribuídas à Constituição, à guisa das qualificações colocadas por Canotilho (2002), como “constituição potável”, “constituição culinária”, “constituição programa”, “constituiçãoocarta”, “constituição fechada”, “constituição-código”, “constituição dirigente”, “constituição compromissória”, “constituição-cidadã”, “constituição-processo”, a fim de se evitar velar ainda mais o fenômeno, encoberto por possíveis qualificações inautênticas perante à tradição conformadora de sentidos, relendo o fenômeno a partir de sua tradição autêntica, em busca de se concretizar a “tarefa hermenêutica” tal como proposta por Streck (2014), exposta no seguinte trecho de sua obra:

[...] uma vez que tornar visível o próprio Direito pressupõe a possibilidade de (res)significá-lo, de dizê-lo. O Direito só é/será possível se existir o ser. É aí que a hermenêutica aqui proposta pretende construir condições (caminhos) para o-abrir-da-clareira: é por ela que será possível levar o ser desse ente a se manifestar como fenômeno, sendo Dasein (ser-aí) o ser do ente (homem) que compreende esse ser, e onde o aí (Da) é o lugar em que o ser (Sein) se mostra, mas ao mesmo tempo tende (inexoravelmente) a ocultarse, o que nos deve levar ao (inquietante) trabalho de des-ocultá-lo. (STRECK, 2014).

Assim, é de se observar que o “estado de coisas surreal”, nomenclatura dada por Rodriguez (2015) ao fenômeno do ECI, originário da Colômbia, há de se conformar nos limites impostos pelo paradigma do Estado Democrático Brasileiro no Estado brasileiro. Qualquer leitura que se faça do Estado de Coisas Inconstitucional que suprima garantias e direitos fundamentais previstos conquistados democrati-

camente pela Constituição Brasileira de 1988 estará violando os parâmetros de fundamentalidade da Constituição Cidadã, em atenção à faceta negativa do princípio da proporcionalidade em sentido hermenêutico, constituído pela vedação de proteção insuficiente (Untermassverbot) e da vedação ao retrocesso social.

É de se observar que a atuação da Corte, nesse sentido, em que pese os argumentos de política e de sua eventual substituição frente à garantia de direitos fundamentais, deve ser limitada pela própria tradição que a conforma. Há uma tradição estabelecida pela Constituição Democrática de 1988 e pelo Constitucionalismo Contemporâneo que conformam a atuação da Corte Suprema. Tal posicionamento, em busca de uma reinvenção do princípio da separação dos poderes, respeitando o limite de suas funções institucionais, é exposta por Streck (2012), ao afirmar que:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional). (STRECK, 2012).

Desta forma, em que pese a necessidade de atuação do Poder Judiciário nas demandas coletivas violadoras de direitos fundamentais, deve-se afirmar, com Streck (2014) que o “Judiciário não pode substituir o legislador”, uma vez que tal atitude da Corte Suprema, fragilizaria a própria autonomia do Direito no qual faz parte. Em apertada síntese, é possível, com Tassinari (2014), ratificar e apontar uma possível distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, na qual a primeira seria: “[...] fenômeno contingencial, isto

é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais.” (TASSINARI, 2013).

Assim, o ativismo judicial é tido como uma postura behaviorista da Corte Suprema, deslegitimando os poderes democraticamente eleitos, provocando instabilidade à segurança da ordem jurídica estabelecida e desequilibrando a relação harmônica entre os Poderes da República. Nesse sentido, cabe a menção à lição de Neto (2015), ao afirmar que: “[...] uma democracia comandada por juízes representa um obstáculo para a sociedade civil se apoderar (e se empoderar) dos debates do seu tempo.”

Diante da conjuntura teórica exposta, na cogitação da aplicação em petição inicial do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347, de relatoria do ministro Marco Aurélio, o deferimento e decretação do ECI pelo Supremo Tribunal Federal (STF) constituiria atitude classificada por Campos (2015) como “ativismo judicial estrutural”, entendida pelo articulista como “[...] interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação dos mesmos.” (CAMPOS, 2015)

Nesse sentido, o autor insere ainda outras quatro espécies de dimensões do ativismo judicial: metodológica, processual, de direitos ou antidialógica. Apesar de suas dimensões, é possível afirmar, com Streck (2015), que qualquer espécie ou gradação de ativismo judicial é fundamentalmente incompatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito, por ser medida lesiva aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em detrimento de outros direitos e garantias politicamente considerados relevantes. E aqui, cabe ressaltar que a ausência de controle de um Poder da República sobre outro - que se apresenta em relação de superioridade decisória, como seria o caso do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes ao aplicar

o ECI - mostra-se uma violação a um ponto fulcral em uma democracia constitucionalmente estabelecida, valendo-se registrar o alerta de Campilongo, De Giorgi e Faria (2015), ao afirmar que “[...] sob pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça”, que completam ainda que o Estado de Coisas Inconstitucional tem a “[...] pretensão de fabricar poder político sob a fantasia de normatividade jurídica.” (CAMPILONGO; DE GIORGI; FARIA, 2015). E os articulistas ainda deixam uma pergunta ao ar: quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder?

Ainda, com Campilongo, De Giorgi e Faria (2015), pode-se, em observância ao processo histórico-institucional do Direito brasileiro, inserir a seguinte reflexão:

Maçãs estragadas podem ser encontradas em variadas cestas. A causa do estrago pode estar nas cestas ou, então, nas próprias frutas. Nada leva a crer que a cesta de um tribunal seja mais resistente que a da política, nem que suas maçãs sejam mais duráveis. Substituir o sistema político por uma Corte Constitucional é só depositar vinho velho em frasco antigo - com rótulo falso e propaganda enganosa. É seguir na aventura com cesta frágil e maçãs podres, acarretando fardo indigesto para quem beber do vinho e comer da fruta. Quebram-se as garrafas, rompem-se as cestas, mistura-se tudo e, metáforas à parte, perde-se a diferença funcional entre o papel da política e o papel do Direito.

Desta forma, pode-se concluir que qualquer espécie de ativismo fere não o pressuposto da democracia - o qual exige a influência da sociedade no processo decisório político de seus representantes - mas sim o pressuposto do Rechtsstaat: limitação de poderes estabelecidos. Em outras palavras, não cabe o governo de um dos Poderes perante os demais, sob pena de regredir-se ao Polizeistaat ou ao Machtstaat, ou ao que Ran Hirschl chama de juristocracy. Ainda,

com Streck (2015), pode-se afirmar que, diferentemente do contexto colombiano - na qual incorria na ausência de instrumentos processuais que ensejaram a declaração do ECI -, no contexto brasileiro é possível inserir outros instrumentos processuais para a prevenção dos direitos fundamentais violados pela omissão dos Poderes constituídos, como o Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, apelo ao legislador (Appellenscheidung), inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (Unvereinbarkeitserklärung). Assim, o levantamento de tal tese, em terrae brasilis, mostraria-se desnecessário, tendo em vista a possibilidade de invocação de outros instrumentos constitucionais para a supressão das violações a direitos fundamentais.

Além disso, importa afirmar ainda que qualquer declaração de inconstitucionalidade deve ter objeto específico, de forma a orientar a atuação da Corte Suprema na decisão da solução constitucionalmente adequada. Nos casos observados e nos próprios requisitos do ECI, observam-se pedidos genéricos e excessivamente abstratos, velando o próprio aparecimento do objeto da pretensão na ação, o que pode dificultar ainda mais em efetivar a jurisdição constitucional ao caso concreto.

Em uma última sentença, é de se afirmar o problema atual do Supremo Tribunal Federal em gerir o próprio quantitativo de processos atualmente pendentes de julgamento pela Suprema Corte. De que forma seria possível, este mesmo órgão, dotado de limitações e com um extenso quantitativo de processos judiciais pendentes de julgamento, coordenar, ordenar, e estabelecer metas gerais de políticas públicas para os pedidos de declaração de ECI? A partir de uma Corte Suprema organizada com seus julgamentos pendentes e dotada de uma jurisprudência coerente e íntegra, seria possível fazer aquilo que sugere Valle (2015), a partir de um experimentalismo através de monitoramento pela Corte Suprema dos resultados das decisões judiciais tomadas pela Suprema Corte e do estabelecimento de um plano de ação entre diferentes níveis de governo.

### 3 CONCLUSÃO

Portanto, do conteúdo apresentado, é possível apresentar as seguintes conclusões:

Qualquer espécie de ativismo fere não o pressuposto da democracia - o qual exige a influência da sociedade no processo decisório político de seus representantes - mas sim o pressuposto do Rechtsstaat: limitação de poderes estabelecidos. Em outras palavras, não cabe o governo de um dos Poderes perante os demais, sob pena de regredir-se ao Polizeistaat ou ao Machtstaat, ou ao que Ran Hirschl chama de juristocracy.

É possível inserir outros instrumentos processuais para a prevenção dos direitos fundamentais violados pela omissão dos Poderes constituídos, como o Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, apelo ao legislador (Appellenscheidung), inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (Unvereinbarkeitserklärung). Assim, o levantamento de tal tese, em terrae brasilis, mostraria-se desnecessário, tendo em vista a possibilidade de invocação de outros instrumentos constitucionais para a supressão das violações a direitos fundamentais.

Qualquer declaração de inconstitucionalidade deve ter objeto específico, de forma a orientar a atuação da Corte Suprema na decisão da solução constitucionalmente adequada. Nos casos observados e nos próprios requisitos do ECI, observam-se pedidos genéricos e excessivamente abstratos, velando o próprio aparecimento do objeto da pretensão na ação, o que pode dificultar ainda mais em efetivar a jurisdição constitucional ao caso concreto.

Ainda, pode-se colocar o problema atual do Supremo Tribunal Federal em gerir o próprio quantitativo de processos atualmente pendentes de julgamento pela Suprema Corte. De que forma seria possível, este mesmo órgão, dotado de limitações e com um extenso quantitativo de processos judiciais pendentes de julgamento, coor-

denar, ordenar, e estabelecer metas gerais de políticas públicas para os pedidos de declaração de ECI? A partir de uma Corte Suprema organizada com seus julgamentos pendentes e dotada de uma jurisprudência coerente e íntegra, seria possível fazer aquilo que sugere Valle (2015), a partir de um experimentalismo através de monitoramento pela Corte Suprema dos resultados das decisões judiciais tomadas pela Suprema Corte e do estabelecimento de um plano de ação entre diferentes níveis de governo.

Logo, qualquer modelo teórico que busque suprimir as conquistas democráticas sedimentadas no contexto brasileiro deve ser afastada, sob pena de violar a garantia de vedação ao retrocesso social, em que pese o livre exercício das preferências políticas dos cidadãos aptos a influenciar nas decisões políticas dos representantes políticos e o exercício pleno dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Brasileira, entendida como lócus de sentido para aos fins que se destinam o presente trabalho: buscar pela resposta constitucionalmente adequada quanto à importação e aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no paradigma do Estado Democrático de Direito no Direito brasileiro.

Nesse sentido, dado o referido contexto, o Estado de Coisas Inconstitucional parece não ter possibilidade de aplicação no contexto do Direito brasileiro, uma vez que já aparecem outros instrumentos constitucionais que reproduzam os efeitos sugeridos pelo ECI, além da limitação quantitativa da própria Corte Suprema no uso de suas atribuições, bem como pelo risco à limitação dos Poderes estatuída pelo Rechtsstaat enquanto direito fundamental do cidadão.

Em uma última palavra, a ausência de controle de um Poder da República sobre outro - que se apresenta em relação de superioridade decisória, como seria o Poder Judiciário ao aplicar o ECI em relação aos demais Poderes - mostra-se uma violação a um ponto fulcral em uma democracia constitucionalmente estabelecida, valendo-se a afirmação de Campilongo, De Giorgi, e Faria (2015), ao afirmar

que o ECI “[...] sob pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça”, afirmando ainda que o ECI tem a “[...] pretensão de fabricar poder político sob a fantasia de normatividade jurídica.” (CAMPILONGO; DE GIORGI; FARIA, 2015). E em último argumento, é possível deixar a seguinte proposta pelos articulistas: quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder?

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1999.

BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo. *Dicionário de Filosofia Política*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional/>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. *O estado adjetivado e a teoria da constituição*. Disponível em: <[www.pge.rs.gov.br/upload/revista\\_pge\\_56.pdf](http://www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_56.pdf)>. Acesso em: 01 dez. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Portugal: Coimbra Editora, 1983.

COLOMBIA. *Sentencia T-025/04*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

CAMPILONGO, Celso; DE GIORGI, Rafaele; FARIA, José Eduardo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisasinconstitucional,10000000043/>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

LIMA, George Marmelstein. *O Estado de Coisas Inconstitucional - ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?* Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

NETO, Wilson Levy Braga da Silva. *O estado de coisas inconstitucional e o direito à cidade*. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-o-direito-cidadee/>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. Ijuí: Unijuí, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Livraria do Advogado, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. *An Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian Prison System*. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2015/09/anunconstitutional-state-of-affairs-in-the-brazilian-prison-system/>>. Acesso em: 01 dez. 2015.



# A GLOBALIZAÇÃO COMO FATOR DA PERDA DE IDENTIDADE DO ESTADO

Keila Fernanda Marangoni \*  
Luiz Henrique Maisonnett \*\*

## 1 INTRODUÇÃO

A modernidade edificou promessas de que o ser humano seria livre, igual e fraterno. Entretanto, passados quase trezentos anos, verifica-se que grande parte das juras liberais restaram descumpridas. Insatisfeita com esse aparente esgotamento do modelo moderno, a sociedade contemporânea tem desenvolvido um novo paradigma, estrelado pela consolidação do capitalismo como regime econômico global e pelo desenvolvimento da telemática como superação científica e operacional capaz de expandir o mercado de exploração do capital.

Nesse contexto é que nasce a globalização como fenômeno ímpar da história da humanidade, a qual tem demonstrado a capacidade de reconfigurar os valores sociais e massificar conceitos éticos e culturais milenares. Além disso, a aparente compressão do espaço-tempo, relacionada com a aproximação dos mercados e dos territórios, causa uma mudança paradigmática ainda de difícil apuração e dimensionamento.

A concentração do capital econômico escorreu das mãos de seus detentores históricos, no caso, os Estados-nação, para ser domi-

---

\* Graduada em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ). Atuou como bolsista de extensão no projeto: Programa de Educação Superior para o Desenvolvimento Regional (PROESDE). Integrante do Grupo de Estudos de Relações Internacionais, Poder, Globalização e Atores, da Universidade Comunitária da Região de Chapecó. Atualmente desenvolve pesquisa nos temas: Relações Internacionais, Globalização, Teoria do Poder, Atores Estatais e Não Estatais.

\*\* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Professor titular da Universidade Comunitária da Região de Chapecó da disciplina de História do Direito onde também leciona nas áreas de Direito Internacional Relações Internacionais e professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), das disciplinas de direito internacional e direitos humanos e democracia. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional Jus Gentium da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pesquisador do grupo de Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

nado por atores não estatais, eminentemente privados e atuantes em praticamente todas as esferas do globo. Esses atores têm demonstrado capacidade ímpar de condicionar a tomada de decisão por parte dos Estados-nação, bem como de alterar políticas públicas que lhes seriam desfavoráveis.

Com o desiderato de entender como a globalização tem causado a perda da identidade do Estado-nação é que se abordam as principais teorias que envolvem o fenômeno, bem como investigam os mecanismos que catalisaram o poder dos atores não estatais.

Deste modo, o primeiro ponto a ser tratado aborda o projeto filosófico da modernidade, sua ascensão durante as revoluções burguesas, bem como as características que envolvem o movimento, dissertando-se sobre o que tem causado sua crise e a consequente transformação da sociedade contemporânea ao patamar da pós-modernidade ou transmodernidade.

Após, explicita-se como ocorreu o surgimento da globalização, seus elementos contextuais e históricos, além das características que fizeram com que o fenômeno fosse o principal propulsor da transformação do papel do Estado-nação.

Por fim, o terceiro ponto objetiva distinguir as novas funções reservadas ao Estado-nação, contextualizando o seu funcionamento à disposição hodierna das coisas, bem como problematizando a influência que os atores não estatais emergentes, como as empresas transnacionais e os grupos terroristas, tem causado na adoção de políticas públicas de cunho coletivo.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 O ESTADO-NAÇÃO COMO CONSTRUÇÃO FILOSÓFICA DA MODERNIDADE**

Embora a humanidade tenha experimentado diversos métodos de organização social e política, o surgimento do Estado co-

mumente relaciona-se com as formas de associação política experimentadas pelos gregos antigos, que foram os primeiros a concentrar o poder político em um aparato abstrato, supostamente maior que todos, e legitimado pela vontade geral.

Entretanto, o modelo da antiguidade não era tão complexo quanto o inaugurado pelos atores econômicos emergentes do século XV. Isso porque o advento de novas técnicas de cultivo agrícola possibilitou o aumento da produção dos feudos, induzindo que as mercadorias acumuladas pelos vassalos fossem comercializadas fora da área de influência do senhor feudal. Com isso, iniciou-se a imigração de camponeses para os burgos, onde se dedicavam somente ao comércio.

Nesse contexto é que floresceu o projeto filosófico da modernidade, cuja premissa principal era encontrar uma alternativa aos recorrentes conflitos bélicos que assolavam o ocidente e garantir a estabilidade social para o florescimento comercial. Para os novos burgueses, o “antigo regime” era incapaz de garantir a ordem da sociedade, especialmente no que se refere à proteção da propriedade, por que esta era costumeiramente violada por pessoas que migravam da zona rural para os burgos. Assim, os burgueses fizeram uso das letras para cunhar um projeto filosófico que objetivava acabar com o arbítrio típico dos déspotas, estabelecendo a previsibilidade normativa, bem como impor o rigor da persecução penal aos delitos contra a propriedade privada. A revolução burguesa, portanto, não objetivou acabar com as bases do Estado, mas derreter as estruturas feudais para, em seguida, construir outras, mais novas, aperfeiçoadas e sólidas (BAUMANN, 2001, p. 9).

O Estado moderno então se propôs a acabar com o poder dos feudos, de modo que estabeleceu como princípios de sua atuação a soberania externa, a supremacia interna e a jurisdição única, fulminando como ilegítima qualquer decisão tomada fora do seu âmbito.

Assim, o direito foi projetado como a principal ferramenta da racionalidade moderna, e aparentemente impedia que as deci-

sões políticas fossem tomadas com base na discricionariedade. Des-sas premissas é que advêm os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, por exemplo, que, aliados à criação da polícia urbana, visavam apaziguar a sociedade e garantir o exercício da propriedade e a prosperidade do comércio efervescente.

A burguesia emergente interessava-se sobremaneira em acabar com o arbítrio nas tomadas de decisão, que carecia de estabilidade e previsibilidade para fazer cumprir os seus contratos, gozar de suas propriedades e punir as pilhagens e os roubos.

Em outras palavras, os dogmas do regime feudal representavam grilhões aos burgueses, que se viam cerceados no ímpeto de propagar a sua racionalidade econômica. Daí que encetaram uma revolução política que, no fundo, objetivava libertar a empresa de negócios e o direito à propriedade da ética religiosa, familiar e estatal (BAUMANN, 2001, p. 10).

A esse respeito, Boaventura de Sousa Santos argumenta que o advento da modernidade se deu com a consolidação do capitalismo como modo de produção das nações ocidentais. Para ele, esse projeto sociocultural baseia-se em dois pilares, chamados de regulação e emancipação, cada um composto por três princípios diferentes (SANTOS, 1999, p. 77).

Enquanto o pilar da regulação é formado pelos princípios do Estado (Hobbes), mercado (Locke) e comunidade (Rousseau), o pilar da emancipação estrutura-se a partir de três racionalidades: a estético-expressiva da arte e da literatura; a moralprática da ética e do direito; e a cognitivo-instrumental da ciência e da técnica. Para o autor, os dois pilares e seus princípios intrínsecos relacionam-se de modo correspondente, ou seja, as assertivas emancipatórias correlacionam-se com as regulatórias (SANTOS, 1999, p. 77).

Por agregar uma notável disparidade de ideias, o projeto da modernidade revelou-se como sendo uma incomparável construção

teórica que, graças à complexidade de seus pilares, permitiu a elaboração de infindáveis promessas de progresso humano. A principal delas é a de que haveria uma combinação harmoniosa de preceitos tendencialmente contraditórios, como de igualdade e liberdade, de justiça e autonomia, de emancipação e subjetividade, desconsiderando-se os problemas que naturalmente decorreriam da união de valores opostos como os da vida coletiva e os da vida individual.

Hodiernamente, nota-se que as promessas de desenvolvimento entabuladas pelos liberais foram exageradas, porquanto estes não levaram em conta a dificuldade que envolve a adoção de valores universalizantes, elementares para a libertação humana. Tal fato contribuiu para que o pilar regulatório fosse robustecido em prejuízo do da emancipação, o que também causou a proeminência do Estado e do mercado frente aos demais princípios. Como os pilares desse edifício acabaram ficando em proporções distintas, Boaventura argumenta que todo o projeto estaria prestes a desmoronar, tanto porque determinados compromissos foram cumpridos, quanto porque a humanidade percebeu que o projeto da modernidade é incapaz de tirar do papel as promessas que ainda estão em vias de implementação. Essa etapa de hipotético colapso paradigmático evidencia a ocorrência de uma transição para um modelo societal diferente e desconhecido, transitariamente apelidado como “pós-modernidade” (SANTOS, 1999, p. 77).

Coelho (2001), da mesma forma, refere que

[...] é justamente a racionalidade obsessiva da vida e o domínio do tipo de razão definido como instrumental, que tudo reduz à causalidade e à relação entre meios e fins, que provocou as reações que levaram ao esgotamento da modernidade, fazendo explodir as tensões que suas características envolviam.

Para Coelho, a pósmodernidade, que era uma fase de transição para um futuro desconhecido, já se demudou em transmodernida-

de, porque as profecias apocalípticas envolvendo o desenvolvimento desenfreado da ciência tornaram-se realidade (COELHO, 2001, p. 36).

A conclusão do autor leva em consideração o fato de que o domínio do espaço sideral, da microfísica e da cibernética, por exemplo, levou a humanidade a um estágio de superação histórica, porque ao mesmo tempo que se é fruto dos sonhos do passado, o presente detém a capacidade de conhecer o futuro, porquanto eventual destruição da espécie pode ser causada por ela própria (COELHO, 2001, p. 45). Se não bastasse, a consolidação da democracia representativa como sistema de governo e do capitalismo como modo de produção causaram uma espécie de “fim da história”, uma vez que o mundo adotou um consenso ideológico que impede discussões envolvendo valores consolidados como a forma de organização política, o regime democrático, os direitos humanos ou a economia (COELHO, 2001, p. 49).

Na mesma linha, Bauman refere que o que conduz tantos pesquisadores a pronunciarem a ocorrência de uma modificação radical no convívio humano e social é o fato de que agora o poder pode se mover com a rapidez do impulso eletrônico, e, por isso, tornou-se instantâneo. Em marcos objetivos, “[...] o poder se tornou verdadeiramente extraterritorial, não mais limitado, nem mesmo desacelerado, pela resistência do espaço”, porque “[...] não importa mais onde está quem dá a ordem - a diferença entre ‘próximo’ e ‘distante’, ou entre o espaço selvagem e o civilizado e ordenado, está a ponto de desaparecer.” (BAUMAN, 2001, p. 18-19).

Esses fatos evidenciam que, na contemporaneidade, o Estado-nação tem reduzido a sua capacidade política e econômica, que tem sido suplantada por atores privados que, ao se utilizarem de mecanismos da telemática, atuam em todo o globo, o que basta para indiciar que o aparato político da modernidade sofre uma transformação de resultado ainda não bem denominado.

A globalização é uma das causas desse fenômeno, porquanto detém capacidade peculiar de modificar os paradigmas da sociedade,

influindo em praticamente todos os âmbitos da vida, especialmente a economia, a cultura e o direito. Para descarnar as peculiaridades que conformam a globalização é que, no próximo item, abordar-se-ão os elementos contextuais e históricos que envolvem o seu estudo.

## 2.2 ELEMENTOS CONTEXTUAIS E HISTÓRICOS DA GLOBALIZAÇÃO

A globalização é um processo que se encontra em constante desenvolvimento, atua no sentido de mudança em estruturas econômicas, políticas, sociais e culturais. Essas transformações estão associadas a avanços e retrocessos separados através de intervalos que podem durar séculos. A velocidade em que esses avanços ocorrem na sociedade contemporânea contribui para que a globalização seja tratada como um fenômeno completamente novo.

Porém, a origem do processo de globalização parece ser mais remota. Se buscarmos um ponto de partida histórico para esse processo, podemos encontrar tendências, contextos e acontecimentos que contribuíram para o que hoje conhecemos como globalização.

Historicamente a globalização pode ser compreendida por três fases: a primeira de 1450 a 1850, marcada pela expansão mercantilista; a segunda de 1850 a 1950, caracterizada através do expansionismo industrial-imperialista e colonialista; e a última de 1989 até hoje, acelerada após o colapso da União Soviética e a queda do muro de Berlim (OLSSON, 2003, p. 93).

Para alguns autores, os elementos históricos da globalização se dividem em fases caracterizadas pelo surgimento de estruturas nacionais através de um sistema político-econômico, da evolução do indivíduo na humanidade, da construção da ideia de Estado e cidadania entre os Estados, dos problemas relacionando o nacional com o internacional, das tendências globais integradas na sociedade internacional, disputas de processo econômico e, por fim, a consciência

global em relação a problemas ecológicos, comunicações globais e conflitos multinacionais.

De toda forma, a globalização foi gradativamente apresentando evoluções, recebendo incrementos substanciais com as transformações tecnológicas proporcionadas pelas três revoluções industriais. A última revolução, conhecida como Revolução Técnico Científica Informativa, intensificou os avanços tecnológicos no contexto dos sistemas de informação. O avanço realizado nos diferentes sistemas, responsável pela consolidação da globalização atual, propiciou uma integração mundial que tornou comum a expressão “aldeia global”. O termo “aldeia” faz referência a algo pequeno, onde todas as coisas estão próximas umas das outras, o que remete à ideia de que a integração mundial no meio tecnológico tornou o planeta metaforicamente menor.

Para Ianni (2013, p. 119), a globalização constitui um termo atual que tem a ideia de uma “aldeia global”. Segundo ele, essa ideia é uma “[...] expressão da globalização das ideias, padrões e valores socioculturais e imaginários.” É uma teoria da cultura mundial que abrange diferentes universos, e são as novas tecnologias que operam nessa aldeia global.

O mundo se transformou numa verdadeira “aldeia global”, o que envolve a troca e transferência de mercadorias, pessoas, informações, comunicação, tudo facilitado pela eletrônica. Assim, segundo entendimento dominante, não existem mais fatos ou situações isoladas, porquanto o que acontece em um local pode repercutir em todo o mundo.

A globalização, além de envolver cultura, política, economia e vida social, envolve outros aspectos como cidadania, povo, poder e Estado, que são modificados diante da formação e expansão da sociedade mundial, onde o fenômeno da globalização influencia diretamente as relações políticas e o papel do Estado e do Direito.

Esse fenômeno da globalização trouxe a tona um novo momento do desenvolvimento global, redefinindo as noções de tempo e espaço, diminuindo a distância e tornando instantâneos os aconteci-

mentos de qualquer lugar do planeta. Houve uma grande mudança histórica caracterizada através de interdependência global, porque os novos atores internacionais passaram a se constituir através de novos sistemas de comunicação se tornando potências mundiais e não mais apenas nacionais.

A soberania, neste novo contexto, não se apresenta mais como poder independente, supremo e exclusivo em seu território. Ocorre assim uma perda de condições efetivas para o Estado implementar políticas monetária, fiscal e cambial entre outras.

O Estado não é mais o único dono do que ocorre em seu território, de limites cada vez mais fluídos e porosos. O Estado, diante dos aspectos que envolvem a sua economia se conecta com o mundo e se obriga a ditar normas que se relacionam com a estabilidade monetária, ao equilíbrio das finanças, à abertura comercial e financeira e ao crescimento econômico. Ou seja, a criação de leis se dá dentro de um contexto econômico e financeiro em âmbito internacional e não mais apenas diante da conjuntura exclusiva de seu território nacional.

Com essas transformações, ocasionadas pela globalização, abriu-se uma fragilidade no Estado moderno retirando de seu governo a capacidade de controlar seus próprios assuntos de forma exclusiva, agora conectados mundialmente com outros centros de poder.

Para Ianni (2013), esse momento caracteriza-se pelo interesse acadêmico nas realidades internacionais emergentes, porque, “[...] sem deixar de continuar a contemplar a sociedade nacional, em suas mais diversas configurações, muitos empenham-se em desvendar as relações, os processos e as estruturas que transcendem o Estado-nação, desde os subalternos aos dominantes”, de modo que os pesquisadores tem se dedicado a descarnar as causas que “[...] articulam e tensionam as sociedades nacionais, em âmbito internacional, regional, multinacional, transnacional ou mundial.” (IANNI, 2013, p. 30).

O Estado deixou de ser o único centro de poder, se tornando impossível o isolamento político, econômico e social de um Estado,

porquanto “[...] a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância.” (GIDDENS, 1991, p. 69).

A globalização fez com que os Estados-nação se deparem com outros centros de poder, tanto estatais quanto não estatais, o que desenvolveu a integração entre os países e ocasionou o surgimento de um terceiro mercado, denominado de mercado eletrônico ou virtual, decorrente do uso da internet. Nesse âmbito, a interferência estatal é praticamente nula, porque não existem “donos” ou porque “todos” são “donos”. Essa característica o diferencia dos mercados até então existentes, quais sejam, o mercado nacional e o mercado internacional.

Assim, a globalização em virtude do avanço tecnológico trouxe consequências positivas e negativas. Dentre os efeitos positivos, pode-se destacar a diminuição de barreiras geográficas, políticas e econômicas, a criação de uma única moeda e maior fluxo de capitais, pessoas e mercadorias, aproximando as pessoas de diferentes regiões do mundo.

Por outro lado, temos consequências negativas, como o crime organizado, paraísos fiscais, tráfico de pessoas, de mercadorias e o terrorismo, entre outros. Referidas características tornam-se mais presentes nos países emergentes, onde o grau de dependência a países desenvolvidos pode levar ao desemprego e desigualdades sociais, ocasionando o desequilíbrio econômico e social da sociedade.

Para Hobsbawm (2007), os efeitos somente são negativos, por não acreditar que países desenvolvidos possam praticar atos que auxiliem países em desenvolvimento. Como exemplo, diz ele que, “primeiro, a globalização acompanhada de mercados livres, atualmente tão em voga, trouxe consigo uma dramática acentuação das desigualdades econômicas e sociais no interior das nações e entre elas.” (HOBBSAWM, 2007, p. 11).

As relações na sociedade contemporânea ganharam força, porque tudo está relacionado ao capital, mas não mais com base no

poder estatal. No processo da globalização, o mundo está em “[...] transição entre o velho e o novo, entre o passado e o futuro, com modificações no tempo e no espaço, vivenciando-se momentos de questionamentos, indagações e metáforas.” (SOUZA, 2011, p. 8). Em consequência vivemos em uma sociedade capitalista, reestruturada e informacional, impulsionada por fontes de conhecimentos tecnológicos e aplicação de novas tecnologias para melhorar conhecimentos e processar informações. Porém, a produtividade e a competitividade também passaram a ser alvo da globalização, porque dependem de sua capacidade de gerar, processar e aplicar as informações baseadas pelo conhecimento.

Dessa forma, podemos perceber que os processos de informação estão organizados em torno da rede. Essas redes modificam a sociedade e ocasionam novos processos de experiência, poder e cultura. No âmbito da relação entre capital e trabalho, na era globalizada e nas condições de uma sociedade em rede, encontra-se um trabalho humano individualizado e territorializado, porém um capital que é coordenado globalmente (CASTELLS, 2001).

Em decorrência da interdependência global, o Estado moderno se integrou a um conjunto de redes de comunicação, fazendo com que o poder do Estado seja dividido com outros órgãos, tendo novos padrões políticos, menos soberanos e mais integrados em um projeto comum, criando a ideia de que os problemas também são interdependentes e globalizados.

Contudo, o fenômeno da globalização não produziu os mesmos efeitos em todos os países e em todas as camadas sociais. A formação de grandes economias, o aumento extraordinário do volume de capitais movimentados nas transações financeiras, a livre circulação de mercadorias entre os países e as novas tecnologias não possibilitaram uma elevação na qualidade de vida da maior parte da população mundial. Inicia-se o século XXI convivendo com o desemprego, a pobreza e a fome, uma vez que os Estados ricos e poderosos impõem seus interesses e vontades aos países pobres, sem se interes-

sar se determinada decisão será ou não favorável aquele país. Mais forte do que os Estados, ainda, são as corporações transnacionais, que se movimentam globalmente na busca exclusiva de maiores lucros, sem qualquer compromisso com o desenvolvimento social das comunidades onde instalam novas unidades produtivas.

Nesse sentido, Faria (1999, p. 62) aponta que a globalização resulta da “[...] convergência de distintas e importantes transformações institucionais, políticas, organizacionais, comerciais, financeiras e tecnológicas ocorridas ao longo das décadas de 70, 80 e 90”, causada principalmente pelas interações do âmbito econômico na sociedade.

O fenômeno da globalização do mundo atual não é algo, como se imagina, que vai acontecer apenas no futuro, mas sim uma realidade já bastante efetiva, presente, em muitos aspectos, em nosso cotidiano. Neste sentido, afirma Giddens (2000, p. 19) que

[...] vivemos num mundo de grandes transformações, que afetam tudo o que fazemos. Para melhor e para pior, estamos a ser empurrados para uma ordem global que ainda não compreendemos na sua totalidade, mas cujos efeitos já se fazem sentir em todos nós.

Assim, pode-se dizer que a globalização é um fenômeno que já constitui a realidade e a percepção dos indivíduos de todos os continentes, desafiando um grande número de pessoas em todo o planeta com seus problemas e com suas possibilidades. Com efeito, a despeito das vivências e das opiniões de uns e outros, pode-se afirmar que a maioria das pessoas já reconhece que as principais implicações da globalização estão “[...] presentes na forma pela qual se desenha o novo mapa do mundo.” (IANNI, 2013, p. 11).

A globalização, portanto, é um tema complexo, com muitos aspectos e características próprias. Sua manifestação não pode ser considerada linear, porquanto depende da região onde ela se estabelece, ganhando novos contornos. Entretanto, um dos principais

elementos que qualificam a globalização é a sua capacidade de transformar o papel que o Estado-nação exerce no cenário contemporâneo. Para explicitar como esse fenômeno tem ocorrido, o tema será aprofundado no próximo tópico.

## 2.3 A RECONFIGURAÇÃO DO PAPEL DO ESTADO-NAÇÃO

As fronteiras que antes dividiam povos distantes foram desmontadas pela globalização. Esse fenômeno peculiar desconhece as imposições da geografia ou da política, que transpõe os limites dos Estados-nação para integrar pessoas das mais variadas culturas e religiões.

Esse processo de formação da sociedade global, por conseguinte, tem alterado profundamente as condições de vida e trabalho, bem como os modos como o ser humano age, pensa, sente e imagina, modificando as “[...] condições de alienação e as possibilidades de emancipação de indivíduos, grupos, etnias, minorias, classes, sociedades, continentes.” (IANNI, 2013, p. 52).

Uma das características mais interessantes da onda globalizante é que ela tem causado certo enfraquecimento das competências historicamente delegadas ao Estado-nação, que passou a dividi-las com empresas transnacionais, organizações sem fins lucrativos e atores emergentes, como os movimentos sociais e as organizações terroristas, por exemplo. Esse fato fez com que o exercício de poder se descolasse do núcleo do governo, de modo que, atualmente, ele tem sido emanado por entes privados que produzem grandes fluxos de capitais, pessoas e valores de relevância efêmera.

A integração informacional permite que se realizem transações comerciais e financeiras ao mesmo tempo em que indústrias providenciam a remessa de materiais a territórios distantes. Os conhecimentos que envolvem a produção e os serviços de itens de alta tecnologia deixaram de ser privilégio dos centros que os desenvolvem, porquanto a rapidez impressa pelas operações eletrônicas e de

transporte permitiu, por exemplo, que as unidades fabris se instalassem em regiões distantes do consumo, visando a redução de custos industriais, o que favoreceu, especialmente no âmbito tributário, o surgimento da elisão combinada de regimes jurídicos.

A dificuldade que os Estados-nação têm encontrado para impor um controle fronteiriço rigoroso na circulação de capitais evidencia uma sistêmica perda de soberania nacional. A capacidade que as empresas transnacionais têm desenvolvido para contornar a regulação estatal, ao mesmo tempo em que angariam recursos e subvenções públicas, demonstra que o monopólio do exercício do poder escorreu para as mãos desses atores privados.

A financeirização da economia, por sua vez, fez com que as empresas transnacionais capitaneassem o mercado global, ditando as políticas cambiais, de juros, de rendimentos e de investimentos, fazendo com que o Estado-nação definhe na medida em que este não consegue impor a sua clássica regulação jurídica além das rígidas fronteiras territoriais.

Para combater essa interferência, os Estados-nação têm se reunido em organizações internacionais, de modo que, apesar de tais abstrações jurídicas reduzirem mais ainda a soberania estatal, o estreitamento de laços possibilita a concertação de medidas que imprimam maior rigor em temas de interesse global, como as migrações, a economia e a saúde.

O abrandamento do poder de coerção estatal tem fortalecido as organizações interestatais, como a Organização Mundial do Comércio, as quais, por serem capazes de tomar decisões com espectro de vinculação transterritorial, acabam usurpando a função regulatória historicamente exercida pelos Estados-nação. Nessa linha, cogita-se que o seguimento do processo globalizante conduza a humanidade à emergência de um Estado dos Estados, capaz de induzir ações individuais em nome de toda a coletividade global. Entretanto, essa assertiva não deve ser tomada como irrefragável, porque, embora a ONU tenha legitimidade política para eventualmente exercer esta função,

esta carece de poder de coerção suficiente para transpor a influência geopolítica dos países vencedores da Segunda Guerra Mundial, que ainda possuem poder de veto internamente.

Os fluxos globais de capital, produtos, serviços, tecnologia, comunicação e informação, por exemplo, tem desbaratado o domínio estatal do tempo e do espaço, motivando que o Estado, como forma de reafirmar o seu poder, desenvolva instituições supranacionais, o que, paradoxalmente, tem comprometido ainda mais a sua soberania (CASTELLS, 2001, p. 287).

A consolidação do capitalismo no globo substituiu valores históricos da humanidade por uma ética utilitarista atrelada ao lucro. Esse fenômeno descortinou um novel instrumento de dominação, denominado “colonialismo de mercado”, o qual é capaz de condicionar as pessoas e também os Estados às forças aparentemente neutras do mercado. Esse fenômeno exemplifica-se nos programas de “estabilização macroeconômica” e de “ajuste estrutural” que a cartilha neoliberal impõe aos países em desenvolvimento, e que muitas vezes agravam a dependência destes nas moedas e economias estrangeiras.

Os protagonistas do cenário internacional, portanto, são as organizações internacionais não-governamentais e as empresas transnacionais. As características das primeiras são que o lucro não constitui seu escopo funcional, porque adotam pouca burocracia e possuem objetivos bem iluminados. Comumente, envolvem-se em pautas globais como a promoção de valores ambientais e humanitários, bem como estruturam-se em rede, o que lhes garante inserção em diversas partes do mundo. Por outro lado, as empresas transnacionais desempenham autoridade importante no cenário internacional, porque possuem domínio de recursos materiais em proporção superior aos demais atores, o que lhes possibilita, com aparente facilidade, sujeitar os atores aos seus próprios interesses políticos e econômicos (OLIVEIRA, 2014, p. 68-96).

Segundo Bauman, com o fim da Guerra Fria, “[...] o mundo não parece mais uma totalidade e, sim, um campo de forças dispersas e díspares, que se reúnem em pontos difíceis de prever e ganham impulso sem que ninguém saiba realmente como pará-las.” Para ele,

[...] tudo isso cerca o processo em curso de ‘definhamen-  
to’ das nações-estados de uma aura de catástrofe natu-  
ral. Suas causas não são plenamente compreendidas; ele  
não pode ser previsto com exatidão mesmo que as causas  
sejam conhecidas; e com certeza não pode ser evitado,  
mesmo que previsto. (BAUMAN, 1999, p. 64-65).

Nesse contexto, nota-se que não só as funções do Estado foram reduzidas, como também a pós-modernidade trouxe consigo a transformação do papel estatal na sociedade.

O ente monopolizador da violência legítima, que emanava regulação com exclusividade e conforme a sua conveniência política, passou a sofrer interferência direta tanto do mercado capitalista quanto dos atores não estatais, que, por vezes, detêm reservas materiais superiores à soma de dezenas de países. Esta consideração revela que não é mais o Estado quem incentiva a exploração de certas áreas de interesse do capital, como, por exemplo, a construção de uma fábrica de automóveis, mas é justamente o contrário, porque são as transnacionais quem condiciona as políticas públicas e legislativas que envolvem a indústria, os tributos e o emprego.

Deste modo, percebe-se que os mercados detêm capacidade de governança talvez superior aos Estados, e impõem os destinos da sociedade internacional, sobrando aos Estados apenas manter a figura de regulador supremo da vida social, ainda que tais normas sejam fruto de interesses alheios ao do Estado ou quase não tenham qualquer efetividade.

### 3 CONCLUSÃO

O presente trabalho dedicou-se a primeiramente abordar a ascensão e a queda do projeto filosófico da modernidade, cunhando as premissas que fizeram com que o Estado-nação surgisse como grande personagem do período. Além disso, abordou as razões que conduziram a metamorfose dessa construção liberal em pós-modernidade ou transmodernidade.

No segundo tópico, estudaram-se as origens da globalização, seus efeitos e principais características, descartando o funcionamento desse fenômeno, que, por transformar a vida humana e a forma como a sociedade se comunica, causou uma espécie de compressão do espaço e do tempo, bem como incentivou a consolidação do capitalismo neoliberal como regime econômico global e propulsou as empresas transnacionais ao topo da concentração do capital.

No terceiro e último ponto, investigou-se como a pós-modernidade e a globalização reconfiguraram o papel do Estado-nação, dissertando-se a respeito das determinantes que causaram a mudança desse paradigma histórico, bem como a liquidez que caracteriza a sociedade contemporânea, atrelando o definhamento dos Estados-nação à incapacidade que estes demonstraram para lidar com as novas e movediças estruturas pós-modernas. Dessa forma, conclui-se que, no âmbito global, a sociedade não mais se arregimenta de modo estatocêntrico, mas, considerando o exercício de poder por empresas transnacionais e outros atores não estatais, o Estado-nação teve seu papel político redesenhado, não mais exercendo hegemonia interna e externa, mas competindo-lhe apenas gerir a vida de seus súditos e, no que lhe escapar a capacidade, dialogar com os demais atores, especialmente mediante organizações intergovernamentais.

## REFERÊNCIAS

- BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro: transmodernidade, direito e utopia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.
- FARIA Jose Eduardo C. O. *O direito da economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.
- GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Tradução Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2000.
- HOBBSWAWM, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. Tradução José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- OLIVEIRA, Odete M. *Relações internacionais, direito e poder - cenários e protagonismos dos atores não estatais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.
- OLSSON, Giovanni. *Relações internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pósmodernidade*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- SOUZA, Andréia Nádia Lima de. *Caderno de Estudos Ciência e Empresa*, Teresina, ano 8, n. 1, jul. 2011.

# O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL

Matheus Felipe de Castro\*  
Tais Mirela Sauer\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

A propriedade imobiliária particular figurava como direito individual e absoluto dos seus titulares e a sua função primordial era o desenvolvimento econômico, representando o poder econômico da classe burguesa, possuidores de riquezas e meios de produção, que a usufruíam de forma pacífica e absoluta.

Com o surgimento das tensões sociais e econômicas, o desenvolvimento das tecnologias e comunicações, o êxodo rural e a urbanização, a industrialização e a regulamentação das relações de trabalho e a valorização dos direitos humanos, o Estado passou a intervir cada vez mais na ordem econômica e social.

Nesse contexto surgiu a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Estatuto da Cidade Lei 10.257/01 e a Lei 11.977/09, mais conhecida como o Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, que regulamenta a modalidade de regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado, objeto do nosso es-

---

\* Doutor em Direito, Estado e Sociedade pela UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina (2009), é Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito no Curso de Graduação em Direito da UFSC, Coordenador Acadêmico Adjunto e Professor Titular do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da UNOESC - Universidade do Oeste de Santa Catarina, Pesquisador no Departamento de Dret Privat, da UAB - Universitat Autònoma de Barcelona, Secretário de Comunicação do CONPEDI - Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito, Professor Visitante da ESA/SC - Escola Superior da Advocacia de Santa Catarina, Membro da Comissão de Direito Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil em Santa Catarina, Ex-vereador do Município de Florianópolis, Advogado Criminalista e Ativista dos Direitos Humanos.

\*\* Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade de Cruz Alta/RS, Especialização em Novo Direito Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Especialização em Direito Notarial e Registral pela Universidade do Sul de Santa Catarina e Especialização, novamente, em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Mestranda em Direito/UNOESC - Chapecó.

tudo, atrelada ao direito fundamental à propriedade e à intervenção do Estado na ordem econômica e social.

Essa modalidade de regularização envolve uma série de medidas que tem por finalidade regularizar assentamentos informais, concedendo a titulação de domínio para seus ocupantes a fim de garantir o direito à moradia, a função social da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, o tema do estudo envolve o direito fundamental à propriedade e a sua aplicação dentro do contexto de uma política pública. A delimitação do tema restringir-se-á à análise da aplicação do direito fundamental à propriedade na regularização fundiária de interesse social sobre imóvel privado.

O problema da pesquisa consiste em verificar qual é a função do direito fundamental à propriedade, nessa modalidade de regularização fundiária urbana, dentro do contexto de uma política pública. Objetiva-se, com o trabalho, colaborar na efetividade e eficácia do direito fundamental à propriedade, por meio do mecanismo da regularização fundiária urbana.

Para tanto, o desenvolvimento do trabalho será sistematizado em três tópicos. O primeiro tópico abordará as teorias que envolvem dimensões dos direitos fundamentais e a sua classificação de acordo com a função. No segundo tópico será especificado o procedimento da regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado, de acordo com a Lei 11.977/09. No tópico final, analisar-se-á a aplicação do direito fundamental à propriedade, como resultado do procedimento da regularização fundiária urbana, na modalidade de interesse social sobre imóvel privado, no âmbito da ampliação dos direitos subjetivos, como política pública. Justifica-se a pesquisa em face da importância desse direito fundamental para o desenvolvimento econômico, bem como para realização do bem-estar social.

O método utilizado foi o dedutivo e o tipo de pesquisa qualitativo, consistindo na utilização de material bibliográfico, por meio da

legislação pátria, doutrinas e artigos de publicações periódicas sobre os assuntos abordados.

## 2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser classificados em uma dupla perspectiva como “direitos subjetivos individuais” e como “elementos objetivos fundamentais da comunidade”. Dentro dessa dimensão subjetiva e objetiva os direitos fundamentais exercem funções múltiplas, tanto na ordem jurídica como na sociedade (SARLET, 2009, p. 141).

Para Mendes e Branco (2015, p. 167) a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais não se limita às liberdades e igualdades, mas engloba várias situações jurídicas que protegem os direitos fundamentais contra os poderes (públicos e privados) preservando a “esfera de autodeterminação do indivíduo”. Além disso, menciona que

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam a seus titulares a possibilidade de impor aos seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua acepção como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 634).

De acordo com Steinmertz (2004, p. 124) a partir da construção dogmática do Caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958, formulou-se a dupla dimensão dos direitos fundamentais. A clássica tese dos direitos fundamentais como direitos sub-

jetivos de liberdade adicionou a tese dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores.

Para o Tribunal Constitucional Alemão a dimensão objetiva dos direitos fundamentais está pautada num sistema de valores, que tem seu núcleo “[...] no desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade no interior da comunidade básica em todos os âmbitos do direito; dele recebem diretrizes e impulso a legislação, a administração e a jurisdição.” Diante desse sistema de valores os direitos fundamentais guiam todos os âmbitos de direito como decisão constitucional básica (STEINMETZ, 2004, p. 106-107).

A dimensão objetiva não exclui a dimensão subjetiva, agregando-lhe valores no sentido de imputar aos direitos fundamentais uma proteção reforçada. Além disso, conferem aos direitos fundamentais, “como garantia de valores morais coletivos”, um dever não apenas do Estado, mas de toda sociedade (SARMENTO, 2006, p. 106-108).

Alexy (2006, p. 433) classifica os direitos fundamentais em duas espécies: direitos fundamentais como direitos de defesa ou direitos a ações negativas, e direitos fundamentais como direitos a prestações ou direito a uma ação positiva. Esta última espécie, por sua vez, pode ocorrer em sentido amplo ou em sentido estrito. Sendo que toda ação positiva do Estado pode ser considerada como direitos a prestações em sentido amplo.

Os direitos fundamentais como direitos de defesa “caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo”, restringindo a atuação do Estado. Ao passo que os direitos de defesa resguardam as liberdades, assegurando o status quo do indivíduo, os direitos à prestação determinam uma atuação do Estado, ou seja, os direitos devem ser efetivados por intermédio do Estado, a fim de diminuir as desigualdades. Essa atuação do Estado pode-se referir a uma prestação material ou a uma prestação jurídica (MENDES; BRANCO, 2015, p. 157-160). Em outras palavras, os direitos de defesa, em regra,

dirigem-se a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos. Os direitos a prestações, na maioria dos casos, determinam uma atuação positiva do Estado, “[...] no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 637).

Os direitos a prestação em sentido estrito são os típicos direitos fundamentais sociais e se “[...] caracterizam como os direitos do indivíduo a algo em face do Estado.” (MALISKA, 2015, p. 274). Tem por objetivo resguardar, “[...] mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva”, dependendo da atuação do Estado, uma vez que a igualdade material não se apresenta por si mesma (SARLET, 2009, p. 199).

Os direitos fundamentais a prestações em sentido amplo subdividem-se, ainda, em: 1) direitos à proteção e; 2) direitos à participação na organização e procedimento.

Sarlet (2009, p. 190), tomando por base a classificação de Alexy, afirma que os direitos à proteção “podem ser sumariamente conceituados como posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros (outros Estados e particulares) em determinados bens pessoais.” Esse dever impõe-se também de forma preventiva, gerando a obrigação de realizar “medidas positivas” que tenham por objetivo garantir e proteger efetivamente os direitos fundamentais.

Já a classificação dos direitos fundamentais a prestações como direitos à participação na organização e procedimento é difícil e controverso. Pauta-se na perspectiva de requerer-se do Estado (particularmente do legislador) a criação de atos legislativos e administrativos que criam órgãos e estabelecem regulamentos que tem

por objetivo permitir efetivamente a participação das pessoas na organização e no procedimento (SARLET, 2009, p. 195-197).

Exposta a classificação dos direitos fundamentais, passar-se-á agora à análise da regularização fundiária de interesse social sobre imóveis privados, para, no terceiro tópico, verificar-se a aplicação do direito fundamental à propriedade na regularização fundiária de interesse social.

### **3 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL SOBRE IMÓVEIS PRIVADOS**

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 182, estabelece que os Municípios devem executar a política de desenvolvimento urbano, de acordo com seu plano diretor ou diretrizes fixadas em lei, com a finalidade de desenvolver as funções sociais da cidade e de garantir o bem-estar de seus moradores.

O parágrafo 2º, desse mesmo artigo, menciona que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. No mesmo sentido estabelece o artigo 39 do Estatuto da Cidade, incluindo, ainda, que deve ser “assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no artigo 2º do mesmo Estatuto”,<sup>167</sup> Lei 10.257/01.

---

<sup>1</sup> 67 Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III - cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

As diretrizes elencadas no artigo 2º do Estatuto da Cidade tem por objetivo garantir uma cidade sustentável com transportes, saneamento básico, moradia, serviços públicos, trabalho e lazer, preservando o meio ambiente para presentes e futuras gerações. Além disso, visa uma “gestão democrática na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvol-

---

IV - planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; V - oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI - ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; h) a exposição da população a riscos de desastres.

VII - integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII - adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX - justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização

X - adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI - recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos

XII - proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII - audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV - regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV - simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI - isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

XVII - estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais.

XVIII - tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de energia, telecomunicações, abastecimento de água e saneamento.

vimento urbano”, otimizando a cidade à sustentabilidade e justiça social (PILATI, 2013, p. 154).

Percebe-se, assim, que tanto a Constituição Federal nos seus artigos 182 e 183, quanto o Estatuto da Cidade, se voltam para a institucionalização de uma “política urbana”, com uma dimensão mais alargada, onde deve predominar o bemestar social, colocando o homem dentro das funções sociais (SOUZA, 2002, p. 129). De acordo com o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01, os planos de urbanização devem ser na direção de conceder ônus e benefícios, adequando

[...] os instrumentos de política econômica, tributária e financeira dos gastos públicos de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral; proteger, preservar e recuperar o meio ambiente natural e construído, especialmente os bens coletivos do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; submeter ao crivo democrático implantação de qualquer empreendimento ou atividade de efeitos potencialmente negativos sobre o ambiente e a população. (PILATI, 2013, p. 155).

Após longo período sem implantação de políticas públicas tivemos um avanço com a edição da Lei 11.977/09, popularmente conhecida por “Minha Casa, Minha Vida”, que tem como uma das suas finalidades a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

A regularização fundiária urbana da Lei 11.977/09 tem por fim regularizar a propriedade imobiliária informal, por meio de um processo de intervenção pública de natureza administrativa, sem a necessária intervenção do Poder Judiciário, entre outros aspectos que veremos a seguir.

Nos termos do artigo 46 da Lei 11.977/09, a regularização fundiária abrange um grupo de medidas jurídicas, urbanísticas, am-

bientais e sociais que tem por objetivo a regularização de assentamentos irregulares e a titulação de seus ocupantes, para garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se, sem dúvida, de um importante instrumento de realização da política urbana.

Augusto (2013, p. 421) complementa este conceito aduzindo que a Lei 11.977/09 é o instituto jurídico mais completo sobre a regularização fundiária, pois além de englobar conceitos específicos, diretrizes e princípios perfeitamente coordenados com o Estatuto da Cidade, criou regras específicas sobre o procedimento e novos instrumentos jurídicos que resolvem a questão da urbanização informal no nosso País.

Na mesma linha de raciocínio Oliveira e Nunez (2014, p. 85) mencionam que a regularização fundiária urbana, da Lei 11.977/09, é um processo mais abrangente do que os previstos nos instrumentos jurídicos anteriores, pois articula as questões jurídicas com as sociais, focando “tanto no trabalho jurídico, quanto no urbanístico, no físico e no social, de forma a adequar o processo às demandas da comunidade em que se dá”.

Cabe ressaltar que a expressão “assentamentos irregulares” não se limita exclusivamente a loteamentos urbanos irregulares, mas sim a toda e qualquer edificação ou ocupação irregular. Como exemplo, podemos citar favelas, cortiços, conjuntos habitacionais irregulares e os condomínios rurais (MELLO, 2013, p. 35).

A regularização fundiária urbana envolve quatro modalidades, segundo Paiva (2013, p.9): 1) regularização fundiária de interesse social, elencada na Lei 11.977/2009, artigos 53 a 60; 2) regularização fundiária de interesse específico especificada nos artigos 61 a 62, da Lei 11.977/2009; 3) regularização fundiária inominada, artigo 71, também da lei n° 11.977/09; e por fim 4) regularização fundiária de imóveis da União, que observa o procedimento elencado

no artigo 18-A a 18-F do Decreto-lei n° 9.760/46, (alterado pela Lei 11.481/2007).

Neste trabalho, contudo, temos como objeto de estudo apenas a regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóveis privados, ou seja, a primeira modalidade acima referida, tendo como resultado final a usucapião extrajudicial e o registro do título de propriedade do imóvel regularizado.

Considera-se regularização fundiária de interesse social, sobre imóvel privado, conforme determinado no artigo 47, inciso VII, da Lei n° 11.977/09, os assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, que atendam os seguintes requisitos: 1) que a área esteja ocupada de forma mansa e pacífica há pelo menos cinco anos; ou 2) imóveis situados em Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS).

A regularização fundiária urbana, além dos objetivos previstos no artigo 46, deverá respeitar as diretrizes gerais estabelecidas no Estatuto da Cidade e observar os seguintes princípios elencados no artigo 48: 1) facilitação do acesso ao lote urbanizado pela população de baixa renda, priorizando sua permanência na área ocupada, garantindo o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental; 2) conexão com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda; 3) os interessados devem participar em todas as etapas do processo de regularização; 4) incentivo à resolução extrajudicial de conflitos; e 5) outorga do título preferencialmente para a mulher.

Dos conceitos acima mencionados podemos perceber que a regularização fundiária de interesse social sobre imóvel privado se divide em duas finalidades. A primeira finalidade visa à formalização do parcelamento do solo, com a individualização dos lotes e o seu

registro imobiliário, além da determinação dos espaços públicos e da infraestrutura necessária. A segunda finalidade é especificar os seus ocupantes e fazer o registro do seu respectivo direito, ou seja, conceder o título de legitimação de posse e posteriormente, com o decurso do tempo, a propriedade (AUGUSTO, 2013, p. 421).

Estão legitimados a promover a regularização fundiária de interesse social, conforme dispõe o artigo 50 da Lei 11.977/09, a União, os Estados e o Distrito Federal, os Municípios, os beneficiários (individual ou coletivamente), as cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais e organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e outras associações civis com finalidade ligada ao desenvolvimento urbano ou à regularização fundiária.

Cabe ressaltar que as instituições acima citadas estão legitimadas a realizar todos os atos necessários à efetivação da regularização fundiária, nesse sentido autoriza o caput do artigo 50 da mesma Lei. Todavia, a colaboração da sociedade civil também é importante para o progresso da regularização fundiária, atuando na fiscalização dos atos praticados pelo Poder Público. Desse modo, também se destaca a participação dos Oficiais de Registro de Imóveis, que com o seu conhecimento técnico e jurídico, podem provocar a formação de novos projetos de regularização, e, ainda, auxiliar juridicamente nos projetos que já estão em andamentos (BECKER, 2013, p. 168-169).

O procedimento da regularização fundiária de interesse social, de acordo com Augusto (2013, p.423) envolve três etapas. A primeira denominada de fase preliminar visa à elaboração do projeto de regularização fundiária, a cargo do(s) interessado(s) e do poder público. A segunda fase abrange a regularização do parcelamento do solo, mediante um procedimento completo e ordenado, presidido pelo registrador imobiliário. A terceira fase compreende o registro, em favor dos beneficiários, efetuados na matrícula específica da unidade habitacional, após a comprovação do direito (posse, uso especial para fins de moradia ou domínio) e requerimento do interessado.

A primeira fase, que é a realização do projeto de regularização fundiária urbana deve abranger, segundo o artigo 51, entre outros itens, medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental e suas compensações, caso seja necessário, condições para promover a segurança da população de risco, adequação da infraestrutura básica.

Essa infraestrutura básica, na regularização fundiária de interesse social, deverá ser realizada pelo poder público, diretamente ou por meio de concessão ou permissão, na forma da lei, ainda que promovida pelos próprios beneficiários, cooperativas habitacionais, fundações e outras organizações legitimadas no artigo 50, acima mencionado.

Os critérios para implantação do sistema viário e da estrutura básica estão elencados no parágrafo 6º, do artigo segundo, da lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, citada na Lei 11.977/09.

Em fim, a regularização fundiária abrange a realocação de casas situadas em locais de risco, na reconstrução de moradias precárias e na implantação de uma estrutura mínima de serviços essenciais, tais como saneamento básico, iluminação, coleta de resíduos, segurança, posto de saúde, serviços postais, bem como a titulação da propriedade dos lotes em nome dos beneficiários, após o decurso de cinco anos, ou seja, conforme denominado pela doutrina, por usucapião extrajudicial, além de outros benefícios, que podem variar de acordo com a necessidade da regularização.

Apresentadas algumas considerações acerca da regularização fundiária de interesse social sobre imóveis privados verificar-se-á no tópico seguinte o âmbito de aplicação do direito fundamental à propriedade resultante desse procedimento.

## 4 APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL

A regularização fundiária, conforme analisamos no tópico anterior, não está elencada como um direito fundamental, todavia o resultado do seu procedimento envolve a proteção do direito fundamental à propriedade, à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de ter por objetivo desenvolver a função social da propriedade.

Assim, o questionamento que se faz é: dentro da classificação dos direitos fundamentais qual deve ser aplicada para o direito fundamental à propriedade, resultante da regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado?

Como direito subjetivo-individual o direito à propriedade é considerado um direito de primeira geração, ou seja, um direito de defesa, sendo indispensável a sua consolidação como direito fundamental nos ordenamentos jurídicos dos países capitalistas, uma vez que a propriedade privada depreende a organização da atividade econômica desse sistema. Nesse passo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra o direito fundamental à propriedade no artigo 5º, inciso XXII: "é garantido o direito de propriedade".

Ademais, deve-se observar o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, cujo conteúdo determina que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". As interpretações literal, teológica e sistemática caminham juntas no sentido de que se deve aplicar o referido preceito a todos os direitos fundamentais (SARLET, 2010, p. 24-25), incluindo-se aí o direito à propriedade.

Em face dessa disposição constitucional, sustenta-se que os órgãos estatais têm a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, atribuindo, no caso específico, aos poderes públicos a promoção das condições necessárias para a plena efetividade dos

direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2010, p. 27). Contudo, dentro do quadro da aplicabilidade e da efetivação do direito à propriedade encontramos o princípio constitucional da função social da propriedade, elencado no art. 5º, inciso XXIII, “A propriedade atenderá a sua função social”. Nesse contexto o direito à propriedade não pode ser considerado como um direito absoluto, no sentido de ser completamente imune a restrições.

Conforme foi mencionado anteriormente, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais gera efeitos para todo ordenamento jurídico expandindo seu significado e seu campo de atuação, ao contrário da dimensão subjetiva que confere ao indivíduo a garantia de defesa contra o Estado, impondo limites a esse poder, buscando-se assegurar as liberdades individuais.

Com base na análise do procedimento da regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado, demonstrada no segundo tópico, o direito fundamental à propriedade tem as suas características ampliadas, bem como seu campo de atuação modificado, pois o procedimento não tem por objetivo principal assegurar tal direito no seu sentido individual.

Ademais, nota-se, nesse procedimento, que primeiramente há a perda do domínio de um imóvel particular (uma vez que a regularização fundiária nessa modalidade ocorre sobre um imóvel privado), ou seja, há no início do procedimento a incidência de uma restrição sobre o direito à propriedade. Todavia, ao final do procedimento o direito à propriedade imóvel é concedido aos ocupantes com uma roupagem social.

Sarlet (2009, p. 191) aduz que o objeto dos direitos de proteção não se limita à proteção da vida e da integridade física, alcançando tudo que se encontra sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a propriedade. Afirma, ainda, que a realização desta proteção pode se dar por meio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos

e até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos, ou seja, de várias formas, inclusive por meio de políticas públicas.

Ademais, a Constituição Federal do Brasil determina que a propriedade urbana deve atender as diretrizes do plano diretor da cidade (art. 182, § 2º e art. 183 da CF) para merecer a garantia constitucional. Sob essa perspectiva a cidade não deve mais ser analisada como um conjunto de bens privados ou públicos, mas sim como uma dimensão em que todos devem participar para a formação de uma nova ordem urbanística.

Sobre a nova concepção de propriedade Silva (apud PUGLIATTI, 2012, p. 7273) menciona que

No estado das concepções atuais e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar em um só tipo de propriedade, cada um dos quais assume um aspecto característico. [...] Afirma que uma coisa é a propriedade pública, outra a propriedade social, e outra a propriedade privada. [...] Cada qual desses tipos pode estar sujeito - e por regra estará - a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade.

Assim, segundo nosso ordenamento legal, a ideia de propriedade como poder, manifestação da liberdade, aprendeu a conviver com a ideia de função social. A ideia de poder da pessoa sobre a coisa, ínsita à noção de direito subjetivo, não opera como uma manifestação ilimitada de liberdade.

Uma das principais manifestações do dever de proteção do Estado para com os direitos fundamentais abarca “[...] a edição de medidas legislativas com o objetivo de salvaguardar, de forma efetiva, o direito fundamental ou viabilizar a sua implementação.” (SARLET, 2010, p. 37).

O direito fundamental à propriedade possui seu âmbito de proteção voltado exclusivamente para a normatividade, pois nesse caso, o legislador ordinário não se restringe a estabelecer limitações a eventual direito, incumbindo-lhe determinar, em certa proporção, a amplitude e a conformação desses direitos individuais. Ademais, é necessário “[...] que se identifique não só o objeto de proteção (o que é efetivamente protegido), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção.” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 192-193).

Na análise do procedimento da regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado percebe-se que o caráter normativo desse instrumento possui uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, com efeitos jurídicos concretos no sentido de diminuir a desigualdade social. Nesse sentido justifica-se a prestação do direito fundamental à propriedade efetivado por meio desse mecanismo jurídico.

Ademais, a regularização fundiária de interesse social sobre imóvel privado faz parte da política pública implantada pelo Estado, que visa garantir “[...] o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana.”

Na regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado a outorga do título de propriedade, após o decurso do tempo de cinco anos, por meio do usucapião extrajudicial, ocorre precisamente dentro dos limites da autorização, após a complementação de obrigações e ônus determinados na Lei 11.977/09, restando configurada a efetivação do direito fundamental à propriedade contemporânea, ou seja, no contexto constitucional social.

Ademais, a dimensão positiva dos direitos fundamentais não fica limitada aos direitos sociais, pois todos os direitos liberais clássicos de primeira geração, entre eles inclui-se o direito à propriedade, que também possuem uma dimensão positiva, ou seja, de prestação, não importando a sua geração. (KLATT, 2015, p.217)

Diante das considerações apresentadas percebe-se que o direito fundamental à propriedade, resultado do término do procedimento da regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado, se enquadra dentro da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Tem seu âmbito de aplicação ampliado, uma vez que é concedido com o objetivo de proteger o direito social à moradia, de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, de melhorar o bem-estar social e de realizar a função social da propriedade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente apresentou-se, de modo geral, a classificação dos direitos fundamentais, que basicamente se dividem em direitos fundamentais subjetivos e direitos fundamentais objetivos. Na dimensão objetiva tem-se uma ampliação e uma multifuncionalização dos direitos fundamentais subjetivos-individuais, que pode variar de acordo com a função desempenhada.

No segundo tópico do presente trabalho foi abordado tecnicamente e conceitualmente o mecanismo da regularização fundiária de interesse social sobre imóvel privado, regulamentado pela Lei 11.977/09. Percebeu-se que o referido instrumento jurídico, faz parte de uma política pública instituída pelo Estado que tem por finalidade principal o desenvolvimento do bem-estar social.

Ao final do procedimento a propriedade é registrada no nome dos ocupantes da área, que devem necessariamente ter baixa renda, habilitados de acordo com os levantamentos realizados no decorrer da regulamentação. Nessa oportunidade se estará atribuindo gratuitamente a propriedade a quem não tinha condições de ter, sem o auxílio do Estado.

Além disso, percebeu-se que o direito à propriedade, concedido na esfera desse procedimento, apresenta no seu conceito medi-

das que buscam funcionalizar socialmente a propriedade e proteger o meio ambiente.

A propriedade urbana, quando devidamente individualizada, ou seja, formalmente legalizada com o registro do título de propriedade, pelo procedimento da regularização fundiária, aliada a outras medidas de instalação de infraestrutura, determinadas no plano diretor ou nas diretrizes urbanas, propicia melhores condições de vida, retirando da informalidade pessoas que viviam em condições precárias, sem condições de uma vida digna.

Ademais, alavanca o desenvolvimento econômico e social, pois os beneficiários poderão dar seu imóvel em garantia do pagamento de um empréstimo para ampliar seus negócios, para compra de outro imóvel ou para qualquer outra atividade que desenvolva a economia. A segurança proporcionada pela garantia real gera maior certeza de adimplemento e a diminuição da taxa de juros, favorecendo a circulação de riquezas, o desenvolvimento socioeconômico e a diminuição da pobreza.

A propriedade imobiliária formal, ou seja, legalizada e titularizada também contribui sobremaneira para o aumento da arrecadação de impostos. Pois que, uma vez legalizada, ela pode ser transmitida ou onerada formalmente, gerando impostos de Transmissão de Bens Imóveis ou de Transmissão Causa Mortis ou Doação. Com o ingresso de mais receita nos cofres públicos, o Estado pode utilizá-lo em investimentos que envolvem outros direitos fundamentais, como a saúde e educação, contribuindo também desta forma para a melhoria nas condições de vida das pessoas.

O direito à propriedade, no contexto da regularização fundiária urbana de interesse social, é uma relação jurídica complexa, que envolve o direito subjetivo individual, o direito social, o direito ambiental, o direito econômico e urbanístico. Contemporaneamente, a propriedade imóvel privada não é mais apenas uma conquista burguesa, absoluta, ligada à liberdade, mas, também, sob o manto

de outras dimensões, uma opção na promoção do bem-estar social e da igualdade.

Diante das considerações expostas, constatou-se que o direito fundamental à propriedade, concedido por meio do procedimento da regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado, se apresenta dentro da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja função exerce um direito à prestação em sentido amplo, na subespécie dos direitos à proteção, a fim de garantir a segurança efetiva da posse utilizada para o direito social à moradia, desenvolvendo a função social da propriedade, contribuindo para a proteção do meio ambiente, para o desenvolvimento do bem-estar social e para o alcance do princípio constitucional da igualdade.

## REFERÊNCIAS

- AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. *Registro de Imóveis, retificação de registro e georreferenciamento: fundamento e prática*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. Suhrkamp Verlag: 2006. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BECKER, Bruno. A Regularização Fundiária de Imóveis Rurais, o Aperfeiçoamento do Sistema Registral. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 74, p. 152189. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun. 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BRASIL. *Constituição*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2016.
- BRASIL. *Lei n. 6.766*, de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2016.

BRASIL. *Lei n. 10.257*, de 10 de julho de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm). Acesso em: 25 mar. 2016.

BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 24 mar. 2016.

BRASIL. *Lei n. 11.977*, de 07 de julho de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm). Acesso em: 24 mar. 2016.

FERNANDES, Edésio. Política nacional de regularização fundiária. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Ed. IRIB, v. 56, p. 241, jan./jun. 2004.

KLATT, Mathias. Direitos a Prestações Positivas: Quem deve decidir? Controle Judicial Ponderado. Tradução Carlos Luiz Strapazzon. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana*. Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 215-266.

MALISKA, Marcos Augusto. O Princípio da Proporcionalidade e os Direitos Prestacionais. Tradução Carlos Luiz Strapazzon. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 267-290.

MELLO, Henrique Ferraz de. Regularização Fundiária Inominada Urbana. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 74, p. 25-141, jan./jun. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEZES, Olindo Herculano de. *Perfil da Propriedade Contemporânea (Destaque da Propriedade Fundiária)*. 2009. 517 p. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2009.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; NUNEZ, Izabel Saenger. Os Direitos à Moradia e à Propriedade - Um estudo de caso da regularização fundiária urbana em favelas cariocas. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 8, n. 26, p. 78-110, jan./mar. 2014.

PAIVA, João Pedro Lamana. *Regularização Fundiária de Interesse Social*. 1. ed. São Paulo: publicado na Coleção Cadernos IRIB n. 5, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dez./fev. 2009-2010. Disponível em: <<http://direitodoestado.com/revista/RERE-20-DE-ZEMBRO-INGOSARLET.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e Função Social na Pós-modernidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Washington Peluso Albino. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.



# DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E TRIBUTAÇÃO

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira\*

## 1 INTRODUÇÃO

O financiamento dos direitos fundamentais sociais pode ocorrer por meio do financiamento direto ou por meio de medidas extrafiscais. A tributação historicamente tem sido pensada sob a ótica da fiscalidade, ou seja, como forma de financiamento do Estado e custeio de suas atividades principais. Em período recente o Estado adquiriu novas funções, tais como promover direitos fundamentais prestacionais (educação, saúde, habitação, meio ambiente equilibrado, etc.) e corrigir falhas de mercado. Para além de suas funções clássicas, novas e mais complexas atividades têm se somado, exigindo uma resposta sobre como compatibilizar estas novas funções com o texto constitucional.

As funções clássicas exigiam o financiamento do Estado por meio de tributos e uma proteção passiva dos direitos fundamentais à liberdade e propriedade. As novas funções exigirão uma atitude positiva onde a tributação será concebido como uma forma de indução de comportamentos virtuosos ou desestimulador de comportamentos indevidos. A tributação extrafiscal tem sido compreendida como um instrumento de reforma social ou de desenvolvimento econômico; redistribuindo renda ou intervindo na economia.

Ao lado desta aparente virtuosidade da ação do Estado corrigindo falhas sociais ou de mercado, diversas vozes levantaram dúvidas deveras pertinentes: será que o Estado não poderia sofrer a captura de grupos de pressão e ao invés de produzir uma ação virtuosa trans-

---

\* Doutor em Direito/Sandwich na Ludwig-Maximilians Universität em Munique (Alemanha). Professor permanente da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

fira recursos públicos para grupos privados (fenômeno rent-seeking)? Será que o Estado não poderia ser capturado por comportamentos oportunistas de redução de compromisso social, de entregas com base na fruição de bens públicos (dilema do carona ou free-rider)? Será que simplesmente o Estado não sabe como escolher bem, não por motivos de má-fé, mas simplesmente porque não detém todas as informações do sistema econômico (limitação informacional), acarretando mais danos do que benefícios em sua atuação?

Estabelecer o uso da tributação extrafiscal é um dos problemas centrais do constitucionalismo moderno. Afinal este instrumento de promoção econômica e social pode ser um grande aliado no sistema de direitos fundamentais.

## 2 DESENVOLVIMENTO

A possibilidade de concretização dos direitos fundamentais sociais gerou diversas indagações sobre a sua efetivação, especialmente porque exigem uma ação positiva do Estado. O direito a prestações pode esbarrar na escassez de recursos para o Estado satisfazer todos os beneficiários.

O problema da efetivação dos direitos fundamentais irá tentar responder diretamente ao problema posto por Norberto Bobbio sobre a possibilidade se é possível continuarmos a chamar de direitos dispositivos constitucionais que não geram sanções, não são diretamente aplicáveis ou não atribuem diretamente uma pretensão aos seus beneficiários. Nesse caso não estaríamos perante meras obrigações morais, normas programáticas ou declarações políticas?

Tem se consagrado na doutrina a noção de que se deve procurar a máxima eficácia da proteção dos direitos fundamentais sociais, condicionada pelas circunstâncias históricas e sociais da implementação destes direitos.

O dever da administração de buscar ampliar o acesso aos direitos fundamentais não afasta a responsabilidade do particular e da sociedade civil organizada em encontrar meios complementares de garantir uma vida digna autônoma e sem dependência estatal.

O mínimo fundamental dos direitos à educação, à saúde, à moradia e à assistência social se constitui em um dos grandes passivos sociais que possui a sociedade brasileira com a sua ampla maioria de nacionais. O grande déficit de cidadania se constitui na gigantesca exclusão social que padece a maior parte do povo brasileiro onde realmente o mínimo existencial está ainda fora da proteção estatal e social.

O uso de recursos fiscais como modo de financiamento dos direitos fundamentais sociais possui limites claros. Procura-se complementar a ação do Estado pela utilização complementar de mecanismos de indução de comportamentos, especialmente por meio de tributos.

O problema da extrafiscalidade não é novo e nem passou despercebido pelos fundadores da teoria jurídica-tributária, tais como Emmanuelli Morselli, Edward Selligman, Aliomar Baleeiro, entre tantos outros. Cabe lembrar que uma das primeiras obras sobre o tema foi escrita por Mario Pugliese em 1932, intitulada “As finanças públicas e sua função extrafiscal nos Estados Modernos.” (*La finanza e i suoi compiti extra-fiscali negli stati moderni.*) (PUGLIESI, 1932).

O termo, contudo, ganhou força e expressão assumindo ares de onipresença, ou seja, tornou-se um conceito ampliado, inchado, citado como presente em praticamente cada canto onde houvesse uma política pública social ou econômica sendo aplicada, especialmente no setor ambiental. Esta superexposição do conceito ao invés de fortalecê-lo o enfraqueceu, tornou-o ainda mais ambíguo, vago e incerto. De tal modo que esta ampliação semântica exagerada o tornou vazio, no entendimento correto de importantes doutrinadores (. Ao tentar abarcar tudo, não significava nada, não se distinguia de ou-

tros conceitos, princípios, institutos, desaparecendo, paradoxalmente, na sua onipresença. De tão relevante, foi chamado para trazer duplos benefícios para cada setor, mas implicou em sua irrelevância, visto que sua incerteza semântica poderia trazer poucos benefícios teóricos. Corretamente aqueles que alertam para o atual estado do conceito acertam em exigir clareza técnica no trato deste.

Em nossa opinião trata-se de um conceito tecnicamente relevante, constitucionalmente delimitado e econômica e socialmente benéfico, mas que exige uma reelaboração por parte da doutrina atual, para que a sua complexidade possa voltar a trazer benefícios à teoria jurídica. Torna-se imperioso diferenciar conceitos próximos, sentidos diversos e planos de análise distintas, sob pena de impedir a correta utilização do mesmo. Desse modo, vive a doutrina um grave momento de confusão conceitual sobre a utilização sem critério claro em seus termos tais como: externalidades, efeitos extrafiscais, tributos extrafiscais e princípios atinentes, em um verdadeiro sincretismo teórico, ou seja, com a mistura de temáticas tão diversas como política fiscal, economia pública e Direito Tributário.

As externalidades referem-se ao conceito criado pelos economistas Marshall e Celil Pigou para se referirem aos efeitos e consequências dos atos dos agentes econômicos, dentre os quais se incluem o governo. Estes efeitos podem ser benéficos ou prejudiciais, dependendo de como se realizem. Assim, tratam-se de temas relacionados à economia e não diretamente ao Direito. O sistema jurídico recebe estas informações e as processa em sua linguagem própria, característica da normatividade jurídica. A externalidade é evento no mundo econômico que ingressa no Direito como proposição que irá compor determinado fato jurídico ou sentido de norma tributária. Difere claramente da extrafiscalidade, visto que esta remete às normas jurídicas de competência tributária que visam a ordenação pública, a intervenção econômica ou redistribuição de renda, como o propósito

específico de promover os direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

O texto constitucional, as normas gerais em Direito Tributário e o CTN não estabeleceram um conceito legal ou constitucional explícito sobre a extrafiscalidade, de tal modo que este deve ser construído a partir do sentido dos dispositivos constitucionais. Tal situação implica em aumento de incerteza sobre este conceito, bem como na insegurança sobre a sua utilização abusiva ou insuficiente. Na ausência de delimitação constitucional clara a preferência do intérprete deve estar na prevalência da esfera da liberdade sobre a esfera da intervenção, bem como na proteção contra as normas que exijam sacrifícios indevidos.

Diversos são os conceitos utilizados para definir a extrafiscalidade, dentre os quais podemos citar conceitos mais restritivos e outros mais amplos. O conceito restritivo da extrafiscalidade a compreende como fenômeno que se refere as normas jurídicas que autorizam competência tributária ordenadora, interventiva ou redistributiva, enquanto, a seu conceito ampliado o compreende como dimensão finalista do tributo incorporando os efeitos extrafiscais das normas tributárias na própria natureza dos tributos. Esta última concepção tomada em toda a sua radicalidade permitiria a ampliação da ação indutora do Estado, para além dos limites expressamente previstos no texto constitucional.

Entendemos que o CF/88 optou claramente por uma interpretação restritiva deste conceito.

São elementos caracterizadores da extrafiscalidade: i) fim constitucional pretendido; ii) meio utilizado e a iii) técnica adotada. Dessa forma, o fim constitucional pretendido deve estar expresso no texto constitucional e objetiva a realização das finalidades da Ordem Constitucional ou Social (família, cultura, meio ambiente, etc.). Não é a destinação do recurso ou a técnica utilizada que determina a natureza da norma extrafiscal, mas a sua finalidade constitucional. A

extrafiscalidade econômica, assim, pretende realizar determinado desiderato constitucional previsto na ordem econômica (art. 170 da CF/88); a extrafiscalidade ambiental os objetivos para a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF/88), entre outros.

O meio a ser utilizado é dado pela ordenação, intervenção ou pela redistribuição de renda. A ordenação, ou seja, o uso de mecanismos administrativos-fiscais de proteção do interesse público foi um dos primeiros meios extrafiscais estudados pela doutrina. Edwin Seligman que foi um dos fundadores teóricos das finanças públicas norte-americanas observou com precisão este fato. Em sua época existiu um grande debate no continente europeu e nos EUA sobre as receitas públicas e a classificação dos tributos e as suas funções. Antecipando em muito os debates posteriores observava o autor em seu clássico “Ensaio sobre a Tributação” (Essays in Taxation) (SELIGMAN, 1913, p. 402) sobre a distinção entre o poder de tributar (power to tax) e o poder de polícia (police power), onde afirmava que a distinção das receitas não deveria decorrer de sua função precípua, se arrecadatória (primarily for revenues) ou regulatória (for regulation); mas se almeja benefícios específicos (special benefits) ou gerais (common benefits), em uma distinção que se tornaria famosa posteriormente com os estudos de Gianinni.

Um exemplo de extrafiscalidade com finalidade ordinatória está na progressividade extrafiscal do IPTU progressivo como instrumento de política urbana, previsto no art. 182, § 4º, inc. II da CF/88. Neste caso, o imposto tem por objetivo punir o mal uso da propriedade urbana, mediante não-utilização, subutilização ou não-edificação, conforme a política urbana. A tributação neste caso não pretende realizar uma intervenção na economia, mas adequar os comportamentos perante as normas objetivas do ordenamento jurídico.

A intervenção ocorre por meio de mecanismos indutores ou desestimuladores de determinados comportamentos de agentes econômicos. A redistribuição de renda ocorre por meio da transferência fiscal de

recursos entre indivíduos, em uma modalidade reformadora da realidade social. Podemos afirmar que enquanto os meios ordinatórios querem preservar e manter a ordem constitucional, os meios interventivos pretendem corrigir determinadas falhas de mercado e os meios redistributivos visam a reforma social, corrigindo as falhas sociais.

Existem diversas técnicas utilizadas com o propósito de alcançar os fins constitucionais, aplicando os meios previstos em lei. As técnicas são instrumentos normativos vinculados ao meios e fins constitucionais e devem, portanto, infirmar ou confirmar estes, sob pena de inconstitucionalidade. São exemplos de técnicas:<sup>1</sup> a utilização de alíquota progressiva, seletivas, isenções fiscais, reduções de alíquota, aproveitamento de créditos fiscais, depreciação acelerada, dentre tantos outros (TÔRRES, 2011, p. 85). O instrumento técnico permitirá a indução de determinados comportamentos tornando a carga fiscal menor ou desincentivando tornando-a mais gravosa.

Cabe diferenciar a existência de tributos com finalidades extrafiscais dos efeitos extrafiscais dos tributos, visto que são temas diversos. Todos os tributos possuem efeitos fiscais e extrafiscais, visto que da imposição tributária sempre decorrerá um efeito (externalidade) positivo (incentivadora) ou negativo (desincentivadora) sobre a ordem econômica e social. Já reconhecia Morselli que ao lado dos instrumentos exacionais conviviam instrumentos extrafiscais que buscavam não um ingresso ou entrada pública (entrada), mas de produzir uma modificação qualquer na ordem econômica e social, como fim imediato da norma tributária (MORSELLI, 1947, p. 7).

Todos os tributos de uma forma ou outra irão possuir efeito extrafiscal, sendo o mais notório deles a redução de bem-estar individual pela redução da renda ou patrimônio (Wohlfahrtsverlust).

---

<sup>1</sup> Artigo 2º do Estatuto de Benefícios Fiscais de Portugal: “2 - São Benefícios Fiscais as Isenções, as reduções de taxas, as deduções a matéria colectável e a colecta, as amortizações e reintegrações aceleradas e outras medidas fiscais que obedeçam as características enunciadas no número anterior.”

Relatava Morselli os grandes debates existentes na época sobre a aceitação ou negação das finalidades político-sociais do tributo, nos debates entre Sax, Wagner, Kammes e Schaefle. Para Morselli a ciência jurídica deveria ter em conta os fins sociais, econômicos e políticos da norma, como uma exigência metodológica (“il tener uconto degli scopi social, politici, economici ecc.dei tributi, nela trattazione propriamente scientifica della finanza, non fuori di essa [...] forma una esigenza metologica”). Tal entendimento não significa abdicar da autonomia do Direito Tributário perante a economia ou a ciência das finanças, pelo contrário seria uma forma de fortalecer o papel prescritivo do Direito sobre a realidade social. As normas jurídicas deixam de serem entendidas como objetos ideais e passam a serem compreendidas como comandos pragmáticos-normativos. Para Morselli uma tentativa de separação além de ser artificial era igualmente danosa ao Direito Tributário, dado que o estudo exclusivamente fiscal é inseparável dos outros problemas correlatos, tais como os econômicos, sociais e políticos.

Existem tributos, entretanto, que possuem finalidade extrafiscal claramente definida no ordenamento jurídico, de tal modo que este incorpora estas características como parte de sua estrutura normativa. Como exemplo poderíamos citar o IOF, o IPI, o II e o IE que possuem como finalidade relevante regular determinado setor econômico (mercado financeiro, industrial ou comércio exterior). Estes impostos não possuem natureza extrafiscal, dado que sua natureza não difere dos demais impostos, contudo, estão sujeitos a um regime constitucional extrafiscal próprio que lhes justifica o fato de serem exceção ao princípio da legalidade, da anterioridade e da periodicidade mínima, bem como utilizarem-se de instrumentos de técnica fiscal de incentivo ou desincentivo aos seus respectivos setores (seletividade, ex-tarifário, entre outros). Dessa forma, podemos considerá-los como impostos com finalidade estruturalmente extrafiscal.

A idéia de tributos com finalidade indutora já existiam entre os primeiros teóricos do Direito Tributário, dentre os quais podemos destacar os estudos de Giannini.

A doutrina já diferenciava os efeitos extrafiscais dos tributos dos tributos com finalidade extrafiscal, dado que se compreendia que todos os tributos possuem um efeitos extrafiscal, alguns em maior e outros em menor grau, contudo, todos eles produzem consequências sobre a tomada de decisão dos agentes econômicos, induzindo ou repelindo condutas. Outra situação bastante diversa é o uso intencional da tributação com a finalidade precípua de premiar ou punir condutas com vistas a uma finalidade pública. Os tributos, igualmente, não possuem natureza fiscal ou extrafiscal, estas são funções do tributo, ou seja, instrumentalizações que a ordem constitucional admite para que determinada imposição fiscal busque precipuamente recursos públicos para o financiamento de direitos fundamentais ou a promoção destes mediante a indução de condutas.

Historicamente a tributação é estudada como a forma de retirada de patrimônio privado com o intuito do financiamento do interesse público, sendo que este poderia adotar diversos objetivos: o custeio do Estado (Estado Liberal), das políticas públicas (Estado Social) ou mesmo dos direitos fundamentais (Estado Democrático de Direito). Outra questão bastante diversa é a noção de que o Estado deve incentivar ou desincentivar comportamentos visando realizar os objetivos constitucionais. Afinal, até que ponto estaria o Estado autorizado a utilizar a tributação como instrumento extrafiscal?

A tributação foi durante séculos um campo claro de delimitação do poder de tributar, sendo que no sistema constitucional brasileiro foram estabelecidos limites claros à atuação das competências tributárias, por meio do princípio da legalidade estrita, da repartição rígida de competências, da tipicidade e da definição dos elementos componentes da regra-matriz de incidência tributária.

Outro elemento importante é o fim a ser alcançado: a promoção dos direitos fundamentais sociais ou econômicos, ou seja, o objetivo almejado não é a apenas a indução de condutas econômicas vinculadas à Ordem Econômica, mas igualmente aqueles previstos na Ordem Social (família, meio ambiente, lazer, cultura e educação).

O texto constitucional quando trata das normas de indução econômica afirma que o uso de funções estatais de incentivo devem estar previstas em lei e possuem eficácia meramente indicativa para o setor privado, assim dispõe a CF/88 que:

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

O art. 174 da CF estabelece um regime constitucional claro para as normas indutoras, com as seguintes características: - não existe no sistema constitucional nacional uma cláusula geral autorizativa de instituição de tributos com finalidade extrafiscal, devendo esta atuação estar prevista em lei e possuir justificativa relevante para que supere a exigência de que função estatal deva ser meramente indicativa;

- a atividade indutora do Estado na Ordem Econômica, inclusive por meio de tributos extrafiscais, é subsidiária à atuação privada, ou seja, acessória e auxiliar, sob pena de desvalorização dos preceitos básicos do ordenamento nacional;

-- no caso de ponderação ou conflito entre a necessidade da atuação estatal e da livre iniciativa deverá ser privilegiada a esfera privada de atuação dos agentes privados na Ordem Econômica, inclusive com o direito público subjetivo de não terem as suas escolhas formal ou substancialmente induzidas indevidamente, inclusive por meio da extrafiscalidade.

O sistema constitucional admite expressamente as seguintes discriminações legítimas:

- a) no combate às desigualdades sociais:
- b) desigualdades regionais:
- c) em função do tipo de empresas:
- d) incentivos sociais para grupos: família, criança, lazer e;
- e) extrafiscalidade econômica.

Em nosso sistema constitucional as únicas discriminações legítimas são aquelas derivadas de formas de incentivo a determinados grupos sociais e ao combate de desigualdades sociais e econômicas. Do mesmo modo, a extrafiscalidade econômica pode recomendar, em prol da aplicação eficaz do princípio da neutralidade fiscal que determinados comportamentos econômicos recebam um tratamento favorecido em prol de uma melhor regulação ou intervenção no mercado. Assim, pode ser coerente que um determinado setor econômico seja mais fortemente tributado do que outro em função de uma lógica econômica de desenvolvimento. Este entendimento poderia justificar que as importações fossem mais ou menos tributadas, conforme fosse conveniente ingressar ou não mais produtos estrangeiros, para combater a inflação ou a desindustrialização do país, conforme o caso.

Poderíamos afirmar que a extrafiscalidade antes de afastar o princípio da isonomia tributária se constitui em um mecanismo de correção ou de ajuste fino utilizado pelos instrumentos de política fiscal para garantir o objetivo constitucional de combate às desigualdades sociais, econômicas ou regionais. Igualmente deve ser considerados preferencialmente as formas de estímulo lineares, horizontais ou uniformes perante as formas seletivas, verticais e discricionárias de setores econômicos. A política econômica antes de pensar em apoiar determinado setor econômico (p. ex.: naval) deveria apoiar

a todos e permitir que o mercado delimitasse quais os setores mais competitivos. O auxílio seletivo deveria ser uma exceção claramente delimitada e justificada, como por exemplo na indústria nascente de software ou espacial.

Em face dessa concessão seletiva, vertical e discricionária diversos setores tentaram junto ao Judiciário a extensão de benefícios com base no princípio da isonomia. Invariavelmente seus pedidos foram negados com base no entendimento de que a extrafiscalidade possui um juízo discricionário de conveniência e oportunidade pelo Poder Executivo. Digno de nota é julgamento que fundamentou a Súmula 448 do STJ, determinando que a opção pelo Simples de estabelecimentos dedicados às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental é admitida somente a partir de 24/10/2000, data de vigência da Lei n. 10.034/2000. Neste caso entendeu a corte que:

[...] não há falar-se, pois, em ofensa ao princípio da isonomia tributária, visto que a lei tributária - e esse é o caráter da Lei n° 9.317/96 - pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria (...). Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no §1º do art. 145 da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> REsp1021263.

Afinal, caberia questionar se princípio da isonomia, por exemplo, somente pode ser concretizado quando aplicado por meio da proporcionalidade, da ponderação e da solução de conflitos mediante moderação? Não teria a isonomia conteúdo essencial e próprio e próprio capaz de permitir a sua aplicação direta? Cremos que em casos de conflito claro com a capacidade contributiva ou livre concorrência a proporcionalidade deve ser chamada, mas não se trata de uma função essencialmente aplicativa, mas especialmente corretiva e de controle.

O princípio da capacidade contributiva possui natureza essencialmente fiscal, ou seja, pretende distribuir os encargos fiscais na comunidade em conformidade com a capacidade econômica que cada um possua para suportar os tributos. A extrafiscalidade por sua vez pretende impor a tributação com base em outros critérios, especialmente a regulação, a promoção, o incentivo e o desincentivo de determinada conduta. Assim, extrafiscalidade está relacionada ao estímulo de políticas de governo, tais como o incentivo a certa política industrial, familiar, econômica, entre outras.

A extrafiscalidade amplia os interesses da tributação de tal modo a mudar a estrutura da sociedade, enquanto que o princípio da capacidade contributiva divide o esforço fiscal conforme a estrutura social vigente. Desse modo, a justiça fiscal somente pode ser combinada com a justiça social quando houver uma coordenação coerente entre a aplicação do princípio da capacidade contributiva e da extrafiscalidade, especialmente da distribuição de rendas e da diminuição das desigualdades sociais. O princípio da capacidade contributiva concretiza a justiça fiscal segundo uma situação existente, enquanto que a tributação extrafiscal, que objetiva a redistribuição de renda, busca mudar a estrutura social e alcançar a sociedade como “deve ser”.

A extrafiscalidade afasta em determinadas situações o princípio da capacidade contributiva, visto que determinado setor é incentivado e outro não, mesmo que possuam a mesma condição contributiva. Deve a extrafiscalidade respeitar o princípio da capacidade

contributiva? Cremos que sim, fundamentalmente no plano geral, ou seja, no momento de escolha do setor a ser incentivado, do alcance da diferenciação e das técnicas utilizadas de tal modo que não ocorram distinções de tratamento injustificadas e que prejudiquem a aplicação do princípio da capacidade contributiva como princípio norteador da tributação da renda. Novamente tanto o princípio da subsidiariedade (limitação de competência), da isonomia (limitação material) e da proporcionalidade (correção pelo exame de necessidade) serão chamados à concretização dos valores constitucionais.

### 3 CONCLUSÃO

A extrafiscalidade deve ser compreendida como um mecanismo adicional e complementar para a concretização dos direitos fundamentais sociais, especialmente por substituir uma ação positiva direta do Estado por um instrumento indutor de comportamentos.

A extrafiscalidade pode ser eficazmente utilizada como indutora no combate às desigualdades sociais; regionais; em função do tipo de empresas; de incentivos sociais para grupos: família, criança, lazer; bem como no incentivo à economia.

### REFERÊNCIAS

ALABERN, Juan Enrique Varona. *Extrafiscalidad y Dogmática Tributária*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

ARAMAYO, Maria Silva Velaverde. *Benefícios y minoraciones en Derecho Tributário*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução a Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forrense, 2002.

BIRK, Dieter. *Steuerrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria della norma giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 1993.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário: três modos de pensar a tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe; CAVALCANTE, Denise Lucena; GRUPENMACHER, Betina Treiner (Org.). *Novos Horizontes da Tributação: um diálogo lusobrasileiros*. São Paulo: Almedina, 2012.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria Geral do Tributo, da Interpretação e da Exoneração Tributária (O significado do art. 116, parágrafo único, do CTN)*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 218-219.

DOMINGUES, Jose Carlos (Coord). *Direito Tributário e Políticas Públicas*. São Paulo: MP Editora, 2008.

ELALI, André de Souza Dantas. *Tributação e regulação econômica*. São Paulo: MP Editora, 2007.

FRENZ, Walter. *Die Verhältnismäßigkeit von Steuern*. GewArch, 2006.

GIANINNI, A. D. *Instituciones de derecho tributario*. Tradução Fernando Sainz de Bujanda. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1957.

GOMES, Nuno Sá. *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*. Lisboa: Centro dos Estudos Fiscais, 1991.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.

HONSELL, Heinrich. *Wächter oder Herrscher*. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts zwischen Recht und Politik. Heft 36, 4. September 2009/S. 1689, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, s. 1689/1697.

JACHMANN, Monika. *Steuergesetzgebung zwischen Gleichheit und wirtschaftlicher Freiheit*. Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Boorberg, 2000.

KIRCHHOF, Ferdinand. *Besteuerung im Verfassungsstaat*. Mohr Siebeck: Tübingen, 2000.

KIRCHHOF, Ferdinand. *Grundriß des Steuer- und Abgabenrechts*. 2. Aufl., C.F. Müller: Heidelberg, 2001.

KIRCHHOF, Paul. *Die Steuerrechtsordnung als Wertordnung*. *Steuer und Wirtschaft: StuW*; Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften 1996,1, S. 3-11.

KREUSSLER, Horst. *Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetzgeber unter besonderer Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Differenzierungszielen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1972.

KUBE, Hanno. *Finanzgewalt in der Kompetenzordnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

LA ROSA, Salvatore. *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*. Milano: Giuffrè, 1968.

LECHELER, Helmut. *Das Subsidiaritätsprinzip: Strukturprinzip einer europäischen Union*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

LIPPROSS, Otto-Gerd. *Allgemeines Steuerrecht*. 11. Aufl. Münster: Alpmann Schmidt/Köln, 2009.

- MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira. *Os benefícios fiscais: sistema e regime*. Coimbra: Almedina, 2006.
- MARTINS, Margarida Solema DOliveira. *O Princípio da Subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.
- MEISTER, Moritz; KLATT, Matthias. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2012.
- MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS. Teoria e Prática*. São Paulo: Dialética, 2009.
- MEBERSCHMIDT, Klaus. *Umweltabgaben als Rechtsproblem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986.
- MORSELLI, Emanuele. *Compendio di Scienza delle Finanze*. Padova: CEDAM, 1947.
- MOSCON, Cledi de Fátima Manica. *Igualdade em benefícios fiscais: as coordenadas do Direito ao tratamento igualitário em minorações fiscais*. 2008. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Lisboa, 2008.
- PIGOU, A. Cecil. *The economics of welfare*. London: MacMillan, 1962.
- PUGLIESI, Mario. *La finanza e i suoi compiti extra-fiscali negli stati moderni*. Padova: CEDAM, 1932.
- QUADROS, Fausto. *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 1995.
- RAGA GIL, José T. El Estado de bienestar ante el principio de subsidiariedad. In: SÁNCHEZ MACÍAS, José Ignacio; CALVO ORTEGA, Rafael; RODRÍGUES LÓPEZ, Fernando (Org.). *Economía, Derecho y Tributación - Estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*. Coleção Aquilafuente, 92. Salamanca: Universidade de Salamanca, 2005. p. 29-61.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Reflexos da tributação no desequilíbrio da livre concorrência. In: RIBEIRO, Maria de Fátima et al. (Org.). *Novos Horizontes da Tributação: um diálogo lusobrasileiros*. São Paulo: Almedina, 2012.

SANTOS, Antônio Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o Princípio da Subsidiariedade - Gênese, evolução, interpretação e aplicação*. Lisboa: Assoc. Acadêmica Fac. de Direito, 2001.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SELIGMAN, Edwin Robert Anderson. *Essays in Taxation*. Macmillan & co., ltd. 1913.

STADIE, Holger. *Allgemeines Steuerrecht*. Otto Schmidt: Köln 2003.

TIPKE, Klaus. *Von der formelen zur Materiellen Tatbestandslehre*. Steuer und Wirtschaft, 1993.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Steuerrecht*. Otto Schmidt: Köln, 2010.

TÔRRES, Heleno Taveira. Desenvolvimento, meio ambiente e extrafiscalidade no Brasil. In: Pires, Manuel (Org.). *Extrafiscalidade*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2011. p. 85-115.

TÔRRES, Heleno. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. 2009. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Tributário)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VELLOSO, Andrei Pithen. *Princípio da Isonomia Tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILHENA, Maria do Rosário. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina, 2002.

VINHAS, Marcos Andre. *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. Rio Janeiro: Renovar, 2004.

VOGEL, Klaus. *Die Steuergewalt und ihre Grenzen*. In: FS 50 Jahre BVerfG. Bd. 2, Tübingen, 2001.

WALDHOFF, Christian. *Die Zwecksteuer*. Verfassungsrechtliche Grenzen der rechtlichen Bindung des Aufkommens von Abgaben, StuW, 2002. p. 285-313.

Caroline Rodrigues Celloto Dante, Daniela Almeida Bittencourt, Fabrizia Angelica Bonatto Lonchiati

# DA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA EM DECORRÊNCIA DO REQUISITO RELACIONADO À RENDA PER CAPITA PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Caroline Rodrigues Celloto Dante\*  
Daniela Almeida Bittencourt\*\*  
Fabrizia Angelica Bonatto Lonchiati\*\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, mediante o método de pesquisa bibliográfica e coleta de dados estatísticos, buscou demonstrar o direito fundamental social à Assistência Social, em especial, quanto ao Benefício de Prestação Continuada, tendo por escopo evidenciar a violação do princípio da dignidade da pessoa humana frente à aplicação do requisito previsto no art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/1993. Para tanto, houve a divisão do trabalho em quatro capítulos. A primeira parte da presente análise aponta noções gerais sobre a Assistência Social, de forma a demonstrar que se trata de direito fundamental social insculpido, de forma expressa, na Constituição Federal de 1988.

Nos termos da Constituição Federal, a Assistência Social deve ser prestada a quem dela necessitar, visando à proteção da família, da maternidade, das crianças, adolescentes, idosos e deficientes, estando insculpida como direito social, nos moldes do art. 6º da Magna Carta. Tal circunstância demonstra o intuito a ser alcançado com a

---

\* Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Mestranda em Ciências Jurídicas pelo UniCesumar.

\*\* Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho. Graduada em Direito pela Universidade Nove de Julho. É membro do Law and Society Association. Exerce a função de assistente jurídico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

\*\*\* Professora formadora do EAD na Unicesumar; Assessora jurídica voluntária no Instituto Brasileiro de Gestão Social - FUNDACIN; mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Centro de Maringá - Unicesumar; Pós graduanda em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - Uninter; Pós-graduanda em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná; Multiplicadora do portal de convênios - SICONV pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR.

Assistência Social, qual seja, a atenuação das desigualdades de fato existentes na sociedade, assegurando condições mínimas de subsistência e vida digna àqueles que dela necessitam.

Com a finalidade de conferir efetividade às disposições constitucionais, promulgou-se, em especial, a Lei nº 8.742/1993, que dispõe sobre a Assistência Social, além de demais textos legislativos complementares. Tal cenário demonstra que a Assistência Social desempenha fator primordial na consecução dos objetivos insculpidos na Constituição Federal, o que corrobora, igualmente, seus aspectos sociais, quais sejam: a construção de sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza e marginalização, bem como, a redução das desigualdades sociais e regionais. Ainda, relaciona-se diretamente com os fundamentos previstos no art. 1º, da Carta Magna: a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Na segunda parte, demonstrou-se a importância constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana (tratando-se de direito fundamental conquistado ao longo dos tempos), atualmente considerado basilar de todo o ordenamento jurídico.

A terceira parte, por sua vez, aponta a análise do Benefício de Prestação

Continuada, um dos amparos assistenciais previstos pela legislação pátria, elencando os requisitos previstos em lei, os beneficiários possíveis, dentre outros.

Em resumo, o Benefício de Prestação Continuada possui cunho assistencial e independe de qualquer contribuição à Seguridade Social. Referido benefício corresponde a salário-mínimo mensal e é destinado às pessoas com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Por fim, o quarto e último capítulo busca demonstrar a incongruência da comprovação da condição econômica - financeira do beneficiário (renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo), frente

aos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2 DA ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A assistência social foi contemplada pelo Constituinte Originário, no Brasil, apenas na Constituição Federal de 1988 e em seus arts. 203 e 204. Pode-se afirmar que a assistência social constitui um dos três eixos da Seguridade Social, acompanhada pela Saúde e pela Previdência Social.

Segundo se extrai do texto constitucional, a assistência social constitui um amparo às pessoas em estado de necessidade social, assim afirmando Martins (2006, p. 472): a assistência social é, portanto, um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado.

Não se pode perder de vista, ainda, o teor do art. 6º, da Magna Carta que aponta, de forma expressa, a assistência aos desamparados, isto é, a assistência social como direito social. Trata-se, por conseguinte, de direito fundamental social, conforme leciona Silva (2001, p. 806):

[...] podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da

igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Assim, visando à efetividade dos dispositivos constitucionais, foi promulgada a Lei nº 8.472/1993 que possui o condão de regular a assistência social. O art. 1º da referida Lei corrobora a característica de direito social conferida à assistência social, in verbis: Art. 1º. A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Não se pode perder de vista, contudo, a importância dos direitos fundamentais na atualidade. Inicialmente, compete mencionar que os direitos fundamentais decorrem de uma construção histórica, conforme afirma Bobbio (1992, p. 5):

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

No mesmo sentido, aponta o jurista Mendes quando diz que (2012, p. 204): “[...] os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica”, assim concluindo referido doutrinador (MENDES, 2012, p. 205):

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos,

e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. No Brasil, o marco histórico se consubstancia na Constituição Federal de 1988 que em seu Título II insculpiu os direitos e garantias fundamentais, título este subdividido em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Conforme já mencionado, a assistência social foi descrita no art. 6º, de forma expressa, sendo que tal artigo encontra-se dentro do Título II, sendo parte integrante do Capítulo II: Dos Direitos Sociais.

Quanto à conceituação para os direitos fundamentais, esclarece José Afonso da Silva que os direitos fundamentais designam (SILVA, 1992, p. 163-164):

[...] no nível positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivênciadigna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.

Desta feita, fator de grande importância refere-se aos direitos que podem ser considerados fundamentais, ou seja, onde é possível encontrar tais direitos no ordenamento jurídico pátrio, qual sua fonte. Sobre tal viés, merece menção a lição de Alexy (2006, p. 407), para quem os direitos fundamentais são aqueles, do ponto de vista constitucional, de posição tão relevante que o seu reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário, pois constituem prerrogativas inerentes à subsistência da condição humana dos indivíduos.

Assim, é possível inferir que a Constituição Federal é a fonte primária, vez que a mesma aponta os direitos e garantias fundamen-

tais, porém, não se trata de rol fechado. Por sua vez, quanto aos direitos fundamentais sociais - direitos fundamentais de segunda geração, assim define Leivas (2006, p. 89):

[...] direitos a ações positivas fáticas que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-la de particulares, porém na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas ao Estado por força de disposição constitucional.

Merece transcrição, igualmente, trecho da obra de Sarlet (2007, p. 57) a respeito dos direitos de segunda dimensão:

[...] são uma densificação do princípio da justiça social, sendo que correspondem invariavelmente a reivindicação das classes menos favorecidas, sobretudo operária, a título de compensação em decorrência da extrema desigualdade que caracteriza suas relações com a classe empregadora, detentora do maior poderio econômico.

É justamente nesse sentido que foi insculpida a assistência social na Constituição Federal, isto é, “[...] a assistência afirmada, sobretudo a partir da metade dos anos 80, é a Assistência como um direito social e como ampliação da cidadania.” (SCHONS, 2003, p. 39).

Denota-se, ainda, que a inserção da assistência social como política pública visa assegurar os mínimos assistenciais para o bem-estar, que compreendem determinado limite de sobrevivência. Tal entendimento se coaduna à lição de Sposati (2003, p. 62-77): a assistência se dirige à marginalidade social urbana causada pela insuficiência de renda, aspectos sócio-culturais e psicológicos de dependência, inter-relacionados numa causação circular cumulativa. Trata-se,

nessa perspectiva, de qualificar a demanda a partir do enfoque dualista “marginalização-integração”, criando-se inclusive um gradiente de estratificação social da população entre população marginal, dependente, subintegrada e integrada. [...] Nascidas das necessidades da população e articuladas como estratégias de controle do Estado sobre as classes subalternizadas, a fim de configurar a face humanitária do capitalismo sob a aparência de assistência ou benefício, as práticas de assistência social pública são, também, espaços de conquista de direitos sociais e de reconhecimento da cidadania das classes subalternizadas.

Diante da importância dos direitos fundamentais, destacam-se as inovações trazidas pela Constituição Federal, em especial quanto à dignidade da pessoa humana, dentre quais é possível citar o reconhecimento expresso da categoria jurídica dos direitos sociais, cuja previsão se encontra no já mencionado art. 6º (OLSEN, 2008, p. 17).

No mesmo diapasão, é preciso mencionar que, nos termos do art. 1º, da Constituição Federal de 1988, consistem fundamentos para a República Federativa do Brasil, dentre outros: cidadania e dignidade da pessoa humana, bem como, o teor do art. 3º, segundo o qual constitui objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e, também, a erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Torna-se possível, por conseguinte, a conclusão de que tais fundamentos e objetivos se coadunam com a finalidade da assistência social.

Assim, a título de conclusão, é verossímil presumir que a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social, dentre as quais é possível mencionar a assistência aos cidadãos que não apresentem condições de promover a própria subsistência.

Desta feita, é necessário que a comunidade estatal assegure, pelo menos, as condições mínimas para uma existência digna, bem como que sejam dispendidos esforços necessários para que referidas

peças sejam (re)integradas à comunidade, dando suporte e apoio aos familiares e criando as indispensáveis instituições assistenciais (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 189).

### 3 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No tópico anterior, já se destacou que a dignidade da pessoa humana consiste em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tratando-se, desta feita, de fundamento basilar de todo o ordenamento jurídico pátrio. Merece destaque, igualmente, trecho do preâmbulo da referida constituição, segundo o qual o Estado democrático está destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, afirmando, igualmente, que “[...] liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.” (MENDES, 2012, p. 390).

Inegável, portanto, que a dignidade da pessoa constitui princípio basilar de todo o ordenamento jurídico, devendo nortear todas as relações. Nesse cenário, afirma Luís Roberto Barroso que a dignidade humana constitui valor fundamental e princípio constitucional, destacando que “[...] a dignidade humana funciona tanto como justificção moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais.” (BARROSO, 2014, p. 64).

Sobre a questão, merece destaque, igualmente, a lição de Moraes (2010, p. 22):

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e de Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pes-

soa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Por sua vez, Tepedino (1999, p. 48) destaca a vinculação da dignidade da pessoa humana à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como da redução das desigualdades sociais:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais juntamente com a revisão do §2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Não se pode perder de vista, ainda, que a dignidade da pessoa humana constitui uma conquista que o ser humano realizou no decorrer dos tempos, em consequência de uma razão ético-jurídica contra a crueldade e atrocidades praticadas pelos próprios humanos, uns contra os outros, em sua trajetória histórica (NUNES, 2002, p. 40).

No mesmo sentido, afirmam Silva e Zeni (2009, p. 221-229) que:

Não é tarefa fácil conceituar essa dignidade, porém é perfeitamente possível verificar que qualquer que sejam os termos utilizados para tentar defini-la, extrai-se de seu conteúdo sempre o entendimento de que o homem deve ser respeitado em sua integralidade. Desta forma a sua dignidade deve ser protegida por todos os meios pos-

síveis e necessários à proteção ao homem; e, estando ele inserido em uma sociedade, é fundamental que as regras de convivência nesta sociedade sejam voltadas para o respeito à dignidade da pessoa humana. Desta forma o Estado deve ser cuidadoso neste sentido, pois lhe compete proteger e garantir os direitos de cada um dos cidadãos.

Quanto à efetivação dos direitos sociais, Eliane Romeiro Costa afirma que foi a partir da dignidade da pessoa humana que se fortaleceu o entendimento de que para sua concretização é preciso a garantia de condições materiais pelo Estadual, não apenas a proteção por meio de direitos de liberdade, ou seja, o Estado precisa atuar numa perspectiva prestacional na efetivação dos referidos direitos. Imperioso, igualmente, destacar as lições de Sarlet (2009, p. 17) a respeito da importância da dignidade:

A dignidade vem sendo considerada qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e a destruição de um implicaria a destruição do outro, assim, o respeito e a proteção da dignidade da pessoa constituem-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

Nessa esteira, é que a Constituição Federal de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito, dando relevante destaque à dignidade da pessoa humana, como norma jurídica fundamental.

Sendo assim, compete ao Estado Democrático de Direito prover meios para que sejam asseguradas as garantias mínimas para a existência digna de todo ser humano, mediante o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, dentre os quais, a liberdade, a igualdade, etc. (OTERO; HILLE, 2013, p. 485-511).

Denota-se, pelo exposto, que a dignidade da pessoa humana consiste no princípio fundamental norteador da aplicação das demais

normas jurídicas, consistente num ideal de justiça que deve sempre se voltar para o respeito às pessoas.

Assim sendo, é possível afirmar, a título de conclusão, que O princípio da dignidade da pessoa humana é da maior relevância para preservação do Estado Democrático de Direito, e, portanto, deve ser protegido e amparado pelo Poder Público, seja por meio de políticas prestacionais, seja pelo seu amplo reconhecimento nas suas mais variadas facetas, permitindo, ainda, a sobrevivência e a vida digna do ser humano (OTERO; HILLE, 2013, p. 485-511).

Conclui-se, por conseguinte, tratar-se a dignidade da pessoa humana de princípio norteador do Estado Democrático de Direito, podendo ser considerada o ponto de partida dos demais princípios constitucionais fundamentais.

#### **4 DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: REQUISITOS**

O benefício assistencial de prestação continuada está previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/93, conhecida como LOAS. Tal benefício possui caráter assistencial, e, portanto, independe de contribuição à Seguridade Social, sendo possível elencar duas espécies: a) amparo social ao idoso e; b) amparo social à pessoa portadora de deficiência.

Para que referidos sujeitos passivos tenham direito ao benefício basta o preenchimento dos requisitos previstos em lei, objeto de estudo do presente capítulo, de forma sucinta.

Em linhas gerais, os requisitos insculpidos no art. 20, da Lei nº 8.742/1993 são os seguintes: a) renda per capita familiar inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo (sendo este requisito exigível tanto para a pessoa idosa quanto para a pessoa com deficiência), b) idade igual ou superior a 65 anos (para o idoso) e comprovação da deficiência e do nível de incapacidade para a vida independente e para o trabalho (para o deficiente).

Seja em relação a uma das modalidades ou outra, é possível elencar os seguintes critérios: a) material (requisito subjetivo e objetivo b) espacial, c) temporal, d) pessoal, e, f) quantitativo, sendo que em alguns casos os requisitos se identificam e, em outros, possuem peculiaridades.

Em relação ao amparo ao idoso, o critério material aponta como requisito subjetivo ter 65 anos ou mais de idade, nos termos do art. 34, do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003). Por sua vez, quanto ao critério temporal, o benefício

É devido para aqueles que preencherem os requisitos legais, com 65 anos ou mais a partir da data do requerimento administrativo. Extingue-se com a morte do beneficiário e enquanto encontrar-se em situação que o impeça de prover a sua manutenção ou tê-la provida por sua família, por exemplo, se a renda mensal familiar per capita ultrapassar  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo (TSUTIYA, 2008, p. 438). Quanto ao amparo social ao portador de deficiência, o critério material ressalta como requisito subjetivo ser portador de deficiência que torne a pessoa incapaz para a vida independente e para o trabalho. Sobre a questão, importante mencionar que o Decreto Federal nº 6.214/2007, que regulamenta o Benefício de Prestação Continuada, define, em seu art. 3º, incisos II e III, o que se entende por pessoa com deficiência, assim como, incapacidade, para fins de concessão do benefício. Segundo tal dispositivo, considera-se pessoa com deficiência aquela que possui impedimentos de longo prazo, seja de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possibilitam a obstrução da sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Por sua vez, entende-se como incapacidade, nos termos do Decreto Federal acima apontado, o fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão

social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social.

Quanto ao critério temporal, em relação ao amparo ao portador de deficiência, o benefício é devido para aqueles que preencherem os requisitos legais, portadores de deficiência, a partir da data do requerimento administrativo.

Extingue-se com a morte do beneficiário e enquanto o beneficiário encontrar-se em situação que o impeça de prover a sua manutenção ou de tê-la provida por sua família (TSUTIYA, 2008, p. 439).

Acima, foram realizadas considerações específicas para cada um dos amparos, passando, a seguir, a expor comentários acerca das linhas que se coadunam. Quanto ao critério material objetivo, seja em relação ao benefício de prestação continuada devido ao idoso, seja para o deficiente, este se refere à ausência de meios de manter a própria subsistência/manutenção ou de tê-la provida por sua família, sendo que, nos termos do §3º, do art. 20, da Lei nº 8.472/1993, considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo.

Na mesma esteira é o inciso IV, art. 3º, do Decreto Federal nº 6.214/2007, que assim conceitua o termo “família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso: aquela cuja renda bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes seja inferior a um quarto do salário mínimo”.

Necessário, por conseguinte, definir o que se considera como família para cálculo da renda per capita. Após evolução legislativa ocorrida a respeito, o conceito de família foi ampliado, passando-se a reconhecer como família para o cálculo da renda per capita o conjunto de pessoas composto pelo requerente, o cônjuge, o companheiro, a companheira, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. Imperioso,

igualmente, destacar o que se considera como renda mensal bruta familiar. Para tanto, impõe-se a leitura do art. 3º, VI, do Decreto Federal nº 6.214/2007, que assim dispõe: VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, seguro-desemprego, comissões, pro-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19.

É preciso mencionar, também, que, nos termos do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003, o benefício de prestação continuada já concedido a qualquer membro da família não deverá ser computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere ao LOAS.

Nesse sentido, inclusive, é o teor do art. 19, do Decreto Federal nº 6.214/2007. Igualmente, o parágrafo 2º, do art. 3º, do Decreto Federal nº 6.214/2007 elenca outras hipóteses em que não se computa como renda mensal bruta familiar.

Não se pode perder de vista, a título de conclusão, que o Decreto Federal acima mencionado regulamenta o Benefício de Prestação Continuada, seja em relação aos conceitos utilizados, seja em relação à forma de habilitação e concessão do benefício, portanto, os requisitos e formas de comprovação estão detalhados em tal documento legislativo.

Em relação ao critério espacial, o Benefício de Prestação Continuada, seja em relação ao idoso, seja em relação ao deficiente, o mesmo pode ser requerido em todo o território nacional.

Por sua vez, em relação ao critério pessoal, o sujeito ativo refere-se ao necessitado que preencha os requisitos previstos em lei, acima mencionados; já o sujeito passivo, refere-se ao Instituto Na-

cional do Seguro Social. Por fim, em relação ao critério quantitativo, o benefício corresponde ao valor de um salário mínimo, valor este devido mensalmente.

## **5 DA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE AO REQUISITO DA RENDA PER CAPITA**

Um dos requisitos necessários para a concessão do Benefício de Prestação Continuada refere-se à comprovação de ausência dos meios para que o idoso ou portador de deficiência proveja sua própria manutenção, nem possa tê-la provida por sua família, sendo esta entendida como renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes inferior a um quarto do salário mínimo.

Tal critério, conforme aplicado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social, ou seja, sem análise do caso concreto e suas peculiaridades, de forma automática e indiscriminada, viola os direitos fundamentais, em especial à dignidade da pessoa humana.

Isso porque a limitação do valor da renda per capita familiar não pode e não deve ser considerada a única forma de comprovação de que a pessoa não possui outros meios para promover sua manutenção ou de tê-la provida por sua família, já que se trata de apenas um dos elementos possíveis para que a necessidade seja auferida.

Em contrário, é necessária a análise do caso concreto, pois só assim será possível diagnosticar a real condição de miserabilidade, de necessidade, do idoso ou do deficiente (e sua família), vez que o parâmetro previsto do art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993 não pode ser encarado como absoluto, competindo sua adequação à diretriz constitucional da dignidade da pessoa humana, levando-se em voga as peculiaridades do caso em concreto submetido à análise.

Ocorre que, muito embora, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal tenham declarado, respectivamente, a ilegalidade (REsp 1.112.557) e inconstitucionalidade (recursos extra-

ordinários 567.985 e 580.963, ambos submetidos à repercussão geral) de tal requisito, o Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS, continua a aplicar o critério de forma automática, sendo não raras vezes, cometidas verdadeiras atrocidades.

A fim de corroborar as alegações acima mencionadas, fora requerido, através do sistema E-SIC (Serviço Eletrônico de Informação ao Cidadão),<sup>1</sup> extrato detalhado acerca do benefício de prestação continuada - requerimentos, deferimentos e indeferimentos - ao longo do ano de 2015.

Em resposta à solicitação realizada, verificou-se que foram requeridos 366.235 benefícios assistenciais ao amparo social à pessoa portadora de deficiência, assim como 198.910 benefícios de amparo social ao idoso, sendo que, em relação ao primeiro, foram concedidos 136.920 e indeferidos 211.672, por sua vez, quanto ao segundo, foram 141.998 deferimentos e 61.007 indeferimentos.

O que nos salta aos olhos é a razão do indeferimento: 1) em relação ao amparo social à pessoa portadora de deficiência, os motivos apresentados para o indeferimento foram de três ordens, quais sejam: a) não enquadramento ao art. 20, §2º, da Lei nº 8.742/1993; b) não enquadramento ao art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993; c) outros. Denota-se, desta feita, que aproximadamente, 14,65% dos indeferimentos, em relação ao benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência, foi fundamentado com base no não enquadramento ao §3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/1993, sendo tal análise realizada de acordo com o critério objetivo de ¼ (um quarto) de renda per capita, sem qualquer análise das peculiaridades do caso concreto. 2) quanto ao amparo social ao idoso, o cenário é ainda mais assustador. Isso porque, foram indeferidos 61.007 benefícios pleiteados, sendo que: a)

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.acaoainformacao.gov.br/sistema/site/index.html>>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

47.962, por não enquadramento ao art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993 e; b) 13.034, por “outros”.

Desta feita, infere-se que aproximadamente 78,6% (setenta e oito vírgula seis por cento) dos indeferimentos ao benefício pleiteado pelo idoso, foi lastreado com fulcro no critério objetivo de aferição do critério social (condição socioeconômica) já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Denota-se, por conseguinte, o desrespeito à dignidade das pessoas que requerem o benefício assistencial, pois, o este tem sido constantemente negado pelo INSS com base em critério já declarado inconstitucional, por violador aos direitos fundamentais. Em contrário, a jurisprudência, lastreada nos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, vem relativizando tal critério, porém, tal circunstancia não é capaz de coibir a ofensa aos direitos fundamentais mencionados, uma vez que apenas os casos levados à apreciação judicial têm sido analisados sob o prisma da ilegalidade do art. 20, §3º da Lei nº 8.742/1993.

Isso porque, uma vez reconhecida à inconstitucionalidade do critério econômico objetivo em regime de repercussão geral, impõe-se que sejam admitidos outros meios de prova para verificação da hipossuficiência familiar, competindo, assim, que seja realizada a análise do caso concreto a fim de se aferir a existência ou não de estado de miserabilidade.

Ocorre que, tal postura somente vem sido acolhida, como já mencionado, pelo Poder Judiciário, não sendo admitida administrativamente pelo INSS, o que viola todos os princípios norteadores da assistência social, bem como, o Estado Democrático de Direito exhaustivamente elencados no presente trabalho. Logo, nem todas as pessoas que tem o benefício indeferido em sede administrativa, de forma abusiva e inconstitucional, procuram a via judicial a fim de terem seu direito assegurado.

Tal circunstância, desta feita, demonstra a violação aos princípios a assistência social, que, conforme mencionado, almejam assegurar o amparo às pessoas que dela necessitam, assegurando o mínimo de qualidade de vida às mesmas e, por conseguinte, vida digna.

Impõe-se, por conseguinte, a alteração legislativa a fim de sanar tal cenário violador dos direitos fundamentais das pessoas que necessitam de tal benefício, pessoas estas, como visto, em regra, marginalizadas pela sociedade e carentes, seja de informação, seja de amparo social.

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar a importância da assistência social na atualidade, de forma a evidenciar que se trata de direito fundamental social, carecendo, desta feita, de efetiva prestação por parte do Estado.

Tal faceta da Seguridade Social, juntamente com a Saúde e Previdência Social, desempenha correlação direta com os fundamentos da Constituição Federal, assim como, com os objetivos nela insculpidos, em especial, quanto à dignidade da pessoa humana e com a erradicação das desigualdades sociais.

Um dos amparos assistenciais contemplados pela Assistência Social corresponde ao Benefício de Prestação Continuada, previsto pela Lei nº 8.472/1993, art. 20, analisado na presente obra. Trata-se de benefício assistencial pago mensalmente, no importante de um salário mínimo, devido aos idosos com 65 anos ou mais ou deficientes que não possuem meios de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família. Ocorre que tal análise, quanto à condição ou não de meios de provimento da manutenção, ou seja, em relação à renda familiar para fins de ser diagnosticada a condição de miserabilidade, a condição socioeconômica, em âmbito administrativo, requisito indispensável para a concessão do benefício assistencial, é realizada, ainda 18 hoje, nos estritos termos da previsão legal, isto é,

¼ (um quarto) da renda per capita, não havendo qualquer relativização ou ponderação baseada na análise do caso concreto.

O §3º, do art. 20, da Lei nº 8.472/1993, em sua aplicabilidade literal, já foi declarado ilegal pelo Superior Tribunal de Justiça e inconstitucional pelo Superior Tribunal Federal quanto a tal critério, afirmando tais órgãos que é preciso análise do caso concreto, de forma a se admitir outros meios de se atestar as peculiaridades fáticas em questão a fim de se atestar a existência ou não de condição de miserabilidade socioeconômica. Tais decisões foram lastreadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Porém, tal avanço não foi adotado em sede administrativa, razão pela qual, não raras vezes, têm sido equivocadamente negado o direito às pessoas que necessitam do benefício, pessoas desamparadas, carentes, que, por vezes, são marginalizadas da sociedade, ferindo os princípios e objetivos basilares da Assistência Social.

Tal cenário - de desrespeito aos direitos fundamentais em sede administrativa - foi comprovado estatisticamente com os dados obtidos junto ao sistema E-SIC (Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão), sendo que, em relação ao idoso os dados denotam situação alarmante: mais de 78% (setenta e oito por cento) dos indeferimentos foram lastreados com fundamento no não enquadramento ao §3º, do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, cuja análise é padronizada, baseada no critério objetivo de ¼ (um quarto) da renda per capita.

Referida circunstância denota que apenas as pessoas que ingressam com demandas judicialmente tem as peculiaridades do caso analisadas, a fim de se diagnosticar a condição socioeconômica, o que demonstra desvirtuamento do sistema, que assim agindo caminha em sentido oposto à finalidade constitucional da concessão dos benefícios especiais, como o de prestação continuada, qual seja: a atenuação das desigualdades e erradicação da pobreza.

É imprescindível, portanto, alteração legislativa a fim de adequar a aplicação do entendimento jurisprudencial já consolidado,

ou seja, da ilegalidade e inconstitucionalidade do critério para aferição da condição de ausência de meios para que a pessoa proveja sua manutenção ou de que a mesma seja provida por sua família, a fim de se evitar violação aos direitos fundamentais sociais conquistados ao longo da história, nesse caso, em especial em relação à Assistência Social e sua vinculação com a dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COSTA, Eliane Romeiro; CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O princípio da proibição do retrocesso social no atual marco jurídico-histórico-constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 18, n. 73, out./dez. 2010.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teorias dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

OTERO, Cleber Sanfelici; HILLE, Marcelo Luiz. A dignidade da pessoa humana em face da escassez de recursos do Estado. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v. 13, n. 2, p. 485-511, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3098>>. Acesso em: 25 maio 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHONS, Selma Maria. *Assistência social entre a ordem e a “desordem”*: mistificação dos direitos sociais e da cidadania. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SILVA, Elizabet Leal da; ZENI, Alessandro Severino Vallér Zeni. Algumas considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v. 9, n. 1, p. 201-222, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/879/749>>. Acesso em: 25 maio 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SPOSATI, Aldaiza de Oliveira. *A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras: uma questão em análise*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

Caroline Rodrigues Celloto Dante, Daniela Almeida Bittencourt, Fabrizia Angelica Bonatto Lonchiati

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

# A VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE DA MULHER NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: “PORNOGRAFIA DE VINGANÇA” E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Maria Cristina Cereser Pezzella\*  
Neline Fátima Rossetto Schmitt Krawulski\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a sociedade é atingida por um fluxo constante de informações que se disseminam, facilmente, pelos meios eletrônicos disponíveis a baixos custos e acessados pela maior parte da população. Em 2014, segundo dados da CETIC,<sup>1</sup> mais da metade das/os brasileiras/os (51%, cerca de 85,9 milhões de pessoas) teve acesso à internet.

O número de usuárias/os de celular no Brasil é de cerca de 70% da população, segundo o IBGE,<sup>2</sup> e ao considerar que 31% desses usuárias/os utilizam a internet pelo aparelho, conforme informado pela CETIC, pode ter-se uma estimativa da velocidade com a qual as

---

\* Professora do PPGD da Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC, da Graduação e da Pós desde 2011. Coordenadora/Líder do Grupo de Pesquisas (CNPq) intitulado Direitos Fundamentais Cíveis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos - sediado na UNOESC (2011 a 2014). Possui Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná UFPR (2002). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul UFRGS (1998). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUCRS (1988). Avaliadora do INEP/MEC e Supervisora do SESu/MEC desde até hoje. Foi Coordenadora Executiva do Curso de Direito da Faculdades de Itapiranga - FAI em 2010 e 2011. Foi professora da UNISINOS do PPGD e Graduação (1994 a 2007), do PPGD da UCS e da Graduação e da Assistência Judiciária Gratuita nas cidades de Bento Gonçalves e Caxias do Sul (2009). Aprovada em 1a. lugar na Universidade Estadual do Oeste do Parana, UNIOESTE (2001-2008) - Membro da Comissão de Pesquisa e da Comissão Eleitoral (2007-2008). Aprovada em 1o. lugar no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Pelotas em (2009) Professora da Universidade Católica do Rio grande do Sul PUC-RS (1998 a 2003) Graduação e Pós. Professora do CESUPA (2002-2004) Professora da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA (1994 a 1996). Coordenou o projeto político pedagógico da Faculdade da Serra Gaúcha - FGS apresentado em 2002 e aprovado.

\*\* Estudante de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Bolsista do programa FUMDES, com o projeto de pesquisa “Os fatores jurisdicionais e sociais da aplicação efetiva da Lei Maria da Penha na Sociedade da Informação”, orientanda da Dr. Maria Cristina Cereser Pezzella.

<sup>1</sup> Centro Regional de estudos para desenvolvimento da Sociedade da Informação sob os auspícios da UNESCO.

<sup>2</sup> Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

informações são ofertadas para todas/os que se encontram vinculadas/os aos sistemas de comunicação pela internet

“Em vinte ou trinta anos, ninguém se preocupará em levantar questões sobre a intimidade, já que aceitaremos como fato evidente que vivemos num aquário, que não somos homens livres, mas peixes.”, declarava Dotti (1980, p. 126) ao subcomitê do Congresso dos EUA, em 1965. A previsão feita por ele está hoje concretizada e faz parte do senso comum

Apesar dos inúmeros benefícios que acompanham a Era Digital, esse novo território tornou-se um espaço ideal para a prática de ilícitos, tais como fraudes bancárias e calúnia. Criou-se um campo de prática para atividades já previstas como ilegítimas, assim como se possibilitou o surgimento de outras violações não positivadas em lei.

Com o objetivo de preencher essa lacuna, foi criado o Marco Civil da Internet, lei vigente desde 23 de abril de 2014, que “[...] estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.” (Lei 12.965/2014, art. 1º) (BRASIL, 2014).

Considerando a crescente violação de direitos na Sociedade da Informação, a serem vistas neste artigo, observa-se que a ofensa a direitos fundamentais como o direito a privacidade passam a ser crimes contra a mulher por conta de seu gênero, valendo-se de sua sexualidade ou meramente do seu gênero, com ofensas machistas e ameaças.

Anteriormente, o combate à violência contra as mulheres encontrou respaldo na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que criminalizou a violência física, psicológica, sexual e financeira. Ambas as leis mencionadas não possuem regulação específica contra os abusos à intimidade (nomeadamente sobre o uso de imagens íntimas), além de gravações de práticas sexuais que são compartilhadas na rede sem a anuência das partes.

No presente artigo, se defende a catalogação como crime da pornografia de vingança com os efeitos na esfera cível e criminal. O presente estudo ater-se-á à esfera dos direitos civis, sem deixar de destacar que esses abusos merecem um estudo mais detido na esfera criminal, analisando os dispositivos das leis a fim de encontrar o embasamento legal da criminalização dessa prática. Uma das categorias de crime recorrente contra as mulheres na internet é a chamada pornografia de vingança, ou seja, a divulgação no meio eletrônico de imagens e vídeos que envolvem nudez ou a sexualidade das mulheres, causando constrangimentos e irreversíveis danos psicológicos. É pertinente a este artigo o estudo da pornografia de vingança, dentro dos dispositivos legais existentes, e suas consequências, assim como os reflexos e danos causados por essa violação. A atuação do Marco Civil da Internet quanto à proteção contra a violência de gênero será discutida objetivando esclarecer quais são os direitos garantidos às vítimas que têm registros íntimos divulgados na rede internacional de computadores. Objetiva-se, com isso, elucidar as alternativas de sanções para tais casos, para que estão as vítimas encontrem um respaldo legal e possuam equidade na punição de seus agressores. Para tal, além do Marco Civil da Internet, faremos uso da Constituição Federal do Brasil, do Código Civil e da lei 12.737.

## **2 O DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

O avanço da tecnologia tem colocado em risco um direito previsto na Constituição Federal brasileira de 1988. No inciso X do artigo 5º, lê-se: “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Primeiramente, é necessário diferenciar privacidade e intimidade. Para isso, pode citar-se Mendes e Branco, que fazem a distinção desses termos que são usados erroneamente como sinônimos.

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 315).

É também possível definir como intimidade os fatores resultantes das relações que o indivíduo tem consigo mesmo, seus sentimentos e vivências. A violação desse direito de autopreservação e o desrespeito ao desejo pessoal de manter certas informações distantes do conhecimento público causam danos irreparáveis e de difícil mensuração financeira (GHISI; PEZZELLA, 2015).

Por muitos anos, registrar um momento requeria auxílio profissional, horas de desempenho e uma única reprodução demorava dias para ficar pronta. Com o avanço da tecnologia na década de 1990 e o desenvolvimento do world wide web (rede de alcance mundial), o registro é feito em segundos e sua divulgação atinge níveis incontroláveis em apenas alguns segundos (AGOSTINI; AGOSTINI, 2009, p. 96).

Hoje, o registro de imagens e sons é feito em qualquer aparelho celular, e esses são fornecidos à população por valores acessíveis. Outros aparelhos eletrônicos, como câmeras digitais e gravadores de voz, também são encontrados na maior parte das casas, reafirmando a facilidade em eternizar momentos em poucos cliques.<sup>3</sup>

Essa praticidade não se reflete no momento de excluir vestígios da mídia. Por exemplo, é possível apagar definitivamente uma imagem em um celular, mas resquícios dela continuam no aparelho, podendo ser recuperados por hackers habilidosos. A situação é mais drástica

---

<sup>3</sup> Em um país como o Brasil, dizer que a tecnologia está disponível a todas/os não significa que todas/os a tenham, sendo a impossibilidade de acesso resultado de condições financeiras, sociais ou geográficas.

se um registro atinge a world wide web. Seguindo com o exemplo da fotografia no celular, supõe-se que, por acidente, a/o proprietária/o do aparelho compartilha determinada fotografia em uma rede social, à qual têm acesso cerca de cem pessoas. Ao perceber o erro, o sujeito apaga a imagem cerca de 10 segundos após a divulgação. Esses dez segundos, porém, foram o suficiente para que apenas uma das cem pessoas que poderiam visualizar a fotografia a salvasse no seu computador e, posteriormente, divulgasse-a novamente em sua rede social, à qual duzentas pessoas têm acesso, e nessa, mais dez pessoas continuassem a compartilhar a imagem em questão. Esse processo ocorre em segundos e, em igual velocidade, sai do controle do indivíduo que deu início à divulgação. Poucos segundos depois, já é impossível averiguar quem visualizou ou guardou para si determinado registro que pode desrespeitar a vida íntima de uma pessoa.

A sociedade da informação está constituindo-se constantemente com o advento de tecnologias que compartilham conteúdo e permitem a utilização da informação e nos trazendo inovações nas interações sociais e, portanto, jurídicas que alteram profundamente a sociedade em seu cerne (ASSMANN, 2000). Ferindo ou não a honra ou imagem de um sujeito, qualquer registro da vida privada ou íntima que a/o titular não queira que seja do conhecimento público deve assim permanecer. Caso isso não aconteça, pode caracterizar ofensa aos direitos à intimidade, à vida privada e à imagem.

### **3 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, O SER INFORMACIONAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Há uma dificuldade recorrente em determinar o que seria o direito constitucional à dignidade da pessoa humana, por ser uma expressão subjetiva e carregada de aspectos emocionais. Ela pode ser dotada de vários significados de acordo com a/o intérprete e os fatores culturais e sociológicos.

Segundo Baez (2010, p. 26), a dignidade humana pode dividir-se na dimensão básica e na cultural. Na primeira, estariam o direito de autodeterminação do ser humano quanto a questões de sua própria existência; a segunda se relacionaria a valores morais de determinada sociedade, ou seja, o que é considerada vida digna dentro do contexto social no qual vive o indivíduo. Essa divisão deixa claro que a dignidade tem um aspecto interno e pessoal, que diz respeito às relações íntimas do indivíduo, bem como um aspecto externo, das relações interpessoais e reputação da pessoa na sociedade.

Nesse contexto, a visão que as/os outras/os têm de um indivíduo pode prejudicar sua dignidade. A Sociedade da Informação, com o seu fluxo constante de conhecimento, fornece dados que permitem a criação de um juízo sobre as pessoas. O nome de uma pessoa em um registro de inadimplentes concede a terceiros/as a possibilidade de atribuir àquela pessoa o título de mal pagadora.

As informações disponibilizadas pelos sistemas conferem características que descrevem o indivíduo e o constroem. Porém, essas se referem apenas ao ser informacional, criado pelos adjetivos que a sociedade coleta e infringe a determinadas pessoas, não correspondendo necessariamente a quem ela realmente é (GHISI; PEZZELLA, 2014).

A presença da pessoa em mais meios do que apenas o físico a divide, não sendo mais uma unidade, e sim um conjunto de personalidades. Há o ser em sua vida virtual e redes sociais, o ser criado pelas características atribuídas pela sociedade com base em informações recebidas por diversos meios, assim como o ser real, com sua própria autoestima, que lida com todas as outras facetas de seu ser. A partir dessa observação, é possível concluir que qualquer informação disponibilizada sobre um indivíduo, que ajude a formar o ser informacional e ocasionalmente prejudique a dimensão cultural de sua dignidade, terá também um reflexo negativo na dimensão básica.

A divulgação de fotografias ou de vídeos íntimos de uma mulher confere a um incontável número de pessoas a possibilidade de caracterizar a pessoa por aquele registro. Os juízos feitos a partir desse fato podem não condizer com a verdadeira índole da vítima, desviando-a do ideal social, ferindo sua própria autoestima e causando danos permanentes à sua dignidade.

É garantido à pessoa fornecer apenas informações que coincidam com a visão que ela tem de si, e que não firam seus princípios. Distribuir sem autorização um registro íntimo tira da pessoa o direito de escolha de tornar, ou não público, determinado aspecto de sua vida que não a define, ou não deveria defini-la. Nesta perspectiva se faz necessária enfrentar a violência de gênero e a cultura do estupro, tão referida nas redes sociais.

#### 4 VIOLÊNCIA(S) DE GÊNERO

É necessário diferenciar a violência de gênero das demais, para então possibilitar a defesa de que é imprescindível a aplicação de leis específicas para esse tipo de abuso. A violência de gênero possui características que a diferenciam das demais, como a hierarquia de gêneros (homens como ser superior às mulheres), a relação afetiva entre os envolvidos e a habitualidade do abuso (LIMA; SANTOS, 2009, p. 26).

A violência de gênero, em uma relação íntima, refere-se a qualquer comportamento que cause dano físico, psicológico ou sexual àqueles que fazem parte da relação. Esse comportamento inclui: Atos de agressão física - tais como estapear, socar, chutar e surrar. Abuso psicológico - tais como intimidação, constante desvalorização e humilhação; Relações sexuais forçadas e outras formas de coação. Vários comportamentos controladores - tais como isolar a pessoa de sua família e amigos, monitorar seus movimentos e restringir seu acesso às informações ou à assistência. (LIMA; SANTOS, 2009, p. 22).

Segundo uma pesquisa realizada pelo IBGE em 2012, o Brasil é constituído por uma população de 195,2 milhões de habitantes. Desse total, 100,5 milhões (51,5%) são mulheres e 94,7 milhões são homens (48,5%). Esses dados evidenciam a necessidade de leis específicas para garantir a igualdade as mulheres que, apesar de estar em maioria, ainda não conseguiram se livrar totalmente dos séculos de submissão e de exploração pelos quais passou na história.

De acordo com um estudo divulgado em março de 2014, a sociedade brasileira está ainda atrelada a uma visão predominantemente patriarcal. Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada revelam que 65,1% da população acredita que as mulheres são culpadas pelo estupro, caso essas estejam “usando roupas que mostram o corpo”. Esses dados são a comprovação científica de que o âmbito social costuma julgar atos de agressão e de opressão contra as mulheres por fatores morais e culturais, e não pelos jurídicos. A culpabilização das vítimas passa para as mulheres um sentimento de impotência frente a situações perigosas. Sem poder recorrer ao bom senso social para defender-se, resta às mulheres buscar amparo em instituições sólidas como as Delegacias de Proteção às mulheres, as Organizações Não Governamentais (ONGs), ao Ministério Público Estadual e Federal, ao Judiciário, à Organização dos Advogados do Brasil.

Durante os últimos anos, o Estado tem trabalhado com mais afinco para preservar os direitos humanos das mulheres no Brasil, com políticas públicas como a Lei Maria da Penha e a Lei Carolina Dickenmann. Apesar disso, cerca de 65% das mulheres que sofrem algum tipo de violência preferem não denunciar o crime para a polícia. Alguns fatores que contribuem para essa omissão são o medo e a vergonha. Esse posicionamento é um reflexo do processo de socialização generalizado, uma vez que “nenhum destino biológico, psíquico ou econômico define a forma que a mulher ou a fêmea humana assume no seio da sociedade” (BEAUVOIR, 1980: 9). O biológico das mulheres não as condiciona; a carga cultural que acumula durante a vida, sim.

Segundo dado do IPEA, a cada 90 minutos, uma mulher é assassinada no país. A cada quatro dias, o assassinato é cometido pelo próprio companheiro da vítima ou por pessoas das suas relações familiares, vizinhos e amigos. Trata-se de violência intrafamiliar, na qual, como ressaltado por Maria Regina Fay de Azambuja<sup>4</sup> (2006), a vítima tende a ter intimidade com o agressor e, por vezes, o vitimiza para justificar seu comportamento. Refere a doutrinadora que na maior parte desses casos, o assassinato é o fim de um histórico de violências. Essa violência e constante interiorização das mulheres encontram respaldos históricos. Desde a antiguidade, as mulheres são retratadas como um mero reflexo dos homens, inferior a eles. No período Colonial, entre o século XVI e início do XVIII, a sociedade tinha uma configuração escravocrata, hegemônica, patriarcal e religiosa. As entidades, as doutrinas, os dogmas e os sacramentos tinham o objetivo de controlar e estabelecer limites à sociedade. Havia uma constante preocupação com o comportamento, sobretudo com o das mulheres (BRAUNSTEIN, 2007).

Os homens ocupavam o papel central na família e tinha o dever de sustentar e administrá-la. As mulheres cuidavam da casa, das crianças e dos idosos. As mulheres e a prole ocupavam o mesmo lugar hierárquico na casa: deviam submeter-se às ordens e às vontades dos homens (MOURA; ARAUJO, 2004).

Os fatores religiosos também podem ter influência sobre a violência de gênero. Dentro da doutrina cristã,<sup>5</sup> as mulheres são responsabilizadas pela expulsão dos homens do paraíso. “A mulher deve aprender em silêncio e ser submissa - Não admitido que a mulher dê lições ou ordens ao homem. Esteja calada, pois, Adão foi criado pri-

---

<sup>4</sup> No conjunto de suas pesquisas, como sua dissertação de mestrado e a tese de doutorado.

<sup>5</sup> Os assuntos religiosos abordados não são pacíficos. As interpretações trazidas representam a opinião de parte da corrente religiosa, e não sua totalidade.

meiro e Eva depois. Adão não foi seduzido; a mulher foi seduzida e cometeu a transgressão.” (BÍBLIA..., 2002).

Não é apenas o Cristianismo que coloca as mulheres em posição de inferioridade. O Islamismo, no Alcorão, Sura 4.34, declara que: “Os homens têm autoridade sobre as mulheres porque Alá fez um superior à outra.” (ALCORÃO..., 2010).

Em um dos livros considerados mais importantes para os islamitas sunitas, Sahih Al Bukhari, lê-se:

*You curse frequently and are ungrateful to your husbands. I have not seen anyone more deficient in intelligence and religion than you. A cautious sensible man could be led astray by some of you.” The women asked, “O Allah’s Apostle! What is deficient in our intelligence and religion?” He said, “Is not the evidence of two women equal to the witness of one man?” They replied in the affirmative. He said, “This is the deficiency in her intelligence. Isn’t it true that a woman can neither pray nor fast during her menses?” The women replied in the affirmative. He said, “This is the deficiency in her religion.”<sup>6</sup> (SAHIH BUKHARI, 2009, p. 82).*

Esses escritos reforçam o patriarcado, que vem se fortalecendo há anos e trata de forma natural a subordinação das mulheres. A sociedade atual, regida teoricamente por regras de igualdade e respeito, em teoria, pratica violência contra as mulheres. Porém, a partir do momento em que essas fundamentações provam-se ineficazes e nada é feito para mudar, a omissão torna-se uma da prática opressiva

---

<sup>6</sup> “Vocês praguejam com frequência e são ingratas com seus maridos. Eu nunca vi ninguém mais deficiente em inteligência e religião que vocês. Um homem prudente e sensível pode ser desencaminhado por algumas de vocês.” As mulheres perguntaram, “Oh apóstolo de Alá! Qual é a deficiência em nossa inteligência e religião?”, ele disse, “O testemunho de duas mulheres não é o equivalente ao testemunho de um homem?”, elas concordaram. Ele disse “Essa é a deficiência de inteligência. Não é verdade que uma mulher não pode orar ou jejuar enquanto estiver menstruada?”, elas concordaram. Ele disse “Essa é a deficiência religiosa.” (Tradução livre).

contra as mulheres que causa espanto ao país que se diz democrático de direito. Portanto, quem deixa de manifestar-se quanto a violência de gênero, também é responsável pela sua existência.

Um dos maiores obstáculos enfrentados no combate a essa violência é a dificuldade que a própria vítima tem em identificá-la, tamanha a naturalidade com que a subordinação das mulheres é tratada. A inversão desse paradigma exige uma legislação especial com repressão rígida para a hierarquização, assim como uma mudança cultural para que essas leis sejam aceitas e aplicadas com eficácia. Apesar de a hierarquização ser uma consequência do patriarcado (ARENDETT, 1991), as próprias mulheres acabam atualmente se tornando opressoras umas das outras. As mulheres são criadas envoltas em preconceitos que acabam internalizando e aceitando como verdadeiros e os reproduzindo. Com isso, fica mais clara a importância do empoderamento feminino e do movimento feminista, para que as próprias mulheres percebam seu papel protagonista para as mudanças sociais, como se pode verificar nos movimentos produzidos por mulheres no Brasil que são divulgados nas redes sociais e ocultos nas emissoras de televisão.

#### **4 OS RELACIONAMENTOS E A “PORNOGRAFIA DE VINGANÇA”**

É característico do ser humano a vivência em grupos que as pessoas criem entre si relacionamentos. Quaisquer sejam os objetivos quando estabelecido um relacionamento, constituir família ou apenas prazer, a ligação criada por um casal envolve a troca de informações e experiências, resultando em uma vida privada conjunta.

A confiança criada entre os indivíduos envolvidos em um relacionamento amoroso cria cumplicidade e intimidade, que reflete a essência do ser, como o objetivo de conhecer o outro. Nisso encontram-se várias classificações de intimidade, como a intimidade espiritual, intelectual, artística, afetiva e sexual.

A vida sexual das pessoas envolvidas diz respeito apenas a essas, sendo considerada um direito fundamental dentro da proteção constitucional ao direito à intimidade. Porém, a vida sexual das mulheres pode ser usada como um fator vergonhoso para elas, e nesse contexto, surge a pornografia de revanche.

Durante os relacionamentos amorosos, são registrados frequentemente momentos da vida sexual dos parceiros. Uma prática comum entre casais, possibilitada pelos meios eletrônicos, é o sexting, ou seja, o envio de mensagens ou de vídeos sensuais ou sexuais para suas/seus parceiras/os (PEGORER; ALVES, 2014, p. 401). Com o objetivo de castigar as mulheres e expô-las, os registros feitos durante o relacionamento amoroso podem tornar-se armas.

A divulgação de fotografias e de vídeos, tenham eles sido produzidos de maneira consensual ou não, caracteriza um crime nomeado nos EUA como “revengeporn”,<sup>7</sup> ou seja, pornografia de vingança.

A vítima nem sempre percebe a violação rapidamente. As imagens ou gravações danosas podem atingir níveis incalculáveis antes de chegarem ao conhecimento das mulheres. As pessoas não a confrontam diretamente, mas os boatos sobre sua imagem espalham-se rapidamente no ambiente de trabalho, de estudo, entre seus amigos e familiares.

Os efeitos psicológicos que a agressão tem sobre as mulheres são incalculáveis. Em 2013, uma piauiense de 17 anos cometeu suicídio após ter suas fotos íntimas divulgada em redes sociais pelo ex-namorado. “Eu te amo, desculpa eu não ser a filha perfeita, mas eu tentei [...] eu te amo muito.” No mesmo dia, a jovem foi encontrada morta em seu quarto. Poucos dias após esse fato, uma jovem gaúcha de 16 anos foi encontrada morta na casa da família após descobrir que vídeos íntimos seus, captados durante uma conversa por web-

---

<sup>7</sup> O termo começou a ser usado pelos próprios agressores nos primeiros casos e logo se popularizou. Apesar de ter tido origem nos EUA, o crime de nomeado Revenge Porn não é ainda reconhecido em todos os seus estados. Para mais informações a respeito, a lista completa encontra-se disponível em: <<http://www.endrevengeporn.org/faqs/>>.

cam, haviam sido divulgados. A última mensagem publicada por ela em uma rede social dizia: “Hoje de tarde eu dou um jeito nisso. Não vou ser mais estorvo para ninguém”.

Além da divulgação das imagens com textos jocosos e depreciativos, alguns agressores divulgam também as fotografias justamente com informações pessoais da vítima, como o nome, o endereço e o telefone, publicando as imagens em redes destinadas à divulgação de serviços sexuais (classificados eróticos). A vítima passa a ser atormentada por ligações de pessoas que a procuram a contratar suas “prestações” e esse fato rapidamente chega ao conhecimento da família e de colegas, destruindo sua imagem subjetiva e expondo tanto a vítima quanto seus amigos próximos e familiares.

Rose Leonel foi uma das mulheres que passou por essa situação. O ex-namorado distribuiu fotos íntimas do casal e usou a imagem da jornalista em fotomontagens eróticas que sugeriam que ela era uma prostituta. O fato ocorreu em 2006 e, apenas em 2011, o empresário Eduardo Gonçalves da Silva, responsável pela divulgação das imagens, foi condenado a um ano e 11 meses de prisão, além de R\$ 30 mil de indenização por injúria e difamação. Porém, Rose Leonel nunca recebeu o dinheiro e considera a pena insignificante. “Era uma fantasia dele fotografar e filmar nossas relações. Depois de dois anos, acabei cedendo. Eu não sabia, mas dormia com o inimigo. Foi um assassinato e me considero sobrevivente de tudo isso. Todos os dias essas fotos ressurgem e preciso criar forças para tocar a vida.” (LEONEL, 2013).

Diversas celebridades já passaram pelo constrangimento de ter momentos íntimos divulgados. Para essas, os casos são ainda mais difusos, já que a ideia de intimidade de alguém que ganha a vida expondo sua imagem é menos estrita. Recentemente, a atriz Jennifer Lawrence teve fotos suas, nua, divulgadas na internet. Ainda não se sabe quem foi o responsável, mas o caso teve repercussão mundial.

*I started to write an apology, but I don't have anything to say I'm sorry for. I was in a loving, healthy, great relationship for four years. It was long distance, and either your boyfriend is going to look at porn or he's going to look at you. It is not a scandal. It is a sex crime. It is a sexual violation. It's disgusting. The law needs to be changed, and we need to change. [...] Anybody who looked at those pictures, you're perpetuating a sexual offense. You should cower with shame.*<sup>885</sup> (LAWRENCE, 2014).

O posicionamento de Jennifer Lawrence quebra um padrão preconceituoso e recorrente nos casos de divulgação de fotografias íntimas: a ideia de que a mulher deve desculpar-se pelo ocorrido, culpabilizando a vítima e tirando parte da responsabilidade do acusado.

Diante dessas situações, o questionamento é simples: em que tipo de crime pode enquadrar-se uma ofensa tão grave a um direito fundamental? As penas previstas são suficientes para reparar os danos incontestáveis causados? Para responder essas questões, é preciso analisar os dispositivos legais e suas previsões no contexto brasileiro.

## 5 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

No Brasil, inúmeros textos legais defendem direitos fundamentais, nomeadamente o direito à imagem. Refira-se, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, assim como a Lei Carolina Dickemann e o Marco Civil da Internet.

A igualdade de gênero é também um direito constitucionalmente protegido: “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e

---

<sup>8</sup> Eu comecei a escrever um pedido de desculpas, mas eu não tenho pelo que me desculpar. Eu estava em uma relação amorosa, saudável e maravilhosa por quatro anos. Era um relacionamento a distância, e ou seu namorado vai ver pornografia, ou vai ver você. Não é um escândalo. É um crime sexual. É uma violação sexual. É nojento. A lei precisa ser mudada, nós precisamos mudar. [...] Todos que olharam aquelas fotos perpetuaram uma ofensa sexual. Vocês deveriam se encolher em vergonha (Tradução livre).

obrigações, nos termos desta Constituição.” (art. 5º, inciso I) (BRASIL, 1988). Como documento base do direito, essa garantia é considerada inviolável. No entanto, a aceitação social desse inciso é apenas ideológica, e a hierarquização de gênero é consuetudinária.

Repita-se por oportuno que o art. 5º da Constituição, no inciso X, determina que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Embora constantemente classificada como um crime contra a honra, a divulgação de fotos íntimas fere diretamente a imagem e a intimidade das mulheres. Admitir que a exposição de imagens ou vídeos íntimos seria prejudicial à sua honra reafirmaria tabus e moralismos referentes à sexualidade das mulheres e o comportamento ideal segundo o patriarcado.

A imagem atributo, entretanto, pode ser acometida. Nesse caso, cabe o pedido de indenização do quantum indenizatório fixado com razoabilidade, e proporcional ao dano causado à vítima.

Prioriza-se destacar que a violação pode ser divulgada via um instrumento disponível na internet, e uma vez na Sociedade da Informação, ela torna-se muito maior. Mesmo tomadas todas as providências de retirada do conteúdo, é impossível livrar-se de todo o conteúdo, sendo que esse certamente irá causar danos à vítima mesmo depois do fim do processo legal.

A previsão quanto à imagem pode ser encontrada no Código Civil, art. 20, que prevê a divulgação indevida de conteúdos que possam prejudicar “[...] a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.” Essa previsão, porém, não especifica o valor indenizatório, o que reflete uma dificuldade do judiciário em fixar um valor em dinheiro proporcional à lesão. O art. 20 do Código Civil brasileiro caracteriza-se por uma forma de legislar das cláusulas gerais.

Pode observar-se a discrepância nos valores fixados em casos julgados. Em 2013, a Quinta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado

de Santa Catarina manteve a condenação proferida em primeiro grau e condenou o réu ao pagamento de uma indenização de R\$ 20.000,00 à mulher cujo vídeo reproduzia a imagem dos dois mantendo relações sexuais.

Em 2007, no Rio de Janeiro, as relações íntimas entre um casal foram filmadas por um amigo, que editou o vídeo e o divulgou em redes sociais. Em sede de apelação, os acusados foram condenados a pagar uma indenização de R\$ 126.000,00, sendo que R\$ 76.000,00 foram em favor da vítima, e R\$ 50.000,00 à mãe da vítima.

Em contraste, um caso julgado no Rio Grande do Sul, também em 2007, um jovem criou uma página virtual em um sítio eletrônico de relacionamentos, no qual descreveu as qualidades sexuais da ex-namorada e publicou diversas fotografias da mesma nua. Acolhido o pedido de indenização, ao considerar que o ato representava ofensa grave aos direitos de personalidade da autora, fixou-se um valor indenizatório de R\$ 6.000,00, que foi muito aquém das demais previsões.

Entre as famosas brasileiras que já tiveram a sua intimidade exposta na mídia, o caso de Carolina Dieckmann foi o que adquiriu maior repercussão nos últimos anos. Cerca de trinta e cinco fotografias da atriz, nua, foram divulgadas em um hospedeiro virtual e se espalharam rapidamente pelas mídias sociais. No caso mencionado, a divulgação não foi feita por um ex-companheiro. O computador pessoal da atriz foi invadido e as imagens foram roubadas.

Após o episódio, a Lei nº 12.737 foi criada em caráter emergencial para preencher as lacunas do Código Penal, acrescentando ao art. 154 dessa os arts. 154-A e 154-B, que definem como pena a “detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa” para indivíduos que violem o caput.

Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adul-

terar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. (BRASIL, 2012).

Embora a lei mencionada não se aplique aos casos de “pornografia de vingança”, trata de uma violação de intimidade cometida por meios digitais. É importante ressaltar que foi a primeira lei do gênero sancionada e não traz especificação em seu texto quanto a violência contra as mulheres. Por ter sido criada em estado emergencial, sua redação não é excepcional e não há um estudo abrangente. Já a Lei Maria da Penha, sancionada em 2006, criminaliza atos de violência de gênero e é, segundo o Conselho Nacional de Justiça, considerada umas das três leis de proteção às mulheres mais eficazes do mundo. Embora não tipifique as ações criminosas cometidas nos meios eletrônicos, três definições de violência doméstica e familiar presentes nos incisos do art. 7º dessa lei podem encaixar-se na violação cometida ao utilizar os registros da sexualidade das mulheres contra a vítima.

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez,

ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; [...] V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Destaque-se que as previsões feitas não são aplicáveis à “pornografia de vingança”; contudo, as características atribuídas acima encaixam-se perfeitamente a essa violação, especialmente no que tange a violência sexual.

## 5.1 MARCO CIVIL

O Marco Civil (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014) foi o primeiro meio que possibilitou uma discussão sobre os direitos individuais e coletivos na internet. Apesar de criar um novo campo de execução para crimes já previstos em outros escritos (Constituição, Código Civil, Código Penal), ainda era necessária a criação de legislação específica para tutelar os meios digitais. Essa lei abrange diversos temas como a neutralidade da rede, a atuação do poder público, o sigilo de correspondência eletrônica, a retenção de dados de acesso e a liberdade de expressão. Torna-se necessária a análise dessas disposições como ferramentas para preencher as lacunas presentes nos demais ordenamentos.

A proteção da privacidade, a intimidade e os dados pessoais são recorrentemente citados ao longo do marco regulatório. No Capítulo II, art. 7º, inciso I, é assegurado o direito à “[...] inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.” A divulgação digital de registros íntimos, como já mencionada, é uma extrema violação da intimidade. Caso utilize como guia apenas essa lei, o companheiro que compartilhasse com terceiros/os o registro que deveria perma-

necer apenas com o casal sofreria apenas uma pena pecuniária, como as reparações já estabelecidas pelos tribunais com as indenizações.

Entretanto, o Marco Civil avança significativamente ao dispor sobre as responsabilidades por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros (Capítulo III, Seção III). Antes da vigência da lei, não havia consenso sobre quem deveria ser penalizado nas ações relacionadas a danos divulgados em hospedeiros virtuais. Com o novo regulamento, o provedor de conexão à internet, pela impossibilidade de análise de todo o conteúdo compartilhado por suas/seus usuárias/os, não deve ser responsabilizado por danos causados à terceiras/os. A única exceção é se, ao ser informado com todos os dados necessários cessar a divulgação de conteúdo ofensivo, o provedor não torná-lo indisponível. Nesse caso, a responsabilidade pode ser do provedor de conexão. A página que hospedava o conteúdo removido deve exibir os motivos pelos quais ele foi indisponibilizado, garantindo o contraditório e ampla defesa.

Caso incorra sobre o fato ação judicial, deve comprovar-se a existência do ilícito, abrindo a possibilidade para solicitar registros de conexão e de acesso a aplicações da internet, desde que se justifique a necessidade dos dados e o período a que se refere.

Esses dados possibilitam a identificação do agressor por meio de informações específicas da rede, como o número de IP ou a localização do dispositivo que começou a divulgação. Com isso, é possível responsabilizar um indivíduo pela violação juridicamente, utilizando os dispositivos já mencionados. Isso diminui a sensação de impunidade e concede à lei um caráter preventivo, e não apenas punitivo.

Porém, para que o Marco Civil atinja de fato sua efetividade, é necessária legislação complementar citada pela lei, mas ainda não apresentada. Essa complementação é essencial, já que definirá os direitos autorais e conexos, que são necessários para a responsabilização civil e remoção de conteúdos.

É possível considerar as penas previstas como brandas, tratando os ilícitos com penas pecuniárias. Quanto a efetividade da lei, ainda é discutida, já que está em vigência há pouco tempo e não foram noticiados julgados utilizando o Marco Civil como base.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internet trouxe inúmeras vantagens e facilidades desde sua criação e, atualmente, é indispensável seu uso no dia a dia da população. Todos os anos, milhares de novas/os usuárias/os aderem às redes sociais, criam contas de e-mail e inserem-se na worldwide web.

Contudo, apesar dos benefícios disponíveis, abriu-se um novo espaço propenso a ilícitos. A falta de legislação pertinente a esse ambiente propiciou diversos crimes e violações: crimes bancários, propaganda enganosa, venda de produtos que nunca chegam ao/à consumidor/a, divulgação de danos pessoais, exploração por meio dos provedores de rede, calúnia, difamação, injúria, violação da vida privada e da intimidade, entre outros.

Neste artigo, tratou-se dos danos decorrentes da violação da vida privada e da intimidade, caracterizando ambas em suas semelhanças e diferenças, com o auxílio do art. 5º, inciso X da Constituição Federal.

O estudo da violência de gênero e a distinção dos crimes sexuais foram enfrentados com o objetivo de demonstrar a profundidade histórica que normaliza a hierarquização dos gêneros, inferiorizando as mulheres. Contudo, isso não reduz o efeito que o patriarcado ainda produz sobre as mulheres, que sofrem diariamente com abusos e preconceitos.

Após esse contexto, apresenta-se o seguinte objeto: a “pornografia de vingança”. Para isso, discorreu-se sobre os relacionamentos para criar a ligação entre vítima e agressor, além de apresentar os danos morais e psicológicos causados a quem sofre esse tipo de

violação. A partir dessa observação, define-se a impossibilidade de anular os efeitos causados pela ofensa.

A contextualização da Sociedade da Informação na formação da personalidade da pessoa humana, defendida por diferentes autoras/es, mostra que os dados disponibilizados sem autorização podem permitir a criação de uma imagem que não corresponde à pessoa real. O fato gera lesões à imagem atributo da pessoa e pode macular sua moral e autoestima.

Por fim, apresenta-se as leis que regem o assunto, incluindo a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, a Lei Maria da Penha de 2006, e separadamente, o Marco Civil da Internet, primeira legislação que criada para proteger as/os usuárias/os dos meios virtuais.

Concluiu-se que as penas apresentadas não são proporcionais aos danos causados, e não há constância nas decisões judiciais sobre o assunto. A crescente quantidade de casos exige não apenas uma mudança cultural para que o ato seja desprezado pela população em geral, assim como legislação específica com penas condizentes ao sofrimento causado à mulher.

## REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Leonardo Cesar de; AGOSTINI, Kátia Rovaris de. Dormindo com o inimigo: a ofensa aos direitos de personalidade decorrentes da filmagem e distribuição de imagens íntimas do casal. *Revista da SJRJ*, v. 25, p. 93-107, 2009.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

AZABUJA, Maria Regina Fay de. Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança? *Revista Virtual Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, 2006.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do Homem, Direitos Humanos e a morfologia dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides (Org.). *Dimensões materiais e eficácia dos direitos fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. Tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980a.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960b.

BELEZA, Teresa Pizarro. *Direitos das mulheres e da igualdade social: a construção jurídica das relações de gênero*. Lisboa: Almedina, 2010.

BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução Padre Antônio Pereira de Figueredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980. Edição Ecumênica.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRASIL. *Código Civil*, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha\\_maria\\_da\\_penha.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2015.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Coleção manuais de legislação.

BRASIL. Governo Federal. *Lei Maria da Penha: conheça a lei que protege as mulheres da violência doméstica e familiar*. Brasília, DF: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2012. Disponível em: <[http://www.mulheresdireitos.org.br/publicacoes/LMP\\_web.pdf](http://www.mulheresdireitos.org.br/publicacoes/LMP_web.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

BRASIL. Instituto Pesquisa Econômica Aplicada. *Tolerância social à violência contra a mulher*. Sistema de Indicadores de Percepção Social. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327\\_sips\\_violencia\\_mu\\_lheres\\_novo.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mu_lheres_novo.pdf)>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925\\_sum\\_estudo\\_femicidio\\_leilagarcia.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf)>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n. 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Coordenação Edições Câmara, 2010.

BRASIL. *Lei n. 12.737*, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos, 2012.

BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos jurídicos, 2014.

BRAUNSTEIN, Hélio Roberto. *Mulher encarcerada: trajetória entre a indignação e o sofrimento por atos de humilhação e violência*. 2007. Dissertação (Mestrado)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

BRICKELL, Chris. Sexuality, power and the sociology of the internet. *Current Sociology*, v. 60, p. 28, 2012.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Roneide Venâncio Majer. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COVER, Jennifer Lawrence. Calls Photo Hacking a 'Sex Crime'. *Vanity Fair*, 2014. Disponível em: <<http://www.vanityfair.com/hollywood/2014/10/jennifer-lawrence-cover>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito a intimidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 17, n. 66, p. 125-152, 1980.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico 2010*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000008473104122012315727483985.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

LIMA, José Afonso de; SANTOS, Claudiene. *Violência doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC 1.0027.03.0001096/001.18<sup>ª</sup>*. Câmara Cível. Relator: Des. D. Viçoso Rodrigues. Julgamento em 04 set. 2007. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=27&ano=3&txt\\_processo=109&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=dano%20moral%20namorado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=27&ano=3&txt_processo=109&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=dano%20moral%20namorado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *AC 1.0319.00.010353-5/001*. 9<sup>a</sup> Câmara Cível. Relator: Des. José Antônio Braga. Julgamento em 27 fev. 2007. Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=319&ano=0&txt\\_processo=10353&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=dano%20moral%20namorado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=319&ano=0&txt_processo=10353&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=dano%20moral%20namorado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

MOURA, Solange Maria Sobottka Rolim de; ARAÚJO, Maria de Fátima. A maternidade na história e a história dos cuidados maternos. *Psicologia, Ciência e Profissão*, Brasília, DF, v. 24, n. 1, p. 44-55, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v24n1/v24n1a06.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

NYE, Andrea. *Teoria feminista e as filosofias do homem*. Rio de Janeiro: Record/Rosa dos Tempos, 1995.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A culpa no desenlace conjugal*. Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; GHISI, Silvano. Privacidade na sociedade da informação: controle e direito ao esquecimento em espaços públicos. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p. 231-258, 2015.

RICHARDSON, J. *If I cannot have her everybody can: sexual disclosure and privacy law*. Feminist Perspectives on Tort Law, 2012.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AC 2007.001.38536. 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Fernandy Fernandes. Julgamento em 21 ago. 2007.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Recurso inominado n. 71001167139*. 1ª Turma Recursal Cível. Relator: Ricardo Torres Hermann. Julgamento em 14 jun. 2007. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?ano=2007&codigo=671439](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2007&codigo=671439)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAGRADO ALCORÃO. Tradução Samir El Hayek. São Paulo: Tangará Expansão Editorial S/A, 1975.

SAHIH BUKHARI. Tradução M. Muhsin Khan. 2009. Disponível em: <[http://d1.islamhouse.com/data/en/ih\\_books/single/en\\_Sahih\\_Al-Bukhari.pdf](http://d1.islamhouse.com/data/en/ih_books/single/en_Sahih_Al-Bukhari.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 15-44.

SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 2, maio/jun. 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2004000200003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2004000200003)>. Acesso em: 12 fev. 2015.

SETE anos depois, jornalista que foi exposta por ex como prostituta na web ainda tenta se recuperar. *R7 Notícias Cidades*, 25 out. 2013. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/fotos/sete-anos-depois-jornalista-que-foiexposta-por-ex-como-prostituta-na-web-ainda-tenta-se-recuperar-25102013#!/foto/1>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

WYKES, Maggie. Constructing crime: Culture, stalking, celebrity and cyber. *Crime Media Culture*, v. 3, p. 158, 2007.

# SEGURANÇA PÚBLICA: POSSIBILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Volnete Gilioli\*  
Rogério Gesta Leal\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

Em tempos atuais, vive-se em uma verdadeira insegurança social, pois a criminalidade faz-se presente em todos os setores, sendo que até mesmo em escolas das grandes metrópoles ocorre assaltos, incúrias, causando repúdio a todos.

Dessa maneira, o presente artigo tem como principal finalidade uma breve reflexão sobre a segurança pública bem como sua incidência, considerando tratar-se de garantia constitucional, estando atrelada ao rol de direitos fundamentais.

Contudo, vale entender, que todos merecem o mínimo existencial para viver em um Estado Democrático de Direito conforme assegura a Magna Carta, sendo que através deste, irá analisar-se a possibilidade da segurança pública ser interpretada como um direito social atrelada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Ademais, conforme os preceitos constitucionais, acredita-se veemente que a segurança pública merece uma atenção especial, tendo em vista a obrigação de todos preservá-la, pois a união dos esforços entre a sociedade e o Poder Estatal irá trazer bons resultados, ponderando que ainda há muito o que progredir frente as necessidades sociais que carece de proteção aos seus direitos.

---

\* Mestranda em Direito/UNOESC. Pós Graduação em Advocacia Criminal pela Universidade de Passo Fundo-RS.

\*\* Doutor em Direito. Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor e pesquisador do programa de pesquisa, extensão e pós-graduação da UNOESC. É Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados Brasileiros - ENFAM, e membro da Rede de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Entretanto, a implementação das políticas públicas e privadas, traz novas perspectivas de vida para toda a comunidade, com a finalidade de reeducar o infrator, permitindo sua ressocialização e crescimento pessoal a fim de diminuir o índice de criminalidade contribuindo em prol de todos.

O ensaio pretende explicar sobre a melhor efetivação da segurança pública e analisar a possibilidade de ser interpretada como um direito fundamental com extensão ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois a doutrina entende ser a segurança pública parte dos direitos fundamentais isso porque está consagrada no artigo 6º “caput” da Constituição Federal de 1988, por esse viés, pretende-se discorrer sobre esse fundamento jurídico.

Portanto, almeja-se melhores esclarecimentos acerca do assunto, a fim de preservar o bem comum que é a garantia da ordem social, possibilitando vida digna a todos através da incidência da segurança pública.

## **2 NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os Direitos fundamentais são direitos constitucionalmente positivados na ordem jurídica nacional que representam as bases da organização e do desenvolvimento da sociedade brasileira.

O entendimento adotado ao abordar a questão da fundamentalidade de direitos está ligado à relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a afirmação de que essa é que deve ser o objeto do respeito e proteção por parte do Estado e da comunidade.

Compreendem de um modo geral, os direitos individuais à liberdade, igualdade, propriedade, segurança e à vida; os direitos sociais à educação, trabalho, saúde, lazer e seguridade social; os direitos econômicos, relacionados à defesa do emprego, do meio ambiente e do consumidor; e os direitos políticos, arrolados para guardar a soberania popular.

A vinculação existente entre a proteção dos direitos fundamentais e o Estado Democrático tem como objetivo precípua a paz, é o que defende Bobbio (2004, p. 851) ao dispor que os direitos do homem, democracia e paz “[...] são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.”

No momento em que o constituinte alçou à fundamentalidade jurídico-constitucional de determinado direito, se baseou na efetiva relevância que aquele direito possuía para a sociedade em determinado momento histórico que não podiam ser deixados na esfera da disponibilidade absoluta do legislador ordinário.

Diante desta visão, torna-se indispensável uma análise dos direitos sociais para melhor compreensão de sua importância, sua origem e o momento de sua consolidação jurídica como direito fundamental, funcionando como instrumentos de efetividade e garantia da concretização de uma vida digna aos indivíduos que estão sob a égide do ente público.

Há certa resistência quando se trata do desconhecimento da trajetória dos direitos sociais, no período em que houve oposição político-econômica e jurídica de que os direitos sociais exibiam deficiências na sua apreensão e na sua concretização sendo que para alguns eram considerados meros supressores do rol de direitos fundamentais ou simplesmente contrários à sua classificação como tal.

É notório que, depois de seu surgimento no cenário político e jurídico, os direitos sociais tornaram-se um patrimônio comum, impossível de ser removido da história dos povos porque é fruto das conquistas ao longo dos anos.

Contudo, para melhor compreender as garantias constitucionais, vale ressaltar que os direitos fundamentais encontram guarida na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) em especial Título II, subdividindo-se em cinco capítulos: “Direitos individuais e coleti-

vos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.”

Hodiernamente, a doutrina de Moraes (2011, p. 34) aduz “[...] apresenta-nos a classificação direitos de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.”

Assim, deve-se citar:

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente através da Magna Carta [...]. Os direitos de segunda geração, são os direitos sociais econômicos e culturais, surgidos no início do século. [...]. Direitos de terceiras gerações os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos. (MORAES, 2011, p. 34).

Portanto, através do entendimento da doutrina supra, vale ressaltar que os direitos sociais são referidos como direitos de segunda geração, e na opinião de Silva (2009, p. 286-287), “[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida a sociedade”, esses direitos preconizam o direito a proteção em todos os setores sociais do cidadão, sendo que o artigo 6º, “caput”, da Constituição Federal de 1988 consagra: “[...] São direitos sociais, a educação, a saúde, [...] a segurança.” (BRASIL, 1988).

Conforme constata-se, a segurança está enumerada no rol dos direitos sociais da Magna Carta sendo que a doutrina de Alexandre de Moraes, conforme já referido, entende pertencer ao rol da segunda geração, mencionando-se como parte dos direitos e garantias sociais.

Com base nessas proposições, num primeiro momento, constata-se que a segurança pública faz parte dos direitos fundamentais sociais, ponderando que Di Pietro (2014, p. 94) explica que o Estado presta serviço público em prol da coletividade considerando-se:

Serviço público toda a atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, [...]. A administração Pública tem incumbência condicionar a restrição do exercício aos direitos do cidadão a fim de proporcionar o bem-estar coletivo.

Por esse raciocínio é correto afirmar que o direito a segurança pública é direitosocial e dever do Poder Estatal assegurá-los estabelecendo limites nas relações pessoais a fim de propiciar o bem-estar coletivo.

Mormente, cabe entender que o Poder Estatal agindo inversamente, responderá por sua omissão, nesse sentido Mello (2005, p. 944-945) elucida “[...] se o Estado devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais responde por essa incúria.”

Contudo, vale entender que embora todo o aparato jurídico ainda há muitas falhas no sistema, pois a efetivação desses direitos fundamentais carece de incidência, sendo importante ressaltar que todos são dignos de proteção garantida pela Constituição Federal.

No tocante ao assunto, a segurança pública atrela-se aos direitos fundamentais pois conforme elucida Moraes (2011, p. 38):

O artigo 5º da Constituição Federal afirma que 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. [...]. Deve ser interpretada que a Constituição Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro.

Frente ao contexto, vislumbra o entendimento doutrinário, sendo a segurança considerada um direito fundamental que a Constituição Federal assegura dentro do território nacional aos brasileiros e estrangeiros.

Por esse viés, conforme visto, a segurança pública pertence à classe dos direitos fundamentais sendo imprescindível entender seu significado direcionando-se a ideia de que todos são dignos de merecê-la.

E ainda, no que concerne os direitos fundamentais não se pode esquecer do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo o alicerce para a efetivação das garantias constitucionais, fazendo-se necessário uma reflexão sobre o princípio.

Na verdade, para que todos tenham vida digna, necessita-se do mínimo existencial que é direito à vida, igualdade, fraternidade, segurança, sendo que a Constituição Federal em seu artigo 6º elucida o rol de direitos sociais que devem ser garantidos pelo Poder Estatal.

No tocante ao assunto Barcellos (2011) entende “[...] terá dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem respeitados e implementados, ainda que a dignidade não se esgote neles.”

Contudo, é ampla a abrangência do Princípio da Dignidade possuindo extensão aos direitos fundamentais do indivíduo, e estes devem ser atendidos para que seja reverenciado os preceitos constitucionais.

E ainda, para Sarlet (2010) “[...] os direitos fundamentais e a concretização do princípio da dignidade humana constituem condição para a existência e medida da legitimidade de um Estado democrático e social de Direito.”

Portanto, os direitos fundamentais estão intimamente interligados com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sendo basilar para a convivência em um Estado Democrático de Direitos, sendo primordial lembrar que para que seja efetivada esta realidade, deve-se ponderar que existe deveres entre a administração e administrado para que torne eficaz os princípios que norteiam todo o sistema jurisdicional.

Nesse prisma, vale entender sobre o real significado da segurança pública atrelada a ideia de que é parte dos direitos sociais fundamentais do indivíduo com extensão ao Princípio da Dignidade da Pessoa, mister analisar sobre essa questão, fazendo - se uma breve, no tópico posterior.

## 2.1 SEGURANÇA PÚBLICA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Importante iniciar referindo que a Constituição Federal consagra “[...] A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação de ordem pública.” (BRASIL, 1988).

Contudo, observa-se que a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade não tão somente dos órgãos estatais “[...] polícia federal; polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícia civil, polícias militares e corpos de bombeiros militares” (BRASIL 1988), mas sim dever de toda a sociedade, a fim de harmonizar e equilibrar o bem comum, garantindo a ordem social, efetivando a segurança pública.

Em suma, segurança pública significa preservar o bem comum através dos órgãos estatais e da própria sociedade pois Marceneiros aduz que “[...] pode ser definido como um todo integrado cujas propriedades essenciais surgem das relações entre suas partes.” Portanto, segurança pública significa dever de todos e garantia

do Poder Estatal, sendo que a própria Constituição Federal denomina sua morfologia estrutural através do artigo 144, “caput”.

Por esse viés, deve ser afastada a ideia de que segurança pública é dever exclusivamente dos órgãos estatais, mas sim o exercício de toda sociedade visando assegurar o bem comum garantindo os direitos sociais de todos.

Assim sobre o direito a segurança pública com extensão ao princípio da dignidade da pessoa a doutrina de Moraes (2011, p. 40) elucida:

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira o direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, caberá ao jurista, tão somente, dar-lhe enquadramento legal.

Muito interessante trazer essa questão sobre o direito à vida, sendo que a doutrina explica ser obrigação do Estado como garantia individual social para que todos possuam vida digna.

É através desse contexto que remonta-se a ideia de que a segurança pública consiste em uma garantia fundamental coletiva e individual atrelando-se a ideia de que todos merecem a garantia da ordem pública a fim de atender o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º inciso III, narra o Princípio da Dignidade da pessoa humana, como uma das primeiras garantias constitucionais, sendo um valor supremo.

Na ideia de Nunes (2009) considera a dignidade da pessoa humana como sendo um supraprincípio constitucional, entendendo que se encontra acima dos demais princípios constitucionais.

E ainda, vale lembrar que o “caput” do artigo 170 da Constituição Federal, intitula a ordem econômica [...], tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.

Consoante o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana estar intimamente interligado com a questão em tela e, se todos têm direito a uma subsistência digna, o Estado deve assegurar essa garantia, logo, deduz-se que a segurança pública estende-se aos direitos fundamentais sociais em detrimento a efetivação do Princípio da Dignidade.

### **3 SEGURANÇA PÚBLICA COMO PROBLEMA DE ESTADO NO BRASIL: PERFIL HISTÓRICO DO CAOS**

Conforme já abordado é dever do Estado a promoção da segurança pública, ocorre que, não se pode deixar de lado que a criminalidade não é uma questão que deve ser combatida apenas por este ente, importante compreender que a segurança pública não é apenas um direito inerente ao cidadão, como também uma responsabilidade de todos.

A questão da Segurança Pública é considerada, nas últimas décadas, como um problema fundamental e principal desafio do Estado brasileiro, devido ao considerável crescimento das taxas de criminalidade, o aumento da sensação de insegurança e a visível ineficácia da ação policial da prevenção da violência criminal, principalmente nos grandes centros urbanos.

Estas circunstâncias importam em desafios para a segurança pública sob a ótica da materialização política da democracia brasileira.

Para compreensão da realidade da segurança pública atual, é necessário entender o atual modelo constitucional, sendo que a Magna Carta preconiza esta garantia e conforme já exposto, a Constituição de 1988 foi a primeira a dedicar um capítulo para tratar a respeito do tema da segurança pública.

O direito à segurança está previsto nos artigos 5º e 6º da Constituição, bem como o artigo 144, dispõe sobre o funcionamento da segurança pública, sua execução e as diretrizes básicas de como esse direito fundamental social deve ser assegurado pelo Estado através de seus órgãos e competências delimitadas.

Não há um conceito pacificado do que venha a ser considerado como Segurança Pública na doutrina brasileira, o que pode ser observado é que este direito está diretamente ligado a outro denominado “ordem pública”.

Para Silva (2003, p. 637) a segurança pública se refere à manutenção da ordem pública interna, a qual define como sendo uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes.

Os crescentes índices de criminalidade e a insegurança pública existente no cenário da vida atual podem ser considerados como uma tragédia nacional, a qual atinge toda a sociedade e tem desencadeado um verdadeiro genocídio de jovens, especialmente pobres e negros do sexo masculino.

Grande parte da população brasileira vive em condições precárias e subumanas nas periferias das médias e grandes cidades. Este cenário vem marcado pela diversidade de paisagens, como por exemplo, o desemprego, concentração de renda, precarização das relações de trabalho, favelas, cortiços, moradias dispostas nas encostas dos morros, outras inúmeras contradições sociais.

E ainda vale referir que os espaços geográficos são divididos em centro e periferia, ambos ameaçados pela violência e pela criminalidade sendo que os habitantes dos morros e das favelas são as principais vítimas da violência, tendo em vista as disputas acerca da reordenação do solo e da sustentabilidade ambiental.

O aumento da criminalidade violenta decorre desta enorme desigualdade social que existe no cenário urbano comprometendo toda base estrutural da sociedade, prejudicando todos os setores bem como insegurança nas escolas, no trânsito, ruas, estabelecimentos comerciais e principalmente nas periferias.

Frente ao contexto, deve-se questionar se deveria haver tratamento diferenciado das polícias em relação à promoção do direito

à segurança, vez que o policiamento feito nos centros urbanos é mais ostensivo do que o realizado nas periferias e nestas somente ocorre o deslocamento policial quando já houve a ocorrência.

Fica evidente, portanto, a negligência com o aspecto preventivo destas regiões. Tal prática pode ser entendida como uma incontestável discriminação do serviço público à segurança, se considerar a realidade social, uma vez que se prioriza a proteção do patrimônio daqueles que são mais favorecidos economicamente.

Constata-se, desta forma, que há maior interesse na proteção do patrimônio do que na prevenção de crimes contra a vida, os quais são mais frequentes nas áreas periféricas.

Presencia-se diariamente uma atmosfera carregada de medo da população brasileira de sofrer alguma agressão física ou moral. Não é possível mais estabelecer um sentimento de segurança plena.

A criminalidade atingiu um nível assustador. Além disso, tornou-se um problema político, contendo a liberdade e os direitos fundamentais de inúmeras de comunidades pobres, tendo em vista a incapacidade da polícia em controlar ou reduzir essa onda de violência através do sistema tradicional de Segurança Pública.

A baixa credibilidade existente com relação às instituições responsáveis pela segurança e a justiça junto à população, devido ao fato de que as atividades isoladas das distintas forças policiais e o policiamento repressivo já não são mais consideradas suficientes.

O Estado é considerado o principal responsável pela promoção da segurança pública, visto que seus agentes públicos dispõem de ferramentas necessárias para tomada de decisões que influenciarão o conjunto social.

Ocorre que, o disposto do artigo 144, “caput”, da Constituição Federal de 1988, é taxativo quanto ao que se refere à segurança pública como “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”.

O dever do Estado é promover condições mínimas de segurança, para que as pessoas vivam, convivam e produzam na socieda-

de. Não é correto, portanto, imputar toda a responsabilidade ao Estado para resolver isoladamente as demandas sociais a fim de conter a violência e a criminalidade. É necessária a conjugação de esforços, ideias e interesses entre os diversos atores sociais, ou seja, entre o governo e o setor privado, para poder superar a realidade violenta que impera no Brasil. Esta violação constante da ordem pública está a ponto de extrapolar o limite suportável pelo homem, se já não o fez.

A sociedade, de um lado, acompanha o constante aumento da violência e da criminalidade, do outro, verifica a ausência de respostas por parte da polícia e da justiça, seja pela falta de preparo daquelas para o enfrentamento do crime ou nas altas taxas de impunidade.

Sérias mudanças devem ser realizadas nas políticas de segurança pública ou irá chegar a um estado de inviabilidade da vida na Terra.

#### **4 A POLÍTICA CRIMINAL REPRESSIVISTA E AS PRÁTICAS DE SEGURANÇA BASEADA NA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE HISTÓRICA**

Preliminarmente, política criminal “*strictu sensu*” consiste em um conjunto de objetivos, métodos, procedimentos e resultados que as autoridades da polícia criminal, assim como o Ministério Público dispõem na prevenção e repressão da criminalidade.

Baratta (1996, p. 57-58) entende que a conceituação de política criminal é complexa, senão problemática, para ele a política criminal, enquanto gênero é como um universo mais amplo do que a espécie política criminal. A esses níveis, porém, a linha de distinção entre a política criminal em geral e outras de suas espécies (política social, econômica, ocupacional, urbanística, etc.) não se apresenta de forma nítida.

Nesse sentido, verifica-se que a política criminal deve ser analisada conjuntamente com outros fatores da sociedade, como por exemplo, o ambiente social, os agentes causadores da violência, a

criminologia, a vitimologia, e a própria sociedade; e não somente de forma isolada.

Conclui-se, portanto, que a política criminal também deve ser entendida como uma política social, sendo que o Programa Nacional de Segurança com Cidadania - PRONASCI - instituído pela Lei n° 11.530 de 24 de outubro de 2007, desenvolvida pelo Ministério da Justiça.

Trata-se de uma proposta de segurança pública mais próxima do cidadão, destinada à prevenção, controle e repressão da criminalidade, atuando de forma direcionada aos problemas socioculturais do crime, ou seja, prioriza a prevenção e busca atingir as causas que levam à prática da violência, sem abrir mão das estratégias de ordenamento social e repressões qualificadas.

Observa-se, dessa forma, que o foco deste programa é a criminalidade, a qual será combatida com a “prevenção, controle e repressão”, sendo que a atuação almeja ir às “raízes socioculturais” da criminalidade, valendo-se principalmente da tática de associação entre “ações de segurança pública” e “políticas sociais”.

O programa articula políticas de segurança com ações sociais para o trato de jovens de 15 a 24 anos, vítimas de violência doméstica, urbana, detentos maiores de idade ou não, moradores de rua ou pessoas que de uma forma ou de outra estejam em conflito ou à margem da lei, conforme prevê o artigo 2° da Lei n° 11.530/07.

O PRONASCI será executado de forma integrada pelos órgãos e entidades federais envolvidos e pelos Estados, Distrito Federal e Municípios que a ele se vincularem voluntariamente, mediante instrumento de cooperação federativa, é o que dispõe o artigo 5° do referido diploma legal.

É válido destacar a criação, através do programa, da “polícia comunitária” a qual interagem diretamente e de forma contínua com os membros de determinada comunidade.

Os agentes de segurança pública passam a conhecer as pessoas que ali residem, bem como as dificuldades que enfrentam, fazendo um estudo detalhado e mais eficaz, administrando soluções mais apropriadas a cada caso.

Outro ponto que merece destaque do programa é o “território da paz”, cujo objetivo é a redução dos índices de violência, através da instalação de um conjunto de medidas preventivas, onde o controle de áreas consideradas críticas retornará para o Estado.

Este proporcionará o acesso aos serviços públicos e de informação, assim como ações sociais que gerem uma melhor qualidade de vida daqueles moradores.

Verifica-se, assim, que o programa tem o escopo de promover a interação entre os órgãos de segurança pública e a comunidade, baseado na confiança e proximidade.

Registra-se que o artigo 1º da Lei 11.530 de 2007 dispõe sobre a importância da participação das famílias e da comunidade em programas, projetos e ações de assistência técnica e financeira e mobilização social, visando à melhoria da segurança pública. O artigo 3º da Lei que institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania aponta as diretrizes (BRASIL, 2007).

Primeiramente a promoção dos direitos humanos, busca por uma cultura de paz, de apoio ao desarmamento e o combate aos preconceitos de gênero, etnia, raça, orientação sexual e divergências culturais, assim como o fortalecimento social das comunidades e dos conselhos tutelares a fim de promover segurança e uma convivência pacífica.

Após, modernização e valorização das instituições e profissionais da segurança pública. Participação de jovens e adolescentes, de egressos do sistema prisional e de mulheres em situação de violência de qualquer natureza.

Ainda, a ressocialização dos indivíduos que cumprem penas privativas de liberdade e egressos do sistema prisional. A intensifi-

cação e ampliação das medidas de enfrentamento efetivo junto à comunidade ao crime organizado e à corrupção policial.

Por fim, a garantia do acesso à justiça, especialmente nos territórios vulneráveis, assim como a recuperação de espaços públicos para o desenvolvimento de ações sociais e garantia da participação da comunidade na sociedade civil.

Destarte, o PRONASCI é uma nova proposta de segurança pública mais próxima do cidadão, envolvendo pontos específicos de comunidades mais debilitadas, tendo por finalidade o desenvolvimento de ações sociais destinadas à prevenção, controle e repressão da criminalidade, atuando de forma direcionada aos fatores determinantes que levam à prática da violência por ausência de uma perspectiva melhor.

Contudo, a implementação das políticas públicas e privadas visam efetivar o direito social que é a segurança pública, tendo por base valores culturais da sociedade, bem como, educação, cultura, ações sociais com a participação da comunidade, sendo um meio alternativo para diminuição a criminalidade, facilitando assim a incidência da segurança pública.

Com base nessas premissas, pode-se afirmar seguramente que a morfologia da segurança pública é a colaboração da sociedade aliada ao Poder Estatal (através de seus órgãos, polícias civis, militares, federais, corpo de bombeiros) para garantia de um mínimo existencial a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, sendo que a união dessas forças possibilita o bem comum.

Assim, para que possa ser aplicado os direitos sociais que fazem parte das garantias constitucionais, o direito a segurança pública, consagrado na Magna Carta, deve-se atender ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que tem como principal escopo propiciar uma vida digna a todos os cidadãos que encontram-se no território nacional, sendo importante entender que um bom resultado vem através do esforço entre o Poder Estatal e a própria sociedade.

Entretanto, não basta a segurança pública ingressar tão somente ao rol dos direitos sociais sem a incidência do Princípio da Dignidade, pois, é a partir desse que acontecesua efetivação sendo considerado o princípio basilar de todo ordenamento jurídico tendo como principal fundamento a eficiência e aplicabilidade ao que consagra a Constituição Federal, pois vive-se em um Estado Democrático deDireito tendo em vista que é obrigação de todos zelar pela segurança pública garantindo a preservação da vida, ordem e a paz social.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança pública pertence ao rol dos direitos sociais, pois a Constituição Federal assegura essa garantia, sendo que a doutrina esclarece o entendimento de que o artigo 6º “caput” da Lei Maior integra-se aos direitos sociais de segunda geração, sendo um dos mais importantes da categoria.

Portanto em detrimento a segurança pública deve-se interpretar no sentido de ser um direito fundamental da sociedade atrelada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerado o alicerce da efetivação das garantias fundamentais.

Nesse sentido, através do presente artigo, depura-se que mesmo a segurança pública fazer parte dos direitos sociais garantido pela Magna Carta, para que possa incidir, deve haver uma conscientização entre a sociedade e o Poder Estatal, conforme já demonstrado, a fim de haver implementações de novas propostas de segurança pública com a finalidade de diminuição da criminalidade.

Conforme constata-se é dever de todos preservar a ordem pública para que possa viver com segurança e melhores expectativas de vida também ao infrator, que encontra-se em estado de vulnerabilidade, pois a implementação de espaços através de parcerias públicas e privadas possibilitam melhores condições de vida e educação aos que carecem de uma atenção especial.

Contudo, ainda há esperança de um mundo mais justo e igualitário onde todos possam entender-se e colaborar com o progresso da sociedade, considerando os valores culturais, morais e educacionais, através de ações positivas a fim de amenizar a criminalidade.

Por esse prisma, vale ponderar que ainda há muito a progredir, pois hodiernamente, os valores sociais estão perdendo espaço para outros considerados irrelevantes ao bem comum, isso porque a globalização ocorre gradativamente de maneira a distorcer opiniões a respeito da valorização do ser humano, pois conforme mencionado, todos são dignos de ter uma vida tranquila através da segurança pública garantindo a paz.

Portanto, a segurança pública aliada ao Princípio da Dignidade, com o esforço comum de todos garante a efetivação dos direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, que possui a incumbência de proteção aos que necessitam.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 01 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 11.530*, de 24 de outubro de 2007. Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20072010/2007/Lei/L11530.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/Lei/L11530.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal: discursos sediosos. *Cortesia*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 57-58, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Tradução Carmem C. Varrialle. 5. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

# NOVOS CONTEXTOS SOCIAIS E FAMILIARES: A ALIENAÇÃO PARENTAL A PARTIR DA LEI 12.318/2010

Bianca Strücker\*  
Ivo dos Santos Canabarro\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

A alienação parental é uma temática relativamente nova para o cotidiano jurídico brasileiro, uma vez que a Lei nº 12.318 fora promulgada somente em 26 de agosto de 2010. Com as inovações na seara do direito de família, surgiram novos desafios nas lides envolvendo os direitos das crianças e adolescentes. Para compreender com melhor destreza, far-se-á uma análise das principais modalidades de famílias existentes atualmente no Brasil.

Com as modificações no direito de família houve uma equiparação de direitos e deveres para pais e mães, não sendo mais possível aceitar que apenas o pai provenha o sustento da família e dos filhos enquanto à mãe cabe a educação dos mesmos. Esse modelo, apesar de cada vez mais raro, ainda é encontrado em diversos lares, não podendo mais ser visto de forma única: atualmente, os operadores do direito devem ter olhos abertos para as mais variadas formações de famílias.

Ademais, houve um aumento relevante no número de divórcios- momento em que se iniciam com maior frequência os atos de alienação parental. O direito das crianças e adolescentes é prioridade para o ordenamento jurídico, sendo inclusive objeto de diversas leis específicas. A alienação parental é um dos temas tratados especi-

---

\* Mestranda em Direitos Humanos pelo PPGD da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Campus Ijuí/RS (UNIJUÍ). Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Campus Ijuí/RS (UNIJUÍ). Pós-graduanda lato sensu em Direito de Família e Direito Processual Civil, pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).

\*\* Professor adjunto III da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

ficamente em lei, prezando-se sempre pela garantia e efetividade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Para tratar da alienação parental, é imprescindível diferenciá-la da síndrome da alienação parental. Não que haja algum problema em confundir os conceitos; porém, existem diferenças relevantes. Há uma discussão acerca de qual seria a nomenclatura correta; concluindo-se que ambas são corretas, porém diferentes, optou-se no presente trabalho por “alienação parental”, em consonância com o utilizado na Lei nº 12.318/2010.

Através da leitura e posterior análise de diversas doutrinas, assinadas por profissionais do ramo do direito, psicologia, serviço social, dentre outros; averiguar-se-á a as características do genitor alienante, bem como as consequências nas crianças alienadas. A alienação parental tem sido objeto de ações para reivindicar os direitos do genitor alienado, o qual está perdendo - ou já perdeu, o contato com os filhos, bem como têm sido matéria de defesa nos casos de acusação de abuso sexual. Portanto, identificar e conhecer os atos de alienação parental é extremamente importante para que não se cometam equívocos, transformando agressores em vítimas ou mães preocupadas e denunciadoras como praticantes de alienação parental.

Estes atos são difíceis de serem comprovados, uma vez que não deixam marcas físicas, apenas psicológicas em todos os membros da unidade familiar. Por isso, far-se-á uma abordagem sobre os aspectos processuais e a dificuldade de produzir provas, bem como uma leitura mais atenta de todos os dispositivos tratados nesta lei. A perícia multidisciplinar tem sido uma grande aliada do Poder Judiciário, tanto na averiguação dos atos de alienação parental como no tratamento de crianças e adolescentes prejudicadas por estes atos.

Ainda, será feita uma abordagem sobre a guarda compartilhada, apontada como uma das formas de redução da alienação parental. A guarda compartilhada é prevista na Lei nº12318/2010; porém ainda é exceção se comparada com a guarda unilateral.

## 2 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO E DO SUJEITO

Ao receber o dom da vida, o ser humano passa a pertencer a um lar, a uma família, seja ela biológica ou afetiva. O Código Civil Brasileiro não define o que é família, entretanto, é perceptível que sua conceituação difere-se conforme o ramo do direito em que é abordada. Conforme Gonçalves (2011, p. 17) “[...] o direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência.”

O ser humano sempre viveu aglomerado, haja vista sua necessidade de estar em comunidade, e de necessitar psicológica, social e economicamente um do outro, não sendo possível viver isoladamente. Nesse contexto, surgem as famílias, muito antes do direito, dos códigos e da religião. De fato, elas alternam-se a conforme o tempo, a cultura e a consolidação de cada geração. Para Diniz (2005, p. 7):

Direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.

A célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou significativamente com a migração destes do meio rural para centros urbanos. Contudo, as famílias têm apresentação distinta das antigas, especialmente no que concerne às suas finalidades, composição e papéis dos sujeitos que a compõem (VENOSA, 2012), desafiando os juristas e a legislação a amparar suas mais variadas formatações, tendo em vista sua função estrutural para a sociedade contemporânea. Desta forma, a condição jurídica dos filhos também assumiu pa-

pel importante no direito de família, em especial com a implantação de novas leis, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e a Lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010).

Atualmente, outras instituições (como a escola) designam atividades que originalmente eram dos pais. Os ofícios já não são mais transmitidos de pais para filhos, a educação cabe ao Estado, além da religião não ocupar espaço tão importante, como outrora, nos lares. Ainda: a mudança de economia agrária para industrial fez com que homens e mulheres disputassem o mercado de trabalho, alterando drasticamente a composição familiar original (VENOSA, 2012).

Por fim, nas palavras de Osório (1996, p. 14):

Família não é um conceito unívoco. Pode-se até afirmar, radicalizando, que a família não é uma expressão passível de conceituação, mas tão somente de descrições; ou seja, é possível descrever as varias estruturas ou modalidades assumidas pela família através dos tempos, mas não como defini-la ou encontrar algum elemento a todas as formas com que se apresenta este agrupamento humano.

O que se pode afirmar é que, comumente, as famílias têm uma interdependência variável entre os sujeitos, na intenção de promover características que minimizem fatores negativos (como conflitos emocionais ou financeiros) e, por outro lado, disparem fatores positivos, como a melhora nas relações afetivas entre os genitores e, consequentemente, a garantia de desenvolvimento biopsicossocial dos filhos.

## 2.1 TIPOS DE FAMÍLIA NO BRASIL ATUAL

Até a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988 a composição de família era taxativa, haja vista que somente os laços formados pelo casamento obtinham tal status. Ademais, a Lei de Divórcio atribuía à parte culpada pela separação uma série de sanções,

o qual acabava fazendo com que os cônjuges mantivessem o casamento a qualquer custo.

A família contemporânea perdeu sua função puramente econômica, de unidade produtiva e seguro contra a velhice, em que era necessário um grande número de integrantes, principalmente filhos, sob o comando de um chefe - o patriarca. Perdeu também seu costume eminentemente procracional, deveras influenciado pela Igreja, para adquirir o contorno da solidariedade, da cooperação e da comunhão de interesses de vida. (MADALENO; MADALENO, 2013, p. 18).

O princípio da dignidade da pessoa humana, constante no artigo 1º, III, da CF/1988, é entendido como cláusula pétrea, e, deste modo, além do matrimônio passou-se a considerar outras formas no que diz respeito à entidade familiar, sendo o ser humano o principal objeto de proteção do Estado. Logo, pode-se compreender que toda forma de constituição de família é protegida pela Carta Magna, ainda que não tratada expressamente. Foram previstas na Constituição as famílias formadas pelo casamento, união estável ou as monoparentais, fulcro ao artigo 226.

Surgem, assim, novos arranjos familiares, novas representações sociais baseadas no afeto -palavra de ordem das novas relações. Por isso, o casamento deixa de ser necessário, dando lugar à busca de proteção e desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, ultrapassando, de alguma forma, os valores meramente patrimoniais. (MADALENO; MADALENO, 2013, p. 19).

Hodiernamente, ocorreu um alargamento no conceito de família. Com a evolução social, o afeto passou a ocupar o lugar que outrora o patrimônio ou a procriação ocuparam: o centro da família, um dos principais fatores na formação do caráter de qualquer pessoa.

O princípio da dignidade da pessoa humana, amparado pelos demais princípios que protegem a vida em sociedade, proíbe distinções entre as mais variadas formas de família, que não se restringem mais ao modelo patriarcal, ou as expressas em lei.

### **3 ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA NOVA LEI PARA UM VELHO PROBLEMA**

Com o novo milênio cresce a esperança de encontrar soluções adequadas aos problemas que surgiram na seara do direito de família, marcados por grandes inovações, provocadas por uma perigosa inversão de valores (DINIZ, 2005). Deve-se atentar que a legislação positiva fatos que já acontecem na sociedade, não conseguindo, na maioria das vezes, antevê-los. Sendo assim, os princípios desempenham importante papel na proteção dos direitos inerentes ao homem, vez que o direito de família vive em constante variação.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem uma série de princípios regentes do direito de família. O princípio fundamental é o respeito à dignidade da pessoa humana, o qual está amparado pelo artigo 1º, III da Constituição atual: ele é a base da família, pois garante o desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, em especial da criança e do adolescente (GONÇALVES, 2011).

A Declaração Universal dos Direitos das Crianças, proferida em 1959 pela Organização das Nações Unidas (ONU), consagrou direitos próprios das crianças, fazendo delas sujeitos de direitos, dando início a aplicação do princípio do melhor interesse da criança. O artigo 3º do ECA assegura: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana [...]” O princípio do melhor interesse da criança não está expresso na legislação, mas observando-se os artigos 227, caput da CF/1988, e 1 do ECA, fica explícito o propósito de defendê-lo.

A maior atenção às pessoas até os 18 anos de idade ensejou uma sensível mudança de paradigma, tornando-se o grande marco para o reconhecimento dos direitos humanos das crianças e adolescentes. Visando dar efetividade ao comando constitucional, o ECA é todo voltado ao melhor interesse de crianças e jovens, reconhecendo-os como sujeitos de direito e atentando mais às suas necessidades pessoais, sociais e familiares de forma a assegurar seu pleno desenvolvimento. (DIAS, 2011, p. 611, grifo do autor).

O princípio do melhor interesse da criança vem para garantir os direitos inerentes aos infantes, assegurando-lhes uma formação saudável e cidadã, coibindo abusos pelas partes mais fortes das relações que os envolvem. Crianças e adolescentes são considerados hipossuficientes, e por isso devem ter proteção jurídica maximizada, já que estão passivos de serem facilmente alienados se mantidos em ambientes não saudáveis à sua formação.

De acordo com Madaleno e Madaleno (2013), a primeira definição da Síndrome da Alienação Parental surgiu em 1985, por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica na Universidade de Columbia nos Estados Unidos da América, a partir de suas experiências como perito judicial.

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado a assédio, a

própria criança contribui para a alienação. (MADALENO; MADALENO, 2013, p. 42).

Todas as crianças e adolescentes têm direito à convivência familiar. Contudo, apesar de ser um direito expresso na Carta Magna e nos princípios regentes da família, muitas vezes esta garantia é violada. A alienação parental é uma maneira de interromper os vínculos afetivos de um genitor para com seus filhos. Este fenômeno não é novo, porém só foi regulamentado em 2010 com o advento da Lei nº 12.318, o que demonstrou uma dificuldade tanto jurídica como social de entender esta espécie de conflito como prejudicial para a formação de famílias e crianças e adolescentes saudáveis. O conceito legal da alienação parental está disposto no artigo 2º da Lei nº 12.318/2010, que define:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós, ou pelos que tenham a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

Após a separação é normal haver divergências de interesses entre o casal, o que pode provocar animosidades entre os mesmos por diversos motivos, como desejo de vingança, não superação do fim do relacionamento, ciúmes, desvios de personalidade; assim, tenta-se atingir o elo mais precioso que há entre o casal: os filhos. Neste contexto o genitor que detêm a guarda dos filhos, na tentativa de magoar o antigo parceiro, pode usar os filhos, manipulando-os para que não amem mais aquele que não é seu guardador. Gardner (2002) esclarece que:

A síndrome da alienação parental é um distúrbio da infância que aparece quase que exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação da Síndrome da Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

Para melhor compreender a alienação parental deve-se alertar que o modelo de família contemporânea não corresponde mais aquele onde o sustento dependia do pai e a criação e proteção dos filhos de responsabilidade da mãe. Atualmente, pais e mães têm árduas jornadas de trabalho e precisam compartilhar a tarefa e o prazer de participar na criação e educação dos filhos. O genitor alienante utiliza de todos os meios para convencer a criança de que sofreu abusos do genitor alienado, convence de que o mesmo abandonou o lar e a criança, transmitindo a ideia de que o amor entre pai e filho alienados não deve existir, pois trará malefícios a criança e fará do alienante infeliz.

Trata-se de um transtorno psicológico caracterizado por um conjunto sintomático pelo qual um genitor, denominado cônjuge alienador, modifica a consciência de seu filho, por estratégias de atuação e malícia (mesmo que inconscientemente), com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado. Geralmente, não há motivos reais que justifiquem essa condição. É uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a

criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real. (FREITAS, 2014, p. 25).

Logo, é imprescindível que o Poder Judiciário conheça este conflito para que assim possa apresentar soluções aos litigantes. Ao preservar a família, não apenas garante-se o bem-estar dos membros, como também um desenvolvimento saudável para os infantes que são as principais vítimas do fim do relacionamento dos pais.

### 3.1 DIFERENÇA ENTRE SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E ALIENAÇÃO PARENTAL

A síndrome da alienação parental e a alienação parental são conceitos interligados, entretanto, não se confundem. Entende-se que a síndrome da alienação parental é uma consequência da alienação parental. De outro modo, compreende Pinho (apud GOMES, 2014, p. 46):

A Síndrome não se confunde com Alienação Parental, pois que aquela geralmente decorre desta, ou seja, ao passo que a SAP se liga ao afastamento do filho de um pai através de manobras do titular da guarda; a Síndrome, por seu turno, diz respeito às questões emocionais, aos danos e sequelas que a criança e o adolescente vêm a padecer.

A Síndrome da Alienação Parental encontra resistência nos tribunais, jurisprudências e doutrinas por não fazer parte do Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM). Até o quarto boletim do DSM não haviam sintomas que pudessem enquadrar a Síndrome da Alienação Parental; no entanto, na quinta foram inclusos conceitos mais generalistas, de maneira que é possível alcançar o diagnóstico da alienação, ainda que não esteja expresso como um transtorno.

Problemas de relacionamento entre pais e filhos, abuso psicológico da criança, criança afetada pela relação parental conflituosa, são conceitos que podem traduzir a alienação parental e estão

presentes na DSM-V. A Lei nº 12.318/2010 optou por tratar da alienação parental, que é primeiro estágio, porém não significa que os magistrados não tenham possibilidades de interferir nos casos onde a síndrome já está presente. A partir desta inclusão no DSM-V a discussão a cerca da existência ou não da síndrome não é mais relevante, o que representa um grande avanço.

Dessa forma, fica evidente que os conceitos não se confundem, mas estão entrelaçados. Ainda que a Lei nº 12.318/2010 tenha optado por usar o termo alienação parental, devem os magistrados e demais operadores do direito conhecer a Síndrome e suas consequências nas crianças e adolescentes que sofrem estes abusos.

### 3.2 CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO

O ambiente familiar onde ocorre a alienação parental é bastante conflituoso, com fortes animosidades entre os pais e até mesmo as famílias do casal que está se divorciando. Nestes casos uma das tarefas mais árduas para o Poder Judiciário e para os profissionais paralegais (psicólogos e assistentes sociais) é identificar se de fato há algum abuso para com os direitos das crianças e adolescentes ou se estão sendo implantadas falsas memórias.

Sendo assim, os profissionais que trabalham nas Varas de Família precisam estar atentos para não tratar o agressor como vítima. Ou seja, defender o genitor que está violando a criança por entender se tratar de alienação parental.

#### 3.2.1 Alienação parental versus abuso sexual

Em muitos casos de alienação parental, já em estágio avançado, o genitor alienante (normalmente a mãe) pode utilizar-se da implantação de falsas memórias, fazendo com que a criança acredite que foi abusada pelo pai, rompendo-se efetivamente os vínculos com esse. Nestes casos, a alienante conta diversas vezes o que ela

quer que a criança acredite que aconteceu, fazendo-a imaginar que as narrativas da mãe são verdadeiras. No entanto, é preciso cautela nestes casos, uma vez que a criança pode ter sido de fato abusada. O agressor pode esconder-se atrás do véu da alienação, passando-se por vítima, quando na verdade os relatos da mãe é que são verdadeiros.

A falsa denúncia de práticas incestuosas tem crescido de forma assustadora. Essa realidade perversa pode levar a um injustificado rompimento de vínculo de convivência paterno-filial. Mas há outra consequência ainda pior: a possibilidade de identificar como falsa denúncia o que pode ser uma verdade. Nos processos que envolvem abuso sexual, a alegação de que se trata de alienação parental tornou-se argumento de defesa. Invocada como excludente de criminalidade, o abusador é absolvido e os episódios incestuosos persistem. (DIAS, 2013, p. 271).

Existem técnicas de diferenciação de ambos os casos, que somente são verificadas após um longo acompanhamento com psicólogos, assistentes sociais, e até mesmo serventuários da justiça. Quanto ao comportamento das crianças e adolescentes, quando há de fato abuso ou negligência os mesmos recordam-se com facilidade dos fatos, sem necessitarem de ajuda externa. Mas, ao tratar-se de alienação parental, os mesmos necessitam de auxílio externo para recordar-se dos fatos. Ainda, quando são implantadas falsas memórias, há muita troca de olhares entre os parentes que estão na sala, é como se a criança pedisse aprovação, e não existem muitos detalhes (MADALENO; MADALENO, 2013).

Havendo abuso, percebe-se que a criança tem um conhecimento sexual inadequado para sua idade, as brincadeiras têm conotação sexual, ocorre confusão entre as relações sociais. É comum haver o aparecimento de indícios físicos de agressões, lesões e infecções, podendo ocorrer distúrbios alimentares e sono alterado. Costumam

apresentar sentimento de culpa, vergonha, sintomas depressivos, e até mesmo tentativa de suicídio (MADALENO; MADALENO, 2013).

Por outro lado, nos casos de alienação parental, o conhecimento da sexualidade é adequado para a idade, não há indícios físicos de agressão, apesar de alguns alienadores provocarem hematomas para dar veracidade ao fato narrado. Quanto ao genitor que denuncia o abuso, quando o fato é real, o mesmo tem consciência da dor e da destruição dos vínculos familiares, requer celeridade processual. Doutra modo ocorre quando os fatos são criados pelo genitor que denuncia, pois o mesmo não se importa com o transtorno que sua alegação causará a família, sendo a sua intenção ganhar tempo, interferido no processo com o intuito de atrapalhar e retardar a sentença (MADALENO; MADALENO, 2013).

### 3.3 CARACTERÍSTICAS DO GENITOR ALIENANTE

O genitor alienante age no intuito de romper os laços afetivos entre os filhos e o outro genitor. “Da mesma forma que é difícil descrever todos os comportamentos que caracterizam a conduta de um alienador parental, conhecer um a um de seus sentimentos é tarefa praticamente impossível” (TRINDADE, 2013, p. 27), pois suas atitudes podem ser decorrentes dos mais variados motivos.

As atitudes do alienante iniciam-se quando surge a separação, pois junto dela emanam sentimentos de rancor, mágoa e rejeição. Assim, não raramente, as investidas denegritórias são conscientes, pois há intenção de prejudicar o antigo companheiro. Entretanto, o alienante não percebe que ao tentar afetar o ex-cônjuge a maior vítima são os filhos, que perdem o laço afetivo com o pai, por exemplo. O padrão de condutas do genitor alienante é elucidado por Fonseca (apud SOUZA, 2014, p. 129):

[...] denigre a imagem da pessoa do outro genitor; b) organiza diversas atividades para dia de visitas, de modo a torná-las desinteressantes ou mesmo inibi-las; c) não comunica ao genitor fatos importantes relacionados à vida dos filhos (rendimento escolar, agendamento de consultas médicas, ocorrência de doenças, etc.) d) toma decisões importantes sobre a vida dos filhos, sem prévia consulta do outro cônjuge (por exemplo: escolha ou mudança de escola, de pediatra, etc.); [...] i) obriga a criança a optar entre a mãe ou o pai, ameaçando as consequências, caso a escolha recaia sobre o outro genitor; [...] n) sugere à criança que o outro genitor é pessoa perigosa; o) omite falsas imputações de abuso sexual, uso de drogas e álcool; p) dá em dobro ou em triplo o número de presentes que o genitor alienado dá ao filho; r) não autoriza que a criança leve para casa do genitor alienado os brinquedos e as roupas que ele mais gosta [...]

Logo, o genitor alienante usa das mais variadas e criativas formas para afastar o filho do outro genitor, fazendo com que pouco a pouco a criança não se sinta mais a vontade na companhia do alienado. Por vezes o alienante pode agir na intenção de afastar pai e filho, como se fosse um ato de escolha: ou mantêm-se o relacionamento e os filhos ou nada se tem. Também pode acontecer de o relacionamento entre o casal não ter sido bom para os companheiros e haja de fato um receio de que a aproximação de pai e filho não será positiva para a criança.

As ações do genitor alienante podem ser as mais inocentes e inofensivas num primeiro momento, dificultando o diagnóstico de alienação parental. Quando a mãe apresenta um novo companheiro para o filho e diz que ele é o novo pai da criança ou do adolescente, assim como quando intercepta cartas, e-mails, telefonemas, já está sendo burlada a intimidade de pai e filho. Atitudes como estas podem ter um caráter protetor, mas dependendo de como são abordadas podem caracterizar alienação parental (TRINDADE, 2013).

Não raro, após o desenlace, os pais - e muitas vezes os operadores do direito - esquecem-se de que, mesmo que a guarda seja exercida unilateralmente, o poder familiar cabe a ambos os genitores, casados ou não. É comum assistirmos a um verdadeiro vilipêndio da essência do poder familiar quando o guardião monopoliza em suas mãos as decisões que dizem respeito à vida dos filhos, recusando a participação do não-guardião nessa tarefa. (SOUZA, 2012, p. 7, grifo nosso).

Costumeiramente ocorre uma confusão entre guarda e poder familiar, deixando o processo de separação ainda mais difícil. Muitas vezes os pais entendem que por não receber a guarda dos filhos, não têm responsabilidades com estes, deixando a tarefa de educar a cargo da mãe - que normalmente é nomeada como guardiã. Assim, a alienação também pode se dar pelo genitor não guardião, que faz o papel de “bom pai”, deixando a criança fazer o que quer, dizendo que a mãe é má por não permitir determinadas atitudes e delegar tarefas.

A missão de educar os filhos deve ser desempenhada por ambos os pais, ainda que separados. Para que isso seja possível é imprescindível haver diálogo entre os genitores, afinal “[...] no cenário da organização familiar moderna não há mais lugar para o genitor espectador, visitante de finais de semana, pagador de pensão alimentícia e fiscal do guardião. Mesmo depois da separação, a criação dos filhos é peça a ser tocada por quatro mãos.” (SOUZA, 2012, p. 8).

### 3.4 CONSEQUÊNCIAS PARA AS CRIANÇAS ALIENADAS

De acordo com Madaleno e Madaleno (2013, p. 53) “[...] o modo como os pais enfrentam um processo de divórcio ou dissolução de sua união é determinante para verificar como seus filhos se comportarão no futuro [...]” Se os pais evidenciam aos filhos o aborrecimento que estão sentindo um pelo outro, esses entendem que alguém é culpado por aquilo que está acontecendo. Neste contexto,

podem os filhos passar acusar um dos genitores de ter abandonado o lar, afastando-se dele em solidariedade àquele que permanece em casa. Não obstante, pode a criança ou o adolescente sentir-se culpado, desencadeando uma série de transtornos, como depressão, ansiedade e perda da autoestima.

Para suportar o ambiente conturbado que se instaurou entre os pais, esses filhos aprendem a manipular, tornam-se prematuramente espertos para decifrar o ambiente emocional, aprendem a falar apenas uma parte da verdade e a demonstrar falsas emoções (PODEVYIN, 2001). Ademais, “[...] se tornam crianças que não têm tempo para se ocupar com as preocupações próprias da idade, cuja infância lhe foi roubada pelo desatinado e egoísta genitor que o alienou de um convívio sadio e fundamental.” (MADALENO; MADALENO, 2013, p. 54).

Na área psicológica, também são afetados o desenvolvimento e a noção do autoconceito e autoestima, carências que podem desencadear depressão crônica, desespero, transtorno de identidade, incapacidade de adaptação, consumo de álcool e drogas e, em casos extremos, pode levar até mesmo ao suicídio. A criança afetada aprende a manipular e utilizar a adesão a determinadas pessoas como forma de ser valorizada, tem também uma tendência muito forte a repetir a mesma estratégia com as pessoas de suas posteriores relações, além de ser propenso a desenvolver desvios de conduta, com a personalidade antissocial, fruto de um comportamento com baixa capacidade de suportar frustrações e controlar seus impulsos, somado, ainda, à agressividade com único meio de resolver conflitos [...] (MADALENO; MADALENO, 2013, p. 54).

A ideia que levou à elaboração do anteprojeto de lei sobre a alienação parental consiste no fato de que havia notória resistência entre os operadores do direito para a gravidade do problema, assim

como a ausência de especificação de instrumentos para inibir ou atenuar a prática. Optou-se por utilizar no projeto o termo “genitor”, pois a conduta de alienar um filho pode ser exercida tanto pelo pai como pela mãe (VILELA, 2009).

A tipificação da alienação parental teve grande relevância no cenário jurídico nacional, pois com a criação da Lei, o Judiciário não pode mais se eximir de penalizar os genitores que exercem essa violação ao direito das crianças e adolescentes. Ademais, a Lei não apenas definiu o que é alienação parental, como também dispôs mecanismos para combatê-la e preveni-la, tais como a perícia multidisciplinar para facilitar a identificação e tratamento, responsabilidade civil aos atos de alienação, a sugestão da guarda compartilhada, porém embora constasse no anteprojeto inicial, vetou a mediação familiar como forma solução de conflitos.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a crescente evolução na seara do direito de família, houveram alterações tanto em sua formação como em suas problemáticas que são levadas ao Poder Judiciário. Assim, buscou-se no presente trabalho apresentar o que é a alienação parental. Conhecer a alienação parental implica reconhecer os mais diversos tipos de família no Brasil, bem como ter um conhecimento geral de como ocorre o poder familiar, na busca de garantir o afeto e o melhor interesse das crianças e adolescentes.

Não obstante, se buscou identificar as diferenças entre a síndrome da alienação parental e alienação parental, além das características e consequências deste mal que vem ganhando espaço nas lides de direito de família. É importante usar os critérios de identificação, para que a mesma não venha a ser confundida com outros distúrbios ou até mesmo com atos de abuso sexual. Somente fazendo uma leitura mais atenta à lei 12.318/2010, foi possível averiguar a

preocupação que o legislador teve de não cometer injustiças e, para tanto, reconheceu que sozinho o Judiciário não seria capaz de combater a alienação parental. Como os direitos das crianças e adolescentes são prioridade, instituiu-se a perícia multidisciplinar, que é um grupo de profissionais, de diversas áreas que buscam identifica-la e combater-la de maneira conjunta.

O fato de um pai distanciar-se de um filho pode ter diversos motivos, dentre eles a alienação parental ou o simples desamor. As crianças e adolescentes têm sido vítimas deste mal sem ao menos conhecê-lo. Muitos pais e mães sequer percebem que estão sendo vítimas ou alienadores, por tão somente entender ser normal determinadas atitudes. Portanto, o tema gera grande impacto, afinal somente conhecendo-o é possível evitá-lo, combatê-lo e remediá-lo.

Por fim, dada a riqueza de informações e estudos sobre a alienação parental, conclui-se que o presente trabalho não esgotou todas as fontes existentes sobre o assunto. Não obstante, não foi possível discutir aprofundadamente diversos temas, porém o leitor terá dimensão da importância de conhecer a problemática e instigar-se a continuar pesquisando sobre o tema.

Os direitos das crianças e adolescentes facilmente fascinam e instigam sua defesa. Por outro lado, é muito frustrante quando se percebe que diversas vezes os mesmos são subtraídos dentro do próprio lar e por aqueles que deveriam ser seus maiores guardadores, os pais. O operador do direito precisa compreender esta sistemática multidisciplinar e ter olhos de psicólogo, assistente social, juiz, criança, para dar o melhor parecer possível. Vale lembrar que nenhuma sentença mudará sentimentos, mas sim fatos isolados. A alienação parental precisa de reeducação dos pais e dos filhos, para que aprendam novamente a amar uns aos outros e este é um desafio ao Judiciário.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Incesto e o mito da família feliz. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 257-282.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação parental: comentários à lei 12.318/2010*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)?* Tradução Rita Fadaeli. 2002. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textosso-bre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

GOMES, Jocélia Lima Puchpon. *Síndrome da alienação parental: o bullying familiar*. Leme: Imperium, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OSORIO, Luiz Carlos. *Família hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

PODEVYIN, François. *Síndrome de Alienação Parental*. 2001. Disponível em <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>. Acesso em: 27 set. 2014.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. *Alienação parental: sob a perspectiva do direito à convivência familiar*. Leme: Mundo Jurídico, 2014.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. A tirania do guardião. In: APASE, Associação de Pais e Mães Separados; PAULINO NETO, Analdino Rodrigues (Org.). *Síndrome da alienação parental: a tirania do guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2012. p. 7-10.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 21-30.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VILELA, Sandra. Anteprojeto acerca de alienação parental. *Pai Legal*, 08 mar. 2009. Disponível em: <[www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-afundo/analises/529-anteprojeto-acerca-de-alienacao-parental](http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-afundo/analises/529-anteprojeto-acerca-de-alienacao-parental)>. Acesso em: 12 out. 2014.