



Editora Unoesc

Organizadores

**Narciso Leandro Xavier Baez
Edson Antonio Baptista Nunes
Douglas Cristian Fontana**

TEORIAS DA JUSTIÇA E A MORFOLOGIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Autores

**Alessandra Steffens
Anna Leticia Piccoli
Cassiane Wendramin
Cleber José Tizziani Schneider
Douglas Cristian Fontana
Douglas Marangon
Eduardo Bonamigo
Ivanir Alves Dias Parizotto
Jeferson Osvaldo Vieira**

**João Paulo Finn
Juliano Serpa
Michele Martins da Silva
Renan Zucchi
Rodolfo Ferreira Pinheiro
Rosana de Cássia Ferreira
Rosane Machado Carneiro
Sandro Zancanaro
Vinicius Zoponi**





Editora Unoesc

Organizadores

**Narciso Leandro Xavier Baez
Edson Antonio Baptista Nunes
Douglas Cristian Fontana**

TEORIAS DA JUSTIÇA E A MORFOLOGIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Autores

**Alessandra Steffens
Anna Leticia Piccoli
Cassiane Wendramin
Cleber José Tizziani Schneider
Douglas Cristian Fontana
Douglas Marangon
Eduardo Bonamigo
Ivanir Alves Dias Parizotto
Jeferson Osvaldo Vieira**

**João Paulo Finn
Juliano Serpa
Michele Martins da Silva
Renan Zucchi
Rodolfo Ferreira Pinheiro
Rosana de Cássia Ferreira
Rosane Machado Carneiro
Sandro Zancanaro
Vinicius Zoponi**

© 2017 Editora Unoesc

Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc

É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.

Fone: (55) (49) 3551-2000 - Fax: (55) (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação

Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Copidesque: Bianca Regina Paganini

Projeto Gráfico e capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

T314 Teorias da justiça e a morfologia dos direitos fundamentais / organizadores Narciso Leandro Xavier Baez, Edson Antonio Baptista Nunes, Douglas Cristian Fontana. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.
510 p.

ISBN 978-85-8422-165-3

Acesso: World Wide Web

1. Direitos fundamentais. 2. Dignidade humana. 3. Autonomia. I. Baez, Narciso Leandro Xavier, (org.). II. Nunes, Edson Antonio Baptista, (org.). III. Fontana, Douglas Cristian, (org.).

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

Ildo Fabris

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 Antônio Steffani

Eliane Salete Filippim

Carlos Luiz Strapazon

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Maria Rita Nogueira

Daniele Cristine Beuron

SUMÁRIO

Apresentação 5

Capítulo I

Teorias da Justiça e Direitos Fundamentais

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais..... 9

João Paulo Finn

Teoria da argumentação jurídica frente à atuação estatal..... 35

Janaína Reckziegel, Sandro Zancanaro

A evolução histórica das ações afirmativas e seu desenvolvimento no Brasil..... 55

Douglas Cristian Fontana

Desenvolvimento como direito humano e o bem-estar social..... 95

Renan Zucchi

Capítulo II

Questões Polemicas sobre Direitos Fundamentais Civis

Os direitos de personalidade como direitos fundamentais .. 115

Rosane Machado Carneiro

Autonomia privada como atributo intrínseco da dignidade humana – da autonomia da vontade à autonomia privada... 141

Douglas Marangon

Autonomia privada patrimonial 161

Michele Martins da Silva

A natureza jurídica do direito ao sigilo das comunicações.... 181

Jeferson Osvaldo Vieira

O julgamento da apelação cível n. 00215385020108240064 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina e a liberdade de crença religiosa à guarda do sábado 209

Rodolfo Ferreira Pinheiro

| | |
|--|------------|
| Direito de propriedade x função social: colisão entre valores constitucionalizados e harmonização à luz da técnica de sopesamento proposta por Robert Alexy | 227 |
| Rosana de Cássia Ferreira | |

Capítulo III

Questões Polêmicas sobre Direitos Fundamentais Sociais

| | |
|--|------------|
| Direitos humanos de segurança social..... | 255 |
| Eduardo Augusto Agne Bonamigo | |

| | |
|--|------------|
| Direitos fundamentais admitem restrições na esfera previdenciária | 271 |
| Ivanir Alves Dias Parizotto | |

| | |
|---|------------|
| A aplicação da liberdade nos direitos sociais por meio da dignidade da pessoa humana | 293 |
| Anna Leticia Piccoli | |

| | |
|---|------------|
| Elementos morfológicos do direito fundamental à saúde..... | 325 |
| Vinicius Zoponi | |

| | |
|--|------------|
| Dignidade humana: garantia do mínimo existencial x reserva do possível no sistema carcerário brasileiro | 361 |
| Alessandra Franke Steffens | |

| | |
|--|------------|
| A lei catarinense de medidas contra violência obstétrica (n. 17.097/2017) enquanto mecanismo de proteção dos direitos fundamentais da gestante e parturiente..... | 393 |
| Cassiane Wendramin | |

| | |
|--|------------|
| O direito social à educação básica orientada ao pleno desenvolvimento da pessoa | 415 |
| Cleber José Tizziani Schneider | |

| | |
|--|------------|
| A efetivação da acessibilidade das pessoas com deficiência como ação afirmativa para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana..... | 455 |
| Juliano Serpa | |

Apresentação

A obra que temos a honra de apresentar é resultado de um grande esforço acadêmico e representa uma moderna reflexão e debate sobre os Direitos Fundamentais e suas relações no seio da sociedade, sendo resultado das pesquisas desenvolvidas pelos mestrandos do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), que aqui publica os resultados destas pesquisas realizadas no primeiro semestre de 2017 pelos discentes na Disciplina de Teorias da Justiça e Morfologia dos Direitos Fundamentais.

A Universidade do Oeste de Santa Catarina vem cada vez mais ampliando e aumentando a consistência de sua pesquisa jurídica através do seu curso de mestrado, tonificando em especial os estudos voltados a investigação e formação científica na área dos Direitos Fundamentais, sempre levando em consideração a garantia e a efetivação destes direitos.

Neste plano, estudar as Teorias da Justiça a partir de uma perspectiva que envolva a Morfologia dos Direitos Fundamentais é uma necessidade e um desafio. Isso se dá em razão das dificuldades para proteger e garantir a ampla e plena realização destes direitos.

A disciplina Teorias da Justiça e Morfologia dos Direitos Fundamentais discute as principais teorias que fundamentam o direito, evidenciando como estas justificam e embasam os ideais de justiça e dos direitos fundamentais, de modo a buscar uma melhor aceitação e compreensão destes temas.

Um dos maiores objetivos do direito é a justiça, uma vez que através dela temos a garantia da paz social, com a coexistência de forma ordeira e sem conflitos. Os cientistas do direito travam infinitas discussões quanto ao fundamento e a procedência da ideia de justiça e dos direitos fundamentais.

Durante os trabalhos desenvolvidos na disciplina foram abordados de maneira sistemática e coordenada as questões de base epistemológica comum sobre a extensão política e jurídica dos direitos fundamentais. No decorrer do referido semestre as propostas teóricas foram expostas, analisadas e discutidas.

As discussões iniciaram com o estudo da Morfologia dos Direitos Fundamentais, considerando seu conceito, surgimento histórico, elementos formadores e a sua evolução, balizando as condições que um direito deve possuir para ser considerado um direito fundamental.

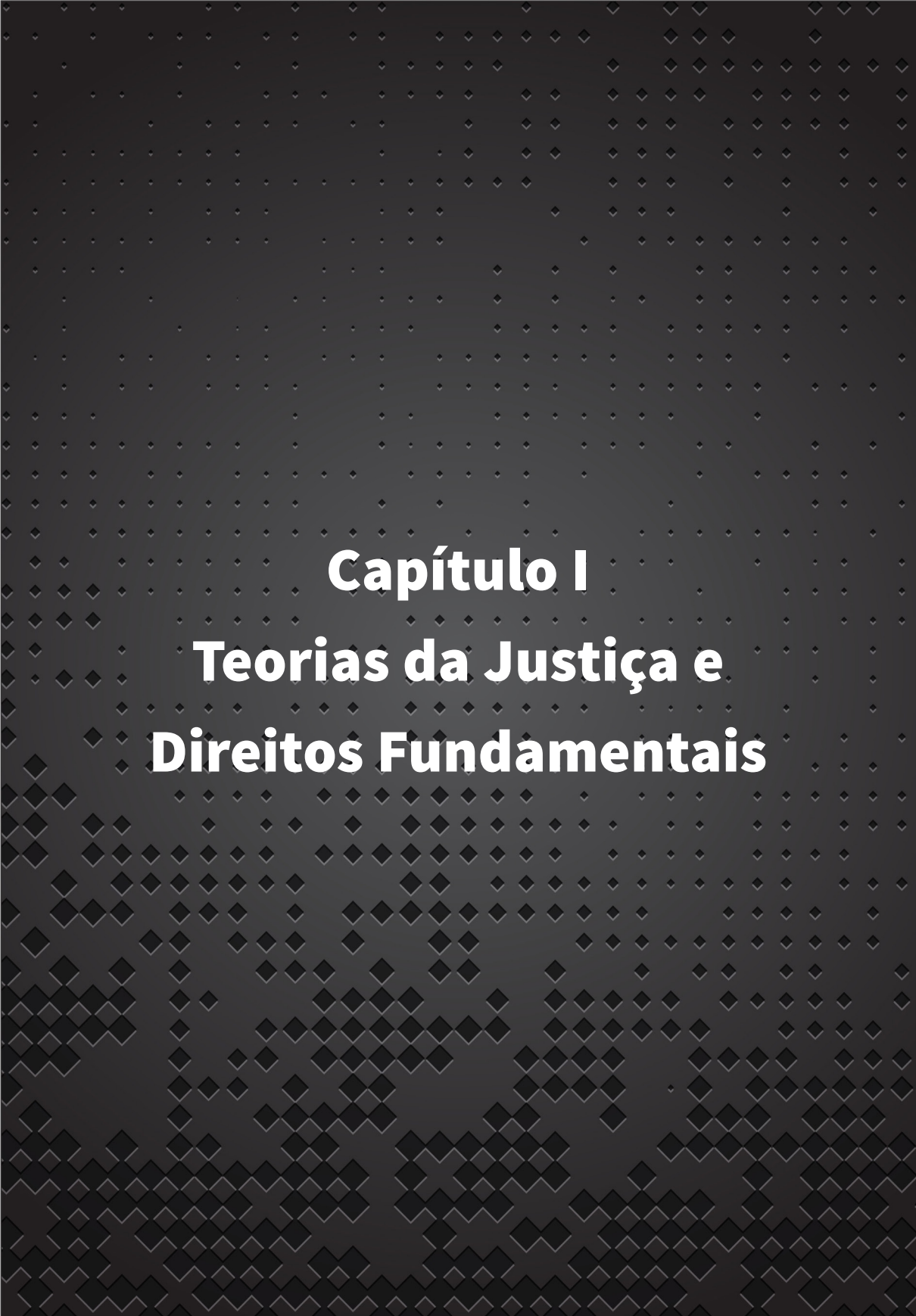
Foram estudados os fatores que levaram a internacionalização dos direitos fundamentais, considerando a forma como esse processo ocorreu em diferentes ambientes culturais e sistemas constitucionais distintos. Também se analisou os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais tanto nacional como internacional.

Os discentes desenvolveram artigos com esta temática, sempre com uma visão prática e crítica sobre o tema. O resultado desse estudo pode ser aferido nos artigos que compõem esse livro, os quais permitem a construção de fundamentos teóricos que ajudarão no entendimento das Teorias da Justiça e da Morfologia dos Direitos Fundamentais e traz ao leitor uma amostra do que se tem trabalhado na disciplina componente da linha de pesquisa de Direitos Fundamentais Civis da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc).

Desta forma a Unoesc vem cumprindo com sua função social de educar e formar cidadãos para atuarem em um mundo complexo e globalizado. Portanto, as investigações desenvolvidas e aqui publicadas possuem méritos em todos os sentidos e indicam o potencial científico dos autores e a relevância das questões abordadas.

Esperamos que todos tenham uma excelente leitura!

Edson Antônio Baptista Nunes



Capítulo I
Teorias da Justiça e
Direitos Fundamentais

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

João Paulo Finn¹

Introdução

Por meio deste trabalho, objetiva-se examinar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, assim como os seus efeitos decorrentes mais importantes, mormente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Um extenso rol de direitos fundamentais está expresso na Constituição Federal de 1988, mas esta não se limita ao artigo 5º, por exemplo, os direitos fundamentais relativos ao contribuinte.

E estes direitos fundamentais precisam ser compreendidos como uma estrutura de valores que consolidam direitos coletivos e individuais em hierarquia constitucional, modulando a ação do Estado em suas áreas de atuação, não se limitando a mandados negativos à sua ingerência na autonomia dos cidadãos, mas também como direitos positivos e direitos de participação dos indivíduos no direcionamento político estatal.

Ocorre que, diante da evolução das relações entre particulares, com o progresso sociocultural, na atualidade, a transgressão de direitos fundamentais pode ocorrer de maneira muito mais profunda e corriqueira por poderes econômicos e sociais privados, o que nos leva a reformular as teorias clássicas que determinam o papel de sujeito passivo apenas ao Estado diante destes direitos.

Assim, considerando a força normativa da constituição, incluindo os próprios direitos fundamentais, as determinações destes se

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Registros Públicos pela Universidade Anhanguera.

irradiam pelo sistema jurídico como um todo e compulsam ao Estado deveres de omissão e de ação. Os direitos fundamentais, outrossim, vinculam os particulares direta ou indiretamente, por intermédio ou não de legislação infraconstitucional. Neste sentido é que veremos de maneira sucinta algumas das teorias aplicáveis e verificaremos qual é que melhor se amolda ao nosso ordenamento.

Assevera-se que neste trabalho buscou-se apenas demonstrar superficialmente cada um dos pressupostos, teorias e efeitos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois os mesmos serão objeto de aprofundamento na dissertação de mestrado.

Quanto à metodologia, o método científico utilizado é preponderantemente o Dedutivo, sugerindo uma análise de problemas do geral para o particular, através de uma cadeia de raciocínio decrescente; a pesquisa tem natureza aplicada, procurando produzir conhecimentos para aplicação prática dirigidos à solução de problemas específicos; a abordagem é qualitativa, cujo ambiente natural é fonte direta para coleta de dados, interpretação de fenômenos e atribuição de significados; o procedimento técnico se deu por pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Os principais referenciais foram buscados nas obras de Wilson Antônio Steinmetz, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Sarmento.

1 Pressupostos teóricos à dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Nesta seção demonstraremos as bases teóricas para o surgimento da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, qual se constitui por três pressupostos: a força normativa da constituição, os princípios constitucionais e o princípio da dignidade humana.

1.1 Força normativa da constituição

Com a evolução do Estado liberal para “social democrático”, este passa a intervir mais diretamente sobre os interesses privados e as relações daí iminentes. A constituição passa a incidir sobre a ordem civil, propagando valores sobre os nichos sociais, econômicos e culturais.

Nos primórdios desta evolução, a Constituição não era tida como fonte normatizadora de condutas, mas sim como mera ordem programática com fins a serem atingidos, na maioria das vezes, sem qualquer eficácia social. Assim, antes de sua ascensão como norma hierarquicamente superior e conseqüente adoção do controle de constitucionalidade, era mera declaração de princípios a serem reforçados pela legislação.

Quadro que só passa ser modificado com a gradativa admissão da força normativa da Constituição que passa a considerar o ordenamento como um todo, em que a Constituição representa o farol para o caminho que o legislador infraconstitucional deve seguir. Essa compreensão nos dá o suporte para o que Luiz Edson Fachin (2000) chama de “virada de Copérnico” no Direito Privado.

Concomitantemente à aceitação da força normativa da constituição nasce o Estado Social, e com seu advento as Constituições passam a sancionar direitos de segunda geração, e traçar desígnios a serem alcançados.

Ainda assim, inicialmente, a força normativa da Constituição era aceita apenas no que tange à sua aplicação na organização do Estado, assim os mandamentos sociais nela estabelecidos não alcançavam a eficácia pretendida pelo constituinte.

Não obstante, na medida em que se aceita a força normativa da Constituição de Konrad Hesse, a Constituição passa ser exercida em toda sua grandeza. Ministra o professor alemão, ao cuidar da “Constituição jurídica”

e da “Constituição real”, que a força normativa da Constituição depende da “vontade de constituição” estabelecida no consciente geral da sociedade.

[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.” (HESSE, 1991).

A constituição passa então a regular relações que não apenas as verticais entre cidadão e estado, que se constitui no seu núcleo duro, mas também em se tratando de um Estado Social, passa a regular as relações entre os particulares.

Assim passa-se considerar um enfoque unitário de ordenamento (SARLET, 2006), que impede o isolamento da constituição do resto do ordenamento, o que evita a concepção de um Direito Constitucional e Direito Privado de forma compartimentada e estanque. Isso não quer dizer que a Constituição deva regular detalhadamente todos os aspectos da vida em sociedade, mas que carrega uma série de princípios dotados de força de irradiação.

1.2 Os princípios constitucionais

Como dito, inicialmente não se atribuía à Constituição um caráter jurídico de normas, mas apenas de um arcabouço de princípios, preceitos morais e políticos.

Porém, o Direito Contemporâneo admite a força normativa dos princípios constitucionais, que conforme Paulo Bonavides (2001) é característica das Constituições promulgadas que denotam a hegemonia dos princípios, que são “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”

Durante o século XX, os Estados Democráticos, passaram a abarcar em suas constituições diversos ramos do direito, incluindo o direito privado. O que não foi diferente no Brasil, que se passou a considerar a pessoa humana como polo central das relações entre particulares.

Neste sentido e no entender de Robert Alexy (2015), os princípios, como normas jurídicas se diferenciam das regras por serem passíveis de ponderação, sendo verdadeiros mandados de otimização, determinando que algo seja realizado sob sua égide na maior medida possível, enquanto as regras são do tipo “tudo ou nada”.

Assim, após diferenciar regras de princípios de diversas formas, Robert Alexy apresenta essa distinção nos seguintes termos:

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 urna distinção de grau. Toda norma é ou urna regra ou um princípio. (ALEXY, 2015).

Em relação aos casos de colisões de princípios, Robert Alexy soluciona por meio da ponderação, atribuindo pesos aos princípios colidentes, obtendo-se a preponderância de um sobre o outro, de acordo como o fato analisado, não havendo que se falar em invalidade de norma jurídica.

Enquanto que no caso de conflito de regras, conforme o autor, o legislador resolveria a colisão pela anexação de uma cláusula de exceção ou invalidando uma das regras (ALEXY, 2015).

Alexy cita a generalidade, e vagueza, como características que permitem aos princípios amoldarem-se a diferentes situações, adaptando-se à evolução social. E são estas características dos princípios que permitem a constitucionalização do direito privado através da irradiação dos seus valores que permeiam todo o ordenamento jurídico e até permitem que novos valores sociais sejam acrescentados ao direito privado.

Neste sentido, Sarlet, citando Maria Celina Bodin de Moraes, assevera que não é suficiente a verificação dos princípios do direito privado no Texto Constitucional, sendo imprescindível considerar que, se as normas constitucionais são o topo do sistema jurídico, seus princípios são as normas diretivas para construção de todo ordenamento infraconstitucional.

Tal entendimento não se dá apenas pela configuração hierarquicamente superior da constituição, mas em reconhecendo os que valores expressos pelo constituinte devem permear o sistema jurídico como um todo único. Valores estes obtidos da noção de justiça, dos ideais e da cultura que organizam a sociedade.

1.3 O princípio da dignidade da pessoa humana

Dentro do mesmo contexto principiológico, o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual se banham os direitos fundamentais, somente passou a ser positivado no século XX, principalmente após a segunda guerra mundial com o advento da Declaração Universal da ONU.

A dignidade humana é considerada pela Declaração Universal de 1948, como valor a ser difundido por todo universo dos direitos. Considerado com um contra-ataque às consequências catastróficas decorrentes do nazismo e do fascismo.

Não diferentemente, na Constituição Brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana com especial consideração foi elevado à categoria de fundamento da república, sendo valor que se irradia em todos os atos da sociedade sejam públicos ou privados.

Assim toda ação do Estado e da Sociedade deve ter, dentre outros fins, a consagração do ser humano, servindo a dignidade da pessoa humana como guia para o direito público e privado, pois não pode ser outra a função do direito senão a promoção do bem comum. Nas palavras de Hesse (1998): “A promoção desse princípio se dá especialmente pelos direitos fundamentais, gerados para proteção de ramos da vida individual postos em perigo.”

Não que se possa afirmar que os direitos fundamentais na sua totalidade estão erigidos sobre o princípio da dignidade humana, mas é cediço que negando os direitos fundamentais, de alguma forma estamos afrontando a dignidade humana.

Ingo Wolfgang Sarlet argumenta que a dignidade faz parte da própria natureza humana, portanto não pode ser determinada por uma norma. Defende que não é apenas um direito fundamental, mas um princípio de maior grau valorativo e hierárquico. Assim como princípio, considerado no sentido de mandado de otimização, devendo ser aplicado com maior grau de aproximação, resta demonstrado que o princípio da dignidade humana pode ser realizado em diversos graus.

E, especialmente no que diz respeito à possibilidade da vinculação dos particulares, Sarlet (2006) afirma que:

[...] também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a ideia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre os particulares. [...] tal constatação decorre do fato de que há muito já se percebeu – designadamente em face da opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais – que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é)

o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral.

Sarlet (2006) considera que, devido ponderação de valores nos conflitos entre princípios, a proteção à dignidade humana justifica a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos.

Além desta função restritiva, pode-se visualizar como decorrência do princípio da dignidade humana, o princípio da proibição do retrocesso. Supressões ou restrições a prestações sociais determinadas pelo legislador poderão ser consideradas inconstitucionais por serem consideradas retrocesso “sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa humana [...]” (SARLET, 2006).

Corroborando com o entendimento de Sarlet, professor José Carlos Vieira de Andrade, ao analisar a Constituição Portuguesa, concluiu que é o princípio da dignidade humana o nexa entre os direitos fundamentais nela contidos que a torna uma unidade (SARLET, 2006).

Vale dizer, que a respeito do princípio da dignidade humana, existem divergências valorativas, sendo que parte da doutrina aponta para o princípio como sendo absoluto, impassível de ponderação. No entanto, outra parte da doutrina afirma a possibilidade da relativização do princípio quando houver conflitos de interesses de dois ou mais sujeitos decorrentes da dignidade humana, quando se utiliza da ponderação de direitos fundamentais, mesmo se reconhecendo a existência de um núcleo essencial e inatingível (ALEXY, 2015).

Demonstrando algumas condutas em que estava à baila o princípio da dignidade humana, como no arremesso de anões, na autorização para cirurgia de redesignação sexual, Tepedino (2004) conclui que a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser isolada na esfera do direito público, pois as pressões decorrentes

principalmente da atividade econômica favorecem violações à dignidade humana, demandando um controle social alicerçado em valores constitucionais.

Tepedino (2004) ressalta o caráter de princípio que a dignidade da pessoa humana obteve com a Constituição Federal de 1988, no art. 3º, III:

[...] a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo: tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, bem como o inteiro ordenamento infraconstitucional, com supremacia sobre todas as demais normas jurídicas. Pretendeu, portanto, o constituinte, com a fixação da cláusula geral acima aludida e mediante o estabelecimento de princípios fundamentais introdutórios, definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos.

Conforme Barcellos (2002), a dignidade da pessoa humana é considerada, o pressuposto filosófico de qualquer regime jurídico civilizado e das sociedades democráticas em geral, assim sendo o constituinte de 1988 fez uma clara opção pela dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro e de sua atuação.

Ainda tratando da eficácia jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações privadas, Barcellos trata dos obstáculos ao poder judiciário implementá-lo, consubstanciados principalmente no princípio da separação dos poderes. Assim o judiciário não poderia determinar ao poder público o cumprimento de prestações positivas, vez que seriam veredictos a serem tomados pela coletividade para que se aplicassem a todos. No entanto, Barcellos argumenta que a separação dos poderes nada mais é que instrumento de proteção à dignidade humana com finalidade de evitar abusos do poder público. Portanto, princípios passíveis de ponderação quando se propõe a dar eficácia ao princípio da dignidade humana.

2 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Como visto nos capítulos anteriores, os direitos fundamentais, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana visam informar todo o sistema jurídico, seja em razão da força normativa da constituição, da sua hierarquia ou rigidez, ou mesmo dos valores adotados pelo constituinte.

E é nesta ótica que os direitos fundamentais, forjados na constância do Estado Liberal como meio de limitação do poder estatal, passam a ser vistos sob uma nova dimensão: a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Heck (1999), leciona que os requisitos necessários para uma vida em liberdade e dignidade devem ser mantidos pelos direitos fundamentais. A liberdade individual só existe no seio de uma comunidade livre. Estas são funções dos direitos fundamentais, pois garantem os direitos subjetivos do particular e objetivos da ordem constitucional estatal-jurídica e democrática.

No que tange à origem histórica, a sentença prolatada no ano de 1958 pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão no caso Lüth é considerada como o ponto inicial a partir do qual surgiu a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na qual ficou determinado que os direitos fundamentais “consustanciam afirmações valorativas de natureza jurídicoobjetiva da Constituição, com eficácia em todo o sistema jurídico e fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.”

A seguir veremos algumas diferenças entre as dimensões subjetiva e objetiva com ênfase nesta e nos seus efeitos.

2.1 Dimensão subjetiva dos direitos fundamentais

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais equivale a sua concepção tradicional, que os considera apenas direitos subjetivos, fato que não os limita aos direitos de liberdade, vez que nesta ordem incluem-se também os direitos políticos e os direitos sociais.

Nesta esteira, Sarlet (2006), traduz que sob a perspectiva subjetiva, referimo-nos à possibilidade de o titular exercer judicialmente seus poderes, liberdades como também direitos a ações positivas ou negativas garantidos pelas normas de direitos fundamentais. Desta forma, verifica-se que a ótica subjetiva de direitos fundamentais lhes atribui dentre outras características a de serem exequíveis judicialmente.

Direito subjetivo, considera-se a prerrogativa que uma pessoa tem de realizar efetivamente interesses que lhe são reconhecidos por uma norma (ANDRADE, 2002).

O conjunto de direitos subjetivos abrange garantias institucionais e direitos-garantias. Igualmente são incluídos os direitos coletivos, por serem de titularidade individual.

No que se aplica ao conjunto de direitos fundamentais, os direitos subjetivos destinam-se a proteção da dignidade humana individual. São direitos gerais, são direitos de igualdade e inerentes a condição humana. São ainda caracterizados pela fundamentabilidade, ou seja, a relevância que tem o direito no resguardo da dignidade humana (ANDRADE, 2002).

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais consiste, primordialmente no direito de defesa dos indivíduos contra a atividade estatal capaz de violar o espaço de sua liberdade individual, corresponde a um status negativo.

2.2 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Paralelamente à dimensão subjetiva, como demonstrado na introdução a este capítulo, a doutrina e a jurisprudência criaram a concepção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Considera-se a compreensão de que se podem considerar os direitos fundamentais independentemente de uma ótica individualista trazida do direito civil contida numa noção de sujeitos de direitos. Além disso, trata-se de considerar que os direitos fundamentais sancionam os valores de maior importância de uma sociedade, são pilares da ordem jurídica, não se limitando a interesses individuais, mas ampliando-se de forma geral a comunidade como guia de toda atuação do Estado e da sociedade (SARMENTO, 2004).

Tavares (2006) afirma que esse caráter dúplice, de regra, não está expresso nos textos constitucionais, mas decorre da aplicação e da interpretação utilizada pelo operador do direito.

No que concerne à amplitude, para Andrade (2006), a dimensão subjetiva não é suficiente para explorar todas as repercussões jurídicas decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais. Conceitua que os direitos fundamentais não subjetivos, como direitos de dimensão objetiva.

Conforme o mesmo autor, as garantias constitucionais, eficácia externa e dever de proteção, de organização e processo são consequências dos direitos fundamentais objetivos. As garantias constitucionais consubstanciam-se nos deveres impostos ao estado em atender as necessidades da dignidade humana, sem que se transforme em relações de poder. Como exemplos, tem-se a responsabilidade civil do estado, garantia do direito à saúde, à educação.

O autor ainda demonstra que o âmbito do direito privado não pode ficar isolado dos efeitos dos direitos fundamentais, vez que

devido sua fundamentabilidade, deve submeter todo o ordenamento. Igualmente, os efeitos dos direitos fundamentais alcançam a organização e execução das atividades públicas. Neste patamar, o autor afirma haver direitos fundamentais a um processo, um tramite, como o amplo acesso à justiça, os remédios constitucionais, que se destinam à realização de direitos fundamentais de dimensão subjetiva.

Neste contexto, o direito privado passa por um processo de socialização, sendo influenciado pelo valor da solidariedade, com ascendente preocupação com a parte hipossuficiente. Assim aumentam as mitigações à autonomia privada, sejam elas determinadas pela jurisprudência ou pela legislação. Alguns exemplos de tutelas de hipossuficientes resultantes deste processo são: a função social do contrato; a função social da propriedade; a boa-fé objetiva; a função social da empresa; o Código de Defesa do Consumidor; dentre outros.

Ao abordar o tema da constitucionalização do Direito Civil, que trata da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivada, Fachin e Ruzyk (2006) asseveram que a tutela e a proteção e o desenvolvimento da dignidade humana, como fundamentos de todo sistema jurídico, devem atribuições de todos e não somente estatal.

Afirmam ainda que não há sentido em se sustentar a limites negativos ao estado em relação ao direito privado e ao mesmo tempo o uma invulnerabilidade deste em relação aos direitos fundamentais.

Nesta atual permeabilidade interdisciplinar entre público e privado não é aconselhável utilizarmos de um modelo de subsunção do fato a norma, pois há um risco de lesão a direitos fundamentais quando se utiliza de modelos positivados endurecidos. Assim se faz necessária sempre a análise do fato sob o controle do princípio da dignidade humana.

A dimensão objetiva expõe os direitos fundamentais como valores escolhidos pela sociedade como fundamento para todo o ordenamento, seja em relações públicas ou privadas.

E, é neste sentido que Hesse (1998) trata a dimensão objetiva como “elementos da ordem objetiva”, determina ‘status’, limita ‘status’ e assegura ‘status’, e considera o particular como constituinte da coletividade.” O autor usa a expressão “elementos” pois a expressão “valores”, não conduziria a uma definição clarividente das normas de direitos fundamentais, acarretando uma excessiva valoração subjetiva pelo juiz, por fim causando perdas para a certeza jurídica.

Os direitos fundamentais, sendo valores eleitos pela sociedade como para orientação de todo o sistema jurídico, não podem ficar compartimentados somente à atuação estatal, devendo condicionar também a ordem jurídica privada.

Para tanto, Alexy (2015), extrai o caráter objetivos dos princípios quando abstrai destes o conteúdo, o titular e o destinatário dos direitos, o que chama de tríplice exclusão ou tríplice abstração. Desta forma, utilizando a liberdade de opinião como exemplo, Alexy (2015) estabelece que por meio desta tríplice abstração, o direito de frente ao Estado, determina que este:

Por meio dessa abstração tripla, o direito de a, em face do Estado, a que este não o embarace em sua manifestação do pensamento transforma-se em um simples dever-ser da liberdade de opinião. É de se supor que se queira fazer menção a esse tipo de princípios triplamente abstraídos quando se fala em “decisões jurídico-constitucional fundamentais” de “normas axiológicas fundamentais”, de “decisões axiológicas”, etc., ou simplesmente em “ideias mestras da Constituição alemã”, que se irradiam por todos os ramos do direito.

Diante do exposto, inferido das doutrinas acima mencionada, é de se afirmar que da dimensão objetiva dos direitos fundamentais decorrem três efeitos principais: a eficácia irradiante, o dever de proteção e a vinculação dos particulares. Nas palavras de Steinmetz (2004):

Com apoio na tese da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, fundamentam-se (i) o efeito de irradiação

dos direitos fundamentais em todos os âmbitos do direito, (ii) os direitos fundamentais como direitos à proteção (deveres de proteção do Estado), e (iii) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Efeitos estes que serão analisados a seguir:

2.2.1 Efeitos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Assim, com a afirmação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cabe-nos examinar os efeitos principais dela decorrentes.

Do ponto de vista histórico, conforme Steinmetz (2004):

Do ponto de vista da história da jurisprudência constitucional, a origem das construções dogmáticas do efeito de irradiação dos direitos fundamentais, dos direitos fundamentais como direitos à proteção e da vinculação dos particulares a direitos fundamentais é a mesma: a sentença do Tribunal Constitucional alemão no Caso Lüth (1958). Como já exposto (v. item 3.3, supra), nessa sentença, o Tribunal Constitucional alemão formulou a teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais: à clássica tese dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de liberdade adicionou a tese dos direitos fundamentais como um sistema de valores (ou uma ordem objetiva de valores) que deve reger todos os âmbitos do direito e do qual a legislação, a administração e a jurisdição recebem diretrizes e impulso.

Veremos sinteticamente cada um dos efeitos, com vistas à sua implicação sobre a noção de constituição como conjunto de valores, mormente a vinculação dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

2.2.1.1 Eficácia irradiante dos direitos fundamentais

Segundo Steinmetz (2004), o efeito de irradiação dos direitos fundamentais apresenta duas particularidades. A primeira consistente no fato de que não se constitui em um novo âmbito do objetivo do Direito

Constitucional, mas permite que cada ramo do Direito civil, penal, administrativo mantenha-se como tal, no entanto, moldados por ele. A segunda relativa ao fato de não expressar por si só seu alcance e extensão.

Assim, a irradiação da eficácia dos direitos fundamentais subordina a estes todo o sistema jurídico. Significa dizer que esta eficácia dos direitos fundamentais é a perfusão dos valores fundantes destes direitos sobre o ordenamento jurídico como um todo, moldando a interpretação de normas infraconstitucionais e determinando um viés para o juiz, administrador ou legislador (SARMENTO, 2004).

Importante ferramenta da irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais é a interpretação conforme a Constituição, que se consubstancia tanto num método hermenêutico como num método de controle de constitucionalidade.

Esta eficácia também determina uma releitura de todo o direito positivado, harmonizando-o com os valores expressos pelos direitos fundamentais constitucionais.

Nesta toada, afirma Sarmento (2004), que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais se revela sobremaneira na aplicação e interpretação de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais consignados na legislação ordinária. Os maiores exemplos são os conceitos de boa-fé, interesse público, ordem pública, etc. que possibilita a ampliação dos efeitos dos direitos fundamentais para o campo das relações privadas.

Contudo, conforme Sarmento (2004), o Supremo Tribunal Federal com uma postura criticável, afasta algumas hipóteses de aplicação da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, constituídas na interpretação conforme os valores constitucionais de cláusulas gerais de direito infraconstitucional, como nos casos em que não se admite recurso extraordinário por violação indireta ao texto constitucional.

Deste modo, não se admite recurso extraordinário ainda que a lei recorrida atente contra os princípios constitucionais, em razão de não ter ocorrido violação direta ao texto constitucional, refutando o emprego da interpretação conforme a constituição.

2.2.1.2 Dever de proteção

A atual teoria dos direitos fundamentais afirma que não cabe ao Estado apenas omitir-se de violar esses direitos, mas também lhe é determinado que proteja seus titulares de violações por terceiros, seja um particular ou um Estado Estrangeiro.

Esta proteção se expande pelos mais diversos âmbitos, sejam públicos ou privados. Na concepção do Tribunal Constitucional alemão, os deveres de proteção podem ser convocados mesmo quando a ameaça ao direito fundamental seja impessoal, ou seja, quando advém de fenômenos naturais ou de ameaças coletivas.

Nesta esteira, Mendes (1999) leciona que juntamente com a proteção contra atos do poder estatal, os direitos fundamentais consubstanciam-se em elemento da ordem objetiva da comunidade.

Já, Sarmiento (2004), considera imprescindível a aplicação da teoria ao nosso ordenamento, já que os direitos fundamentais não devem ser exclusivamente opostos ao Estado, obrigando a este demonstrar uma tutela positiva dos direitos fundamentais diante das violações e ameaças advindas de terceiros.

Steinmetz (2004) invoca uma concisa definição de Alexy:

[...] os direitos à proteção são direitos subjetivos constitucionais ante o Estado para que este realize ações positivas fáticas ou normativas que têm como objeto a delimitação das esferas de sujeitos jurídicos de igual hierarquia como assim também a imponibilidade e a imposição desta demarcação.

Quanto aos sujeitos, Steinmetz (2004), define que o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais considerados direitos à proteção. Sendo assim, o que para o particular são direitos à proteção para o Estado são deveres de proteção.

Para concretizar esta proteção estão à disposição do estado meios normativos e fáticos para o cumprimento dos deveres de proteção. Estes meios podem se expressar por: normas de direito penal, de direito processual penal, de direito civil, de direito processual civil, de direito do trabalho, de direito administrativo, ações administrativas e atuações fáticas diversas (STEINMETZ, 2004).

Conforme Steinmetz, os fundamentos para o efeito de proteção decorrente dos direitos fundamentais são encontrados, dentre outros, no inciso XLI, do artigo 5º da Constituição: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.” Este determina ao legislador que atue na proteção dos direitos fundamentais contra ameaças praticadas pelos poderes públicos ou particulares.

É possível verificar que assim como a proteção do estado a direitos fundamentais, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais também surte efeitos idênticos de defesa dos direitos fundamentais. No entanto, conforme Steinmetz (2004), a construção hermenêutica de cada uma das teorias é única, pois enquanto na primeira nem sempre existe colisão entre direitos fundamentais (quando o estado protege o direito à vida num crime de homicídio), na segunda sempre existirá colisão de direito fundamental de um particular contra o outro.

2.2.1.3 Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vista sob a ótica de um sistema de valores objetivos que se irradiam por todo o sistema jurídico permite a aplicação dos direitos fundamentais nas

relações interprivadas, com o fim de impedir maculas aos direitos constitucionalmente protegidos.

No Brasil, o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, se instaurou a partir dos trabalhos de Wilson Steinmetz e Daniel Sarmiento (SILVA, 2005):

Ambos os trabalhos que são objetos desta resenha têm como origem teses de doutorado, ambas defendidas em 2003. Daniel Sarmiento defendeu seu doutorado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), sob orientação do Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres, em junho de 2003. Já Wilson Steinmetz, orientado pelo Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève, defendeu sua tese na Universidade Federal do Paraná (UFPR), meses antes, em fevereiro do mesmo ano.

[...]

Os trabalhos de Steinmetz e Sarmiento devem ser encarados como referência pelo pioneirismo aliado à qualidade acadêmica.

São dois os pressupostos que fundamentam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o primeiro relaciona-se ao fato de que manifestações de poder não são de exclusividade do Estado, revelando-se também nas relações entre particulares; e em segundo que a Constituição, pelos motivos já expostos, modula todos os âmbitos da vida em sociedade.

Para explicar a dimensão objetiva existem cinco grupos de teorias que abordaram a questão (SARMENTO, 2004).

- a) *Teoria negativista*: esta teoria rejeita a possibilidade da aplicação dos efeitos dos direitos fundamentais às relações interprivadas. É a teoria aceita no direito estadunidense advinda da doutrina “*state action*”, pela qual a aplicação dos direitos fundamentais somente pode acontecer quando em uma ação do estado.
- b) *Teoria da eficácia indireta mediata*: também conhecida como teoria da eficácia indireta, é a atualmente a predomina na

Alemanha (SARMENTO, 2004), pela qual se defende que os direitos fundamentais não devem ser aplicados diretamente como direitos subjetivos, pois senão fulminariam a autonomia privada. Neste caso são aplicáveis como valores que modulam a aplicação e interpretação do direito privado. Assim, a incidência dos efeitos dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares deve ser mediada pela atuação legislativa ou judicial.

c) *Teoria da eficácia imediata*: também conhecida como teoria da eficácia direta, esta teoria admite a aplicação imediata e direta de alguns direitos fundamentais às relações privadas, sem qualquer mediação pelo legislador, e como oponibilidade erga omnes.

Os adeptos desta teoria admitem a ponderação dos direitos fundamentais, já que podem ser aplicados diretamente e, conseqüentemente, ocorrem colisões entre os próprios direitos fundamentais. Assim, alicerçando-se nos ensinamentos de Alexy, aos quais também se filia Wilson Steinmetz, com a finalidade de não fulminar a autonomia privada, como também outros direitos fundamentais, utiliza-se da técnica de ponderação de princípios.

d) *Teoria que confina a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares aos deveres de proteção pelo estado*: por esta, os direitos fundamentais são apontados apenas para o Estado, ao qual, por meio de legislação caberia protegê-los nas relações interprivadas.

e) *Teorias mistas, ou teorias alternativas*: entre estas encontram-se a teoria da “convergência estatista” que preconiza a questão como um falso problema; e a teoria de Robert Alexy, que pretende harmonizar as demais teorias.

Destas, merece destaque a postura de Alexy (2015), que tenta harmonizar as teorias da eficácia imediata; da eficácia mediata, e dos deveres de proteção do Estado. Ele ressalta que cada uma das teorias seria aplicável a um determinado nível de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Num primeiro patamar, a teoria dos efeitos mediatos, que determina ao Estado os deveres de legislar e julgar sob a ótica dos valores objetivos decorrentes da Constituição. Num segundo nível, a teoria dos deveres de proteção do Estado, pela qual ele próprio violaria os direitos fundamentais se não os protegesse. E, por fim, a teoria da eficácia imediata.

2.3 Teoria aplicada pelo STF

Entre outros julgados que podem ser citados, no RE 201819/RJ, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, entendeu como certo a aplicação direta no caso em que a associação pretendia expulsar o sócio da corporação, sem observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa:

A Turma retomou julgamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição. O Min. Gilmar Mendes, negou provimento ao recurso por entender ser hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

[...]

Concluiu que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Após, o Min. Joaquim Barbosa pediu vista

dos autos. RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 16.11.2004. (RE-201819)". Enunciado nº 370 do Supremo Tribunal Federal.

Exatamente nos mesmos termos, por ocasião do RE n. 158.215-RS (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996), a Segunda Turma do STF firmou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares no caso de violação ao direito de contraditório e ampla defesa na expulsão de um associado de Cooperativa, em razão de conduta contrária aos estatutos.

Outro caso, mas de grande repercussão internacional foi do suposto estupro de Gloria Trevi, a cantora que estava encarcerada para fins de extradição, já que deixara o seu país de origem devido suspeitas de estar envolvida em crimes contra a liberdade sexual de crianças e adolescentes (STF, 2010).

A cantora durante o cárcere apresentou-se em estado gravídico que afirmara ter se originado de estupro praticado por policiais federais.

Os policiais sob os quais recaía a suspeita imediatamente se dispuseram a fornecer seu material genético para exame. No entanto, a cantora negou a realização do exame. E entre seus argumentos, afirmava que enquanto mãe tinha direito exclusivo de autorizar a realização do exame do material genético de seu filho.

Neste ponto surgiu o conflito entre os direitos fundamentais à honra dos policiais acusados e da intimidade e intangibilidade corporal da acusadora e seu filho.

Utilizando-se da técnica de ponderação de direitos fundamentais, o STF, considerando o direito a honra de mais de 50 suspeitos, em relação a intimidade e intangibilidade corporal da mãe e seu filho, autorizou a coleta de material biológico da placenta durante o parto. E ao final ficou constatado que o filho era do namorado da cantora.

Diante dos julgados acima expostos, entre outros observáveis, ao que se nos apresenta, a teoria predominantemente adotada pelo Supremo Tribunal Federal é da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Conclusões

Conforme exposto, as normas princípio são essenciais na promoção dos direitos fundamentais, que muitas vezes assim se manifestam. E, admitir sua normatividade garante a eficácia social da constituição.

Assim como os direitos fundamentais, o princípio da dignidade humana banha todo o sistema normativo e os próprios direitos fundamentais constitucionais. Não que se possa afirmar que os direitos fundamentais em sua totalidade estão erigidos sobre o princípio da dignidade humana, mas é cediço que negando os direitos fundamentais, de alguma forma estamos afrontando a dignidade humana.

Os direitos fundamentais são expressos por duas dimensões: Subjetiva e Objetiva, e neste trabalho, em análise à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, assim como dos seus efeitos, buscou-se expor resumidamente cada um de seus efeitos e um rápido conceito de cada teoria relativa à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. O que evidenciou não só a possibilidade como também a necessidade de se admitir aceitar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

E diante da exposição dos seus efeitos, assim como das teorias apresentadas para vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, conclui-se que a teoria mais apta a ser adotada no Brasil é a teoria da eficácia imediata ou direta, sendo a mais compatível com a força normativa da constituição e com o texto do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que determina a aplicação imediata dos

direitos fundamentais. Também porque, com ela também se faz possível a ponderação dos direitos fundamentais em conflito para solução dos litígios sem que se fulmine os direitos. Além de se fazer compatível com a teoria da eficácia mediata e com a teoria dos deveres de proteção.

Neste sentido, a fim de corroborar com a plausibilidade da aplicação da eficácia imediata dos direitos fundamentais entre os particulares e regressando ao introyto da importância do princípio da dignidade humana para este fenômeno, cita-se Gontijo (2007):

A justificativa para a eficácia imediata dos direitos fundamentais está no fato de que o Estado Constitucional Contemporâneo estrutura-se na tutela da dignidade e da liberdade da pessoa (conceito mais amplo e complexo do que a autonomia da vontade na qual se funda o Estado Liberal).

Com efeito, a dignidade e a liberdade da pessoa humana estão armazenadas no seio da sociedade, e por essa razão o respeito e a proteção desses valores exigem que os direitos fundamentais nos quais elas se fundamentam possam se fazer valer frente aos particulares.

Enfim, como dito na Introdução, não houve intenção de esgotamento ou aprofundamento teórico do tema, pois o aprofundamento deste, por si só, já seria suficiente para a construção de uma dissertação. Ademais, o tema é parte integrante da dissertação final do mestrado, a qual contará com maior aprofundamento teórico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONTIJO, Andre Pires. Contratos Bancários e Relação de Consumo: Análise Propedêutica da Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações entre Particulares. *Brazilian Journal of International Law*, 2007.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua Influência no Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, n. 16, p. 45, 1999.

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

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Ed. Sergio Fabris, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 173-180, maio 2005. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/revista-direito-gv>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Teoria da argumentação jurídica frente à atuação estatal¹

Janaína Reckziegel²
Sandro Zancanaro³

Introdução

A Dignidade Humana é um conceito multiforme, embora defendido pelas mais diferentes culturas, é extremamente difícil determinar uma concepção única ou, pelo menos, algum elemento comum, do oriente ao ocidente. O desenvolvimento deste prestigiado princípio teve seu início muito antes de nossa era, séculos antes de Cristo. Ele também não ocorreu apenas em uma região específica do globo, evoluiu no oriente e no ocidente simultaneamente.

No pós segunda guerra mundial, a Dignidade Humana foi amplamente utilizada para justificar os mais diversos governos, fundados nas mais distintas ideologias. Inclusive Estados autoritários fundamentam o seu poder na defesa dos Direitos Humanos, intrinsecamente ligados a Dignidade, o excepcional aumento de poder se justifica para proteção das pessoas comuns. Atualmente o embate é entre as teses Universalistas e as Relativistas. Para os primeiros os Direitos Humanos são idênticos em todas as nações, independentemente da formação cultural em cada

¹ O presente trabalho é resultado de pesquisa em Bioética do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Civis do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

² Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito Público; Especialista em “Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura” e em “Educação e docência no ensino superior”; Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; Professora Universitária e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

³ Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Integrante do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais Civis. Delegado de Polícia no Estado de Santa Catarina. Graduado pela Universidade de São Paulo; Possui Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público.

localidade. Para o segundo grupo, a definição de Direitos Humanos será formada em cada país, de acordo com as prioridades de cada povo. Um terceiro grupo propõe a existência de um núcleo duro inegociável, absoluto e universal, e uma periferia mutante, que se altera de acordo com as prioridades locais.

A principal dificuldade se refere ao conflito entre Direitos Humanos, entre as diferentes faces da Dignidade Humana. Como determinar em cada caso concreto qual o bem jurídico que deve prevalecer? Nestes casos, autores propõem medidas para solução, alguns mais legalistas, outros não. Neste diapasão, surge o trabalho de Alexy (2015), principalmente em suas obras *Teoria da Argumentação Jurídica* e *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ele propõe um método racional para solucionar estes conflitos, de forma que se possa acompanhar o caminho aplicado pelo magistrado para se chegar ao resultado judicial. Robert Alexy (2015) analisa a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito de uma determinada decisão.

Hodiernamente a sociedade encontra-se em transformação constante, com avanços tecnológicos quase diários. A informática é um grande exemplo, mas não só ela se encontra em evolução frenética. A medicina, especialmente no que tange a codificação do genoma humano, traz gigantescos desafios ao universo jurídico. São inúmeras consequências à vida humana, inclusive legais. Isto afetará relações familiares, sociais e do indivíduo com o Estado. Como se pode proteger a intimidade na atualidade frente a este cenário?

Surge assim o desafio às sociedades democráticas, como solucionar esta contenta da modernidade sem abandonar Direitos alcançados com tanta dificuldade por milhares de anos? Este artigo procura demonstrar que é possível conciliar bens jurídicos aparentemente antagonistas, através de instrumentos racionais que podem ser verificados pelos operadores do direito.

1 Desenvolvimento

1.1 Uma abordagem inicial sobre os direitos humanos

Durante nossa história sempre houve a preocupação de proteção da Dimensão Básica da Dignidade Humana, busca-se “defender os seres humanos contra qualquer tipo de coisificação ou de redução jurídica ou moral de sua humanidade.” (BAEZ et al., 2012, p. 15). Mas apesar do sentimento de incompatibilidade de um determinado comportamento com a condição humana, a composição de um conceito e a tarefa de defendê-lo foi longa e laboriosa, que teve contribuições importantes de diferentes civilizações, do oriente ao ocidente, por milênios. Neste sentido as relações, com suas doutrinas de paz e misericórdia, igualdade e solidariedade, ajudaram a desenvolver a Dimensão Básica dos Direitos Humanos. Nesse sentido tem-se o ditado, “trate os outros como gostaria de ser tratado”. Hoje sabe-se que os desejos de um indivíduo podem ser completamente opostos de outro, mesmo o conceito de felicidade pode ser extremamente divergente.

Dessa forma, desde o começo existe uma ideia de que a Dignidade Humana antecede e se sobrepõe até as leis escritas. Ela não é criada, mas sim reconhecida pelo Estado (BAEZ et al., 2012, p. 40).

Hodiernamente o conceito de Dignidade Humana se ampliou enormemente. Mas tão difícil quanto conceituar este termo é tornar efetivo os Direitos inerentes à Dignidade. Estamos na fase de enumeração de Direitos Fundamentais, sem conseguir estabelecer um conceito específico em que exista um consenso. Os ocidentais, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), após a Segunda Guerra, vem resistindo em estabelecer Direitos específicos. De uma forma geral os Direitos que concretizam a Dignidade Humana são genéricos, o que torna difícil a tutela. Há um viés individualista. Esta visão permitiu a

segregação racial nos Estados Unidos, mesmo após a assinatura de Declaração Universal dos Direitos Humanos no final da década de 1940. Em resposta os países orientais e árabes propuseram o Pacto Civil e Social (BRASIL, 1992), procurou ser mais específico na definição dos Direitos.

Indubitavelmente uma solução passaria por uma abordagem multicultural, pois a resposta adequada não se encontra especificada em um país ou continente específico. Apesar do desenvolvimento milenar da Dignidade Humana, o mundo ainda é infestado de miséria e dor. Muito ainda deve-se fazer para concretizar os Direitos de todos os cidadãos, são recorrentes violações de seus Direitos Humanos pela falta de um mínimo de respeito, seja de tratamento, seja na disponibilização de bens materiais essenciais a uma vida digna.

De acordo com Kant (2009, p. 134-135, 140-441), a autonomia está intimamente relacionada com a Dignidade. Representa o Direito de escolher seu próprio destino, inclusive escolher as leis que irão gerir a sua vida. Assim qualquer atitude que atinja a sua autonomia atinge também a sua dignidade (RECKZIEGEL, 2016, p. 214). Contudo é importante salientar que possuem dignidade inclusive aqueles que não têm discernimento, como os doentes mentais (SARLET, 2013, p. 23). Mas a Dignidade só estará completa se com a autonomia existir a liberdade. Por outro lado, mesmo esta não é absoluta, ela deve coexistir com a liberdade dos demais integrantes da sociedade.

1.2 Uma abordagem contemporânea da dignidade humana

A Professora e Dra. Reckziegel (2016), em sua obra *Dignidade Humana em Risco: Existe Limite para as Experiências Científicas?*, procurou investigar como experiências médicas e farmacológicas podem afetar a Dignidade Humana. Ela discutiu a importância do consentimento na realização destes testes, reforçando a ideia de autonomia. Inclusive

este tema representa uma parcela de um tema mais abrangente, do desenvolvimento da biotecnologia. Neste diapasão também se discute os limites de emprego do Ácido Desoxirribonucléico (DNA) pela administração pública.

Atualmente a Dignidade Humana é utilizada com frequência em decisões judiciais (BRASIL, 2012) e na atividade legislativa. Nesta última hipótese pode-se citar a Lei Maria da Penha, Estatuto do Deficiente e o Estatuto do Idoso. Nossa constituição deu tal relevância a Dignidade Humana que colocou a mesma no artigo 1º de nossa Carta Maior: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; [...]” (BRASIL, 1988). Todos os Estados, até os mais autoritários, como a Coréia do Norte, se proclamam respeitadores da Dignidade Humana (REUTERS, 2017), tal o destaque dado ao tema.

Unger (2001) relaciona, com razão a dignidade com a felicidade. Mas apesar de importante e singela, é uma afirmação complexa. O que faz cada pessoa feliz é distinto, mas de uma forma geral deve-se garantir meios da cada pessoa buscar a sua felicidade. O governo não pode encontrar na felicidade de cada um, só fornecer os meios de cada um alcançar a sua.

Como já afirmado, a definição da Dignidade Humana é um problema crucial. Para alguns, os Universalistas, a Dignidade é a mesma em qualquer cultura ou local do mundo. Outro grupo, os relativistas, por outro lado apontam que cada cultura tem a sua definição da Dignidade. Para Baez (2010, p. 24), a Dignidade Humana tem duas dimensões: uma básica universal e outra dimensão cultural. Na primeira estão disposições como vida, liberdade e igualdade. Esta última posição parece mais adequada a um mundo multicultural, sem perder de vista elementos básicos, essenciais a todos os seres humanos.

Durin (apud RECKZIEGEL, 2016, p. 238) busca um conceito muito próximo ao apresentado por Kant, afirmando que a pessoa terá sua Dignidade violada quando for transformado em instrumento.

Em diversos momentos, no entanto, pode-se visualizar conflitos entre Direitos definidos como fundamentais, pois é possível imaginar uma situação específica em que o médico/família deva escolher entre a vida da mãe ou do feto. De acordo com a posição teórica assumida, a resposta será distinta, ora em prol da mãe, ora em benefício do feto. Mas como se pode valorar qual das vidas é a mais importante, da mãe ou do feto. Outros inúmeros exemplos podem ser visualizados no dia a dia do judiciário. Ainda é possível identificar a hipótese em que uma jovem quer saber sua origem genética, mas o pai nega-se a submeter ao exame. Como ponderar qual o Direito deve prevalecer: do pai ou do filho?

Para solucionar casos como estes alguns autores propõe algumas soluções. Um deles é Alexy (2015) com a sua Teoria da Argumentação Jurídica, que será desenvolvida no próximo tópico.

1.3 Robert Alexy e a teoria dos direitos fundamentais: uma solução ao conflito dos direitos fundamentais

Nesta obra, A Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy (2015, p. 28) aborda a Teoria dos Princípios, uma Teoria Axiológica. É uma abertura do sistema jurídico ao sistema moral. Representando uma resposta ao modelo legalista puro proposto por Kelsen (1999, p. 47). Sob o pretexto da segurança Jurídica criou-se uma situação completamente abusiva a Dignidade Humana. A legalidade é essencial, mas deve ser permeada por elementos axiológicos. Existem as mais diversas Teorias sobre os Direitos Fundamentais, como as filosóficas e as sociológicas. Alexy (2015, p. 31) busca colocar ordem neste ambiente criando a Teoria Jurídica Geral dos Direitos Fundamentais.

Esta Teoria é Dogmática. A dogmática jurídica busca respostas racionais para normas abertas, visto que, como dito, o legislador não consegue abarcar todas as hipóteses. O problema dos valores é o preenchimento das lacunas, tem-se um problema de complementação (ALEXY, 2015, p. 36). Quem é legitimado para estabelecer os valores que serão dispostos para toda a sociedade? Seria justo exigir de todos o cumprimento de algo oriundo de uma maioria momentânea? Estes e muitos outros dilemas se apresentam aos operadores do Direito.

O que se busca é um Sistema de Direitos Fundamentais, com enunciados claros, úteis para resolver problemas específicos. Busca-se uma Teorização dos Direitos Fundamentais. Apesar de muitas Teorias deve-se buscar uma mais elaborada sobre os Direitos Fundamentais (ALEXY, 2015, p. 45). Mas existem objeções a esta Teoria Geral, com relação a sua abstração e a possibilidade de contradição de diversas formas. Clareza analítico-conceitual é essencial para qualquer estudo racional, e o Direito se propõe racional. Os caracteres dos Direitos Fundamentais devem ser compreensíveis pela maior parte da população (ALEXY, 2015, p. 43). Mas se deve ter cuidado, a lógica pura aproxima em demasia o Direito da Matemática. Na prática a decisão não é assim tão simples para se atingir a justiça (ALEXY, 2015, p. 48).

A lei escrita pode dar vida a diferentes normas, ademais uma norma pode ser produto de vários enunciados legais. Uma norma vai muito além do texto que está na lei, por isso a importância da interpretação, para adequar um enunciado ao contexto social (ALEXY, 2015, p. 54). Para Muller (1977, p. 75), a norma só estará completa com a decisão judicial (ALEXY, 2015, p. 77). A linguagem técnica é importante para que os operadores do direito se compreendam. Padronizar os termos permite o avanço da discussão (ALEXY, 2015, p. 60). Apesar desta uniformização, ainda não se consegue estabelecer um conceito preciso de Direitos Fundamentais, Direitos Humanos positivados. Ao contrário do

que parece, uma definição excessivamente ampla não ajuda na proteção destes Direitos. A administração pública não tem recursos infinitos, a busca de amparo de um leque muito grande de Direitos, não permite uma defesa adequada deles.

Pelo que foi exposto, pode-se observar com clareza que a Argumentação Jurídica ganha relevo. Surge então a preocupação de se estabelecer um procedimento lógico que pode ser seguido por outras pessoas. Mas o procedimento deve ser racional, não arbitrário (ALEXY, 2015, p. 84).

Na sequência Alexy (2015) procura distinguir Regras de Princípios. Elas são 2 espécies de normas. Uma diferença proposta é de que os princípios têm uma generalidade maior que as regras. Outro ponto é o de que as regras têm sua aplicação determinada. Mas apesar destes pontos a distinção continua sendo muito difícil (ALEXY, 2015, p. 87). Para Alexy (2015) a diferença entre eles é qualitativa, isto significa que cada Princípio, no caso de conflito, deve ser atendido na medida de sua possibilidade. Isto é, para Alexy (2015, p. 90), Mandamentos de Otimização.

As regras, por outro lado, em caso de conflito, não permitem ponderação. Apenas uma delas deve sobreviver, salvo se existir cláusula de exceção. Dworkin defende que para as regras vale a forma tudo-ou-nada (ALEXY, 2015, p. 92).

Princípio não é um mandamento definitivo, mas sim um mandamento *prima facie* (ALEXY, 2015, p. 104). Isto significa que deve existir um sopesamento, determinando qual princípio deve prevalecer no caso concreto. O problema de Princípios Absolutos é que só podem ser garantidos a uma única pessoa.

Para o autor alemão, o Princípio da Proporcionalidade exige três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2015, p. 117). A Adequação significa idoneidade para

atingir os objetivos propostos. A Necessidade refere-se à indispensabilidade da medida, observando que não há outra forma menos gravosa de atingir os objetivos. Por fim, a Proporcionalidade em Sentido Estrito, que é a ponderação entre a restrição efetuada com o benefício obtido.

Existem críticas também ao sopesamento de valores, pois eles representariam uma forma de esconder o decisionismo judicial, o subjetivismo. Segundos os críticos, esta teoria permite que os magistrados acabem agindo arbitrariamente, ignorando completamente o disposto na legislação. A Legislação é confeccionada pelos representantes do povo, só ela tem legitimidade para ser exigida de forma abstrata da população. Alexy (2015, p. 165) se defende afirmando que se pode estabelecer uma distinção: Decisionismo – a norma escolhida não é encontrada de forma racional; e Fundamentado – o processo psíquico que gera o enunciado de preferência e sua fundamentação podem ser racionalmente observados.

Continuando, é importante ressaltar que Alexy (2015, p. 251) não defende apenas os Princípios. Ele afirma que as Regras e os Princípios se complementam, existem normas que devem ser expressas pela primeira espécie, e algumas na segunda espécie.

Dessa forma, é importante salientar, novamente, que não existem Direitos Absolutos. Segundo Alexy (2015, p. 229): “Se todos forem absolutamente livres, voltamos ao estado de natureza.” Segundo ele os Direitos Fundamentais não são definitivos, são Direitos *Prima Facie* (ALEXY, 2015, p. 277). Estes são Direitos Restringíveis. Esta restrição é perfeitamente possível, desde que compatível com a Constituição. O mesmo autor descreve que a proteção ilimitada da liberdade não é a intenção de qualquer Estado Democrático de Direito (ALEXY, 2015, p. 300). É difícil imaginar uma sociedade que se sustente apenas em Direitos Absolutos. Isto vai totalmente contra a harmonia e a paz social. Para Haberle, todos os Direitos são carentes de restrição legal e configuração legal (ALEXY, 2015, p. 333).

A teoria proposta por Alexy (2015, p. 574) não permite uma solução para todos os casos, busca apenas trazer uma argumentação lógico-racional para solução de conflitos entre Direitos Fundamentais. Estas decisões dão autoridade às decisões judiciais prolatadas. O judiciário precisa também justificar, fundamentar suas decisões. A população precisa acreditar que a decisão tomada foi a mais justa possível e que o magistrado agiu com imparcialidade. Do contrário ter-se-ia apenas arbitrariedade.

Muitos autores, entre eles Habermas (1997, p. 288), criticam o fato de o sopesamento proposto não ligar o julgador a nada. No Brasil, Streck (2011, p. 47), também é partidário da mesma avaliação. Para eles, esta Teoria nos tira totalmente o embasamento das decisões, põe-nos em um terreno movediço.

Alexy (2015, p. 582) se defende afirmando que o legislador não consegue prever absolutamente todas as hipóteses. Resta uma ampla margem de discricionariedade ao magistrado. O sopesamento dos princípios permite uma análise racional e justificável da cada decisão (ALEXY, 2015, p. 599).

Quanto mais se aproxima da essência de um Direito, mas ele se torna resistente a limitações (ALEXY, 2015, p. 626). Este é um importante parâmetro que justifica e fundamenta uma decisão complexa. Como dito, esta não é uma Teoria Geral Absoluta, mas sim um importante instrumento que auxilia a solução dos mais diversos problemas contemporâneos, cada vez mais complexos, como o que se expõe a seguir.

1.4 Os desafios das novas tecnologias para a dogmática jurídica

O século XXI é marcado por novas tecnologias que representam enormes desafios ao Direito. Pode-se citar como exemplo o grande desenvolvimento que se obteve nas telecomunicações. Atualmente

qualquer um pode falar em tempo real com outra pessoa que está em qualquer lugar do mundo.

As discussões sobre telecomunicações envolvem os mais diversos temas, como quebra de sigilo, inclusive de aplicativos de comunicações como facebook e whatsapp (MARTINES, 2017). Também se discute o acesso das autoridades policiais aos dados dos cidadãos (HOFFMANN, 2017) ou de qualquer pessoa em território nacional (MELO, 2017). Ademais se pode visualizar o Direito à Imagem (MARTINS, 2017), especialmente no que se refere a biografia não autorizada.

Ainda existem gigantescos conflitos sobre relações de consumo. Vive-se em uma sociedade de consumo de massa, onde grandes corporações abusam da vulnerabilidade do cidadão consumidor. Este habitat embora já muito complexo, modifica-se em uma velocidade desconcertante. O aparato estatal não consegue acompanhar esta evolução, deixando frequentemente o cidadão desguarnecido. Este tema é ainda mais relevante quando estudado na sociedade da informação. As empresas utilizam de forma indevida este conhecimento armazenado sobre seus clientes, principalmente para operações de marketing, sem autorização e, muitas vezes, sem ao menos conhecimento dos proprietários dos dados. Isto representa uma grande ofensa à intimidade e à privacidade e, portanto, a Dignidade Humana. Em face disto é necessário alargar a tutela jurídica, seja contra entidades públicas ou privadas (PEZZELLA; BORBA, 2012, p. 233).

Contudo o objeto deste trabalho é outra notável revolução científica, o Exame de Ácido Desoxirribonucléico (DNA) (GUELLITY, 2014). Os cromossomos são corpos em forma de filamento que se encontram no núcleo das células e contém toda nossa informação biológica. Cada célula humana tem 23 pares de cromossomos, com exceção das células reprodutoras, com metade. Ácido Desoxirribonucléico (DNA) é uma cadeia de nucleotídeos em dupla hélice. Genes são um segmento do Ácido Desoxirribonucléico (DNA), com uma sequência específica (SANCHEZ, 2003, p. 86). Mas basta um

pequeno fragmento de Ácido Desoxirribonucléico (DNA) para identificar uma pessoa. O Ácido Desoxirribonucléico, comumente conhecido como DNA (do inglês *deoxyribonucleic acid*) é um complexo de moléculas que contém todas as informações necessárias para construir e manter um organismo. Estas provas podem ser utilizadas nas seguintes situações (SANCHEZ, 2003, p. 87):

- a) identificar doenças genéticas;
- b) identificar portadores que possuem um gene defeituoso, evitando gerar filhos com enfermidades genéticas;
- c) detectar uma enfermidade genética antes que ela se manifeste, para melhorar a sua qualidade de vida;
- d) apontar que pessoas que podem contrair enfermidades específicas em razão de um gene defeituoso.

Estas informações também podem ser utilizadas no âmbito jurídico (SANCHEZ, 2003, p. 88):

- a) para determinação da paternidade biológica e outras formas de parentesco. Com os avanços no processo de identificação, é possível identificar o genitor sem precisar do material genético da mãe;
- b) a identificação de pessoas em procedimentos penais. Aqui se compara o vestígio encontrado no local da prova com o suspeito; e
- c) a identificação de indivíduos post-mortem. Comparando o Ácido Desoxirribonucléico (DNA) do falecido com as informações constantes no banco de dados.

Contudo, uma pessoa que realiza o Exame em estudo deve ter o poder de controlar o uso de seus dados, pelo menos na grande maioria dos

casos. Não só isso, deve poder escolher que informações quer conhecer e tem o direito de poder conceder estas informações a terceiros. Neste campo deve-se discutir se é possível e como armazenar estas informações (SANCHEZ, 2003, p. 91).

Outro ponto importantíssimo a ser desvendado é o fato de ser ou não possível a realização compulsória destes testes em processos criminais (HADDAD, 2007, p. 220). Muito se discute inclusive sobre a confiabilidade dos referidos exames, inclusive nos Estados Unidos onde ele é abundantemente empregado (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 772). Embora cientes da necessidade e relevância destes exames, os autores que são contrários a realização compulsória do exame, questionam em que hipóteses se justifica a realização do teste e por quanto tempo a informação genética pode ser armazenada?

O Comitê Internacional de Bioética da UNESCO (2001) elaborou a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Neste documento proclamou que o genoma humano é patrimônio da humanidade. Assim, ele não pode ser objeto de apropriação por pessoas ou grupos com interesses particulares (SANCHEZ, 2003, p. 91).

Os Bancos de Dados com Informação do Genoma Pessoal podem ser de dois tipos: aqueles destinados a buscar características específicas nos genes, principalmente para catalogar doenças; e para identificar pessoas, como ocorre nos arquivos policiais. Em qualquer caso deve haver um controle rigoroso destes dados (SANCHEZ, 2003, p. 96).

Os Bancos de Dados de Ácido Desoxirribonucléico (DNA) podem ter estudos estatísticos populacionais, dados utilizados pela polícia e investigações de pessoas desaparecidas. A legislação espanhola, por exemplo, não é suficientemente clara sobre o tema. Este país utiliza para regulamentar o assunto decretos do executivo, mas isto deveria ocorrer por lei, segundo a doutrina majoritária. A maioria dos países europeus tem leis específicas a respeito, especialmente sobre sua utilização com

fins policiais. Nesta legislação é estabelecido o que deve ser armazenado e por quanto tempo (SANCHEZ, 2003, p. 98).

Nesse sentido pode-se vislumbrar que muitos países ocidentais, inclusive muitos reconhecidos como respeitadores dos Direitos Humanos, aplicam o Exame de Ácido Desoxirribonucléico (DNA) de forma compulsória (HADDAD, 2007, p. 220). Contudo, precisa-se de parâmetros seguros para balizar esta obrigatoriedade, executada por lei, editada pelos legítimos representantes do povo, os parlamentares.

Através de um procedimento legal é possível estabelecer critérios seguros que embora representem uma pequena restrição do Direito à Intimidade e à Autodeterminação, permite garantir a segurança de toda a sociedade. Através destes exames pode-se prevenir doenças hereditárias e encontrar com rapidez e alto grau de certeza dos responsáveis por delitos violentos, como o estupro, os crimes contra a vida e a integridade física.

Esta legislação atende plenamente os limites da Teoria da Argumentação Jurídica. Ela é adequada, pois idônea para garantir mais segurança à sociedade, permitindo maior rapidez e segurança na elucidação de delitos. Ela também é necessária, pois não existe alternativa similar a ser aplicada. Por fim, esta interpretação também atende à Proporcionalidade em Sentido Estrito, pois a restrição enfrentada pela pessoa é ínfima se comparada com o incremento observado em vários campos, especialmente à segurança pública.

Como apresentado anteriormente, nenhum Direito Fundamental é absoluto. Mesmo o Direito à Vida é relativizado no artigo 5º de nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988). Nossa legislação permite em certas hipóteses Aborto e até Homicídio (legítima defesa e estado de necessidade) (BRASIL, 2016). Estas restrições são muito mais gravosas ao suspeito que o Exame de Ácido Desoxirribonucléico (DNA), mesmo assim são permitidas. Não seria razoável que estas espécies sejam permitidas e outras, menos danosas sejam proibidas. A sociedade

e o estado devem estar preparados para absorver novas tecnologias, que acabam surgindo com a evolução da sociedade de uma forma consciente e madura, pois as mesmas visam solucionar situações que até a pouco tempo não era possível com precisão. Como afirmado, a utilização de novos instrumentos, de forma regrada, permite maior efetividade dos órgãos estatais, dentro de um sistema que respeita os Direitos Fundamentais, especialmente a dignidade humana.

Ignorar o avanço da tecnologia não é uma saída. Pode-se verificar como exemplo a inclusão da quebra do sigilo telefônico, previsto em nossa legislação (BRASIL, 1996). Além deste, existem outros exemplos em nosso ordenamento de limitação de Direitos Fundamentais, como a Intimidade, em que a constitucionalidade é reconhecida. Ademais, países europeus e inclusive a UNESCO (SANCHEZ, 2003, p. 81) reconhecem a possibilidade da utilização dos dados genéticos, por entidades públicas e privadas, desde que de uma forma regrada.

Conclui-se que atualmente, a sociedade está em mudança, com o surgimento constante de novas tecnologias. O legislador, precedido de um amplo debate, precisa acompanhar estas transformações apontando os parâmetros corretos e seguros em que se permita a atuação estatal em prol da sociedade bem como a proteção dos cidadãos e seus direitos. Só assim se poderá resguardar a Dignidade Humana, e o Direito Fundamental desenvolvido durante milênios de história na sociedade como um todo, sem abandonar criminosos, nem suas vítimas.

Conclusão

O artigo apresentou o desenvolvimento do Princípio da Dignidade Humana durante a história. A necessidade de limites na atuação social mostrava-se essencial mesmo séculos antes da era cristã, especialmente no que se refere a restrição da atuação estatal do rei

naquela época. Deve existir um mínimo a ser garantido, mormente pelo Estado. Esta imposição surgiu nas mais diferentes culturas, e em diferentes continentes.

A partir do reconhecimento da necessidade dos Direitos Humanos, uma das faces da Dignidade Humana, surge a parte mais complexa, estabelecer uma definição uniforme destes Direitos. Nesse sentido foram desenvolvidas duas correntes, dos Universalistas, que entendem ser os Direitos Humanos comuns em todos os países do mundo; e a outra corrente, dos Relativistas, aduzindo que o conceito pode variar de acordo com os costumes de cada nação. Buscando conciliar estes entendimentos, surgindo uma corrente que prega uma solução intermediária. Para este grupo existe um cerne inabalável e uma região externa que se modifica de acordo com as culturas regionais.

Tal é a importância dos Direitos Humanos que nossa Magna Carta se preocupou com eles, diretamente, em seu artigo 5º, § 3º; como através da Dignidade Humana, expressa logo no artigo 1º, inciso III do mesmo diploma. Embora o constituinte tenha sido bastante enfático em sua proteção, o legislador é medíocre na sua concretização.

Um dos principais problemas jurídicos da atualidade é a colisão de aspectos da Dignidade Humana, especialmente no que se refere ao enfrentamento das novas tecnologias. O tema é ainda mais relevante em razão da inércia do legislativo, órgão legitimado democraticamente para criar regras a todos os cidadãos. Isto não faz com que o problema fique suspenso, apenas imputa ao judiciário e aos demais operadores do direito a busca por uma solução razoável. Mas como encontrar uma solução democrática neste emaranhado.

Alguns autores propõem soluções, mas nos interessa aqui a tese do professor Robert Alexy (2015), através de suas obras *Teoria dos Direitos Fundamentais* e *Teoria da Argumentação Jurídica*. Este autor propõe uma resposta para este dilema, por meio do Princípio da Proporcionalidade

afirmando que se deve analisar em cada caso concreto a melhor opção, de acordo com a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Isto nos permite encontrar uma solução racional e adequada que poderá ser justificada frente aos demais operadores do direito, onde estes direitos devem ser efetivados na melhor medida possível.

Esta proposta é colocada em prática todos os dias pelos nossos tribunais para resolver dilemas que venham a surgir como resultado de impressionantes avanços tecnológicos, podendo citar como aqueles ocorridos envolvendo a genética humana. O texto procurou abordar a possibilidade de realização compulsória de exames de Ácido Desoxirribonucléico (DNA) em condenados por crimes graves. Observou-se que é possível estabelecer critérios rígidos para a realização destes exames, sem que para tanto se ofenda a Dignidade Humana, inclusive dos condenados por crimes hediondos. Mas é importante que a regulamentação seja disposta pelo legislador, antecedida de um debate público, garantindo seu viés democrático.

Esta é a possível solução para a conciliação de todos os bens jurídicos, afinal não se pode admitir direitos absolutos, pois se o admitissem, eles só existiriam para uma única pessoa.

Referências

ABRAMS, Kerry; GARRETT, Brandon L. Ácido Desoxirribonucléico (DNA) and Distrust. *Notre Dame Law Review*, v. 91, n. 2, p. 757-814, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *Teoria da dupla dimensão dos direitos humanos e sua utilidade prática para a solução de hard cases envolvendo a violação de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.publica-direito.com.br/artigos/?cod=123b7f02433572a0>>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Senado Federal: Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n. 3.412/AL, de 12 de novembro de 2012*. Distrito Federal. Relatora: Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

GUELLITY, Marcel. *O que é DNA?* 2014. Disponível em: <<http://www.euquerobiologia.com.br/2014/04/o-que-e-dna.html>>. Acesso em: 03 set. 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de Ácido Desoxirribonucléico (DNA) compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 216-53, 2007.

HOFFMANN, Henrique. Delegado de polícia pode acessar dados sem autorização judicial: *ConJur*, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-13/academia-policia-delegado-policia-acessar-dados-autorizacao-judicial>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARTINS, Jomar. Quem se expõe não tem direito à indenização pela divulgação de imagem. *ConJur*, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-11/quem-expoe-nao-indenizado-divulgacao-imagem>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

MARTINES, Fernando. Justiça deve acionar acordo bilateral para quebrar sigilo de conversas no Facebook. *ConJur*, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-01/justica-acionar-acordo-bilateral-quebrar-sigilo-facebook>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

MELO, João Ozório de. Justiça dos EUA coloca na balança eficiência policial versus privacidade. *ConJur*, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-12/justica-eua-coloca-balanca-eficiencia-policial-versus-privacidade>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; BORBA, Mauro Evely Vieira de. *Sociedade da informação, dignidade da pessoa e relações de consumo*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

RECKZIEGEL, Janaína. *Dignidade humana em risco: existe limite para as experiências científicas?* Curitiba: Prismas, 2016.

REUTERS. *Coréia do Norte boicota sessão de direitos humanos da ONU*. 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/coreia-do-norte-boicota-sessao-de-direitos-humanos-da-onu/>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

SANCHEZ, Ana (Org.). *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*. Barcelona: Icaria, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos: da teoria à prática*. Brasília: UNESCO, 2001. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Política: os textos centrais – a teoria contra o destino*. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Argos, 2001.

A evolução histórica das ações afirmativas e seu desenvolvimento no Brasil

Douglas Cristian Fontana¹

Introdução

A concretização de direitos humanos e fundamentais não depende apenas de previsões constitucionais ou de medidas legislativas. Depende também de ações efetivas que causem mudanças sociais.

Evidentemente que quando se quer, por ato estatal, promover uma mudança social, eliminar desigualdades ou incluir um grupo social até então excluído, há que haver leis efetivas que impulsionem essas ações concretas de modificação da realidade.

O Brasil, como país eivado de desigualdades, que tem como objetivo fundamental o combate a essas desigualdades, adotou nos últimos anos algumas medidas legislativas que visam combater diferenças sociais, igualar oportunidades, conceder preferências a grupos marginalizados ou vulneráveis, ou mesmo garantir que determinados grupos passem a participar de forma mais efetiva da sociedade como um todo. Algumas destas medidas são classificadas como ações afirmativas.

No entanto, estas ações afirmativas geram debates na sociedade, levantando polêmicas sobre o mérito, a discriminação reversa, a necessidade ou não de serem implantadas, bem como sobre os critérios utilizados na sua adoção.

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Esse debate é importante e precisa ser levado adiante, permitindo uma construção mais adequada de ideias, discutindo-se todos os inúmeros pontos de vista que permeiam a polêmica sobre ações afirmativas.

Contudo, para que se possa ter um debate qualificado e construtivo, há que conhecer com profundidade o tema a ser discutido.

Em razão disso, o objetivo deste estudo é conhecer como surgiram e se desenvolveram as ações afirmativas no Brasil, especialmente no que se refere a negros, mulheres e deficientes físicos.

Para o alcance deste objetivo, apresenta-se, por meio de uma pesquisa bibliográfica, sob um método dedutivo, inicialmente um estudo sobre o conceito, objetivos, características e pontos polêmicos das ações afirmativas. No segundo tópico é analisada a relação teórica entre ação afirmativa, igualdade e dignidade da pessoa humana. Num terceiro tópico, desenvolve-se um estudo sobre a evolução histórica das ações afirmativas, delineando-se como, onde e por que elas surgiram. Por fim, no quarto tópico, apresenta-se o desenvolvimento que essas medidas tiveram no Brasil, especialmente em relação a negros, mulheres e deficientes físicos, destacando-se os fundamentos constitucionais de sua utilização, assim como alguns aspectos jurídicos.

Essa análise pode contribuir para a melhor compreensão das ações afirmativas, sua origem história, em razão de quais motivos surgiram, assim como se desenvolveram, sendo, com isso, possível entender melhor em que consiste esse instituto, abrindo horizontes ao debate qualificado sobre a necessidade de utilização das ações afirmativas, ou sobre qual a melhor forma de implantá-las.

O assunto se insere dentro da Linha de Pesquisa: Direitos Fundamentais Cíveis e na Área de Concentração: Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, uma vez que busca investigar a evolução história das ações afirmativas – um dos mais debatidos instrumentos de concretização de direitos fundamentais na atualidade.

1 Ação afirmativa: conceito, objetivos, características e pontos polêmicos

A proteção e promoção dos direitos humanos no plano internacional, assim como dos direitos fundamentais (entendidos como aqueles positivados na Constituição de um país) exigem uma série de mecanismos públicos ou privados que visem a fruição destes direitos.

Isso porque, passado mais de meio século do fim da Segunda Guerra Mundial, mesmo com a criação de diversos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, vedação à discriminação, propostas de igualdade, ainda assim continuam a ocorrer inúmeras violações de direitos ao redor do mundo, tal como no Brasil.

A discriminação racial, a disparidade de direitos entre os sexos, o descaso com deficientes são algumas das violações que podem ser citadas.

O combate à discriminação no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos se desenvolve em duas estratégias: repressiva, que objetiva punir e eliminar a discriminação; promocional, com objetivo de promover a igualdade. A primeira estratégia visa proibir a exclusão. A segunda, promover a inclusão. No entanto, como a proibição da exclusão não garante a inclusão, são necessárias ações concretas para promover a inclusão. Neste contexto, as ações afirmativas seriam importantes instrumentos de inclusão social (PIOVESAN, 2005).

Elas procuram alcançar a igualdade substantiva de grupos sociais vulneráveis. Neste sentido, a discriminação positiva foi prevista na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, como medida especial para proteção ou incentivo a determinados grupos, com objetivo de que alcancem ascensão social e equiparação com os demais grupos de determinada sociedade (PIOVENSAN, 2005).

Ações afirmativas também foram previstas na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulheres, com objetivo de igualização de status com os homens. Também houve previsão na Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, no sentido de se implementar ações afirmativas em favor da população afrodescendente nas áreas de educação e trabalho (PIOVESAN, 2005).

Esses diversos documentos internacionais que previram ações afirmativas dão mostra da importância que essas medidas têm tomando no mundo. Em razão disso, é salutar aprofundar o conhecimento sobre o tema, iniciando-se por sua definição.

As ações afirmativas, também conhecidas como discriminações positivas ou ações positivas, podem ser compreendidas como medidas privadas ou públicas, voluntárias ou obrigatórias, que visam a promoção ou integração de pessoas ou grupos sociais historicamente discriminados por motivos de raça, origem, sexo, deficiência física, dentre outros (CRUZ, 2003).

São medidas destinadas a correção de desigualdade sociais, seja por características biológicas ou sociológicas. Em alguns casos, a ação afirmativa faz uso do critério racial para promover uma cidadania mínima a grupos excluídos. Neste sentido, são medidas político-jurídicas que objetivam formar uma sociedade mais justa (SELL, 2002).

Trata-se de medidas especiais que buscam acabar com desequilíbrios que existem na sociedade. Com esse mecanismo, busca-se neutralizar alguma desvantagem que há em desfavor de alguma minoria. A implementação dessas ações busca alcançar uma igualdade concreta entre as pessoas (MENEZES, 2001).

Ações afirmativas são instrumento temporário de política social, utilizado por governos ou empresas privadas, com o qual visam integrar determinados grupos à sociedade. O objetivo desta integração é aumentar a participação destas pessoas em esferas da sociedade, das

quais estes cidadãos estavam afastados por diversas razões, como raça, cor, sexo, etc. (KAUFMANN, 2007).

Procura-se criar uma sociedade mais plural, diversificada e tolerante, na qual se leve em consideração as diferenças e a participação de minorias excluídas. Isso porque, se a estratégia se limitasse a vedação do preconceito, a inclusão não obteria o sucesso almejado (KAUFMANN, 2007).

Importante observar que as ações afirmativas costumam ser associadas com políticas de quotas. No entanto, cabe observar que as quotas são apenas uma das modalidades dentre as possíveis ações afirmativas. No Estado Unidos, por exemplo, há oferta de treinamentos para determinados grupos e reformulação de políticas de contratação com observância de fatores de grupos que se pretende beneficiar (MENEZES, 2001).

Inclusive, segundo Menezes (2001) o sistema puro de quotas é considerado inconstitucional nos Estados Unidos, pois se considera que implica em tratamento discriminatório em relação a outros grupos para além daqueles que se pretendeu beneficiar.

Outro aspecto interessante das ações afirmativas é que elas não são ações exclusivas do poder público. Há inúmeras empresas que adotam determinados sistemas de ações positivas de acordo com suas políticas de recursos humanos (MENEZES, 2001).

Cabe observar que, embora dentro de uma perspectiva história as ações afirmativas tenham origem no combate às discriminações, atualmente há uma interpretação mais ampla que sustenta como fundamentação dessas políticas a promoção de maior diversidade social, buscando integrar mais alguns grupos sub-representados na sociedade, independentemente dos motivos que deram origem a esta situação (MENEZES, 2001).

Por outro lado, não se pode confundir as políticas de ação afirmativa com direito das minorias. Isso porque, por vezes, as ações afirmativas têm foco em grupos que têm significativa representação

social, como mulheres, ou mesmo em grupos com até maioria social, como pode ocorrer em países africanos (MENEZES, 2001).

Dentre os objetivos das ações afirmativas, é possível identificar duas vertentes: o combate à discriminação e a promoção social (eliminação de desigualdades).

Na vertente do combate à discriminação, há que observar que esta pode ser derivada de diferenças por etnia, religião, gênero etc. Esse combate se dá através da valorização social, econômica, política e cultural destes grupos sociais historicamente excluídos (AGUIAR; MENDES, 2016). Neste contexto, a ação afirmativa tem cunho pedagógico, pois visa propagar nos atores sociais a observância da pluralidade e da diversidade (CAVALCANTI, 2006).

No propósito de eliminar desigualdades, estas são compreendidas como aquelas que se acumularam na história de determinada sociedade. Portanto, as ações afirmativas procuram fazer com que minorias ou determinados grupos sociais tenham oportunidades iguais, permitindo uma competição igualitária entre os que historicamente detiveram poder e os marginalizados (MORAES, 2010).

Busca-se, nesse contexto, coibir efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação, ou seja, a chamada discriminação estrutural. Além disso, a inclusão social de determinadas minorias seria forma de zelar pela pujança econômica do país na medida que as ações afirmativas seriam mecanismo de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente (OLIVEIRA, 2012).

Mediatamente se visa a igualdade de oportunidades; imediatamente, procura-se introduzir transformações de ordem cultural, pedagógica, psicológica capazes de eliminar do imaginário coletivo a ideia de supremacia racial, subordinação de raça ou gênero (MASTRANTONIO, 2009).

Segundo Clève (2014), a ideia é que todos os competidores sociais tenham garantido pelo Estado igualdade de oportunidades. Isso

vai além da igualdade formal de oportunidades, exigindo políticas para compensar ou assistir minorias, de modo que todos, em determinada comunidade, tenham as mesmas possibilidades, ao menos iniciais, para desenvolver suas habilidades, ou seja, o mesmo “ponto de partida”.

Essa ideia de igualdade de oportunidades também está presente na teoria da justiça de John Rawls. Na sua concepção de justiça como sistema equitativo de cooperação social, ele apresenta princípios que regem estes termos equitativos de cooperação. Um dos princípios aborda justamente esta questão, ou seja, que seja garantido um esquema igualitário de oportunidades sociais a todos (RAWLS, 1997).

No tocante às características das ações afirmativas, Ribeiro (2011) apresenta diferenciação entre ação afirmativa formal – aquela que visa combater uma discriminação que se dá em função de uma norma – e ação afirmativa material – aquela que combate discriminação baseada em comportamentos sociais, coletivos ou individuais. O autor também diferencia as ações afirmativas quanto ao nível legal: legal e infralegal (lembrando que devido ao seu caráter temporário, a ação afirmativa não pode estar totalmente incluída no texto constitucional). Além disso, diferencia as ações afirmativas quanto ao alcance: nacional, regional ou local, cuja delimitação se dá pelo princípio da predominância de interesse que rege a distribuição de competência dos entes da Federação.

Melo (1998) identifica algumas características das ações afirmativas, quais sejam: não devem ser consideradas discriminatórias; são de caráter especial; têm objetivo de assegurar o progresso adequado de determinados grupos; não deve haver manutenção de direitos separados para os diferentes grupos; não perdurem no tempo após alcançarem seus objetivos.

Quanto à última característica mencionada (temporariedade), cabe notar que na implementação de ações afirmativas, há a “proibição do excesso”, um subprincípio decorrente da proporcionalidade, que indica ser a discriminação positiva uma política de cunho temporário, sob pena

de ferir, como passar de excessivo tempo, a própria igualdade que visam promover (KAUFMANN, 2007).

Mastrantonio (2009) apresenta ainda algumas condições jurídicas que devem estar presentes para que se caracterize ações afirmativas: regra de objetividade (identificação do grupo desfavorecido e seu âmbito, objetivamente determinado); regra de proporcionalidade (avantajamento ponderado em face da desigualdade a ser corrigida); regra de adequação (razoabilidade – normas adequadas à correção da desigualdade); regra de finalidade (finalidade das normas deve ser a correção da desigualdade); regra de não-onerosidade excessiva (para outros grupos sociais); regra de temporariedade.

Para Ribeiro (2011) há princípios que visam dar orientação à elaboração, aplicação e hermenêutica das ações afirmativas. São eles: temporariedade, bipartição (compensar os discriminados e combater a discriminação, com vedação ao retrocesso), dano atual, equivalência do dano e da reparação (sob pena de implicar em nova discriminação).

Apresentadas a definição, características e objetivos das ações afirmativas, é preciso considerar também as polêmicas que envolvem o instituto. Há divergentes opiniões quanto ao cabimento das ações afirmativas, assim como quanto ao modelo a ser adotado em cada caso.

Segundo Mastrantonio (2009) para aqueles que não coadunam a ideia de ações afirmativas, estas não extirpam as discriminações, mas sim consistem em discriminações às avessas, na medida que procuram sanar uma discriminação com outra. Ainda, tais opositores sustentam que as ações afirmativas não lograram sucesso no aumento da participação dos grupos vulneráveis na sociedade. Alegam também que algumas ações não estariam mais atuais e que se tornaram uma política paternalista, desprezando o mérito das pessoas. Logo, haveria um privilégio a pessoas menos qualificadas em prejuízo das melhor qualificadas.

Já para aqueles que defendem as ações afirmativas, sustentam que elas são instrumento útil para o combate das desigualdades e discriminações. Se sozinhas não tem o condão de elidir todos os problemas existentes, ao menos contribuem para a solução ou minimização dos efeitos de algumas dificuldades encontradas por grupos vulneráveis (MASTRANTONIO, 2009).

Como a ação afirmativa visa garantir ou promover a igualdade de oportunidades, a validade destas medidas em favor de grupos vulneráveis traz a perspectiva de um mundo mais justo, solidário e fraterno, um objetivo da sociedade. Trata-se de procura pela igualdade substancial ou real, para se construir uma sociedade igualitária, justa, solidária e fraterna (MASTRANTONIO, 2009).

Por outro lado, Duarte (2014) questiona a ingerência do Estado nas ações afirmativas que pode desvirtuar conceitos como o mérito. Afirma que a igualdade encontra limites na liberdade e razoabilidade. Portanto, seria arriscado quando a liberdade individual começa a ser limitada. O autor também questiona o grau de subjetividade na avaliação dos critérios raciais. Cita o caso de dois irmãos gêmeos que foram classificados como sendo de raças diferentes pela UnB. Neste contexto, “um problema especificamente do sistema de cotas raciais é que ele arrisca que se trata desigualmente aqueles que, na verdade, são iguais, o que contraria o princípio da igualdade material [...]” (DUARTE, 2014, p. 18).

Outro ponto polêmico sobre ações afirmativas é que enquanto defensores dizem que elas são necessárias para diminuir ou extinguir impactos da condição de vulneráveis, os críticos dizem que ao invés de emancipar os negros, as ações afirmativas perpetuam a noção de inferioridade perante os brancos, gerando tensão social e incapacidade de integração comunitária efetiva (CLÈVE, 2014).

Também polêmica é a questão da ação afirmativa no acesso ao ensino superior. Há uma contraposição entre aqueles que defendem as ações

afirmativas e outros que defendem um maior investimento na educação de base e na expansão da educação superior (MOEHLECKE, 2010).

Para quem defende políticas universalistas, argumenta-se que é necessário tratar da essência do problema, ou seja, a baixa qualidade do ensino básico e as poucas vagas oferecidas no ensino superior em nível público. Já quem apoia políticas de ações afirmativas, sustenta-se que não deveria haver oposição entre todas essas políticas passíveis de adoção, mas sim, uma combinação entre elas (MOEHLECKE, 2010).

Embora haja argumentos interessantes para defensores e opositores, o fato é que qualquer tentativa de inclusão social e promoção da igualdade é válida. Talvez a questão das ações afirmativas não seja sobre existência, mas sim sobre modelo a ser implementado, notadamente os critérios a serem utilizados na definição dos fatores de discriminação positiva. Afinal de contas, racionalmente, não há como ser contra qualquer tentativa de solidariedade social em favor daqueles menos favorecidos.

Tal como sustentou Rawls (1997) na sua Teoria de Justiça como Equidade, as desigualdades provavelmente sempre deverão existir, pois estão na própria natureza do homem, dons naturais ou mesmo boa ou má sorte. No entanto, a questão está em adotar um modelo social em que as desigualdades que existam possam beneficiar os menos favorecidos.

2 Ação afirmativa, igualdade e dignidade da pessoa humana

Conforme já se adiantou no tópico anterior, as ações afirmativas buscam promover a igualdade substancial entre cidadãos, permitindo que grupos ou pessoas discriminadas ou excluídas possam alavancar sua condição social por meio destas ações positivas, tanto promovidas pelo Estado, quanto em âmbito de relações privadas.

Segundo Oliveira (2012, p. 144) as ações afirmativas têm “[...] por objetivo a concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.” Trata-se de uma política de perspectiva não meramente não-discriminatória, ou seja, de cunho proibitivo da discriminação, mas sim de natureza multifacetária que visa evitar a discriminação por outros mecanismos (OLIVEIRA, 2012).

Neste contexto, evidentemente que as ações afirmativas guardam íntima relação com a dimensão substancial do princípio da igualdade.

Há 2000 anos o cristianismo sustenta a igualdade entre os homens. A Declaração Universal dos Direitos do Homem também prevê a igualdade dos homens em direitos e dignidade. No entanto, na realidade, as pessoas são tratadas como desiguais. Embora todos nasçam iguais, a sociedade os trata desde o nascimento de maneiras diferentes. Alguns têm mais assistência, mais possibilidades; outros não (DALLARI, 2004).

O princípio da igualdade “[...] tem origens no século XVIII, em meio às Revoluções Americana e Francesa. Era um cenário de rompimento de paradigmas. A burguesia ascendia ao poder e buscava eliminar quaisquer resquícios de privilégios de que se beneficiavam a nobreza e o clero [...]” (DUARTE, 2014, p. 15).

Cabe lembrar que este ideal de igualdade revolucionário surgiu com o fim de abolir privilégios de algumas classes sociais. Desse modo, era uma igualdade jurídico-formal (DUARTE, 2014).

No entanto, segundo Cavalcanti (2006), a igualdade formal surgida com o liberalismo (Estado Liberal) se mostrou incapaz de estabelecer efetiva isonomia jurídica. Em seguida, com o surgimento do Estado Social, a busca pela redução das desigualdades se ampliou para além de vedar a discriminação, mas sim garantir aos cidadãos iguais oportunidades para realização de seus objetivos. Com isso surgiu a visão material da igualdade.

Sendo assim, ao passo que a igualdade formal assume função de defesa contra os atos do poder público, vedando-se discriminações, a igualdade material requer do Estado a obrigação de atuar na sociedade de modo a garantir igualdade real aos cidadãos. Isso se dá por meio de políticas públicas que diferenciem iguais e desiguais (CAVALVANTI, 2006).

Aguiar e Mendes (2016) destacam três fases distintas da concepção de igualdade: nominalista – momento em que a desigualdade predomina; idealista – defende-se a ideia de igualdade formal perante a lei; realista – leva-se em consideração a igualdade material, respeitando as desigualdades existentes.

Observando-se o contexto mundial dos direitos humanos, nota-se que tanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, como a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, e a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos proclamaram a igualdade entre os homens. Isso é uma profunda demonstração de que os mais diversos povos do planeta valorizam e perseguem a realização da igualdade entre os homens.

Mas uma das principais questões que envolvem o princípio da igualdade é a delimitação de quem são os iguais e os desiguais.

A questão da igualdade deve ser analisada sob dois aspectos: a heterogeneidade dos seres humanos e a multiplicidade de variáveis da vida. No primeiro caso, é preciso considerar as inúmeras diferenças entre uma pessoa e outra, seja por suas características externas quanto pelas características pessoais, psíquicas, etc. No segundo, cabe considerar as inúmeras variáveis da vida, como, por exemplo, riqueza, liberdade, oportunidades, entre outras (SEN, 2001).

Há conexões entres estes dois aspectos, pois, devido a diversidade dos seres humanos, mesmo que por vezes se consiga alinhar o segundo aspecto (oportunidades iguais ou rendas iguais) ainda assim podem surgir

desigualdades. Por isso, a diversidade das pessoas evidencia a necessidade de se observar a diversidade de foco na avaliação da igualdade (SEN, 2001).

Rawls também destacou esses diferentes aspectos que podem causar desigualdade, argumentando que as perspectivas de vida dos cidadãos são afetadas por três tipos de contingências: classe social, talentos naturais e boa ou má sorte. A maneira como a estrutura básica (as principais instituições de base da sociedade) lida com essas contingências para cumprir metas sociais é outro fator que influencia nas perspectivas de vida (RAWLS, 2003).

Ao analisar a questão da igualdade racial, Dworkin (2007) apresenta três teorias passíveis de fundamentar a questão da igualdade. A primeira, chamada de “classificações suspeitas”, pressupõe a inexistência de um direito a não ser tratado de forma discriminatória, mas apenas que determinados grupos recebam a devida consideração dentro do equilíbrio geral. Neste contexto, seria possível a segregação racial se a junção entre crianças negras e brancas pudesse, por determinada ótica, prejudicar as brancas. A segunda teoria, denominada de “categorias proibidas”, prevê a existência de um direito que veda a utilização de determinados atributos, como raça ou sexo, para distinguir grupos de cidadãos e dar a eles tratamentos diferentes. Por fim, a terceira teoria, a das “fontes banidas”, descreve que determinadas preferências políticas, ainda que da maioria, que tenham por base alguma forma de preconceito contra algum grupo nunca possam contar para fundamentar uma política em desfavor deste grupo.

Dentre as três teorias, Dworkin (2007) identifica a terceira como mais adequada. De plano ele descarta a primeira, por insuficiente ao combate da discriminação. Quanto a segunda teoria, a das categorias banidas, sua rigidez impede uma análise do conteúdo e finalidade do direito que se busca. Isso porque, a se proibir de modo taxativo um tratamento diferente por um critério racial, se estaria apenas em uma igualdade formal, desconsiderando-se possibilidade de ações afirmativas

justamente em benefício de grupos menos favorecidos. Por outro lado, a terceira teoria permite uma avaliação da preferência política, ou seja, algo subjacente da norma, o que com ela se objetiva. Desse modo, ao se estabelecer um critério racial para determinado contexto de um direito, numa ação afirmativa (por exemplo), mesmo que se esteja utilizando um modelo formalmente desigual, o objetivo subjacente, a fonte do direito é o tratamento corretivo de uma desigualdade histórica, o que desembaraça uma ideia de igualdade material.

Dworkin (2006) também destaca que o princípio da igualdade, assegurado pela Constituição, impede tanto a discriminação subjetiva (aquela declarada contra determinados grupos), como a discriminação estrutural (padrões sociais e econômicos enraizados na sociedade que influenciam as perspectivas de vida das pessoas). Neste contexto, acabar com essas discriminações seria meta pública cogente, algo moralmente legítimo. A ação afirmativa seria um mecanismo de combater essa discriminação estrutural.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 consagrou a igualdade jurídico-formal, delineando este princípio com diretriz interpretativa das demais normas. É um verdadeiro núcleo da cidadania. Portanto, é mecanismo de inclusão de todas as pessoas (MASTRANTONIO, 2009).

Mas o conceito de igualdade (formal) é insuficiente para permitir que todos os cidadãos possam viver dignamente, pois não pode ser aplicado indistintamente a todos os cidadãos, uma vez que, embora sejam juridicamente iguais, há diferenças econômicas e sociais entre eles (MORAES, 2010).

Portanto, revela-se de extrema importância a ação afirmativa como política de transição da igualdade formal para a material, auxiliando as minorias ou excluídos a alcançar espaços no mercado de trabalho e sistema educacional (MORAES, 2010).

Segundo Clève (2014), hoje no Brasil há um consenso sobre a necessidade de uma concepção substantiva da igualdade, visando superação de heranças trágicas e das diferenças sociais que se acumularam ao longo da história.

Sendo assim, a igualdade deixa de ser um princípio jurídico, passando a ser um objetivo constitucional do Estado e da sociedade (ALVES, 2010).

Com a efetivação dos direitos básicos dos indivíduos, alcançando-se uma igualdade substancial, conseqüentemente se está prestigiando a dignidade da pessoa humana (MORAES, 2010).

Isso porque, “os direitos humanos, depois da Segunda Guerra Mundial, vincularam, de fato, a dignidade à igualdade. Assim, o artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dignidade e igualdade estão associadas [...]” (MAURER, 2009, p. 137).

Nesta perspectiva, importante observar que a dignidade é qualidade intrínseca e distintiva do ser humano, implicando num complexo de direitos e deveres fundamentais, que tanto protegem a pessoa contra tratamento desumano e degradante, como garantem condições existenciais mínimas e saudáveis, assim como promovem a participação ativa de cada pessoa na sua própria existência e na comunhão da vida com os demais (SARLET, 2009).

Dignidade da pessoa humana possui uma dupla função. Na condição de limite, é algo que pertence a cada um e não pode ser perdida. A dignidade gera direitos fundamentais contra atos que a violem ou ameacem. Por outro lado, como tarefa (prestação imposta ao Estado) dela decorrem deveres impostos ao Estado, tanto para proteger a todos contra violações da dignidade, bem como promovendo medidas positivas (prestações). Em outras palavras, há um dever do Estado de proteger a dignidade, assim como um dever de promover, de modo a criar condições que possibilitem aos indivíduos o pleno exercício e fruição da dignidade (SARLET, 2009).

Essa dupla dimensão protetiva significa que, de um lado, a dignidade é direito público subjetivo, direito do indivíduo contra o Estado (e sociedade), e de outro lado, um encargo constitucional ao Estado, que deve proteger o indivíduo. Esse dever constitucional pode ser realizado por vários caminhos: jurídico-defensivo; jurídico-prestacional; jurídico-material e por vias processuais; bem como por meios ideais e materiais (HÄBERLE, 2009).

Atualmente os direitos humanos centram-se na dignidade. A dignidade da pessoa humana é tida como última proteção contra a barbárie. Além disso, os direitos humanos exigem obrigações positivas do poder público, assim como dos próprios indivíduos. Trata-se de evidente relação de respeito pelo Estado e pelos demais indivíduos da dignidade de cada pessoa (MAURER, 2009).

A noção de respeito comporta outro aspecto: frequentemente, no lugar de “respeito” encontramos a palavra “salvaguarda”. Isso significa que respeitar não comporta a ação voluntarista de atribuir. O respeito não é atribuição, mas a salvaguarda de uma realidade que existe independentemente desse respeito, que preexiste a ele. Um reconhecimento. Respeitar a dignidade do homem exige obrigações positivas. A salvaguarda da dignidade é oponível não somente a qualquer medida que lhe seja contrária, mas impõe também que haja prestações materiais efetivas (MAURER, 2009).

A dignidade tem componente defensivo que se deduz da obrigação de respeito. Além do dever de respeito imposto, há um dever concreto de proteção. O Tribunal Constitucional alemão mediante recurso à dignidade da pessoa humana, aceitou a ideia de direitos a prestações positivas, porém de forma cuidadosa e nos estritos limites dos pressupostos mínimos para uma existência digna (KLOEPFER, 2009). Contudo, cabe a observação de que, mesmo sendo deduzido o conteúdo prestacional da dignidade, não existe, com vistas à praticabilidade de tais direitos, uniformidade no

alcance dessa responsabilidade social do Estado. Isso depende da capacidade prestacional de uma sociedade. Portanto, conclui-se que as prestações concretas devem ser determinadas considerando os desenvolvimentos sociais de cada sociedade (KLOEPFER, 2009).

Com efeito, a dignidade é conceito-chave na relação indivíduo e Estado. Diz respeito ao alicerçamento do Estado e estende seus efeitos sobre a sua organização e na satisfação das tarefas estatais, assim como para garantia da liberdade. Ela protege o homem de ser tratado como mero objeto (STARCK, 2009).

Neste contexto, observa-se que as ações afirmativas visam garantir ou promover uma igualdade substancial na sociedade, realizando um objetivo constitucional do Estado. Esse objetivo/dever do Estado tem fundamento jurídico na dimensão prestacional da dignidade da pessoa humana.

Por tanto, ao fim e ao cabo, a ação afirmativa é mecanismo de concretização de direitos humanos, estes entendimentos como aqueles direitos que promovem ou protegem a dignidade da pessoa humana.

Analisado este arcabouço conceitual e teórico das ações afirmativas, cabe agora conhecer melhor a origem dessas medidas.

3 A origem das ações afirmativas

A partir da Declaração Universal de 1948, muitos tratados internacionais surgiram para proteção dos direitos fundamentais. Isso se deu em duas fases: numa primeira, pós-nazismo, eram direitos voltados à proteção das pessoas, sob a ótica da igualdade; numa segunda fase, fez-se necessária uma proteção sob a ótica da diferença e da diversidade (ALVES, 2010).

Essas duas fases, evidentemente, implicam em concepções de igualdade formal e material, aspectos chave para a compreensão das ações afirmativas, conforme já evidenciado no tópico anterior.

“O termo ação afirmativa (affirmative action) surgiu no início da década de 60, quando os Estados Unidos da América (EUA) definiram medidas que viriam a ser adotadas pelo governo, para corrigir ou minimizar os efeitos perversos da discriminação racial no país [...]” (DUARTE, 2014, p. 8).

Para entender melhor o contexto histórico em que surgiram as ações afirmativas nos Estados Unidos, é preciso voltar um pouco mais no tempo, para conhecer o cenário social que se desenvolveu e culminou na adoção destes programas em favor das minorias discriminadas.

A décima quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos surgiu em 1868 como forma de fortalecer direitos legais dos escravos, devido à abolição da escravatura. A partir de uma legislação do Estado da Louisiana, de 1890, a décima quarta emenda passou a ser interpretada tendenciosamente, gerando a doutrina do separate but equal, dando possibilidade à segregação racial. Tal doutrina foi legitimada pela Suprema Corte americana no caso *Plessy vs. Ferguson*, de 1896. Tal entendimento foi confirmado inúmeras vezes até a década de 1950. A primeira derrota da segregação ocorreu em 1954 no caso *Brown vs. Board of Education*, no qual a Suprema Corte decidiu contra a segregação nas escolas, com argumento de que a separação educacional era inerentemente desigual e violava a cláusula de proteção da igualdade. No entanto, as práticas de segregação racial continuaram vigentes na sociedade americana. O cenário somente começou a mudar em 1964 com a aprovação da Lei dos Direitos Civis (Civil Right Act). Foram criados programas de ação afirmativa visando a integração dos negros. Um deles foi o uso de cotas raciais nas universidades. Porém, em 1978 a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade o uso específico de cotas raciais, argumentando

que tal programa viola a proteção da igualdade, prevista na décima quarta emenda. Este entendimento continua prevalecendo. Cabe ponderar que a decisão é contra o uso exclusivo de cotas como fator de ingresso nas universidades americanas, sendo permitido o uso deste fator como um dentre outros fatores de admissão (DUARTE, 2014).

Observa-se, portanto, que o ponto de mudança que deu origem às ações afirmativas nos Estados Unidos ocorreu nos anos 60, no contexto das reivindicações por direitos civis.

Segundo Moehlecke (2002), na década de 60 os Estados Unidos viveram um momento de reivindicações democráticas, notadamente pelos direitos civis, com objetivo da busca de igualdade para todos. Havia naquele país diversas leis segregacionistas, impedindo a convivência de brancos e negros em determinados ambientes. Neste contexto é que se desenvolve a ideia de ação afirmativa, exigindo do Estado, além de garantir a leis antissegregacionistas, que também assumisse uma postura ativa para melhoria das condições da população negra.

Na época, líderes negros americanos começaram a perceber que a simples eliminação de barreiras não era suficiente para acabar com as consequências da segregação racial que existia no país. A partir disso, começaram a reivindicar adequado tratamento e representação no mercado de trabalho, educação e programas públicos (KRSTIC, 2003).

Kaufmann (2007) expõe uma visão interessante, e em certo ponto até divergente de outros autores, sobre a origem das ações afirmativas. Argumenta que elas não tiveram origem em reivindicações de grupos negros, tampouco de construções teóricas sobre o princípio da igualdade, justiça distributiva, justiça compensatória, muito menos de partidos de esquerda ou direita. Elas surgiram num momento marcado pela iminência de um conflito social entre brancos e negros, num contexto de políticas segregacionistas. Ironicamente, algumas delas foram implantadas por Nixon, que era conhecido como “inimigo dos

direitos civis”. Embora as consequências das ações afirmativas reflitam a concretização da igualdade, o fato que ensejou sua adoção foi uma profunda intranquilidade social, por meio de uma sucessão de eventos que não deram escolha aos governantes a não ser implantar políticas públicas a favor dos negros (KAUFMANN, 2007).

O termo “ação afirmativa” aparece pela primeira vez numa ordem executiva assinada por J. F. Kenedy em março 1961, na qual instou as entidades ligadas ao Executivo ao combate à discriminação por meio de ação afirmativa (CAVALCANTI, 2006). Trata-se da Ordem Executiva 10925 que criou a Comissão pela Igualdade de Oportunidade no Emprego, com a missão de acabar com a discriminação racial nos contratos federais (OLIVEIRA, 2012). O principal objetivo dessa ordem executiva era promover igualdade de oportunidades de emprego e garantir que as contratações não fossem realizadas por critérios raciais, religiosos ou de origem nacional (KRSTIC, 2003).

Quatro anos depois, o presidente Lyndon B. Johnson, por meio da ordem executiva 11246, estimulou firmas contratadas pelo governo a reservarem vagas para minorias. (CAVALCANTI, 2006). Eram previstas ações específicas como atualizações, transferências, recrutamento, compensação e treinamento. Além disso, essa ordem foi emendada pela ordem executiva 11373 que trouxe bases iniciais para ações afirmativas em relação à discriminação do emprego feminino, embora os esforços efetivos neste sentido não tenham ocorrido antes de 1973 (KRSTIC, 2003).

Importante salientar que os governos Kennedy e Johnson, embora precursores, não iniciaram as ações afirmativas nos exatos moldes que as entendemos hoje. Na época elas tinham uma conotação no sentido do combate à discriminação, latente naquela sociedade (AGUIAR; MENDES, 2016).

Na administração de Richard M. Nixon, o Departamento de Trabalho emitiu a Ordem Revisada nº 4, por meio da qual exigiu que

todos os contratados desenvolvessem “um programa de ação afirmativa aceitável”, sempre que houvesse menos minorias ou mulheres contratadas numa determinada classificação de emprego, em relação à disponibilidade destas pessoas no mercado de trabalho (KRSTIC, 2003).

É importante observar que, num primeiro momento, as ações afirmativas tiveram conotação de encorajamento por parte do Estado para que as pessoas com poder decisório na área pública e privada levassem em conta nas suas decisões, especialmente no acesso à educação e trabalho, fatores de raça, cor, sexo e origem nacional. Posteriormente, constatada a ineficácia deste procedimento, houve uma alteração conceitual do instituto, passando a ser associada a ideia de igualdade de oportunidades por meio de imposição de cotas de acesso das minorias a determinados setores do mercado de trabalho e educação (OLIVEIRA, 2012).

Mas as ações afirmativas não ficam restritas aos Estados Unidos. Na União Europeia elas se desenvolveram a partir da década de 1980. Contudo, diferentemente dos Estados Unidos, na União Europeia não havia um significativo problema racial, mas sim de discriminação por sexo. Na própria fundação da Comunidade Europeia, no Tratado de Roma, já se recomendava aos Estados Membros a promoção e manutenção de ações para que homens e mulheres tivessem igual pagamento por igual trabalho (KRSTIC, 2003).

Com isso, observa-se que o principal objetivo do surgimento das ações afirmativas na União Europeia, onde são denominadas também de “ações positivas”, foi o de promover a igualdade de gênero. Em outras palavras, por meio do combate à discriminação contra a mulher, as ações afirmativas na Europa procuram promover uma recalibragem das posições de gênero na sociedade.

Nesta perspectiva, após estudo comparado das ações afirmativas nos Estados Unidos e na União Europeia, Krstic (2003) destaca que embora a política de igualdade para as mulheres na Europa tem se

mostrado bem-sucedida, por ora não foi devidamente ampliada para as questões de discriminação racial. Assim, a União Europeia poderia beber na experiência americana nas questões raciais, pois a experiência de uma nação pode inspirar boas práticas em outras. Do mesmo modo, a experiência europeia com as ações em favor das mulheres pode inspirar nos Estados Unidos o maior desenvolvimento de políticas de proteção contra a discriminação de gênero.

Outro aspecto relevante destacado por Krstic (2003) é que a oposição às ações afirmativas na Europa é mais fraca que nos Estados Unidos. Isso se deve ao fato de que a sociedade americana foi moldada sob forte influência do liberalismo inglês. Já na União Europeia, em muitos de seus países, se desenvolveu no último século uma política baseada no Welfare State. Essa ideia de Estado de bem-estar social, profundamente enraizada na mente do povo europeu, por certo explica porque a maior parte da população apoia ações positivas e as visualiza como mecanismo, ainda que parcial, para eliminar desequilíbrios na sociedade.

Além de Estados Unidos e União Europeia, muitos outros países do mundo adotaram ações afirmativas. A Índia promoveu políticas compensatórias aos dalits (intocáveis). Eram cotas de acesso a universidades e empregos públicos (CAVALCANTI, 2006).

A África do Sul também implementou ações positivas em favor da população negra que viveu anos de apartheid. Países como Malásia, Ilhas Fidji, Nigéria, Sri Lanka estão adotando medidas afirmativas para redução das desigualdades (CAVALCANTI, 2006).

Experiências com ações afirmativas também ocorreram em vários países da Europa Ocidental, Austrália, Canadá, Nigéria, Argentina, Cuba, dentre outros (MOEHLECKE, 2002).

Observa-se, portanto, que, embora nascidas nos Estados Unidos, as ações afirmativas se espalharam por diversos países do mundo. Elas

também chegaram ao Brasil, tendo se desenvolvido em variados aspectos, como se verá adiante.

4 O desenvolvimento das ações afirmativas no Brasil

Conforme já destacado no tópico anterior, no campo internacional, datam da década de 1960 as primeiras iniciativas para implementar ações afirmativas como forma de eliminar a discriminação e segregação racial.

O estudo do surgimento das ações afirmativas no Brasil, em especial no que se refere a questão racial, precisa ser feito sob ótica totalmente distinta da origem que essas medidas tiveram nos Estados Unidos. Isso porque, no Brasil nunca houve segregação racial e modo como a colonização se desenvolveu, gerou uma sociedade altamente miscigenada (KAUFMANN, 2007).

Evidentemente isso não significa que não houve e não há discriminação racial, de gênero ou por deficiência no país. Outrossim, até hoje a igualdade substancial não foi obtida no Brasil, embora tenham ocorrido, ao longo da história, tentativas de, ao menos, se conseguir a igualdade formal.

Neste contexto, dentre as primeiras iniciativas nacionais de combate à discriminação, o Brasil ratificou em 1968 a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Com a edição do Decreto nº 65.810 de 8 de dezembro de 1969 o texto passou a vigorar no ordenamento pátrio. A convenção prevê no seu artigo II que os Estados se comprometem a tomar medidas para eliminar a discriminação racial, sob todas as formas, inclusive por meio de medidas legislativas. Há ressalva para que tais medidas não se perpetuem de forma a causar situação de desigualdade (DUARTE, 2014).

No entanto, é preciso lembrar que já na década de 1950 se pretendia combater a discriminação racial no país. Nesse sentido, possível citar a lei Afonso Arinos (lei nº 1.390/51) que estabelece alguns ilícitos penais oriundos de discriminação racial.

No tocante a igualdade de gênero, não se pode esquecer que em 1932, durante o governo Getúlio Vargas, foi assegurado o direito de voto das mulheres. Outro marco do direito das mulheres foi o chamado “estatuto da mulher casada” que visava regular a situação jurídica da mulher casada (lei nº 4.121/62) eliminando a necessidade de autorização do marido para determinados atos, notadamente sobre questões de herança, trabalho e guarda dos filhos. Também a lei do divórcio (lei nº 6515/77), outorgando maior liberdade para o sexo feminino com a dissolução do casamento.

Contudo, observando-se o conteúdo destas poucas iniciativas, fica fácil concluir que elas têm mais uma conotação de combate à discriminação, na esfera de promoção de uma igualdade formal, do que efetivamente construir uma igualdade substancial.

Segundo Moehlecke (2002), as ações afirmativas, nos moldes atualmente conhecidos, tiveram um primeiro impulso em 1968 quando técnicos do Ministério do Trabalho se manifestaram pela criação de uma lei que obrigasse empresas privadas a instituir cotas para contratação de empregados negros. Porém, tal lei não foi elaborada.

Já na década de 1980 formulou-se um primeiro projeto de lei (projeto nº 1.332/1983), pelo deputado Abdias Nascimento, propondo “ação compensatória” para reserva de vagas para mulheres e homens negros no serviço público, bolsas de estudo, incentivos ao setor privado contra discriminação e inclusão no ensino e literatura da figura e história do afrodescendente. O projeto não foi aprovado no Congresso (MOEHLECKE, 2002).

Em 1984 o governo brasileiro, por meio de um decreto, reconhece o antigo Quilombo dos Palmares (Serra da Barriga) com patrimônio histórico do país. Em 1988 cria-se a Fundação Cultural Palmares com função de dar apoio à promoção social do negro no país (MOEHLECKE, 2002).

No que toca à proteção dos deficientes, as iniciativas anteriores a 1988 são a lei nº 4.169/62 que oficializa as convenções Braille para escrita e leitura de cegos e o código de contrações e abreviaturas em Braille. Já em 1982 surge a lei nº 7.070 que dispõe sobre pensão especial para deficientes físicos. Posteriormente, vem a lei nº 7.405/85 que torna obrigatória a colocação do símbolo internacional de acesso em todos os locais e serviços que permitam sua utilização por pessoas portadoras de deficiência.

São essas as modestas iniciativas de proteção e promoção das mulheres, deficientes e negros no Brasil antes da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, cabe notar que o princípio da igualdade sempre esteve presente nas Constituições brasileiras, mas somente com o advento da Constituição de 1988 é que ele tomou uma dimensão material, vinculando a participação de todos na formação de uma sociedade livre de preconceitos (KAUFMANN, 2007).

No entanto, não há na Constituição de 1988 uma norma direta e específica autorizando a implementação de ações afirmativas. Contudo, os constituintes cuidaram de estabelecer direitos e obrigações, além de fixar princípios, buscando-se uma sociedade justa e igualitária, sem preconceito (MENEZES, 2001).

Essas diretrizes nascem já no preâmbulo que reconhece a igualdade e justiça como valores da sociedade. Também estão presentes nos objetivos fundamentais, como combate à desigualdade e preconceitos; no repúdio ao racismo como princípio das relações internacionais; na igualdade de gênero como direito fundamental; na igualdade de acesso

à escola; na igualdade à assistência à saúde; na proteção da pessoa com deficiência (MENEZES, 2001).

Quando a Constituição Federal definiu como objetivo fundamental, no seu artigo 3º – construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – ela está definindo como fundamento da nossa República um agir positivo do Estado na busca pela redução destes problemas (desigualdade, pobreza, marginalização, discriminação). De fato, é uma abertura normativa para as ações afirmativas.

Segundo Clève (2014), o Estado brasileiro, segundo a Constituição de 1988, é um Estado Democrático de Direito. Este último deve ser entendido como um Estado de Justiça. “Não qualquer justiça, subjetiva e arbitrariamente orientada, ou idealisticamente deduzida de parâmetros residentes fora ou sobre a Constituição, mas sim de uma justiça historicamente determinada e juridicamente conformada pela própria Constituição.” (CLÈVE, 2014, p. 157). A ordem jurídica há de ser justa.

Com a Constituição Federal de 1988 o Brasil passou a ter norma jurídica constitucional, na categoria de princípio, a redução das desigualdades. Isso implica que passou a haver obrigatoriedade de cumprimento desse objetivo de reduzir desigualdades, o que subordina todas as demais normas do ordenamento (MELO, 1998).

Outrossim, a ideia de igualdade, tal como princípio e objetivo constitucional, enquanto premissa na análise das posições sociais, se revela interconectada com a própria ideia de justiça, que deve estar presente tanto na aplicação do direito como na construção normativa (CLÈVE, 2014). Isso exige instituições e normas que promovam a igualdade material, ou seja, políticas sociais de igualação ou equiparação.

Neste andar, observa-se que a Constituição Federal contém inúmeros dispositivos que amparam as políticas de ação afirmativa. Pode-se destacar os artigos 1º, incisos II (cidadania) e III (dignidade humana), 3º, inciso I (construir sociedade livre, justa e solidária), III (erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais) e IV (promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), 4º, incisos II (prevalência dos direitos humanos) e VIII (repúdio ao terrorismo e ao racismo), 5º, caput (igualdade perante a lei), incisos XLI (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais), XLII (a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível) e parágrafos 2º (que consagra a incorporação do direito proveniente de tratados internacionais), 7º, incisos XX (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos) e XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil), 23, inciso X (combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos), 37, inciso VIII (a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão), 145, § 1º (os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte,), 170, incisos III (função social da propriedade), VII (redução das desigualdades regionais e sociais), IX (tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País), 179 (tratamento jurídico diferenciado às micro e pequenas empresas) e 227, inciso II (programas de atendimento especializado e integração social ao portador de deficiência), todos da Constituição Federal (MASTRANTONIO, 2009).

Como se observa, há uma ampla gama de possibilidades de ações afirmativas que podem ser extraídas de dispositivos constitucionais. Isso revela que o desenvolvimento de ações afirmativas no Brasil não se dá por um único e determinado motivo de discriminação, mas sim assume um caráter multifacetário, procurando encarar os mais diferentes aspectos discriminatórios e de condição social que permeiam as inúmeras desigualdades existentes no país.

E essa abertura normativa constitucional de 1988 promoveu uma verdadeira explosão das mais diversas ações afirmativas no país. Prova disso é que existe na legislação infraconstitucional uma séria de leis e disposições que podem ser classificadas como ações afirmativas. Cabe observar alguns exemplos.

No que se refere a questão racial no Brasil, há inúmeras iniciativas que podem ser mencionadas como ações afirmativas buscando, ora a eliminação do preconceito, ora a promoção social. É possível citar, dentre algumas já mencionadas neste tópico, as leis nº 1.390/51, 7.437/85, 7.715/89, 8.081/90 e 9.459/97 que definiram crimes por preconceito de raça ou cor; o decreto 65.810 que promulgou a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a lei nº 7.668/88 que autorizou a constituição da Fundação Cultural Palmares, com a finalidade de promover e apoiar a integração cultural, social, econômica e política dos negros do país; o decreto estadual do Rio de Janeiro nº 16.529/91 que criou a secretaria extraordinária de defesa e promoção das populações negras, com objetivo de implementar políticas públicas em favor da população afrodescendente; decreto estadual de São Paulo nº 36.696/93 que criou Delegacia especializada em crimes raciais; lei nº 9.029/95 que proíbe prática discriminatória para admissão ou permanência no trabalho, tanto por sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade; decreto nº 20 de novembro de 1995, pelo qual o governo federal criou o Grupo de Trabalho Interministerial

para valorização da população negra; decreto nº 20 de 1996, no âmbito do Ministério do Trabalho, que criou grupo de trabalho para eliminação da discriminação no emprego; lei nº 9.459/97 que considerou tortura o constrangimento que cause sofrimento físico ou moral em razão de discriminação racial; a portaria nº 1.740/99 do Ministério do Trabalho e do Emprego que determina a inclusão de informações de raça e cor nos formulários da relação anual de informações sociais e cadastro geral de empregos; portaria nº 604/2000 do Ministério do Trabalho que instituiu no âmbito das Delegacias Regionais do Trabalho, núcleos de promoção da igualdade e combate à discriminação; em Belo Horizonte, a criação da Secretaria Municipal para assuntos da comunidade negra; lei nº 10.172/01 do Plano Nacional de Educação, com inclusão nos currículos escolares temas de assuntos relativos a afrodescendentes, além de questões de gênero e índio; portaria nº 202/01 do Ministério do Desenvolvimento Agrário, que adota cota mínima de 20% para preenchimento de cargos por negros; portaria nº 222/01 do Ministério do Desenvolvimento Agrário que instituiu a vertente raça/etnia no programa de ações afirmativas do MDA/INCRA; decreto nº 3.952/01 que dispôs sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, a quem compete propor e avaliar políticas afirmativas de promoção da igualdade e combate à discriminação racial; portaria nº 3/2001 da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, que institui grupo temático sobre discriminação racial; portaria nº 1.156/01 do Ministério da Justiça que adota cotas de 20% para afrodescendentes; 20% para mulheres e 5% para deficientes; portaria nº 25/2002 do Ministério do Desenvolvimento Agrário que determinou às empresas contratadas que comprovassem adoção de políticas afirmativas nos quadros de empregados; decreto nº 4.228/2002 que instituiu no âmbito da administração pública federal o programa nacional de ações afirmativas; o Ministério das Relações Exteriores instituiu no ano de 2002 programa de ações afirmativas com bolsas de estudos para que estudantes negros se

preparassem para o concurso de ingresso na carreira; portaria nº 484/2002 do Ministério da Cultura estabeleceu programa de ações afirmativas com cotas para afrodescendentes, mulheres e deficientes na ocupação de cargos de direção e assessoramento; a lei nº 10.558/2002 criou o programa diversidade na universidade com objetivo de promover acesso de grupos desfavorecidos ao ensino superior; no ano de 2003 a Universidade de Brasília adotou cotas de 20% para negros em todos os cursos; no ano de 2003, na administração pública federal, foi criada a Secretaria Especial de Políticas e Promoção da Igualdade Racial, com equiparação a Ministério de Estado (KAUFMANN, 2007).

Ainda, temos a lei 12.288, de 20 de julho de 2010, instituiu o Estatuto da Igualdade Racial. No seu artigo 4º, parágrafo único, prevê programas de ação afirmativa mediante políticas públicas destinadas reparar distorções e desigualdades sociais (DUARTE, 2014).

Outro texto que prevê ações afirmativas é a lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e instituições federais de ensino médio. Esta lei determina quesitos de reservas de vagas por questões socioeconômicas e também por critérios raciais (DUARTE, 2014).

Por outro lado, no que se refere às ações afirmativas em favor das mulheres, pode-se citar a lei 9.504/97 determinou cotas para mulheres nas candidaturas partidárias (MORAES, 2010). Importante notar que esta lei tem um evidente caráter de busca pela igualdade substancial, uma vez que a igualdade formal, conquistada em 1932 com o direito ao voto das mulheres, evidentemente que não foi suficiente para permitir a efetiva inclusão feminina no ambiente político nacional. Com essas cotas objetivou-se que inclusão substancial das mulheres no processo eleitoral.

Outra lei marcante da valorização e proteção da mulher no Brasil é a Lei Maria da Penha (lei nº 11.340/06) que regulou, dentro outros assuntos, a aplicação de medidas protetivas em favor de mulheres

vítimas de violência doméstica e familiar. Também no contexto da violência contra a mulher, no ano de 2015, foi promulgada a lei nº 13.104 que prevê penas mais elevadas para crimes cometidos contra mulheres em razão da condição de sexo feminino, seja por violência doméstica, seja por menosprezo ou discriminação da condição de mulher.

Já na proteção e inclusão dos deficientes, cabe destacar que a primeira lei, após a Constituição de 1988, objetivando a proteção do deficiente, foi a lei nº 7.853/1989 pela qual o Brasil assumia amplamente suas obrigações com relação aos deficientes, encarregando o Ministério Público da tarefa de defender direitos coletivos destas pessoas. Ainda é possível listar as seguintes leis: lei nº 8.160, de 08 de janeiro de 1991 - dispõe sobre a caracterização de símbolo que permita a identificação de pessoas portadoras de deficiência auditiva; lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994 - concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual; lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995 - dispõe sobre a isenção do imposto sobre produtos industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e dá outras providências; lei nº 10.048, de 08 de novembro de 2000 - dá prioridade de atendimento às pessoas com deficiência, dentre outras; lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 - estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida; lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002 - dispõe sobre a língua brasileira de sinais (libras); lei nº 10.708, de 31 de julho de 2003 - institui o auxílio-reabilitação psicossocial para pacientes acometidos de transtornos mentais egressos de internações; lei nº 10.754, de 31 de outubro de 2003 - altera a lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995 que “dispõe sobre a isenção do imposto sobre produtos industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física e

aos destinados ao transporte escolar; lei nº 10.845, de 5 de março de 2004 - institui o programa de complementação ao atendimento educacional especializado às pessoas portadoras de deficiência; lei nº 11.126, de 27 de junho de 2005 - dispõe sobre o direito do portador de deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia; lei nº 11.982, de 16 de julho de 2009 - acrescenta parágrafo único ao art. 4º da lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, para determinar a adaptação de parte dos brinquedos e equipamentos dos parques de diversões às necessidades das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida; lei nº 12.190, de 13 de janeiro de 2010 - concede indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida; lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012 - institui as diretrizes da política nacional de mobilidade urbana; lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 - institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (estatuto da pessoa com deficiência).

Com relação a cotas para deficientes, pode-se destacar as leis nº 8.112/90 e 8.213/91 que estabelecem cotas para pessoas com deficiência em relação ao serviço público e nas empresas privadas, respectivamente.

Mas as leis que contém ações afirmativas não param por aí. Existem algumas de natureza variada e que abrangem diversos segmentos de beneficiários.

A lei 11.906, de 11 de janeiro de 2005, determina que para receber benefícios fiscais do ProUni, as universidades privadas devem reservar bolsas de estudos para alunos originários do ensino médio em escola pública ou bolsistas integrais de escola privada, bem como que parte destas bolsas devem ser para deficientes, negros ou índios. Esta lei foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.300, julgada improcedente pelo STF no ano de 2012 (DUARTE, 2014).

No âmbito do processo civil, passam quase despercebidos como ações afirmativas a gratuidade da justiça, a primazia de tramitação dos

processos de infância e adolescência, a inversão do ônus da prova devido a hipossuficiência do consumidor, a prioridade dos precatórios de natureza alimentícia e daqueles pertencentes a idosos (ALVES, 2010).

No âmbito judicial, os programas de ações afirmativas já foram objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal (STF). A posição atual do STF sobre as ações afirmativas, especialmente sobre o uso de cotas raciais ficou consignada na análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186 (BRASIL, 2009).

Essa ADPF foi a decisão que julgou a constitucionalidade da ação afirmativa mediante reserva de vagas nas universidades por meio de critério étnico-racial.

Em síntese, o STF reconheceu que tal ação afirmativa não contraria, mas sim prestigia o princípio da igualdade, na medida que permite superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

A corte assentou a necessidade de pluralismo de ideias nas universidades, bem como o interesse na justiça social, incorporando na sociedade uma gama de valores diversificados. Assentou também que tais políticas somente são válidas enquanto persista o quadro de exclusão social que as motivou. Caso contrário, haveria violação da constituição mediante indevido privilégio a algum grupo social.

Diante de todo esse contexto, observa-se que as ações afirmativas no Brasil têm caráter de promoção da igualdade em favor de minorias, numa conotação assistencialista, não numa resposta à segregação, como ocorreu nos Estados Unidos (KAUFMANN, 2007).

No que se refere especificamente à ação afirmativa de cunho racial, Kaufmann (2007) sustenta que ela deve ser amparada em dois fatores: raça e pobreza. Argumenta que devido a miscigenação nacional, grande parte dos problemas enfrentados pelos negros têm origem econômica, o que implica na necessária observância deste critério para

definição do modelo de ação afirmativa a ser implementado. A união dos critérios racial e pobreza promove tanto o combate à discriminação quanto à desigualdade de riquezas que impede a preparação dos pobres para competirem em igualdade de condições com as demais classes.

Diante das peculiaridades brasileiras, notadamente a miscigenação racial, pode-se notar que os problemas de discriminação e de desigualdade provêm de vários ângulos, havendo problemas de gênero, raça, condição social de miserabilidade, falta de oportunidades sociais, desrespeito à condição de deficiência, dentre outros, o que indica que o país precisa promover a igualdade por diversos caminhos, combatendo a desigualdade em diferentes perspectivas.

Evidente que muitas conquistas já foram obtidas, especialmente por força dos comandos constitucionais de 1988. Contudo, ainda há muito por fazer, exigindo-se esforço da sociedade e do Estado na conquista da igualdade substancial no país.

Esta postura ativa do Estado vincula-se aos objetivos fundamentais da República plasmados na Constituição de 1988, buscando-se concretizar uma igualdade real, para além daquela tradicionalmente formal, bem como reflete a dimensão prestacional da dignidade da pessoa humana, na medida que impõe ao Estado, assim como a todas as pessoas, uma postura ativa de respeito às desigualdades e promoção das condições sociais dos indivíduos, com um mínimo essencial de vida digna que todos merecem e devem ter.

Considerações finais

Por meio do presente estudo, observou-se que as ações afirmativas são instrumentos, públicos ou privados, de concretização de direitos fundamentais, promovendo a inclusão de grupos excluídos

por discriminação racial, de gênero, condição social, ou qualquer outro motivo que reflita desigualdades sociais.

Verificou-se que o principal objetivo das ações é combater a desigualdade, promovendo uma igualdade substancial, tal como previsto entre os objetivos fundamentais da República, plasmados na Constituição de 1988.

Esse objetivo, fundado no princípio constitucional da igualdade, também reflete a dimensão prestacional da dignidade da pessoa humana, na medida em que se reconhece como dever do Estado promover a igualdade substancial, assegurando condições mínimas de vida e existência digna para os cidadãos.

No estudo foi possível estabelecer um apanhado histórico do surgimento das ações afirmativas, concluindo-se que se desenvolveram inicialmente na década de 60 nos Estados Unidos, num momento de forte conflito racial. Depois elas se espalharam por diversas regiões do mundo, onde cada país adotou-as na medida de suas necessidades locais de combate a determinadas desigualdades.

Especificamente no Brasil, constatou-se que elas não foram um reflexo de conflito racial, porquanto aqui, por características próprias de colonização, sempre houve miscigenação racial. Por outro lado, há um histórico das mais variadas desigualdades no país, motivo pelo qual as ações afirmativas assumiram um caráter multifacetário, na tentativa de apaziguar tais desigualdades, seja por raça, gênero, deficiência física ou condição social.

Além do mais, verificou-se que as ações afirmativas anteriores à Constituição de 1988 foram tímidas na promoção da igualdade. Contudo, com a nova matriz constitucional, houve um significativo aumento das ações afirmativas, principalmente em relação a negros, mulheres e deficientes.

Claro que isso não significa que o objetivo da igualdade real já foi alcançado, pois ainda há muito por fazer, mas já serve como alento de que há políticas públicas sendo desenvolvidas em favor das minorias discriminadas do país.

Referências

AGUIAR, Thales Bruno de; MENDES, Luiz Carlos Duarte. O princípio da isonomia em face das ações afirmativas no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Ed. RT, v. 94, p. 207-220, 2016.

ALVES, Saraí Araujo. A validação das ações afirmativas no processo civil brasileiro e suas consequências em prol dos desiguais. *Revista da Esmese*, Aracaju, n. 13, p. 419-451, 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/41492>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 186. Decisão da Presidência proferida por: min. Gilmar Ferreira Mendes. *Diário de Justiça eletrônico-148*, 07 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

CAVALVANTI, Stela Valéria. Igualdade, discriminação positiva e políticas públicas para mulheres no Brasil. *Revista do mestrado em direito*, Universidade Federal de Alagoas, a. 2, n. 2, p. 345-279, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DUARTE, Allan Coelho. *A constitucionalidade das políticas de ações afirmativas*. Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 22 abr. 2014.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Carmargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. 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.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Meneses. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. 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.

KRSTIC, Ivana. Affirmative action in the United States and the European Union: comparison and analysis. *Facta Universitatis, Series Law and Politics*, v. 1, n. 7, p. 825-843, 2003.

MASTRANTONIO, Simone Aparecida Barbosa. Ação afirmativa: afronta ou reforça o princípio da igualdade? *Rev TRT – 9ª R*, Curitiba, n. 63, p. 353-397, 2009.

MAURER, Beatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. 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.

MELO, Monica de. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: enfoque na discriminação positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. 6. n. 25. p. 79-101, 1998.

MENESES, Paulo Lucena de. *Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. *Cadernos de pesquisa*, n. 117, p. 197-217, 2002.

MORAES, Vanessa da Silva. Ações afirmativas: políticas de inclusão social e de efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. *Revista da Ajuris*, a. XXXVII, n. 118, p. 337-355, 2010.

OLIVEIRA, Renato Neves de. A busca dos direitos sociais através das políticas de ações afirmativas. *Revista de direito educacional*, v. 3, n. 5, p. 141-175, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 35, n. 124, 2005.

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

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIBEIRO, Rafael de Freitas Schultz. Estudo sobre ações afirmativas. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 165-190, ago. 2011.

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.

SELL, Sandro César. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SEN, Amartya Kumar. *Desigualdade reexaminada*. Tradução Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da lei fundamental alemã. 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.

Desenvolvimento como direito humano e o bem-estar social¹

Renan Zucchi²

Introdução

A presente pesquisa objetiva analisar o desenvolvimento a partir da concepção e da idealização dos Direitos Humanos, tendo como ponto de partida e de chegada a condição básica do bem-estar social. A escolha e a análise do tema são de manifesta relevância, já que o desenvolvimento de uma sociedade está, na maioria das vezes, atrelado à condição orçamentária do Estado, assim como as incertezas que circundam a morfologia e a transnacionalidade dos Direitos Humanos.

O objetivo geral se respalda em examinar a morfologia dos Direitos Humanos, sendo que, para tanto, serão analisados, de forma breve, os principais movimentos ideológicos e religiosos que culminaram no seu progressivo desenvolvimento. Desse apontamento, é possível se extrair ramificações importantes, a exemplo dos critérios existentes para a adoção de um possível conceito dos Direitos Humanos. Nesse trabalho, adotou-se a formulação universal dos direitos do homem, muito embora se tenha conhecimento de diversas outras correntes.

Especificamente, busca-se compreender o que é o desenvolvimento e a sua importância para a realização dos direitos sociais,

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

² Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista do programa de Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior; Especialista em Direito; Pesquisador e membro do projeto de pesquisa “Mecanismos de Efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais na Democracia”, com enfoque em “Governança e Desenvolvimento na Sociedade de Mercado”, da Unoes; Conciliador Judicial; Advogado.

visando o atingimento dos interesses sociais e conseqüente realização do Estado de Bem-Estar Social. Apontam-se critérios interdisciplinares para a compreensão do desenvolvimento, visto que a concretização dessa proposta implica, inexoravelmente, o contato com outras circunstâncias sociais. A política e a economia são exemplares desse panorama.

A pesquisa está fragmentada em duas segmentações. Na primeira, denominada “Apontamentos e desdobramentos sobre a afirmação dos Direitos Humanos”, são noções fundamentais e morfológicas dos Direitos Humanos, tendo em vista as diversas concepções possíveis. Na segunda intitulada “Desenvolvimento como direito humano e o bem-estar social”, abordou-se o desenvolvimento na perspectiva universalista dos Direitos Humanos, vinculando uma aproximação com as declarações internacionais que aderiram a esse horizonte.

Em relação à metodologia utilizada no presente trabalho, optou-se pela adoção do método dedutivo, sendo a pesquisa de cunho exploratório, na medida em que se busca a compreensão e interpretação do tema, a partir de pressupostos e aportes teóricos previamente elaborados. Como técnica de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica.

1 Apontamentos e desdobramentos sobre a afirmação dos direitos humanos

No mundo contemporâneo, muito se debate a respeito da morfologia dos Direitos Humanos, levando-se em conta a sua particularidade estrutural e axiológica-valorativa essencial, sendo possível observar, sem maiores esforços, diversos relatos e notícias. Muitas vezes, são escorados em especulações da vida cotidiana e na propagação de informações “rústicas”, sem quaisquer fundamentos científicos que permitam concluir pela precisa idealização e límpido enquadramento no caso concreto.

Frequentes são os casos concretos em que o arcabouço essencial dos Direitos Humanos é deturpado pela propagação desvirtuada de opiniões, tendo como feixe de análise, nesse exame, o critério científico-acadêmico. Sem maiores dúvidas, é provável que a grande maioria da população já tenha conhecido ou pelo menos tenha tido acesso a divulgações de que determinadas situações da vida cotidiana violam os Direitos Humanos, afetando direta ou indiretamente os valores essenciais do ser humano.

Dentro desse ambiente socialmente desconhecido, ou pelo menos um tanto quanto distante, necessário se faz apontar fundamentos e critérios sólidos para a fundamental identificação e classificação técnica dos Direitos Humanos na perspectiva básica de concretização dos valores essenciais do homem. Para tanto, aderiu-se a breves considerações a respeito do expediente histórico de desenvolvimento dos seus fundamentos, sem, entretanto, ter como objetivo o esgotamento do tema e suas diversas teorias fundamentaras.

Em uma análise inicial, apura-se que os direitos relacionados ao homem estão intimamente atrelados ao desenvolvimento histórico da sociedade, marcado pela luta incessante na busca de direitos. São direitos que surgem de contendas sociais, onde há uma insurgência da comunidade pela conquista de novos direitos em face dos poderes consagrados. Não são direitos que se enxergam em uma única conjuntura histórica, isoladamente, mas dentro de um contínuo e progressivo esforço na perquirição por proteções inéditas (BOBBIO, 1992, p. 5).

Seus primeiros vestígios são encontrados dentro de dois flancos primordiais: o religioso e o filosófico.³ Independentemente das crenças que individualizam as religiões e os ideais filosóficos, a defesa dos interesses do próximo está sempre presente no contexto histórico, vislumbrando-se

³ Para um aprofundamento mais detalhado: BAEZ (2012).

discursos protetivos do homem, onde germinam esforços que caminham no sentido da distribuição equânime de direitos e da justiça.

Manifestações religiosas primitivas são evidenciadas dentro do hinduísmo, que por meio dos escritos mais antigos se constata e evidencia o homem como parte da própria natureza. Houve uma espécie de previsão do que hoje se conhece como Direitos Humanos Ambientais, onde o homem é tido como parte do ambiente em que vive, tendo, assim, responsabilidade na preservação e desenvolvimento. A condição de preocupação com o próximo é marcada pelo compromisso com os seus semelhantes, já que, somente com o pensamento coletivo é que os seus seguidores alcançariam a ascensão espiritual para a reencarnação. É o transcurso denominado *moksha* (BAEZ, 2012, p. 18).

Diversas outras religiões assumem importante posição no percurso histórico antigo e aceitação na sociedade contemporânea, a exemplo do Islamismo, do Budismo e do Judaísmo. A religião cristã, entretanto, expande-se dentro de um cenário vetusto e repleto de interesses isolados, momento em que a sociedade financiava as conveniências de uma minoria, reduzindo a condição da autodeterminação da pessoa humana.

O Cristianismo, semeado pelas aspirações de Jesus de Nazaré, incentivava os valores hoje atribuídos ao homem como primordiais, já que promovia a construção de uma sociedade preocupada com a autonomia e a liberdade de manifestação dos seres humanos. Enaltecem-se as vontades individuais e o livre arbítrio, proporcionando a integração entre os membros de uma sociedade complexa, já que com o crescimento da sociedade as diferenças saltam aos olhos (BAEZ, 2012, p. 20).

Por meio desse significativo movimento religioso, vislumbram-se princípios como a igualdade e a fraternidade, até então desconhecidos. Há uma ruptura com a crítica imagem de sociedade que se tinha conhecimento, reproduzindo a consciência de que todos os seres humanos são iguais, não havendo se cogitar a possibilidade de diferenciação e

discriminação entre senhorios e escravos, tanto no plano social quanto no financeiro (LEAL, 2000, p. 34).

Durante o percurso histórico da humanidade, numerosos eventos ideológicos marcaram e influenciaram o intenso progresso dos Direitos Humanos. Os conflitos e as disputas por acúmulo de poder e riquezas eram frequentes, apresentando o Estado um status de superioridade em face dos interesses inerentes aos seus integrantes, incluídos os Direitos Humanos.

No campo filosófico, a Escola Grega assume posição de relevo na orientação do aperfeiçoamento dos Direitos Humanos, já que trouxe consigo a concepção inversa da história até o momento vivida. Caminhando na contramão da perspectiva estatal clássica, desenhou-se um cenário onde o homem é movido ao patamar de superioridade em face do Estado, nascendo a famigerada universalização dos Direitos Humanos (BAEZ, 2012, p. 27).

Quis-se, com isso, elevar os direitos do homem ao mais alto grau de importância dentro da sociedade, servindo como um pedestal de organização do Estado. Serviu para demonstrar a importância do homem dentro da plataforma sistematizada estatal, sendo aquele o início e o fim do desenvolvimento social, e não o meio. Desse apontamento, é possível concluir que os direitos inerentes ao homem ganham condição de serem universais, não havendo se falar em flexibilização por necessidade de adequação cultural.

A universalidade está atrelada ao reconhecimento em caráter indistinto, não estando direcionada a uma ou outra sociedade, membros ou qualquer tipo de indivíduos em sua especificidade. O leque desses direitos não encontra parâmetros ou quaisquer tipos de limites. É o que Bobbio (1992, p. 25-45) classifica como sendo direitos da pessoa

enquanto um “cidadão do mundo”. Surgem, dessa evolução,⁴ importantes documentos disciplinadores da afirmação dos direitos do homem.

Por meio da *Magna Charta Libertatum*, firmada em 1215 pelo Rei João Sem-Terra, pelos bispos e barões da Inglaterra, percebeu-se um respeitável marco na evolução dos Direitos Humanos, que até então era impensável. Dedicou-se a tratar dos direitos essenciais e das liberdades clássicas, a exemplo do *due processo of law*, direito de propriedade e consagrado instrumento *habeas corpus* (SARLET, 2006, p. 49-50).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi, segundo Bobbio (1992, p. 85-86), um grande reflexo do que a Europa vivia naquele período. A discussão de sua aprovação se dava em torno de existir, ou não, uma Constituição que legitimasse suas disposições. Nota-se que o período e consequente aprovação são frutos de um consenso, quase que unânime, a respeito da necessidade de se proteger e resguardar os direitos do homem. Ponderava a própria existência do homem, independentemente de sua condição, remetendo seus escritos à corrente naturalista de pensamento.

Os direitos inerentes ao homem começam a ganhar contornos e aderências transnacionais. Surge uma consciência universal⁵ de que determinados direitos devem ter respaldo protetivo em qualquer tipo de sociedade, independentemente das questões culturais, religiosas ou filosóficas locais, transcendendo os limites particulares de cada Estado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), formalizada em 1948, é um dos instrumentos mais famosos no que tange à concentração dos direitos do homem, expressando um conjugado de valores universais. Em verdade, mais do que expressão de vontade dos

⁴ Outros episódios da história convergiram para o ápice afirmativo dos Direitos Humanos, a exemplo da Revolução Francesa.

⁵ Essa consciência universal se consolida com o fim da Segunda Guerra Mundial, onde as barbáries do nazismo se alastraram e atingiram até mesmo os mais extremos lugares do planeta (BAEZ, 2012, p. 40-59).

Estados, é expressão de vontade da pessoa humana, fundamentada na igualdade e na liberdade dos povos. Manifesta o consenso de uma sociedade genérica, onde valores são compartilhados pelos Estados signatários, acolhendo-se as volições e expectativas de desenvolvimento dos Direitos Humanos em uma perspectiva coletiva pró-futuro.

Persegue o

ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade [...] se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Inúmeras outras declarações foram originadas dentro do contexto histórico de afirmação dos Direitos Humanos. São algumas: Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (DUDC), de 2002; Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH), de 2006; Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (DDD), de 1986.

Vale vincar, por oportuno, que esses documentos não ganham a nomenclatura “declaração” por mero capricho de sua criação. Representam aspirações coletivas de autodeterminação de disposições, e não imposições normativas cogentes ditadas e coordenadas pelo Estado. São expressivos instrumentos que representam a aderência validade e legítima aos direitos do homem universalmente consagrados (JELLINEK, 2003, p. 118-121).

Por intermédio desses breves apontamentos históricos, é possível inferir que os Direitos Humanos foram e continuam sendo moldados na história da humanidade, não sendo plausível encerrar a discussão em eventos e acontecimentos isolados, mas sim de forma a complementar as progressivas e esforçadas maneiras de aperfeiçoamento da condição humana.

Não há uma única cultura, religião ou filosofia que tenha sido responsável pelo desenvolvimento da proteção e promoção da vida humana. Consideram-se contribuições complementares para o pleno desenvolvimento da humanidade.

Mas, afinal, o que são os Direitos Humanos? Esse é um dos maiores e mais polêmicos questionamentos que se aborda dentro da sociedade mundial. Constantes informações são divulgadas pela mídia e reforçadas pela sociedade sem qualquer respaldo instrutivo. No desenvolvimento e no progresso da humanidade, como já exposto, colhem-se indícios marcantes dentro das diversificadas perspectivas de progresso humanístico.

Nessa análise histórica, tanto na esfera religiosa quanto na ideológica, depreende-se a preocupação do homem com a veneração ao seu semelhante, percebendo que por ostentarem essa condição particular na natureza,⁶ possuem direitos que devem permanecer intactos. Representam verdadeiros valores constituídos pelos homens como sendo peculiares de sua condição, devendo ser respeitados em quaisquer circunstâncias (BAEZ, 2012, p. 60).

São interesses que coadunam com a vontade preponderante da sociedade mundial, em qualquer dimensão que se proponha a explorar, já que surgem de sentimentos de justiça em relação ao próximo. Transcendem os limites de soberania e as dimensões culturais isoladas de cada comunidade para protegerem e promoverem a dignidade da pessoa humana em sua dimensão básica (BAEZ, 2012, p. 59-61).

Sem entusiasmo em sacramentar a discussão a respeito da matéria, é factível, ao menos historicamente, defender o argumento de que os Direitos Humanos estão intrinsecamente atrelados ao sentimento de justiça com aquele que está em condições análogas. É o sentimento de

⁶ Essa referência acolhe premissas do jusnaturalismo racional.

proteção aos direitos básicos de uma sociedade que objetiva conviver e se desenvolver de maneira saudável e harmônica.

São elementos históricos que corroboram esse fundamento, sentindo a sociedade mundial uma necessidade de se resguardarem direitos que não comportam violação, ainda que mitigados por interesses regionais em contrário. A sensação de afeto com o próximo é clarividente na espécie humana, sendo que a violação a direitos essenciais, como a vida, a liberdade, a propriedade, a democracia e o desenvolvimento econômico, respaldam o nascimento desse espírito de solidariedade com os seus semelhantes.

Nessa perspectiva, passa-se a analisar, especificamente, o desenvolvimento econômico como direito humano, tendo como ponto de partida a Carta das Nações Unidas, de 1945, e, posteriormente, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (DDD), de 1986, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU).

2 Desenvolvimento como direito humano e o bem-estar social

O exponencial crescimento dos Direitos Humanos andou e ainda anda de mãos dadas com o progresso histórico e complexo da humanidade. São eventos que consolidam um pensamento universal sobre os direitos do homem, independentemente do contexto social, cultural, político e religioso, já que pretende transcender os interesses e as peculiaridades de cada Estado para resguardar os direitos de toda espécie humana.

Representa um grande passo na defesa da justiça social, da proteção dos direitos do próximo, vislumbrados em contextos esparsos e duradouros da humanidade. Nascem, em sua maioria, de descontentamentos da sociedade ou de conflitos que causam certa repulsa na sociedade, a exemplo do que ocorreu no holocausto, onde a sociedade

mundial, muito embora estivesse envolvida em um grande conflito, não concordava com as atrocidades promovidas pela ideologia nazista.

Os direitos sociais integram esse selecionado leque dos direitos essenciais do homem. São garantias que buscam distribuir, de forma equânime e adequada, o acesso aos direitos básicos de uma sociedade preocupada com o desenvolvimento coletivo, sem exceções. Observa-se uma maior abrangência de cobertura e participação pública no cenário comum, vigilante na realização de direitos.

Originam-se do Estado de bem-estar social, atento às necessidades e reclamos sociais preponderantes, que ganha destaque entre 1945 e 1970, muito embora já se pudessem constatar fragmentos desses ideais em 1870 (KERSTENETZKY, 2012, p. 18).

O desenvolvimento econômico é uma proposição bastante relevante dentro do campo atuação do Estado na defesa e na garantia dos direitos humanos fundamentais. Sen (2010, p. 101) atrela o desenvolvimento da sociedade ao bem-estar coletivo, reconhecendo, por outro lado, a importância e a necessidade da disponibilidade orçamentária como fator preponderante na realização das liberdades substanciais.

Representativamente, é possível vislumbrar dois lados de uma única moeda, que por sinal, é multifacetada. O argumento econômico é indispensável na proteção e promoção dos Direitos Humanos, já que a disponibilidade orçamentária delimitará a extensão da ingerência na concretização. Em via oposta, de nada adianta dispor de recursos sem a devida e correta aplicação. Independentemente de qual lado se escorre o argumento, a finalidade é única: o bem-estar social.

Acompanhando essa inevitável evolução, foi constituída, em 26 de junho de 1945, a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas, tendo

sido incorporada formalmente ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.

É pertinente recordar, nesse ponto, que os documentos internacionais que asseguram e promovem os Direitos Humanos representam o interesse de grande parte massa global.

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU) 1945), O progresso social e a melhoria da condição de vida da espécie humana é um dos grandes objetivos a serem implementados precipuamente. São verdadeiros fins a serem perseguidos, de maneira incessante, para que se possa promover, por meio da conjugação de esforços, “o progresso econômico e social de todos os povos”, sem qualquer tipo de obstáculo.

O debate econômico é de tamanha importância que a Carta criou um Conselho Econômico e Social, composto por cinquenta e quatro Membros das Nações Unidas, eleitos pela Assembleia Geral, com o fito de promover “o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos”. Vê-se, assim, a dispensa de tratamento do desenvolvimento econômico como um direito humano essencial (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

No capítulo IX, que trata da “Cooperação econômica e social internacional”, dispõe o documento internacional que o progresso e o desenvolvimento econômico e social serão fomentados pelos Estados signatários para possibilitar o bem-estar e a estabilidade da sociedade mundial. Há uma clara preocupação com a consolidação de direitos econômico-desenvolvimentistas em uma perspectiva universal (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Mais que isso, consubstanciou diretrizes e princípios universais orientadores da sociedade geral, disciplinando demandas que reclamam uma padronização de condutas e práticas para o pleno e integral atingimento dos interesses da comunidade internacional. Traduz-se num

instrumento que manifesta os reclamos sociais majoritários, na busca pelo bem-estar social em qualquer estrato da coletividade.

A tratativa legal ao desenvolvimento dava os seus primeiros passos, muito embora já se pudesse observar, no contexto histórico, o desenvolvimento como sendo parte da própria condição do homem. Adotou-se, de modo formal, a concepção social do desenvolvimento como parte integrante do rol dos direitos humanos.⁷

Cuidando especificamente da temática, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 04 de dezembro de 1986, por meio da Resolução nº 41/128, proclamou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (DDD).

Enunciou em seu artigo primeiro, de maneira categórica, que o direito ao desenvolvimento é um direito humano, compreendido em diversos âmbitos, como o econômico, social, cultural e político. É um direito reconhecidamente inalienável, tendo sido a pessoa humana posicionada como a figura central do desenvolvimento, tanto na perspectiva passiva, de ser beneficiário, quanto na ativa, onde se busca a promoção desse direito (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986).

Na qualidade passiva dos direitos inerentes à pessoa humana, o Estado tem o dever de assegurar o respeito aos direitos e às liberdades fundamentais, já que assume posição essencial para o “aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986).

Em via paralela, mas estritamente alinhavada com as finalidades comuns, a Declaração prevê que todos os seres humanos são responsáveis pelo desenvolvimento, tanto na defesa dos interesses particulares

⁷ Não se pretende concluir, nessa pesquisa, que exista um rol taxativo e único de direitos que sejam classificados como “humanos”, mas apenas indicar a existência de um direito que foi democrático e universalmente eleito para compor um seleto repertório de substanciais garantias.

e individuais, quanto de modo coletivo, já que há a necessidade de se protegerem e promoverem os direitos da comunidade, com o objetivo de promover “uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986).

Extraí-se evidente preocupação com o bem-estar coletivo de todos os povos, sem qualquer tipo de exceção. Manifesta o cuidado com a ótima realização e acesso integral aos benefícios sociais resultantes do pleno desenvolvimento, independentemente da complexidade de cada nicho de análise.

De modo específico, mas aplicável em um panorama genérico, Castro (2009, p. 583-589) analisa o perfil programático desenvolvimentista previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, e atrela o bem-estar da sociedade à justiça social, que se promove, dentre outros fatores direta ou indiretamente interligados, pelo pleno emprego, a distribuição e a correta alocação de recursos financeiros nos mais diversificados setores sociais, como o tecnológico, político e cultural.

São eixos interdisciplinares entre as distintas e diversificadas searas sociais, que invariavelmente se comunicam. Permite-se, desse modo, analisar a estrutura do objeto de pesquisa em uma perspectiva macro, não se vinculando o desenvolvimento apenas à economia ou à disponibilidade orçamentária, não obstante tenha grande importância.

Para Jaguaribe (1962, p. 25-37), o desenvolvimento é tido como fruto de um complexo processo de melhoria na participação dos proveitos sociais. O bem-estar demanda o acesso a todos esses direitos, mas não basta a simples possibilidade de obtenção. Há a necessidade de se proporcionar o acesso igualitário e adequado a todos os ganhos que surgem dentro de uma sociedade, despido de quaisquer favoritismos.

Sen (2010, p. 33-54) aponta como óbices ao pleno desenvolvimento a existência de situações sociais que desprezem o oferecimento de oportunidades para a garantia dos direitos sociais

fundamentais. A insuficiência na prestação de serviços públicos essenciais, a atuação repressiva do Estado e a pobreza são barreiras que frustram ou dificultam o desenvolvimento das liberdades sociais.

O desenvolvimento como um direito humano, assim classificado em uma escala mundial e aderido por vários Estados, segue a estrutura normal evolutiva dos Direitos Humanos. A progressividade e as pontualidades históricas são essenciais para o atingimento do pleno desenvolvimento.⁸

Nessa linha, prevê a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que

Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao *constante aprimoramento* do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

Outros diplomas consolidaram, ainda que indiretamente ao tema aqui analisado, Direitos Humanos diversificados, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, e a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (CDDEE), de 1974.

Superando essa breve análise normativa, oportuno se faz tecer breves argumentos a respeito da superação da análise isolada do direito ao desenvolvimento como um direito humano. Parte-se do pressuposto de que o pleno desenvolvimento de uma sociedade se encontra afastado de meros números ou estatísticas, devendo se aproximar da realidade em que se pretende promover o acesso igualitário aos direitos essenciais.

Dentro desse cenário, Sen (2010, p. 33-45) assevera que a extensão do desenvolvimento não é mensurada sem se levar em conta

⁸ A Declaração de 1986 corrobora com a morfologia dos Direitos Humanos proposta nesse trabalho: Art. 10 Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e o fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional.

a concretude que o caso irá oportunizar analisar detidamente. É uma análise que exige um estudo aprofundado dos interesses sociais, em conluio com o grau de satisfação dos indivíduos em sua esfera particular.

Em suma, o desenvolvimento percorre o caminho da proteção dos Direitos Humanos, alcançando até mesmo uma análise da própria democracia, estabelecendo laços entre a economia, a política, e até mesmo a ética. Como se nota, e reiterando o já exposto, há uma fusão indissociável entre as esferas de análise, não havendo se cogitar um exame afastado do desenvolvimento (WALKER, 2011, p. 164).

Sem maiores implicações de ordem teórica, não restam dúvidas de que o direito ao desenvolvimento foi erigido, ao menos formalmente, à categoria de direito humano, inerente a toda e qualquer sociedade, transcendendo os limites geográficos de cada Estado e com tendência à flexibilização dos poderes internos para atribuir primazia aos direitos essenciais do homem.

O reconhecimento do desenvolvimento como direito humano, assim, deslinda em um quadro de respeitabilidade à prosperidade do bem-estar social. É o que se extrai das principais normativas internacionais, universalmente aceitas, que, por isso, devem ser seguidas fielmente, tanto pelo Estado na promoção desses proveitos quanto para os particulares, que devem promover, independentemente de qualquer orientação, a proteção e a ampliação dos direitos conexos ao pleno e progressivo desenvolvimento.

Desenvolvimento como direito humano implica a reunião de direitos e garantias em qualquer ambiente social, demandando a atuação conjunta de toda a comunidade, ainda que estratificada em setores desiguais. Acarreta o dever-ser do atingimento dos anseios sociais, independentemente de qualquer argumento que se levante.

Conclusão

O desenvolvimento da sociedade mundial invariavelmente é atrelado ao fator econômico-financeiro, afastando-se, na maioria das vezes, de outras perspectivas complementares e ao mesmo tempo essenciais. Os coeficientes da política, da economia, do acesso aos direitos essenciais do homem, dentre outros, assumem posição de destaque dentro do Estado de Bem-Estar Social, sendo mais adequado abranger o conteúdo de uma maneira mais ampla.

Da mesma forma, os Direitos Humanos são errônea e até mesmo distorcidamente difundidos na sociedade contemporânea, não obstante existam diversas teorias para fundamentá-los. Adequando-se à perspectiva histórica da humanidade, demonstraram-se cenários, mesmo nas mais antigas civilizações, dos direitos que hoje são tidos como inerentes ao homem.

A teoria universalista, adotada nessa pesquisa, desenha um quadro onde os Direitos Humanos, por integrarem a dimensão básica de proteção de alguns direitos consagrados, merecem proteção de forma integral, sem que se permita os flexibilizar por motivos culturais e internos dos Estados. Devem, por isso, serem respeitados em qualquer circunstância social.

O desenvolvimento social é de tamanha importância que ganhou especial proteção com a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (DDD), de 1986, onde se dispôs, já no escólio da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 1945, que o desenvolvimento pertence à seleta classe dos Direitos Humanos.

Constata-se, em ambos os diplomas, a inevitabilidade de se atrelar o desenvolvimento com os mais diversificados ramos de promoção e proteção dos direitos do homem. A política, a economia, a educação, dentre outros, andam lado a lado na garantia desse direito humano.

Observou-se que esses importantes diplomas internacionais de proteção aos Direitos Humanos sempre vinculam a necessidade de se observar o bem-estar. Em última análise, é possível concluir que o bem-estar social se ultima com a necessidade de ser um fim, e não um meio para o atingimento dos interesses comuns.

O propósito desenvolvimentista se apoia no bem-estar da sociedade, pois, sem ela, a prosperidade e o progresso se tornam meros meios, o que não coaduna com a proposta de acesso igualitário às rendas e aos direitos fundamentais básicos e universais do homem.

Referências

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A expansão multicultural dos Direitos Humanos Fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo (Org.). *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa: Desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Unoesc, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

JAGUARIBE, Hélio. *Desenvolvimento econômico e desenvolvimento político*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962.

JELLINEK, Georg. *La Declaración de Los Derechos del Hombre e del Ciudadano*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2003.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

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

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. 1986. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal sobre os Direitos do Homem*. 1945. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/index.html#deconu>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

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

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

WALKER, Priscila Benelli. A construção do direito ao desenvolvimento e sua aplicação mediante as políticas públicas de sustentabilidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 2011.

Capítulo II
Questões Polemicas
sobre Direitos
Fundamentais Civis

Os direitos de personalidade como direitos fundamentais

Rosane Machado Carneiro¹

Nota de introdução

A civilização humana passou por inúmeras fases, cada uma com suas peculiaridades, com seus pontos negativos e positivos, o que contribuiu de forma lenta e gradativa para a evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana os quais não foram e não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade.

A personalidade nesse contexto passa a ser vista como uma característica inata ao ser humano, sendo-lhe indissociável, portanto, a verdadeira proteção jurídica dos direitos da personalidade tem vinculação total com a positivação dos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, passando, então, a serem conhecidos como direitos fundamentais em decorrência das desumanidades praticadas nas grandes guerras mundiais.

O presente artigo trata dos direitos da personalidade enquanto direitos fundamentais, tendo como objetivo geral estudar o que são direitos fundamentais e por que os direitos de personalidade são categorizados como direitos fundamentais, identificando-se que princípios e valores sustentam tal categorização, mediante investigação bibliográfica sob o método dedutivo.

¹ Advogada; Mestranda em Direitos Fundamentais Sociais: relações de trabalho e seguridade social pelo Programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-Graduada em Novo Sistema Processual Civil Brasileiro pelo Centro de Excelência em Direito; Especialista em Didática da Educação Superior; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela IMED Passo Fundo; Especialista pela Escola de Magistratura da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Inicialmente será abordada a respeito dos direitos fundamentais sua evolução histórica e na sequência o direito de personalidade como direito fundamental.

Por direitos fundamentais, entendem-se os direitos que visam criar e tutelar os elementos essenciais da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Tais direitos foram conquistados ao longo dos anos, de acordo com as carências sentidas no âmbito social. No estado absolutista, por exemplo, a sociedade necessitava do direito à liberdade. Com as revoluções industriais, as condições de vida da classe trabalhadora restaram insustentáveis, quando surgiram os direitos prestacionais.

A teoria dos direitos de personalidade passou a ser debatida a partir do século XIX, sendo atribuída a Otto Von Gierke, a paternidade da construção e denominação jurídica.² Porém, muito antes já nas civilizações antigas começou a se delinear a proteção à pessoa. Em Roma, a proteção jurídica era dada à pessoa, no que concerne a aspectos fundamentais da personalidade, como a *actio iniuriarum*, que era dada à vítima de delitos de injúria, que poderia ser qualquer agressão física como também, a difamação, a injúria e a violação de domicílio (DIGESTO apud AMARAL, 2002).

Neste sentido, é de ser observado que já havia em Roma, a tutela de diversas manifestações da personalidade, apenas não apresentando a mesma intensidade e o mesmo aspecto que hoje, principalmente devido à diferente organização social daquele povo, distante e desprendidos da visão individualista que possuímos de nossa pessoa, além da inexistência de tecnologia e aparelhos que viessem a atacar e violar as diversas manifestações da personalidade humana (DIGESTO apud AMARAL, 2002, p. 249).

² Carvalho Fernandes (1995, p. 199) afirma que “a categoria dos direitos da personalidade é de formação relativamente recente e, embora tenha sido objeto de largos estudos nos últimos tempos, constitui ainda hoje matéria muito polêmica quanto ao seu conceito, quanto à sua natureza, quanto ao seu âmbito e até quanto a questões mais singelas como sua própria designação. Vários autores têm proposto outras designações, como direitos à personalidade, direitos essenciais ou direitos fundamentais, direitos sobre a própria pessoa, direitos individuais e direitos personalíssimos; contudo, a designação que se mostra com maior aceitação é a de direitos de personalidade ou da personalidade.”

No Brasil foi com o advento da Constituição Federal de 1988, que os direitos da personalidade foram acolhidos, tutelados e sancionados, tendo em vista a adoção da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que justifica e admite a especificação dos demais direitos e garantias, em especial dos direitos da personalidade, expressos no seu art. 5º X.³

Denota-se que no ordenamento jurídico pátrio, os direitos da personalidade caracterizam-se pela indisponibilidade e pelo seu caráter absoluto, ainda que temperados pela necessária convivência com o direito fundamental à liberdade, do que a autonomia privada que é uma de suas mais conhecidas facetas.

A afirmação dos direitos da personalidade não se restringe, porém, à topografia e ao seu status. Concebido como instrumento de tutela de interesses tópicos da pessoa, a fim de impedir o ataque de outrem à esfera privada do indivíduo, o direito da personalidade passa a ser utilizado também em outros campos, alcançando novas projeções, a fim de regular casos em que a pessoa se relaciona com terceiros nos casos das relações de trabalho.

Não se pretende resolver todos os problemas em questão, quer-se apenas contribuir para a construção de um novo debate quanto à valoração e o equilíbrio destes direitos nas relações privadas.

1 Dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são direitos históricos, resultado do processo de evolução tanto do pensamento humano na convivência

³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

em determinada sociedade como pela evolução do direito influenciado principalmente pelos movimentos sociais. Surgiram principalmente com a necessidade de proteger o homem do poder estatal notadamente quanto aos seus direitos de liberdade e igualdade tão desprestigiadas quando imperavam os valores sustentadores do Estado absolutista.

Além da função de proteger o homem de eventuais arbitrariedades cometidas pelo Poder Público, os direitos fundamentais também se prestam a compelir o Estado a tomar um conjunto de medidas que impliquem melhorias nas condições sociais dos cidadãos.

Ao longo da história, a positivação de direitos seguiu as necessidades exigidas em dado momento. Isso porque o desenvolvimento no campo social, econômico e tecnológico acarretou o surgimento de novas carências, que reclamaram novos direitos. Por exemplo, a revolução industrial criou condições fáticas que demandaram o surgimento dos direitos de proteção social. O atual desenvolvimento técnico e econômico, por sua vez, provavelmente trará consigo novas demandas de novos direitos.

A positivação de direitos humanos fundamentais, não significou apenas o seu reconhecimento nos ordenamentos jurídicos, mas garantiu a qualquer indivíduo o poder de exigir sua tutela perante Poder Judiciário.

A obra *Teoria dos Direitos Fundamentais (Theorie der Grundrechte)* que Robert Alexy publica em 1985⁴ constitui-se uma referência teórica para os estudos sobre a estrutura normativa dos direitos fundamentais. Levando em consideração, sobretudo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, Alexy desenvolve uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã, cuja essencialidade é uma teoria dos princípios e uma teoria acerca da estrutura dos direitos subjetivos.

⁴ No ano de 2002, por ocasião do lançamento da tradução para o inglês, a obra sofreu uma complementação por meio da inserção de um posfácio a esta versão. O propósito foi responder às inúmeras objeções, especialmente à tese da otimização dos princípios, a qual, segundo os críticos, não conduziria a um modelo adequado dos direitos fundamentais.

Segundo Alexy, para solucionar adequadamente o problema da colisão de direitos fundamentais deve-se fazer uso da Teoria dos Princípios, em razão do caráter principal das normas de direitos fundamentais.

Alexy destaca que a principal distinção teórico-estrutural é entre regras e princípios. Com ela, é possível formular uma teoria dos limites, uma teoria satisfatória da colisão e uma teoria sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Trata-se de um marco da teoria normativo-material dos direitos fundamentais.

Um conflito de princípios terá solução distinta que é traduzida em uma ponderação de bens onde, verificando-se as circunstâncias e os argumentos suscitados, haverá a prevalência de um princípio em relação a outro. Este, por sua vez, não desaparece do ordenamento jurídico, apenas é preterido para este caso concreto.

Este doutrinador assevera ainda que “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.” (ALEXY, 2006, p. 85).

A estrutura da ponderação na doutrina de Alexy importa no cumprimento dos passos necessários para alcançar a solução ideal para a colisão de princípios o que importará na proporcionalidade em sentido estrito mediante a demonstração de que o meio utilizado foi o mais adequado para atender a necessidade existente com o menor sacrifício ao princípio colidente. Segundo Sarlet (2011, p. 21):

Os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade [...] Praticamente não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições.

Embora alguns autores entendam que as palavras direitos humanos e direitos fundamentais são sinônimos, parte da doutrina

entende que existem entre elas algumas diferenças sendo necessário conceituar cada uma delas para então chegar-se as suas diferenças.

Alguns doutrinadores de forte tendência jusnaturalistas entendem que os direitos humanos são aqueles frutos da própria qualidade de pessoa humana pelo fato dela pertencer a essa espécie.

Portanto embora os direitos humanos sejam inerentes a própria condição humana seu reconhecimento, sua proteção é fruto de todo um processo histórico de luta contra o poder e de busca de um sentido para a humanidade.

Quanto aos direitos fundamentais, estes nascem a partir do processo de positivação dos direitos humanos, a partir do reconhecimento, pelas legislações positivas de direitos considerados inerentes a pessoa humana.

A expressão direitos humanos tem sido utilizada pela doutrina para identificar os direitos inerentes à pessoa humana na ordem internacional.⁵ enquanto que a expressão, direitos fundamentais refere-se a ordenamentos jurídicos específicos, ao reconhecimento de tais direitos frente a um poder político, geralmente reconhecidos por uma constituição.

Pode-se considerar, portanto direitos humanos como aqueles direitos que buscam a proteção da pessoa humana tanto em seu aspecto individual como em seu convívio social, em caráter universal (ANTUNES, 2005, p. 340), sem o reconhecimento de fronteiras políticas todas decorrentes de conquistas históricas e independentes de positivação em uma ordem específica.

Com relação ao termo “direitos fundamentais” este apenas surge para a humanidade quando positivados por um ordenamento jurídico

⁵ Como exemplo Flávia Piovesan em sua obra *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* e Hélio Bicudo em sua obra *Direitos Humanos e sua proteção*.

específico, geralmente garantidos em normas constitucionais frente a um Estado. Segundo Sarlet (2005, p. 35-36):

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional.

Ainda no que concerne ao conceito da expressão “direitos fundamentais” vejamos o que afirma Sarlet, (2011, p.29):

Assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, não obstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos [...] Neste particular, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos [...] Em que pese sejam ambos os termos comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2011, p. 29).

Desta forma, é plausível considerar que o termo “direitos fundamentais” está intimamente ligado à positivação interna de um Estado, enquanto a expressão “direitos humanos” se refere aos direitos dos

homens em geral, equiparados aos direitos naturais, ou seja, independem da positivação de determinado país.

Não há consenso na doutrina em estabelecer características que se adeque a todos os direitos a que são atribuídos a fundamentabilidade. Parte da dificuldade é porque os direitos fundamentais estão ligados à concepção de dignidade humana, um princípio aberto, sem unanimidade doutrinária, interpretado casuisticamente em muitas oportunidades.

Como a grande parte da doutrina brasileira reconhece o princípio da dignidade humana como tronco comum, as características abaixo são as que a doutrina costuma elencar com alguma frequência.

Os direitos fundamentais são considerados uma construção histórica, isto é, a concepção sobre quais são os direitos considerados fundamentais varia de época para época e de lugar para lugar.

Como afirmava o saudoso professor Bobbio (2004):

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.

A relativização dos direitos fundamentais também é uma característica, primeiro porque podem entrar em conflito entre si – e, nesse caso, não se pode estabelecer a priori qual direito vai “ganhar” o conflito, pois essa questão só pode ser analisada tendo em vista o caso concreto. E, em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos.

Todavia essas limitações que os direitos fundamentais sofrem não são ilimitadas, ou seja, não se pode limitar os direitos fundamentais além do estritamente necessário. Por outro lado, a restrição aos direitos fundamentais só é admitida quando compatível com os ditames

constitucionais e quando respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ainda, os direitos fundamentais são imprescritíveis, o que no Direito Constitucional, significa dizer que não podem (em regra) ser perdidos pela passagem do tempo.

A inalienabilidade também considerada uma característica dos direitos fundamentais o que implica dizer que não podem ser vendidos, nem doados, nem emprestados etc. Possuem uma eficácia objetiva, isto é, não são meros direitos pessoais (subjetivos), mas são de interesse da própria coletividade.

Também quanto dos direitos fundamentais não se pode fazer com eles o que bem se quer, pois eles possuem eficácia objetiva, isto é, importam não apenas ao próprio titular, mas sim interessam a toda a coletividade e por isso a renúncia a direitos fundamentais só é admitida de forma temporária, e se não afetar a dignidade humana, pois é um direito indisponível e irrenunciável.

Por fim temos a indivisibilidade para a qual os direitos fundamentais não podem ser analisados de maneira separada, isolada, o desrespeito a um deles é, na verdade, o desrespeito a todos.

1.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais no Brasil

Os Direitos Fundamentais, sob uma perspectiva clássica, estão ligados ao surgimento do constitucionalismo e aos instrumentos de proteção do indivíduo frente ao poder absoluto do Estado, ou seja, os “Direitos Fundamentais são sempre opostos ou oponíveis ao governo, para limitar ou exigir sua atuação, conforme se cuide de defender ou de promover o indivíduo na sociedade ou o poder atua e o indivíduo se realiza.” (BARROS, 2003).

A ciência jurídica como condicionada a existência de vida humana em sociedade também passou por inúmeras modificações, enormes avanços e infelizes retrocessos que muitas vezes acabaram com inúmeros séculos de lutas e esperanças por um mundo mais justo.

Percebe-se, portanto a importância do estudo da história para a compreensão do mundo jurídico, ainda mais quando tratar-se daqueles direitos essenciais a pessoa humana, ou seja. Não será possível compreender os direitos humanos e os direitos fundamentais sem relacioná-los a história, pois estes não surgem como uma revelação, como uma descoberta repentina de uma sociedade, de um grupo ou de indivíduos, mas sim foram construídos ao longo dos anos, frutos não apenas de pesquisa acadêmica, de bases teóricas, mas principalmente das lutas contra o poder. Nesse sentido, Bobbio (1992, p. 5) afirma que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados 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.

Assim, os direitos fundamentais teriam surgido a partir de carências dos indivíduos com relação à sua liberdade e dignidade, tão desprestigiadas quando imperavam os valores sustentadores do Estado absolutista. Além disso, positivaram-se tais direitos a partir do momento em que o homem soube que teria meios para garanti-los e protegê-los.

Segundo Bobbio (2004, p. 32), a positivação dos direitos fundamentais (ou direitos do homem, para usar o termo elegido pelo autor) teve sua evolução marcada por três fases:

O desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar, para o indivíduo, ou para grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade

não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou liberdade por meio do Estado.

Por serem inerentes ao homem, os Direitos Fundamentais são universais e a atemporais, não necessitam de positivação jurídica, tanto que são apenas “declarados”.

A Constituição Brasileira atual faz referência a diversas expressões: direitos humanos (art. 4º, I), direitos e garantias fundamentais (título I), direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17).

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, estabelece um vasto catálogo de direitos fundamentais, inovando no ordenamento pátrio ao tratar com tamanho apreço a matéria.

De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do status jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional.

Durante os 21 (vinte e um) anos da ditadura militar tempo, marcado essencialmente pelo autoritarismo, as liberdades fundamentais foram restringidas ou até mesmo aniquiladas.

Além dos direitos vastamente e formalmente estabelecidos, a referida Carta ainda estabelece expressamente a possibilidade de outros direitos materialmente fundamentais, em seu artigo 5º, parágrafo 2º. Dessa

forma, no sistema brasileiro são admitidos os direitos fundamentais formais os estabelecidos na Constituição e os materiais que deve abranger direitos relativos a estrutura do Estado e da posição da pessoa humana na sociedade.

Para estabelecer um conceito de direitos fundamentais em consonância com a ordem constitucional brasileira, Sarlet (SARLET, 2010, p. 77) propõe que são direitos fundamentais todas as posições jurídicas relativas às pessoas naturais ou jurídicas que foram integradas explícita ou implicitamente à Constituição (e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos), assim como as posições jurídicas que possam ser e elas equiparadas por seu conteúdo e significado.

Assim temos os direitos expressamente positivados que se encontram os direitos constantes do Título II da CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece os direitos e garantias fundamentais, os direitos fundamentais esparsos na Constituição e os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais sobre direitos humanos, como os direitos relacionados ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, a gratuidade para os reconhecidamente pobres do registro civil de nascimento e da certidão de óbito.

Já no segundo grupo (dos direitos fundamentais implicitamente positivados na Constituição), podem ser encontrados, por exemplo, os direitos à identidade genética da pessoa humana, à identidade pessoal, e as garantias do sigilo bancário e fiscal.

Assim ancorado no direito de liberdade e no princípio da dignidade da pessoa humana estão inseridos os direitos da personalidade consagrados no Código Civil de 2002 objeto de nosso estudo.

1.2 Direitos de personalidade como direito fundamental

No mundo contemporâneo, pessoa é o ser humano que chora, se alegre, tem vontades, desejos e, dessa forma, passa a surgir no direito a teoria

dos direitos da personalidade, que possuem como objeto os próprios bens da personalidade das pessoas, isto é, a vida, a integridade física e psíquica, a imagem, a honra, a privacidade, a autoria, a reputação, a sociabilidade, a liberdade, a identidade, a dignidade, a autonomia, dentre outros.

Os direitos da personalidade são uma categoria diferenciada e especial de direitos, pois protegem a essência da pessoa e as suas principais características, diversamente, dos direitos obrigacionais e direitos reais.

Com a Constituição Federal de 1988, o indivíduo passa a receber do estado proteção e destaque para garantir seus direitos fundamentais, entre eles, os chamados direito da personalidade, compreendendo a esfera íntima, particular, honra e imagem do indivíduo, conforme assegurado no inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.⁶

De acordo com os valores do novo direito constitucional, que possui um magnífico rol de direitos fundamentais todos guiados pelo metaprincípio da dignidade da pessoa humana, pessoa é o ser humano real, que sofre, se alegra, tem vontade, sentimentos, aspirações, preferências e não somente alguém que tem aptidão para adquirir direitos e deveres, figurando no polo passivo ou ativo das relações jurídicas.

Os direitos da personalidade são uma categoria de direitos que surgiram como meio de proteção dos indivíduos contra os abusos do poder estatal. Posteriormente, foram incorporados pelo direito privado e desde então tem sido objeto de discussão.

Ainda tendo alcançado relevo constitucional, é de se destacar que os direitos da personalidade estão albergados pela proteção conferida pelo artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal, figurando dentre os direitos que possuem aplicabilidade imediata, conforme comando do artigo 5º, § 1º da Carta Maior. Nesta esteira, é possível afirmar que os direitos da personalidade, tal qual esculpido no artigo 5º, inciso X, da

⁶ Artigo 5º, X: 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.

Constituição Federal, sujeitam os particulares no âmbito de suas relações privadas, ainda que se discuta se tal vinculação deriva de uma eficácia direta ou indireta.

Os direitos da personalidade compreendem um conjunto de bens mais valiosos e intrínsecos a pessoa, sem os quais, os outros direitos subjetivos não poderiam ser realizados.

Em consonância com os direitos fundamentais, os direitos da personalidade, não podem se separar do homem, posto que são intrínsecos e inerentes a este, dando ensejo em um direito subjetivo que ressalta um aspecto de poder de nossa vontade e outro aspecto, que é o dever jurídico de respeitar esse poder do outro.

Portanto, juntamente à acepção de pessoa está à possibilidade desta, como titular de direitos, atuar no cenário jurídico, assim a personalidade passa a ser a qualidade jurídica inerente a todas as pessoas e, conseqüentemente, o pressuposto prévio para todos os direitos e deveres.

Conseqüentemente, o conceito de personalidade jurídica também está, dessa forma ligado à ideia de que o homem pode exercer no mundo jurídico, ou seja, qual a função que este pode ocupar em dada relação jurídica, não atribuindo à pessoa o seu real valor, pois considera o sujeito em termos meramente mecanicistas.

A personalidade é a característica que diferencia os seres humanos e não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, e sim constitui a precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto.

Assim, não há que se falar mais na personalidade como a aptidão para obter direitos, mas sim a aptidão para desempenhar papéis no mundo do direito e, assim, a personalidade valoriza a pessoa no ordenamento jurídico e atribui unidade a este.

Denota-se que os conceitos de direitos fundamentais e direitos da personalidade por vezes podem se confundir sendo estes são

considerados aqueles direitos que representam qualidades mínimas, atributos relacionados à condição de pessoa humana, sendo direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e positivá-los.

Os direitos da personalidade estão em constante inovação, com a evolução da sociedade e o desenvolvimento da dogmática desses direitos, cada vez mais, um novo aspecto da personalidade precisa ser tutelado e promovido.

Qualquer tentativa de classificação será insuficiente para demonstrar a gama de possibilidades que esses direitos oferecem para a promoção e tutela da personalidade.

O acima dito pode ser ilustrado com o artigo 1^a da Constituição da República Federativa do Brasil, que proclama como um de seus fundamentos o princípio da dignidade humana. Esse princípio tem sido aclamado como o fundamento da cláusula geral de proteção e promoção da personalidade.

Muitos autores destacam a importância do direito da personalidade como garantia dos direitos fundamentais, pois a personalidade é o primeiro bem da pessoa, sua honra, sua privacidade, seu íntimo. O doutrinador Ingo Sarlet, em suas diversas obras, brilhantemente esclarece alguns pontos no tocante ao tema do direito a personalidade:

O fundamento dos direitos da personalidade é em linhas muito gerais o reconhecimento, pela ordem jurídica, da dignidade da pessoa humana e da necessidade de proteger as diversas manifestações de tal dignidade e personalidade. [...] Nesse sentido, é possível afirmar que os direitos de personalidade são sempre direitos humanos e fundamentais, mas nem todos os direitos humanos e fundamentais são direitos de personalidade. (JORNAL ESTADO DE DIREITO, 2010).

A Constituição Federativa do Brasil, em seu preâmbulo, destaca a finalidade da Carta Constitucional e a sua importância frente ao estado democrático destinado a preservação dos direitos sociais e individuais,

assim como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Tais direitos ganham destaques e surgem como um avanço, pois, até aquela ocasião poucos direitos eram respeitos e o país vivia esmagado pela ditadura militar, prisões políticas, censuras e repressão, conforme sustenta (SARLET, 2010, p. 63) em sua obra sobre a eficácia dos direitos fundamentais:

No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, a circunstancia de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar.

A Constituição Federativa do Brasil consagra em seu primeiro artigo o reconhecimento da matéria, destinando ainda, outros artigos com rol exemplificativo de direitos fundamentais para garantir ao ser humano sua dignidade e seu desenvolvimento social e pessoal. Sarlet (2005, p. 14), em sua obra organizada sobre as dimensões da dignidade, esclarece o reconhecimento da dignidade da pessoa humana:

[...] o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa pelo Direito resulta justamente de toda uma evolução do pensamento humano a respeito do que significa este ser humano e de que é a compreensão do que é ser pessoa e quais os valores que lhe são inerentes que acaba por influenciar ou mesmo determinar o modo pelo qual o Direito reconhece e protege esta dignidade. Fundamenta ainda, que tal direito é irrenunciável e jamais pode ser destacado do ser humano, tratando-se então de qualidade intrínseca, segundo SARLET: [...] que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada promovida e protegida, não podendo contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada [...]

Como anteriormente mencionado, os direitos fundamentais podem ser tanto expressamente quanto implicitamente positivados. Dentro do primeiro grupo, encontram-se aqueles direitos fundamentais positivados na Constituição, e há discussão acerca da possibilidade da existência de direitos fundamentais positivados em leis infraconstitucionais.

Em um artigo “Direitos da Personalidade na Relação de Trabalho: Meios Eletrônicos no Ambiente Trabalho- Monitoramento de *f-Mails* e Instrumentos Visuais no Ambiente de Trabalho”, Carvalho (2016) destaca que a teoria dos direitos de personalidade teve início no século XIX, na Alemanha, sendo que este país se tornou vanguardista no reconhecimento de tais direitos.

No âmbito do direito pátrio, os direitos de personalidade encontram-se inseridos na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil.

Atualmente a ideia de proteção aos direitos da personalidade do ser humano representa algo próprio e inerente à sua natureza da qual irradiam direitos fundamentais ao seu pleno desenvolvimento e necessários à preservação dos seus aspectos físico, psíquico ou mental, moral, intelectual e social (acesso ao direito à integração social).

Os direitos da personalidade são indissociáveis, embora agrupados o que permite a percepção de que estes são de tidas as ordens humanas, ou seja, físicos, psíquicos (morais) e intelectuais.

Os direitos da personalidade possuem características que lhe são próprias. São inatos, na medida em que basta ao ser humano nascer para ser legítimo detentor desses direitos, sem qualquer outra exigência. São vitalícios, alguns perdurando mesmo após a morte da pessoa; dessa característica pode-se afirmar que são direitos imprescritíveis. São inalienáveis, não podendo ser dispostos pelo seu detentor, já que ninguém,

por ato voluntário, pode deles dispor. São intransmissíveis, já que não podem ser transmitidos de uma pessoa a outra, e também irrenunciáveis. Por fim, são também absolutos, podendo ser opostos *erga omnes*.

Os direitos da personalidade são uma categoria especial de direito, diferentes dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Por meio dos direitos de personalidade, se protegem a essência da pessoa e as suas principais características.

No âmbito do Código Civil, o art. 12 possibilita a defesa dos direitos da personalidade, de forma preventiva e repressiva, ou seja, no aspecto preventivo, assegura a tutela inibitória visando a reprimir a prática ou continuidade de qualquer ato ofensivo ao titular do direito.

De tal sorte, o estudo dos direitos da personalidade tem como base primordial o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que os direitos da personalidade são direitos essenciais ao desenvolvimento desta, representando uma garantia para a preservação de sua preconizada dignidade.

Assim sendo, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são inatos e inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira permanente e perpétua. São direitos que nascem com a pessoa humana e que a acompanham durante toda a sua existência, tendo como escopo a proteção aos atributos da personalidade e garantir as pessoas o respeito à dignidade da pessoa humana e aos seus direitos básicos inerentes ao ser humano – em todos os aspectos supramencionados.

Os referidos direitos transcendem ao ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos na própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Os direitos da personalidade podem ser definidos como direitos de cunho imaterial, que não traduzem imediata razão econômica, inerentes a qualquer pessoa humana, já que cada ser humano é único e insubstituível.

São direitos que definem a personalidade humana, sendo não apenas personalíssimos, mas também fundamentais à individualidade e existência do ser humano.

No decorrer da história a pessoa passou a ser considerado ente de fundamental importância para o ordenamento jurídico para as quais os direitos da personalidade passaram a ser vistas como qualidades mínimas a serem preservadas para o respeito ao ser humano.

1.3 A categoria dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são de formação recente, contudo pode-se dizer que desde o código de *Hamurabi* já se demonstrava interesse na proteção da integridade física e moral do ser humano.

Contribuições para a atual teoria dos direitos da personalidade vêm do cristianismo que vai trilhar caminhos para o princípio da dignidade da pessoa humana; do direito natural que irá cunhar a ideia de direitos preexistentes ao Estado, inerentes ao próprio homem; do racionalismo que irá colocar o indivíduo no centro de todo o direito; e da escola histórica alemã que irá desenvolver a teoria dos direitos subjetivos.

Quando se fala na classificação dos direitos de personalidade nos deparamos com algumas divergências doutrinárias como a teoria monista e a teoria pluralista.

Para os monistas só há um direito da personalidade que irradia diversas facetas reguladas por lei. Portanto há um direito geral de personalidade, já que cada uma das facetas que esse direito apresenta é intrínsecas à pessoa. Desta feita o ordenamento jurídico tutela de forma genérica à personalidade e suas facetas, devendo a denominação usada a essa categoria ser direito da personalidade e não direitos da personalidade.

Já para a teoria pluralista os direitos da personalidade são diversos, cada um devendo ser tutelado, já que, se referem a necessidades

diversas da pessoa. Portanto, cada um dos direitos deve receber tutela jurídica diversas, não havendo uma tutela genérica da personalidade, daí a denominação direitos da personalidade e não direito da personalidade.

Alguns doutrinadores tecem críticas a essas teorias como Tepedino (1999, p. 45) que para ele estão arraigadas no modelo voluntarista ao tentar adequar a categoria dos direitos da personalidade a dogmática dos direitos subjetivos patrimoniais, ou seja, buscam garantir uma tutela de cunho patrimonial.

O legislador constituinte brasileiro, conforme Tepedino (1999), ao eleger o princípio da dignidade da pessoa humana e a cidadania como um dos fundamentos da República⁷ quer proteger a pessoa humana em todos os seus aspectos não estando vinculado a um único direito subjetivo ou a vários direitos da personalidade. A proteção deve ser ampla, quer com direitos subjetivos, quer como inibidor de atos que violem os direitos da personalidade, ou como meio de promover os aspectos da personalidade.

Para Fiuza (2006, p. 177), os direitos da personalidade, mesmo considerados direitos subjetivos, não podem ser comparados aos modelos clássicos de direitos subjetivos pessoais ou reais. Tampouco se deve moldurá-los em situações tipo, reprimindo apenas sua violação. Também será inconsistente a técnica de agrupá-los em um único direito geral da personalidade, se o objetivo for o de superar o paradigma clássico, baseado no binômio lesão-sanção. Há de se estabelecer uma cláusula geral de tutela da personalidade, que eleja a dignidade e a promoção da pessoa humana como valores máximos do ordenamento, orientando toda a atividade hermenêutica.

⁷ Art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- a soberania;

II- a cidadania;

III- a dignidade da pessoa humana;

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- o pluralismo político.

Vê-se, portanto, que o modelo clássico é insuficiente para proteger de forma ampla dos direitos da personalidade. Se forem considerados sob esse aspecto, estarão fadados a serem tutelados somente quando violados, sendo, que a sua tutela deve ser mais ampla, ou seja, também, de forma promocional. Por isso, Fiuza (2006) e Tepedino (1999), informam que os direitos da personalidade devem ser vistos como uma cláusula geral de tutela da personalidade, o que abarca tanto a proteção quanto à promoção desses direitos.

Dado o exposto acima uma classificação dos direitos da personalidade é desnecessária. A promoção e tutela da pessoa humana devem ser amplas. Neste aspecto, qualquer classificação possível será incompleta posto que essa categoria de direitos tem se ampliado com a evolução da sociedade e a cada dia, a doutrina e jurisprudência vêm acrescentando novas facetas em seu contexto.

Apenas para efeito de estudo citamos Fiuza (2006) classifica os direitos da personalidade em direitos à integridade física que compreende o direito à vida, ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e em direitos à integridade moral que compreende o direito à honra, o direito à liberdade, o direito ao recato, o direito à imagem, o direito ao nome, o direito moral do autor.

Beltrão (2005) ao discorrer sobre a classificação dos direitos da personalidade busca apoio na doutrina alemã, em especial em Hubmann. Segundo este (apud BELTRÃO, 2005), a personalidade se desdobra em três elementos, a dignidade humana, a individualidade e a pessoalidade. A dignidade humana visa à proteção de bens que garantem a conservação da pessoa e de sua dignidade, portanto, estão inclusos nessa categoria o direito à existência, à integridade física, à locomoção, à saúde e direitos que servem para a conservação da vida, como por exemplo, a legítima defesa.

São direitos que asseguram o acervo de bens atuais da personalidade de cada ser humano, com um caráter defensivo e conservador da pessoa e de sua dignidade. Assim, são tutelados nessa categoria o direito à existência (à vida), à

integridade física, à locomoção, à saúde, e até mesmo os direitos complementares, que servem como meio de conservação da vida, tal qual a legítima defesa, enquanto instrumento do direito da personalidade. (BELTRÃO, 2005, p. 98).

No elemento individualidade Hubmann (apud BELTRÃO, 2005) a divide em esfera individual (mais ampla), esfera privada (menos ampla) e esfera secreta (mais restrita). Deste modo, na esfera individual, aquela em que o homem se distingue dos demais de sua sociedade, encontra-se os direitos à identificação pessoal, o nome, a imagem, a honra, a palavra escrita e falada. Na esfera privada, aquela em que o indivíduo se expõe a certo grupo de pessoas com base na confiança, não sendo exposta ao público em geral, compreendem os direitos à intimidade. Na esfera secreta, aquela em que o indivíduo protege suas convicções mais profundas, não querendo expô-las a ninguém ou a um número bem limitado de pessoas, encontram-se os direitos ao silêncio, ao segredo.

Na personalidade estão protegidas a individualidade e autonomia da pessoa. A individualidade nesse aspecto é assegurada como liberdade, desta feita, são tutelados o direito à liberdade de ação, a atividade de força de trabalho, a liberdade de associação, a liberdade cultural, a liberdade de expressão de pensamento, entre outros.

Em situação práticas quando da aplicação dos direitos de personalidade independente das diversas soluções que é dada ao caso uma categorização dos direitos da personalidade tende a ser insuficiente, melhor parece ser a posição de Tepedino (1999) e Fiuza (2006) que consideram os direitos da personalidade uma cláusula geral de Tutela e promoção da personalidade.

Notas conclusivas

A construção histórica do Estado Constitucional demonstra a evolução das conquistas dos direitos fundamentais inseridos no

ordenamento jurídico constitucional. O novo direito constitucional possui como base a dignidade da pessoa humana como o metaprincípio orientador de todos os outros direitos, como os direitos fundamentais e a legislação infraconstitucional.

Os direitos fundamentais reconhecidos no ordenamento jurídico vigente devem ser protegidos e resguardados, pois eles conferem legitimidade ao sistema constitucional. A positivação de direitos humanos fundamentais, além do reconhecimento nos ordenamentos jurídicos, proporcionou a qualquer indivíduo o poder e o direito de exigir sua tutela perante Poder Judiciário. Sendo os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitáveis podem ocorrer colisões de direitos fundamentais que se caracterizam conflitos in concreto de direitos fundamentais. Tais colisões ocorrem porque suas normas apresentam-se abertas e móveis no momento da concretização na convivência em sociedade.

Os direitos da personalidade integram o rol de direitos fundamentais, dos direitos que garantem a dignidade humano protegido pelo ordenamento jurídico protege a personalidade humana.

Dado o princípio da dignidade da pessoa humana e a constante evolução da sociedade, os direitos da personalidade devem ser guardados como forma de se efetivar e promover a pessoa humana. A proteção da personalidade deve ser ampla, tutelando e promovendo o ser humano, não sendo necessária a categorização de qual faceta da personalidade se está protegendo.

Por tratarem-se de direitos de matriz fundamental e de amplo caráter social, é indispensável à validade do ato de disposição que o direito topicamente restringido tenha respeitado o seu conteúdo mínimo em matéria de dignidade da pessoa humana.

Ainda a classificação dada por alguns autores quanto aos direitos da personalidade serve apenas para facilitar a dogmática desses

direitos, não podendo ter o condão de engessar a categoria dos direitos da personalidade que deve ser aberta.

Dado o princípio da dignidade da pessoa humana e a constante evolução da sociedade, os direitos da personalidade devem ser guardados como forma de se efetivar e promover a pessoa humana. O fechamento dos direitos da personalidade em uma classificação única tende a dificultar a proteção do homem.

Referências

- ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte. Teoria dos Direitos Fundamentais* 2. ed. Berlin: Suhrkamp, 1985.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ANTUNES, Ruy Barbedo. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: a questão relacional. *Rev. Esc. Direito, Pelotas*, v. 6, n. 1, p. 331-356, jan./dez. 2005.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.
- BICUDO, Hélio. *Direitos Humanos e sua Proteção*. São Paulo: FTD, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa de 1988. Senado Federal: Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.

CARVALHO, Patrícia Oliveira Cipriano de. Direitos da Personalidade na Relação de Trabalho: Meios Eletrônicos no Ambiente Trabalho - Monitoramento de *f-Mails* e Instrumentos Visuais no Ambiente de Trabalho. *Revista SINTESE*, jan. 2016.

FIUZA, César. *Direito civil: Curso Completo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JORNAL ESTADO DE DIREITO. Porto Alegre, a. IV, n. 26. p. 14-15, 2010. Disponível em: <<http://www.youblisher.com./p/944365-26-EDIÇÃO-JORNAL-ESTADO-DE-DIREITO>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Autonomia privada como atributo intrínseco da dignidade humana – da autonomia da vontade à autonomia privada

Douglas Marangon¹

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo abordar o tema da autonomia privada como atributo intrínseco à dignidade humana. Para tanto, far-se-á uma breve análise acerca da caminhada jurídica da dignidade humana até sua emergência a fundamento do ordenamento jurídico, bem como uma tentativa de delimitação de seu conteúdo mínimo, passando pelo tema da constitucionalização do direito privado, culminando com a abordagem da autonomia privada sob a perspectiva do novo paradigma constitucional.

Apenas na segunda década do século XX a dignidade humana passou a figurar em documentos escritos. Sua universalização se verifica notadamente após a Segunda Guerra Mundial, quando é inserida nos principais documentos internacionais e na maioria das constituições ocidentais.

No âmbito do direito doméstico, a Constituição Federal de 1988 alçou a dignidade humana a fundamento do Estado Democrático de Direito, balizando toda a teia legislativa infraconstitucional, exercendo influência inclusive no âmbito das relações privadas, antes reguladas exclusivamente pela legislação civil.

Inobstante, dada a generalidade que lhe é intrínseca, o conteúdo mínimo da dignidade humana segue carente de delineamento

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Civil e Processo Civil; Advogado autônomo.

minimamente objetivo, ao ponto de se sustentar a impossibilidade de sua conceituação. Nessa quadra, tem-se atribuído à casuística a incumbência de delimitar seus contornos, mormente a partir de uma abordagem negativa voltada ao caso concreto: analisa-se, a partir de sua violação, o que a dignidade não é.

A partir da paulatina construção do conteúdo da dignidade humana, vislumbra-se sua íntima ligação com os direitos de liberdade e de autodeterminação. Nessa quadra, a partir de sua emergência a fundamento do ordenamento jurídico, a dignidade humana fomenta a constitucionalização do direito civil, que passa a dever observância aos ditames constitucionais, implicando na reconfiguração de institutos seculares do direito civil.

A partir do paradigma da dignidade humana, ocorre a repersonalização do direito privado, que passa a priorizar as situações existenciais às patrimoniais. Nesse cenário, institutos clássicos do direito civil são reconfigurados a partir da filtragem constitucional, com destaque para a autonomia privada, absoluta sob a égide do Estado Liberal.

Entrementes, a autonomia privada se apresenta como atributo inerente à dignidade humana, notadamente no que concerne aos direitos de liberdade e de autodeterminação. Até que ponto sua limitação se mostra legítima, sem que para isso seja necessário o sacrifício da liberdade e, por conseguinte, de uma relevante dimensão da dignidade, é o objeto deste breve estudo.

1 Uma tentativa de delimitação do conteúdo da dignidade humana

A despeito de sua relativa proeminência na história das ideias, foi somente no final da segunda década do século XX que a dignidade humana passou a figurar em documentos jurídicos, a começar pelas

Constituições do México (1917) e da Alemanha de Weimar (1919) (BARROSO, 2010).

Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi incorporada aos principais documentos internacionais, como a Carta da ONU de 1945, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e inúmeros outros tratados e pactos internacionais, passando a desempenhar um papel central no discurso sobre direitos humanos. Mais recentemente, recebeu especial destaque na Carta Europeia de Direitos Fundamentais, de 2000, e no Projeto de Constituição Europeia, de 2004 (BARROSO, 2010).

No âmbito do direito constitucional, a partir do segundo pós-guerra, inúmeras Constituições incluíram a proteção da dignidade humana em seus textos. A primazia, no particular, tocou à Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que previu, em seu art. 1º, a inviolabilidade da dignidade humana, dando lugar a uma ampla jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a alçou ao status de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional (BARROSO, 2010).

Conforme apontado por Barroso (2010), no plano do direito comparado, merece destaque a atuação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, cujas decisões são citadas em diferentes jurisdições. Na prática da Corte, a dignidade humana sempre esteve no centro das discussões de inúmeros casos como, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da descriminalização do aborto, a flexibilização dessa mesma decisão, a proibição de derrubada de aviões sequestrados por terroristas e a vedação do uso de diário pessoal como meio de prova, dentre muitos outros temas sensíveis.

No direito pátrio, a Constituição Federal de 1988 alçou a dignidade humana a fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme se emerge evidente da literalidade de seu artigo 1º, inciso III,

in verbis: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.” Nessa quadra, o postulado da dignidade humana passa a orientar todo o ordenamento jurídico, que passa a lhe dever observância, inclusive no âmbito das relações privadas, conforme se verá mais à frente.

Se a centralidade da dignidade humana no ordenamento jurídico resta clara, notadamente com a sua consagração no texto constitucional, a sua definição não é tarefa simples. Destarte, buscar-se-á, na sequência, estabelecer uma definição que estabeleça a maior objetividade possível, sempre fadada à incompletude e com a advertência de que não se tem qualquer pretensão de esgotamento do tema.

A despeito de certo consenso acerca do termo “dignidade da pessoa humana”, a definição de seu conteúdo é tarefa das mais difíceis. Há autores que sustentam mesmo a impossibilidade de uma definição jurídica da dignidade (SARLET, 2005). Embora seja o direito o responsável por definir e atribuir proteção à dignidade humana, não se pode ignorar a evolução do pensamento filosófico acerca do que significa ser pessoa e dos valores que lhe são inerentes.

De início, faz-se uma observação, com arrimo em Barroso (2010), no sentido de que a dignidade humana se tornou, nas últimas décadas, um dos grandes consensos do mundo ocidental, tanto que consta de inúmeros documentos internacionais, na maioria das constituições ocidentais, nas leis e nas decisões judiciais. Entretanto, no plano concreto tem sido invocada pelos dois lados em disputa, notadamente quanto a temas mais sensíveis, como aborto, eutanásia, uniões homoafetivas, descriminalização de drogas, apenas para ficar com alguns exemplos. Destarte, mostra-se imperiosa – embora árdua – a tarefa de definir o

conteúdo mínimo da dignidade humana, haja vista sua capacidade de legitimar decisões contraditórias com relação a problemas complexos.

No mesmo sentido é a lição de Maurer (2005), para quem, a noção de dignidade da pessoa humana estabelece um consenso universal. Entretanto, segundo aponta, as divergências práticas são consideráveis. Tanto que em seu nome alguns reivindicam a legitimidade de comportamentos tidos por outros como violadores da dignidade. Segundo a autora, subjetivar demasiadamente a dignidade significaria um risco, à medida que um mínimo de objetividade se mostra necessário à sua efetivação. Afirma mesmo que o conceito de dignidade pode legitimar sistemas jurídicos opostos, dada sua amplitude semântica. Assim, o vago consenso mencionado se mostra insuficiente.

A reflexão proposta pela autora, pois, diz respeito à possibilidade de se formular um conceito que, embora aberto, contenha um mínimo de objetividade. Fora disso, o conceito de dignidade pode justificar tudo, e ao mesmo tempo o seu contrário. Contudo, ressalta o risco de se definir o que seja dignidade, pois deduzir uma conceituação e delimitação objetiva equivaleria a impor-lhe limites, subtraindo-lhe um aspecto essencial de sua riqueza (MAURER, 2005).

Conforme Barroso (2010, p. 10), “A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso.” Nessa condição, estaria ao lado de outros valores centrais para o ordenamento jurídico, tais como justiça, segurança e solidariedade. Ainda segundo o autor, seria justamente nesse plano ético que a dignidade humana representa, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Sarlet (2005) observa que o elemento nuclear da noção de dignidade continua sendo reconduzido primordialmente à matriz Kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de

autodeterminação da pessoa. Sob essa análise, verifica-se a íntima ligação entre o conceito de dignidade e de liberdade. Sob uma dimensão ontológica da dignidade humana, afirma que esta é qualidade intrínseca à pessoa humana, irrenunciável e inalienável. Mesmo o maior dos criminosos é dotado dessa inerente qualidade. Nesse sentido, o art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948) dispõe que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.” Nesta linha, a dignidade existe ainda onde não é reconhecida pelo direito (SARLET, 2005).

Noutra perspectiva, a dignidade possui uma dupla dimensão, uma negativa e outra prestacional. A dignidade se manifesta como autonomia individual e direito de autodeterminação, mas também como um dever mútuo de proteção. Conforme Dworkin (apud SARLET, 2005, p. 31), a dignidade possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas”, de tal sorte que é no valor intrínseco da vida humana de todo e qualquer ser humano, que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la considerada e respeitada. Como limite, a dignidade impõe o dever de abstenção de sua violação, como tarefa implica no dever de ações afirmativas no sentido de promovê-la e assegurá-la. Nas precisas palavras de Sarlet (2005, p. 32): “[...] a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexas dimensão defensiva e prestacional da dignidade.”

Vê-se que a definição do conteúdo da dignidade se mostra tarefa das mais árduas, quiçá impossível. Entretanto, a busca por essa definição é necessária, notadamente por se tratar de norma jurídica, de modo a emprestar um mínimo de segurança jurídica, embora, como se viu, é a

luz do caso concreto que normalmente a dignidade reclama delimitação. Uma definição minimamente objetiva, embora necessariamente aberta, se justifica em observância à segurança jurídica, bem como para evitar que a dignidade continue a justificar o seu contrário.

Diante de dificuldade em se delimitar em abstrato o conteúdo da dignidade humana, Sarlet (2005) salienta o fato de se mostrar mais facilmente identificável o conteúdo de dignidade no caso concreto e, sobretudo, quando esta é violada, ou seja, mostra-se mais fácil identificar o que a dignidade não é. Como ponto de partida o autor menciona a fórmula desenvolvida por Gunter Durig, da Alemanha, que, na esteira da concepção kantiana, sustenta que a dignidade da pessoa poderia ser considerada violada “sempre que houvesse a coisificação do ser humano, ou seja, seu rebaixamento a objeto e não sujeito de direitos.” (SARLET, 2005, p. 33).

No mesmo sentido é a lição de Maurer (2005), para quem em direito a abordagem negativa do conceito de dignidade resta facilitada, na medida em que se pode ter consciência do que a dignidade humana não é, enquanto se mostra difícil, ou mesmo impossível dizer o que ela é, o que, contudo, não implica em negar a busca de seu conteúdo. “A realidade da dignidade pode ser ensinada, abordada, mas ela não pode ser apropriada, adquirida definitivamente.” (MAURER, 2005, p. 74).

Com igual pensar merece ser trazido à liça a posição de Kloepfer (2005), para quem a dignidade humana pode ser analisada sob o ponto de vista positivo e negativo, sempre impregnada de influências históricas e culturais. A delimitação em abstrato do conceito de dignidade humana se mostra difícil e no mais das vezes incompleta. Nesse ponto, a análise da casuística exerce função de distinta relevância.

Por certo que a fórmula negativa de delimitação do conteúdo da dignidade humana não está isenta de críticas, notadamente por não estabelecer uma solução em tese, mas, sim, voltada ao caso concreto. Inobstante, com base nessa fórmula a jurisprudência já teve oportunidade

de definir uma série de situações onde se verifica a existência de violação à dignidade humana, destaque para diversas decisões no âmbito da suprema corte alemã.

Conforme apontam Schwabe e Martins (2005) a *Grundgesetz* (Lei Fundamental alemã) declara, em seu Art. 1 I, a dignidade humana como “intocável”. Logo em seguida (Art. 1 I 2 GG), ordena a todos os poderes estatais observá-la e protegê-la. O dever de observância é próprio de todos os direitos fundamentais como direitos de resistência contra intervenções estatais, ou seja, o Estado observa a liberdade ou direito individual enquanto omite uma ação perturbadora. O dever de proteção diz respeito a mandamento de ação direcionado ao Estado, ação contra agressões da dignidade da pessoa humana proveniente de particulares.

Se, por um lado, os mandamentos relativos à dignidade da pessoa humana são claros, a sua definição continua sendo tarefa inacabada mesmo na doutrina alemã. Não existe unanimidade na literatura especializada alemã. Mais bem sucedida tem sido uma definição negativa: “uma definição que parte da intervenção ou violação da dignidade humana (visto que uma intervenção não pode ser justificada, pois a outorga do Art. I GG é ilimitada).” (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 177).

Sob a perspectiva negativa, a conclusão de Sarlet (2005) é no sentido de que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiça.

Não se pode finalizar essa tentativa de delimitação do conteúdo da dignidade humana sem trazer à baila um conceito final de dignidade humana. Como principal referencial teórico do presente estudo, convém

colacionar o conceito de dignidade humana formulado por Sarlet (2005, p. 35), segundo o qual a dignidade humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Em uma conclusão prévia, a partir que se viu até o momento, denota-se a imensa dificuldade em delimitar os precisos contornos da dignidade humana. Mesmo no âmbito do direito comparado, e ainda em culturas jurídicas mais maduras, como é o exemplo da Alemanha, o tema continua representando um desafio. Tanto que é a partir da casuística e com a utilização da fórmula negativa, que seu conteúdo vem sendo paulatinamente construído.

Resta evidente, contudo, a umbilical ligação da dignidade humana com os direitos de liberdade e de autodeterminação. É sob este aspecto que nos interessa sobremaneira analisar a dignidade humana, de modo a aferir se a autonomia privada se insere em seu âmbito de proteção, e se lhe representa um atributo intrínseco.

Para tanto, impositiva uma breve reconstrução da trajetória do direito rumo à constitucionalização do direito civil e seus impactos nas relações privadas.

2 Da repersonalização do direito civil – a dignidade humana como balizadora do ordenamento jurídico

O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação

do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação). Entrementes, o contrato estruturado de acordo com o esquema clássico de oferta e aceitação, baseado no consentimento livre e na igualdade formal das partes, não mais se coaduna com a nova ordem constitucional e com o paradigma da autonomia privada. A constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, o que representa inegável limitação à autonomia privada (LÔBO, 1999).

Como fenômeno da constitucionalização do direito civil, toda a teia normativa de direito privado passa a ser analisada sob a luz da constituição, que, igualmente, passa a normatizar situações específicas antes restritas às codificações. No Estado pós-moderno, a constituição é alçada a fundamento e filtro de todo o sistema jurídico. O princípio basilar da dignidade humana passa a nortear o direito privado, que passa a ser exercido sempre em conformidade com os preceitos daí decorrentes, notadamente em observância aos direitos fundamentais (BERTI, 2014).

Nesse aspecto, a repersonalização do direito reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana (LÔBO, 1999). A rigor, não se poderia cogitar situação diversa, pois que, conforme relembra Popp (2008), a razão mesma da existência da sociedade, da organização do Estado, das preocupações com toda a gama de direitos e deveres resume-se na pessoa humana. É por causa dela que todas estas relações têm alguma razão de ser.

Conforme aponta Lôbo (1999), o direito civil clássico, que atravessou mais de dois mil anos infenso às modificações sociais, centrou-se primordialmente no patrimônio, tanto que seus principais institutos são a propriedade e o contrato. A constituição de 1988, nesse cenário, ao erigir a dignidade da pessoa humana à pedra angular do sistema jurídico,

promove a repersonalização do direito privado, colocando a pessoa humana “como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.” (LÔBO, 1999, p. 103).

Esse fenômeno é chamado por Larenz (apud POPP, 2008) de personalismo ético, e representa o fundamento ideológico do Direito Civil. Conforme apontado por Popp (2008), esse pensamento de Larenz remete à doutrina de Kant, no sentido de que “o homem existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.”

Em verdade, o respeito ao ser humano e a sua inerente dignidade, não representa fundamento unicamente do Direito Civil, mas sim, do ordenamento como um todo, notadamente a partir da 2ª Guerra Mundial, quando diversos países do mundo, especialmente os europeus, passaram a inserir em suas constituições essa preocupação (POPP, 2008).

Dignidade humana, portanto, não representa apenas um dever do Estado, um conteúdo social-programático, mas sim, um norte interpretativo de todo sistema jurídico, constitucional ou infraconstitucional. Em síntese, “não é suficiente para um Estado Democrático de Direito somente ratificar o direito do homem de ser homem, mas, também conceder instrumentos para preservar sua humanidade.” (POPP, 2008, p. 52).

No âmbito doméstico, a Constituição da República Federativa do Brasil alberga vasta gama de direitos fundamentais vocacionados à proteção da dignidade humana, conforme se vislumbra em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos: art. 5º caput, seus 78 incisos e 4 parágrafos.

Segundo Reckziegel e Fabro (2014), a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo tempo na política do país, alterando

sensivelmente o ordenamento jurídico, haja vista que privilegiou a vida e a dignidade humana, superando o individualismo exacerbado.

A constituição de 1988 gerou uma verdadeira reviravolta no direito civil. Poucos civilistas negam a eficácia normativa do texto constitucional ou deixam de reconhecer seu impacto sobre a regulação das relações privadas (MORAES, 2006). Nesse contexto, a compatibilidade da legislação infraconstitucional passa a ser analisada não sob o ponto de vista formal, mas com base em sua correspondência material com os valores constitucionalmente consagrados. “A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República no art. 1º, III, da CF, determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais às patrimoniais.” (MORAES, 2006, p. 234).

A Constituição Federal, tendo como elemento central a pessoa e alicerçada no princípio da dignidade humana, revitalizou o ordenamento jurídico pátrio, irradiando efeitos para todo o sistema, que lhe deve observância. Conforme resta claro da do disposto no artigo 1º, inciso III, a Constituição de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental. Não se trata de um princípio qualquer, mas de um princípio fonte, à medida que serve de alicerce a todo o ordenamento jurídico (LÔBO, 1999). A funcionalização dos institutos clássicos do direito civil às finalidades superiores consagradas na Constituição, a exemplo da família, tornou-se uma consequência necessária do respeito obrigatório à hierarquia das fontes (MORAES, 2006).

Diante da virada axiológica do direito civil do patrimônio para a pessoa, bem como da constitucionalização do direito privado, que irradiou efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, institutos seculares do direito civil foram re-configurados a partir da filtragem constitucional. A autonomia privada – considerada valor absoluto no seio do estado liberal – foi uma das categorias que mais sofreu influência desse novo paradigma, onde as relações existenciais têm proeminência em face às

patrimoniais, o que leva ao dirigismo contratual, que implica em inegável limitação à autonomia privada.

Entrementes, a partir do que se viu acerca do conteúdo da dignidade humana, a reflexão proposta é: não seria a autonomia privada, em si, um atributo intrínseco à dignidade humana? Limitá-la não representaria aviltamento à dignidade do indivíduo? É o que se buscará responder a partir da abordagem da autonomia privada, ao que se destina o próximo item.

3 Do estado liberal ao estado social - da autonomia da vontade a autonomia privada

Inicialmente, com arrimo em Borges (2005) convém apontar a diferença entre autonomia jurídica individual e autonomia privada. Autonomia jurídica individual, segundo a autora, é a liberdade de fazer tudo que a lei não proíbe, sem que isso implique em criação, extinção ou modificação de direitos. São atos meramente lícitos, não caracterizam fatos jurídicos. Já a autonomia privada consiste no poder de realização de negócios jurídicos. É a liberdade negocial. A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito privado. Esse princípio se materializa através da realização de negócios jurídicos.

Para Campos (1991), a autonomia privada corresponde ao direito do indivíduo de não estar subordinado a outro ser humano. No campo do direito das pessoas, segundo aduz, corresponde a edificação do Estado Democrático de Direito. Nas precisas palavras do autor: “A autonomia privada traduz-se na faculdade que cada pessoa tem de estabelecer relações jurídicas com os outros, tanto no campo pessoal como no patrimonial, nos moldes que entender.” (CAMPOS, 1991, p. 216).

De acordo com o conteúdo da autonomia privada, a pessoa poderá celebrar os negócios jurídicos que quiser, com quem quiser,

quando e segundo os termos que melhor lhe convierem. Conforme observa Campos (1991), trata-se de uma das principais manifestações da pessoa humana como ente autodeterminado. Nessa perspectiva, ao Estado somente seria lícito intervir nesta matéria para assegurar o essencial do pressuposto em que assenta a autonomia privada, qual seja: a liberdade e a igualdade dos sujeitos. Bem ainda para garantir outros valores fundamentais da coletividade, que não podem ser vulnerados em benefício da atuação individual.

Campos (1991, p. 216), sustenta que “a pessoa tem, na sua esfera privada, uma liberdade semelhante ao legislador ordinário.” Explica que, enquanto o legislador encontra limites na constituição, o indivíduo é balizado pelos valores insculpidos o ordenamento jurídico. Dentro destes balizamentos, a liberdade de contratar é plena, de modo que o negócio jurídico faz lei entre as partes.

Assim, a teia de vínculos jurídicos que liga as pessoas privadas é uma rede de vínculos privados. Segundo Campos (1991), a satisfação dos interesses pessoais somente pode caber às pessoas, que a devem efetivar por meio da via negocial. Nesse panorama, considera que o próprio bem estar da sociedade é decorre de todas as satisfações individuais, “do livre jogo da multiplicidade dos (bons) egoísmos dos homens (bons).” (CAMPOS, 1991, p. 216).

Segundo leciona Berti (2014), a concepção tradicional da autonomia da vontade está diretamente ligada ao período do liberalismo e ao valor individualismo. Sob o ponto de vista econômico, o Estado Liberal consiste em um Estado mínimo, o qual relega aos particulares, com base em uma igualdade formal, a incumbência de regular seus próprios interesses. As intervenções estatais nas relações privadas, notadamente no âmbito contratual, eram consideradas excepcionais, cabendo à “mão invisível do mercado” solucionar os problemas sociais e propiciar o bem comum. “Sendo a vontade o elemento principal do contrato [...] com

base na teoria da vontade, cabia ao Estado apenas a tarefa de garantir a livre manifestação de vontade, isenta de vícios ou defeitos, a fim de que se pudesse ter um contrato válido.” (BERTI, 2014, p. 72).

O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação). Entretanto, o contrato estruturado de acordo com o esquema clássico de oferta e aceitação, baseado no consentimento livre e na igualdade formal das partes, não mais se coaduna com a nova ordem constitucional e com o paradigma da autonomia privada. A constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, o que representa inegável limitação à autonomia privada (LÔBO, 1999).

A autonomia da vontade bem serviu aos ideais liberalistas do século XIX. Entretanto, se mostra insuficiente diante das novas necessidades sociais. Conforme assentado por Berti (2014, p. 72), “[...] o ideal do Estado não intervencionista acabou por permitir o aprofundamento das desigualdades econômicas e sociais e o abuso de poder”. Nesse sentido “o contrato, fundado somente na liberdade e na igualdade formal, ocultava graves desigualdades substanciais, gerando um desequilíbrio entre os pactuantes.” Em uma palavra final: “Entre fortes e fracos a liberdade oprime e a lei liberta.”

O Estado liberal é sucedido pelo Estado do bem-estar social, calcado na igualdade material, na boa-fé, na função social do contrato, etc. Nesse novo cenário, a autonomia da vontade, antes ampla e soberana, passa a ser limitada por normas de ordem pública e pelo interesse coletivo. Supera-se uma visão egoísta para uma visão solidária dos negócios

jurídicos. Isso não exclui, todavia, a vontade na relação contratual, que apenas passa a ser equalizada com o interesse geral (BERTI, 2014).

Contudo, é no estado pós-moderno que a autonomia da vontade alcança a configuração atual. O grande impacto na pós-modernidade no direito contratual foi a massificação. Destaque especial para as contratações em massa instrumentalizadas por contratos de adesão. A teoria da vontade, consistente na relação contratual pessoal e com a possibilidade de discussão das cláusulas contratuais é contraproducente à celeridade e dinamismo exigido pela sociedade pós-moderna. Passa-se, então, da teoria da vontade para a teoria da declaração. “A partir desta, o contrato passa a ser interpretado a partir da vontade declarada, isto é, dos elementos objetivos, exteriores e socialmente reconhecíveis, e não mais em função dos elementos de psicologia individual e das atitudes mentais de foro íntimo.” (BERTI, 2014, p. 74).

É nesse contexto que a denominação teoria da vontade passa a ser inadequada, cedendo espaço à expressão autonomia privada. Aliada ao fenômeno da constitucionalização do direito civil, a autonomia privada passa a status de verdadeiro direito fundamental concretizador da dignidade da pessoa humana. Nada obstante, a vontade não deixou de existir em nosso ordenamento. Sob a roupagem da autonomia privada, continua a ser a base de nosso direito privado (BERTI, 2014).

Fazendo uma primeira aproximação entres os conceitos até aqui apresentados, insta pontuar que dignidade é indissociável de autonomia, de liberdade. Por isso a maior parte dos direitos individuais refletidos no artigo 5º e incisos da Constituição representam reafirmação deste valor supremo (POPP, 2008).

Retomando a lição de Maurer (2005), giza-se que é consenso entre os filósofos que a dignidade não pode ser concebida sem a liberdade. As duas são indissociáveis. Os conceitos, porém, não se confundem. Segundo a autora, para Kant, liberdade, autonomia e dignidade

formam uma trilogia inseparável. Para compreender a dignidade em Kant, é necessário compreender seu conceito de autonomia. Para ele, a autonomia não significa individualismo. A autonomia se exerce pelo agir livre conforme a moral, esta, por sua vez, é universal.

A filosofia contemporânea sustenta que a primeira dimensão da pessoa humana é a autonomia radical do ser. É a partir dela que se funda a dignidade e a liberdade. Essa escola aponta haver equívoco nas concepções de Descartes, Kant e Hegel, que limitaram a dignidade à razão. Partindo de premissas opostas, ambas as correntes associam liberdade e dignidade. O direito, entretanto, por muito tempo reconheceu apenas a liberdade. Pressupunha-se que protegida a liberdade estaria protegida a dignidade. O pensamento liberal, depois de Hobbes e Locke, associará a dignidade à propriedade. Só é digno o homem cuja liberdade e propriedade é respeitada (MAURER, 2005).

Atualmente, conforme já se viu alhures, a dignidade exige mais do que a observância da liberdade e da propriedade, exige prestações positivas no sentido de sua consagração. Separar as concepções de dignidade e liberdade leva a um problema insuperável: delimitar até que ponto um deve ceder em benefício do outro. Daí surge a moderna concepção de solidariedade, que impõe aos indivíduos, no exercício de sua liberdade, o dever de respeito à dignidade do outro (MAURER, 2005).

Conclusão

A partir do exposto, resta clara a proeminência da dignidade humana no bojo dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, a servir de fundamento à toda tessitura legal, onde as relações existenciais passam a ser priorizadas às patrimoniais. A adaptação dos institutos clássicos do direito privado a esse novo paradigma não se mostra irrelevante, à medida que o direito civil passa a ser interpretado a partir dos filtros da constituição,

em necessária reverência à dignidade humana. Neste tocante, a autonomia privada – outrora absoluta – sofre inescandível limitação, ao passo que circunscrita aos delineamentos da dignidade humana.

Conforme visto, a autonomia privada pode ser compreendida dentro de uma concepção mais ampla de liberdade, e como tal, encontra-se intimamente ligada à promoção da dignidade humana. Barroso (2010), sustenta mesmo que a autonomia, como elemento da dignidade, é a principal ideia subjacente às declarações de direitos de um modo geral, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno. Salienta que, na esfera dos direitos individuais, é por meio da autonomia privada (presente no conteúdo essencial da liberdade) que a dignidade se manifesta. Ou seja, a dignidade se concretiza mediante o reconhecimento do direito de autodeterminação sem interferências externas ilegítimas.

Diante da aparente perplexidade que o tema implica e a partir do cabedal teórico coligido, o caminho do meio parece ser o mais adequado. Uma solução conciliatória, nesse norte, resguarda a liberdade inerente ao exercício da autonomia privada, não mais de forma absoluta, porém limitada apenas à necessária observância da dignidade do outro.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. *Revista de Direito Privado*, v. 57, p. p. 69-94, jan./mar. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Porto Alegre, v. 5, p. 69-87, set. 2005.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Brasília, DF, 05 out. 1988.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições De Direitos da Personalidade. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXVII, n. 67, p. 129-223, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-184.

LÓBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF: Senado Federal, n. 141, p. 99-109, 1999.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61-88.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

POPP, Carlyle. Liberdade Negocial e Dignidade da Pessoa Humana: aspectos relevantes. *Revista Jurídica do UNICURITIBA*, n. 21, Temática n. 5, p. 45-72, 2008.

RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito Brasileira*, a. 4, v. 8, p. 161-177, maio/ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade – Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

WEBER, Tadeu. Dignidade Humana e Liberdade em Hegel. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba: Ed. Unoesc, v. 15, n. 2, p. 387-396, 2014.

Autonomia privada patrimonial

Michele Martins da Silva¹

Introdução

O presente estudo, utilizando-se do método dedutivo na fase de investigação, e acionando a técnica da pesquisa bibliográfica, tenciona responder quais são as restrições, lícitas e constitucionais, à autonomia privada patrimonial, bem como, qual o seu alcance.

Para tanto, num primeiro momento, serão estudados os conceitos de: autonomia, autonomia privada, autonomia privada patrimonial, direito de propriedade, como direitos fundamentais. Na sequência, serão objeto de estudo as restrições constitucionais ao direito de propriedade.

Neste contexto serão consideradas as seguintes hipóteses para responder ao problema de pesquisa: do direito a autonomia privada patrimonial ser ilimitado ou limitado; das restrições ao respectivo direito serem ilícitas, e, portanto, injustificadas, ou lícitas e, portanto, justificadas constitucionalmente.

Para então, concluir que a autonomia privada patrimonial, com a observância e respeito ao ordenamento jurídico vigente como um todo, nas relações patrimoniais, sofre delimitações/restrições constitucionais lícitas e justificadas, tendo como alcance o âmbito de proteção constitucional vigente, de acordo com as transformações culturais e históricas da sociedade.

¹ Mestranda de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

1 Autonomia

A autonomia representa a liberdade; a liberdade de escolha do indivíduo. Ao longo da história, a liberdade do ser humano sofreu transformações de acordo com o desenvolvimento da cultura da sociedade.

O conceito amplo de liberdade pode ser retirado não apenas da indagação do que seja liberdade, mas também de sua estrutura. Para Alexy (2014, p. 220), “A base do conceito de liberdade é constituída, portanto, por uma relação triática entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade.”

Liberdade, nas palavras de Benjamin, é o direito de não se submeter senão as leis, o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e exercê-lo, de dispor de sua propriedade, de ir e vir, o direito de reunir-se, o direito de influir sobre a administração do governo; para os antigos, a liberdade sobre a administração do governo era ampla, exerciam direitos políticos diretamente, porém, não tinham liberdade de costumes, que eram inteiramente regulados pelas leis; não eram reconhecidos os direitos individuais, fato que ocorria em Roma, por exemplo (CONSTANT, 1985).

Os progressos da civilização, as transformações operadas através dos séculos exigem às autoridades novos deveres para com seus cidadãos. (CONSTANT, 1985). De forma que “a liberdade individual, repito, é a verdadeira liberdade moderna. A liberdade política é a sua garantia e é, portanto, indispensável.” (CONSTANT, 1985, p. 5) Assim, Benjamin entendia a liberdade moderna como uma autonomia individual.

Assim, a autonomia é entendida como uma capacidade potencial que o homem tem de autodeterminar a sua conduta (SARLET, 2013, p. 23). A autonomia do ser humano advém da sua vontade, livre e consciente, com a finalidade de autogovernar-se.

A função da autodeterminação da pessoa é a do desenvolvimento da personalidade; que pode ser concretizada através da autonomia (MEIRELES, 2009). Neste contexto pode-se afirmar que a liberdade é imprescindível para a materialização dos direitos da personalidade humana, através da autonomia. (BORGES, 2007).

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, diante da vinculação à liberdade e capacidade de autodeterminação pessoal, é uma das dimensões da dignidade. Assim, a dignidade da pessoa humana é fundamento e limite para a liberdade/autonomia, em harmonia com os ditames da Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Constituição Federal, é direito fundamental.

Neste contexto, partindo-se do pressuposto de que direitos fundamentais são os direitos da pessoa humana positivados no direito constitucional de determinado Estado, complementa Baez (2010, p. 22):

[...] pode se afirmar que os direitos fundamentais são o corolário dos direitos humanos, já que incorporam os valores éticos destes últimos aos ordenamentos jurídicos dos Estados, funcionando como instrumentos de efetividade e garantia da concretização de uma vida digna, aos indivíduos que estão sob a égide deste ente público.

Ainda, no mesmo sentido, assevera Baez (2010, p. 29):

Cabe aos direitos fundamentais, como agente de realização dos direitos humanos, a difícil tarefa de oferecer os instrumentos constitucionais, dentro das ordens jurídicas internas dos países que os acolhem, para o respeito, restabelecimento ou reparação dos bens jurídicos que compõem o seu valor nuclear fundamental, ou seja, a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões.

Assim, o conceito de norma de direito fundamental é diferente do conceito de direito fundamental, pois “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito.” (ALEXY, 2014, p. 50). Essa norma poderá ser um princípio ou uma regra.

Para Alexy (2014), os direitos fundamentais são princípios, normas mais amplas, gerais. Princípios são mandamentos de otimização por que se tratam de “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” Podem ser satisfeitos em graus diferentes, a depender das condições fáticas e jurídicas. “O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.” (ALEXY, 2014, p. 90). Regras “[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. [...] contêm, portanto determinações no âmbito daquilo que é fática ou juridicamente possível.” A diferença entre regras e princípios não é de grau, é qualitativa (ALEXY, 2014, p. 91).

Importante observar, igualmente, que há diferença entre caráter *prima facie* de regras e caráter *prima facie* de princípios. Como os princípios são mandamentos de otimização, eles não têm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Regras possuem extensão de seu conteúdo ditadas por possibilidades jurídicas e fáticas, o que lhes confere maior definitividade (ALEXY, 2014, p. 103).

Neste sentido, importante asseverar que o princípio mais abrangente, fundamento de nosso ordenamento jurídico é o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana se encontra relacionada à condição humana de cada indivíduo e à convivência em sociedade (SARLET, 2013, p. 24).

Entende Franck Moderne que a concepção de dignidade “parte do pressuposto da necessidade de promoção das condições de uma contribuição ativa para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades indispensáveis ao nosso tempo”, de forma coletiva e individual (SARLET, 2013, p. 24).

De acordo com Dieter Grimm, a dignidade da pessoa acende o direito desta de autodeterminar seus projetos existenciais e felicidade; e

quando faltar esta autodeterminação, a dignidade igualmente gerará a pessoa o direito de ser respeitada como tal (SARLET, 2013).

Esta capacidade de autodeterminar a conduta é trazida pela liberdade, protegida constitucionalmente, que pode ser representada pela autonomia.

O vocábulo autonomia vem do grego *autos* + *nomos* e significava independência, autodeterminação, o que é regido por leis próprias (ZINGARELLI, 2001, p. 122). De forma que a autonomia é entendida como uma capacidade potencial que o homem tem de autodeterminar a sua conduta (SARLET, 2013, p. 23). Assim, a autonomia do ser humano advém da sua vontade, livre e consciente.

Essa vontade pressupõe reflexão e razões individuais que possibilitam o homem encontra-se existencialmente (BORGES, 2007). Todavia, apenas a vontade não é capaz de criar direito, ou gerar consequências jurídicas, necessária uma manifestação concludente disciplinada pelo ordenamento jurídico, ou não contrária a este, obedecendo os pressupostos de validade (BORGES, 2007); esta autonomia é a autonomia privada.

Como mencionado, atualmente o fundamento da liberdade é a dignidade da pessoa humana (MEIRELES, 2009); assim, “o fundamento constitucional da autonomia privada nas situações jurídicas subjetivas existenciais se encontra na própria dignidade humana que tem como um dos seus postulados a liberdade no sentido positivo e negativo.” (MEIRELES, 2009, p. 106).

Neste contexto, a autonomia privada é considerada um meio de realização da dignidade da pessoa humana por ser uma manifestação da liberdade (MEIRELES, 2009); a “autonomia privada significa auto-regulação de interesses, patrimoniais e não patrimoniais,” (MEIRELES, 2009, p. 74) que são regulados pelo ordenamento jurídico, tendo, então, juridicidade.

Melhor explicando, nas palavras de Meireles (2009, p. 74):

Autonomia privada significa auto-regulamentação de interesses, patrimoniais e não patrimoniais. Trata-se de um princípio que confere juridicidade àquilo que for definido pelo titular para o regramento de seus interesses, por meio das vicissitudes jurídicas relacionadas às situações subjetivas respectivas.

A autonomia privada existencial (instrumento de promoção da personalidade) e a patrimonial protegida pelo ordenamento jurídico é aquela que conduz ao desenvolvimento da pessoa (MEIRELES, 2009).

Tem como pressuposto a liberdade individual; é a liberdade de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. De forma que “reconhecesse portanto que, tratando-se de relações jurídicas de Direito Privado, são os particulares que melhor conhecem seus interesses e a melhor forma de regulá-los juridicamente.” (AMARAL NETO, 1989, p. 5).

De forma que a autonomia privada terá como instrumento o negócio jurídico; e poderá ser patrimonial ou não patrimonial (existencial) (MEIRELES, 2009).

Não obstante, como mencionado anteriormente a respeito da liberdade, deve-se considerar, como ensina Bobbio (1992, p. 5) que:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados 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.

Assim, a Autonomia privada surgiu e se desenvolveu histórica e culturalmente ao longo do tempo e, portanto, a noção e limite de autonomia privada dependerá do ordenamento jurídico ao qual pertence; do valor que o ordenamento concebe à liberdade individual da pessoa para regular seus interesses (MEIRELES, 2009), que evolui historicamente.

Destarte, a autonomia privada é um direito fundamental de grande importância e abrangência em nossa sociedade, e abrange a

autonomia privada existencial e autonomia privada patrimonial. A existencial diz respeito ao direito de personalidade, que não será tratado nesta pesquisa; e a patrimonial é representada pelo direito de propriedade, que será o objeto de estudo.

2 Autonomia privada patrimonial

Importante destacar que a autonomia privada, tanto existencial como a patrimonial, fazem parte de nosso sistema jurídico e, portanto, devem estar em harmonia com a Constituição Federal então vigente.

Não obstante, sabe-se que a autonomia privada patrimonial se desenvolveu de acordo com a história e a cultura de nossa sociedade e em razão desse fato, de tempos em tempos sofreu variações.

Na visão dos romanos, a propriedade era considerada como um direito absoluto, um direito indisponível, oponível *erga omnes* e exclusivo de seu titular, que poderia dela dispor com plenitude (BRAGA, 2014). O mesmo entendimento continuou na Idade Média, onde a propriedade estava relacionada ao poder.

Com o passar dos anos, com as crescentes invasões dos povos bárbaros nas províncias romanas foi surgindo um sistema senhorial que representava a essência do feudalismo (BRAGA, 2014).

Na Idade Antiga e Média, inicialmente, a apropriação da terra era coletiva, do núcleo familiar, o ser humano era considerado pela sua posição social, estando o indivíduo e seu patrimônio completamente vinculados ao Estado (BRAGA, 2014).

Braga (2014) complementa que:

Ao comparar o sistema feudal com o Direito Romano, pode-se observar que, enquanto neste, o homem era o proprietário absoluto da terra, naquele a terra se apropriou do homem, já que os servos eram meros acessórios quando a terra era vendida. Essa relação com a propriedade permaneceu até o surgimento de novos meios de produção de bens, da

divisão do trabalho, da produção massificada, do aumento de rotas comerciais em distintas regiões, do fortalecimento do comércio e da formação de cidades, gerando a estrutura econômica do capitalismo, com o qual a terra deixou de ser o principal, e praticamente único, meio de dominação e status social.

No século XVI, com o advento do mercantilismo, o Renascimento e a Reforma Protestante contribuíram para a queda dos valores medievais e, conseqüentemente, para o fim do feudalismo e a criação do Estado Nacional (BRAGA, 2014). Neste, ocorreram vários movimentos, dentre eles o iluminismo, que defendiam uma visão antropocêntrica dos acontecimentos, em contraposição à teocêntrica medieval, encarando o homem como um ser livre e dotado de direitos, como a liberdade pessoal e sua autonomia perante o Estado, assegurando a propriedade privada.

Neste período surgiu o capitalismo na Europa, que se caracterizava “por ser um sistema de organização econômica baseado, exatamente, na propriedade privada dos meios de produção.” (BRAGA, 2014).

Com o comércio, às religiões e os progressos intelectuais e morais do ser humano, homens livres passaram a atender as necessidades da sociedade com exercício de seu trabalho; seus efeitos emanciparam o homem e aproximaram as nações (CONSTANT, 1985).

Segundo Braga (2014),

no Brasil, a proteção do interesse coletivo sobre o individual no referente ao direito de propriedade tornou-se relevante a partir da Constituição Federal de 1934, avançando na interpretação doutrinária e jurisprudencial e nas leis infraconstitucionais, como o Estatuto da Terra, até chegar à concepção de propriedade disposta na Carta Política de 1988 e no Código Civil de 2002.

A propriedade, portanto, como observa Gustavo Tepedino (1997, p. 321-322):

não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo,

de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. [...] Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.

Importante observar, igualmente, que o reconhecimento constitucional da propriedade como direito humano liga-se, pois, essencialmente à sua função de proteção pessoal e coletiva.

Assim, o direito de propriedade, atualmente é um direito fundamental, previsto no art. 5º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988. Constitui, ainda, princípio geral da atividade econômica de acordo com o artigo 170, inciso III, da Constituição da República (NICODEMOS, 2013).

Complementando, de acordo com a legislação infraconstitucional vigente é proprietário aquele que tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Ainda, o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (Art. 1228 do CC).

Não obstante a legislação infraconstitucional tratar do assunto deve ser observado e respeitado o sistema jurídico como um todo e principalmente a sistemática constitucional.

Assim, o direito à propriedade é um direito fundamental como também o é a autonomia. Como mencionado anteriormente, a

autonomia é a liberdade de escolha da pessoa, que evoluiu culturalmente e historicamente, passando a ser uma autonomia privada, que deve respeitar o ordenamento jurídico da sociedade em que se insere. Esta autonomia privada, então, pode ser patrimonial, ou seja, relativa ao direito de propriedade.

Dessa maneira, se o direito à propriedade sofre restrições, também a autonomia privada patrimonial as sofrerá, constituindo limites a esta.

Salienta-se que no presente estudo serão abordadas apenas restrições constitucionais, que por esta razão prescindem de justificação.

Portanto, assevera-se que é possível a autonomia privada patrimonial sofrer restrições constitucionais.

3 Restrições ao direito de propriedade

Antes de adentrar no assunto, importante acrescentar que não são os direitos fundamentais que são restringíveis, mas os bens que eles protegem; que essas normas devem ser compatíveis com a Constituição (ALEXY, 2014, p. 281), conforme anteriormente mencionado; e que estas restrições,² limites decorrem da sociabilidade dos seres humanos.

Assim, segundo os ensinamentos de Alexy (2014, p. 286), “como direitos de hierarquia constitucional, os direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas.” As restrições devem estar previstas na constituição ou serem autorizadas pela Constituição; as expressas na Constituição são diretamente constitucionais, e as autorizadas pela Constituição, expressas em leis infraconstitucionais, são indiretamente constitucionais (ALEXY, 2014).

² A restrição existe apenas para conciliar direitos individuais e coletivos (ALEXY, 2014, p. 277) que coexistem.

Restrições imediatamente constitucionais podem ser simples ou qualificadas. São simples quando a previsão é apenas garantida. São qualificadas quando há uma limitação ao conteúdo da restrição (ALEXY, 2014, p. 291). Importante salientar que o legislador está limitado pelas regras formais, pelo conteúdo essencial do direito fundamental e também pela máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2014, p. 293).

Igualmente importante ressaltar que as normas restritivas a direitos fundamentais podem ser regras ou princípios. Como exemplo de regra, Alexy cita aquela que obriga motociclistas a usarem capacetes e que, restringe, assim, a liberdade fundamental de ação *prima facie* (ALEXY, 2014, p. 283); já

princípios restritivos, por si sós, não são capazes de colocar o indivíduo em determinadas posições definitivamente restringidas (não-liberdades, não-direitos). Para se alcançar uma restrição definitiva é necessário um sopesamento entre o princípio constitucional atingido e o(s) que restringe (m). (ALEXY, 2014, p. 284).

As restrições constitucionais podem ser tratadas como delimitações ao direito de propriedade, segundo o conceito atual de propriedade. Na própria Constituição Federal haverá uma delimitação expressa ao respectivo direito fundamental, uma descrição mais detalhada do suposto fático (STEINMETZ, 2001); esta delimitação constitucional prescindirá de justificação.

Poderá haver uma restrição ao direito fundamental autorizada pela Constituição Federal, como anteriormente mencionado, que serão instituídas pelo legislador ordinário, mediante lei (STEINMETZ, 2001). Nestes casos, todavia, o legislador estará vinculado formal e materialmente à Constituição Federal (STEINMETZ, 2001), devendo tal restrição ser justificada constitucionalmente.

Ressalta-se que a restrição não poderá ser contrária à Constituição Federal, e deverá nela encontrar justificativa sistemática (STEINMETZ, 2001).

Quando constitucionalmente justificada, a intervenção será sinônimo de restrição do âmbito de proteção do direito fundamental, quando não constitucionalmente justificada, a intervenção corresponderá a uma violação da norma de direito fundamental (NOVELINO, 2013).

Como reforça Novelino (2013, p. 364):

Uma intervenção em um direito fundamental pode ser admitida desde que seja constitucionalmente fundamentada. Neste caso, não haverá uma violação ao direito fundamental, mas sim uma restrição. Na hipótese de uma intervenção não constitucionalmente fundamentada, haverá uma violação ao direito fundamental e, portanto, deverá ser acionada a consequência jurídica.

Considerando que trataremos, neste artigo, apenas das restrições/delimitações constitucionais relacionadas ao direito de propriedade; e que não há necessidade de se discutir a constitucionalidade dessas delimitações, haja vista o fato de estarem expressas no texto constitucional, de acordo com a Constituição Federal de 1988, as delimitações são as seguintes, iniciando pelo artigo 5º da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua *função social*;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para *desapropriação* por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá *usar de propriedade particular*, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua

atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;
 XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. (grifo nosso).

Observando-se a legislação constitucional mencionada, verifica-se que o direito à propriedade será restringido pela função social da propriedade.

Quando se tratar de propriedade rural, será observado o art. 186 da Constituição Federal. De forma que a função social será cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Quando se tratar de propriedade urbana a função social será cumprida quando esta atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (CF, art. 182, § 2.º), cujo qual é obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes (CF, art. 182, § 1.º).

No caso de não atendimento da função social da propriedade urbana, de acordo com Novellino (2013, p. 463):

No caso de *solo urbano* não edificado, subutilizado ou não utilizado, se o proprietário não promover seu adequado aproveitamento, o Poder Público municipal poderá impor sanções progressivas, que vão desde o parcelamento ou edificação compulsórios e IPTU progressivo no tempo, até a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (CF, art. 182, § 4.º).

Já o imóvel rural que não atender a função social da propriedade poderá ser desapropriado pela União, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei (Art. 184 da CF).

Em atendimento ao princípio da função social da propriedade, são previstas, ainda, hipóteses de perda da propriedade por usucapião.

Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (Art. 183 da CF).

O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Ressalta-se que esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez; e os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Igualmente, aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade (art. 191 da CF).

Assim, a área deve ser de até duzentos e cinquenta metros quadrados no caso do imóvel urbano (CF, art. 183) e não pode ser superior a cinquenta hectares, sendo necessário, ainda, tornar a propriedade produtiva, no caso de imóvel rural (CF, art. 191).

O direito de propriedade poderá ser restringido mediante desapropriação.

A desapropriação é uma forma originária de aquisição de propriedade, realizada por meio de uma transferência compulsória por determinação do Poder Público (NOVELINO, 2013); deve^{rá} estar regulada por meio de Lei Federal.

Já no caso de processo judicial de desapropriação por interesse social de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, o procedimento será contraditório especial, de rito sumário, estabelecido por lei complementar (CF, art. 184, § 3.º).

Ainda, quanto à desapropriação para fins de reforma agrária, importante acrescentar que, de acordo com o art. 185 da CF, são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; a propriedade produtiva.

Quando a propriedade for produtiva, a lei garantirá tratamento especial e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

Em regra, será devida indenização para os casos de desapropriação citados acima. Esta indenização deverá ser paga previamente e em dinheiro, salvo nos casos em que a propriedade não cumprir com a sua função social.

Há igualmente uma forma de expropriação prevista na Constituição, que ocorre quando propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º (art. 243 da CF).

Acrescenta-se, por oportuno, que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes

e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. De forma que neste caso não haverá indenização, por isso se fala em expropriação e não desapropriação.

Outra restrição à propriedade, expressa na Constituição Federal diz respeito a proteção ao meio ambiente, conforme o disposto no art. 225 da CF.

Nesse sentido, aquele que explorar recursos minerais ficará obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei; e as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Existe também a previsão constitucional de tombamento, que é um procedimento administrativo que determina restrição parcial ao direito de propriedade e está previsto no art. 216 da CF, o qual aduz que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Restam tombados, igualmente, todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Há a previsão de restrição às jazidas, demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, os quais constituem propriedade

distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, conforme o disposto no art. 176 da CF:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o «caput» deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

§ 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

Diante o exposto, denota-se que o direito à propriedade sofre várias restrições constitucionais, expressas. Restrições estas que deverão ser observadas pela legislação infraconstitucional vigente.

Ratifica-se, por oportuno, que estas restrições influenciam e limitam a autonomia privada patrimonial, haja vista esta ter como limites o ordenamento jurídico vigente, no caso em estudo, a autonomia privada patrimonial sofre restrições constitucionais, que prescindem de justificção por serem constitucionais.

De maneira que a autonomia privada patrimonial, de acordo com a Constituição Federal de 1988, não é plena e, portanto, nos termos estudados, lícitamente limitada.

Considerações finais

A autonomia privada patrimonial, que resta configurada pela liberdade do ser humano de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, com a observância e respeito ao ordenamento jurídico vigente como um todo, nas relações patrimoniais, ou seja, a autonomia privada dentro do direito de propriedade, sofre delimitações/restrições constitucionais.

Estas restrições, conforme o presente estudo, estão relacionadas ao direito de propriedade, que evoluiu em razão de nossa cultura e história, e que se traduz, conforme legislação vigente, no direito do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. O direito de propriedade, embora um direito fundamental, não é pleno e deve respeitar as restrições impostas pela Constituição Federal de 1988, dentre outras, que não são objeto do presente estudo.

Convém acrescentar que as restrições ao direito fundamental são necessárias para a vida em sociedade, não podendo, contudo, estarem em desarmonia com o sistema de proteção constitucional ao ser humano, haja vista um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988 ser a proteção da dignidade da pessoa humana, vista individual e coletivamente; de forma que se estiverem em harmonia, estarão justificadas constitucionalmente.

As restrições justificadas, como as tratadas no presente estudo, haja vista serem delimitações diretamente constitucionais, serão lícitas e efetivamente restringirão a autonomia privada patrimonial.

Portanto, a autonomia privada patrimonial, direito fundamental, encontra restrições constitucionais, dentro dos ditames legais vigentes, prescindíveis de justificação, e terá como alcance o âmbito de proteção constitucional vigente, de acordo com as transformações culturais e históricas da sociedade.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBA, Orides. *Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRAGA, Roberta Chaves. *Direito de propriedade e a constituição federal de 1988*. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Roberta-Chaves-Braga.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- NETO, Francisco dos Santos Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica - perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.
- NICODEMOS, Erika Cassandra de. Limitações ao direito de propriedade. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 11 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45761&seo=1>>. Acesso em: 04 jul. 2017.
- NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: Carlos Alberto Menezes (Coord.). *Direito. Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ZINGARELLI, Nicola. *Lo Zingarelli minore: vocabolario della lingua italiana*. Trento: Zanichelli, 2001.

A natureza jurídica do direito ao sigilo das comunicações

Jeferson Osvaldo Vieira¹

Introdução

Atualmente o sistema de justiça criminal está diuturnamente no centro das atenções da sociedade brasileira, haja vista ter alcançado um estágio de aperfeiçoamento que finalmente lhe permitiu alcançar pessoas que ocupam lugar no mais elevado substrato social, emudecendo os críticos que costumavam lhe tachar a pecha de só alcançar os menos favorecidos economicamente.

É evidente, por outro lado, que o exercício da *persecutio criminis* se coloca em frequente antagonismo com os direitos fundamentais do acusado e sempre há o risco de que os órgãos de investigação incorram em abusos, daí a necessidade de uma exata compreensão da existência e extensão de tais direitos, a fim de ser viável o controle de seu cumprimento.

Este artigo põe em foco o direito ao sigilo das comunicações, assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5.º, inciso XII. Pretende-se, com emprego do método dedutivo, investigar qual a natureza jurídica desse instituto, quais seus atributos e qual sua extensão, notadamente se é um direito absoluto ou relativo.

Nesse mister, será efetuada revisão da literatura especializada em direito constitucional e direitos fundamentais, com a finalidade de se verificar qual é a distinção entre diversas expressões usualmente empregadas para o tratamento de categorias relacionadas ao tema,

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera.

como direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Serão debatidas algumas teorizações relacionadas ao tema dos direitos fundamentais, no afã de firmar quais são seus critérios delimitadores. Na sequência, buscar-se-á definir qual é a natureza jurídica do direito ao sigilo das comunicações, quais seus atributos e especialmente se tal direito tem uma índole absoluta ou relativa, isto é, se pode ser flexibilizado no caso de eventual conflito com outros direitos de idêntica envergadura.

1 Elementos caracterizadores dos direitos fundamentais

Para uma adequada delimitação da posição e da extensão do direito ao sigilo das comunicações, resguardado no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, é importante distinguir-se algumas categorias de direitos, cujos conceitos são objeto, por vezes, de divergências doutrinárias.

É frequente na doutrina constitucional o emprego de diversos termos, como direitos humanos, direitos do homem, liberdades públicas, direitos subjetivos públicos, direitos políticos e direitos constitucionais, como sinônimos de direitos fundamentais.

Silva (1998) foi um dos primeiros doutrinadores no cenário nacional a tentar dar alguma precisão terminológica às expressões, realizando descrição analítica e crítica de cada categoria. Argumenta que “direitos humanos” é uma terminologia de maior emprego em documentos internacionais, não imune à crítica de ser tautológica, ante a não existência de direitos não humanos. Aduz que a expressão “direitos individuais”, embora adotada na Constituição brasileira para o conjunto de direitos relacionados à vida, igualdade, liberdade, segurança e propriedade, vem sendo abandonada pela doutrina, por remeter ao individualismo que orientou as declarações do século XVIII (SILVA, 1998). Assevera que o termo “direitos públicos subjetivos”, padece do mesmo vezo, com o agravamento de efluir de “direito subjetivo”, que

sugere a possibilidade de disposição, renúncia e transferência, caracteres que entende ser incompatíveis com os direitos fundamentais. Socorre-se ainda das lições de Pérez-Luño, para afirmar que a evolução para “direito público subjetivo” contém a impropriedade de insinuar uma “autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas privadas”, característica incoerente com o consenso contemporâneo de que “o desfrute de qualquer direito fundamental exige atuação ativa dos poderes públicos.” (SILVA, 1998, p. 181). Noutra passo, sustenta que as expressões “liberdades fundamentais” e “liberdades públicas” são limitativas e insuficientes, por não abrangerem direitos econômicos e sociais e também estarem em demasia enraizadas na tradição individualista (SILVA, 1998).

A crítica à expressão “liberdades públicas” é comungada por Tavares (2016, p. 348-349), para quem “dá a ideia de que se contrapõe a um rol de liberdades privadas, quando não é esse o sentido que se quer imprimir à expressão”, além de que “passa a noção de poder de agir, não englobando, gramaticalmente falando, as noções de poder de exigir, ou seja, a noção de exigir uma atuação por parte do Estado e dos demais particulares.”

Ao firmar sua posição sobre o tema, Silva (1998, p. 182) diz preferir a expressão “direitos fundamentais do homem”, por entender que além de referir a ideologia política de cada Estado, “é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”

Justifica ainda a propriedade dos termos adjetivos dizendo que em “*fundamentais*, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.” (SILVA, 1998, p. 182), enquanto que o qualificativo “do homem”, denotado “ser humano”, e não apenas o macho da espécie, é apropriado “no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas

formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.” (SILVA, 1998, p. 182).

A denominação enfocada recebe objeção da doutrina mais moderna. André Ramos Tavares assinala que nem todos os direitos fundamentais são exercitáveis por todos os homens, como a ação popular, reservada a quem seja “cidadão”, isto é, eleitor ativo, e os direitos de natureza política, que não são conferidos à parcela da população desprovida de maturidade intelectual, como as crianças (TAVARES, 2016). Outrossim, a noção que carrega de que são oponíveis ao Estado é incompatível com a eficácia horizontal que hoje lhes é reconhecida, no aspecto de valerem entre particulares. Por isso, opta pela expressão “direitos fundamentais”, ressaltando que engloba os direitos individuais, políticos, sociais, econômicos e de solidariedade, e que pode ser utilizada não só em nível interno, mas também no internacional (TAVARES, 2016).

Em oposição a esse pensamento, a maior parte da doutrina entende que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos exclusivamente no âmbito interno de um Estado, como se nota na diferenciação feita por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (apud SARLET, 2016, p. 301) em relação aos direitos humanos, estes sim, na sua compreensão, universais:

De acordo com o critério aqui adotado, o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional e universal).

Com essa orientação concorda Fernandes (2016), que também aduz uma diferenciação entre “direitos do homem” e “direitos humanos”:

Porém, certo é que, na doutrina à qual nos filiamos, a leitura mais *recorrente e atual* sobre o tema, é aquela que afirma que os “*direitos fundamentais*” e os “*direitos humanos*” se separariam apenas *pelo plano de sua positivação*, sendo, portanto, normas jurídicas exigíveis, os primeiros no *plano interno* do Estado, e os segundos no *plano do Direito Internacional*, e, por isso, positivados nos instrumentos de normatividade internacionais como os Tratados e Convenções Internacionais, por exemplo. Com isso, adotamos aqui (ainda que para *fins didáticos*) o posicionamento de que teríamos os “*direitos do homem*” (no sentido de direitos naturais, não positivados ou ainda não positivados); os “*direitos humanos*” (reconhecidos e positivados na esfera do direito internacional); e os “*direitos fundamentais*” (direitos positivados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). (FERNANDES, 2016, p. 317).

De fato, é amplamente aceita a ideia de que os direitos fundamentais têm como nota distintiva a positivação no âmbito interno de um Estado, o que é endossado pela doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho – uma das principais referências internacionais em direito constitucional – como se nota da diferenciação que faz deles em relação aos direitos humanos:

As expressões “*direitos do homem*” e “*direitos fundamentais*” são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2003, p. 393).

É certo que parte da doutrina não vê óbice em utilizar as locuções citadas como sinônimos, como Carlos Alberto Siqueira Castro, que defende que todas experimentaram no curso da evolução histórica um alargamento de sentido, e que ressalta que o uso indistinto tem a

vantagem da simplificação e da congruência com a nomenclatura utilizada em diversas declarações de direitos proclamadas desde o surgimento da era liberal (CASTRO, 2010).

No entanto, dada a cientificidade do direito, é de bom alvitre que se procure dar precisão aos conceitos dos institutos – ainda que sem consenso na seara acadêmica – a fim de evitar interpretações dúbias e dificuldades de entendimento, o que costuma ocorrer quando há utilização indiscriminada de termos diversos para denominar uma única posição jurídica.

Aceita a premissa de que os direitos fundamentais têm como elemento de *discrimen* a positivação constitucional, cumpre indagar, sob outra perspectiva, se o catálogo de direitos fundamentais de um Estado, em dada época, se limita ao núcleo estampado na sua carta constitucional, o que suscita a discussão de terem ou não, os direitos fundamentais, além da estrutura formal, um conteúdo material-axiológico. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins defendem que o *status* de um direito como fundamental pressupõe unicamente que seja declarado como tal pelo legislador constitucional, qualquer que seja seu conteúdo. Em sua ótica, “um direito é fundamental se e somente (*condição necessária*) for garantido mediante normas que tenham força jurídica própria da supremacia constitucional.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 41). Essa posição enseja a imediata crítica de que qualquer direito fútil goza do *status* de direito fundamental pelo manejo do legislador, o que pode ocorrer, por exemplo, com o direito de “meia-entrada” deferido a estudantes para acesso a espetáculos esportivos, com o risco de inflacionamento do rol, o que pode resultar na natural consequência de enfraquecer a defesa de toda a categoria pois, se todo direito é fundamental, nenhum de fato o é.

Em contraponto, Marmelstein (2016) trabalha com a noção de que, além do revestimento formal, os direitos fundamentais também possuem um conteúdo ético, que tem na dignidade da pessoa

humana sua base axiológica. Para ele os direitos fundamentais são normas jurídicas “intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.” (MARMELSTEIN, 2016, p. 17).

Miranda (2015), ao seu turno, assinala que o rol de direitos fundamentais não se esgota no catálogo constitucional, pois além desses direitos fundamentais em sentido formal existiriam os direitos fundamentais em sentido material. Defende essa posição com o argumento de que não se pode limitar os direitos fundamentais àquilo que determinado regime político faça inserir na sua Constituição, sob pena de se admitir a não consagração ou consagração insuficiente de direitos como a vida, o trabalho e a liberdade de crença. Acrescenta que por direitos fundamentais também devem ser compreendidos todos aqueles inerentes à própria noção de pessoa e os que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, numa clara referência à dignidade humana (MIRANDA, 2015).

Comungando essa distinção, Canotilho (2003) conclui por uma classificação tripartite dos direitos fundamentais, com subdivisão em direitos fundamentais em sentido formal, em sentido material e direitos fundamentais em sentido meramente formal. Na última classe, estariam abrangidos os direitos cujo conteúdo não têm natureza intrínseca de direito fundamental, apenas se beneficiariam do fato da positivação. Aqui estariam inseridos o direito de obtenção de certidões em órgãos públicos independentemente do pagamento de despesas (artigo 5º, inciso XXXIV, “b”, da CRFB), o direito à impenhorabilidade da pequena propriedade rural (artigo 5º, inciso XXVI, da CRFB) e o direito à ação penal privada subsidiária (artigo 5º, LIX, da CRFB) todos com alguma importância, mas sem uma envergadura digna de estarem erigidos ao patamar de

direitos fundamentais. Já os direitos fundamentais materiais são aqueles que ostentam um conteúdo conformador “de um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjectividade pessoal” (CANOTILHO, 2003, p. 406), enquanto que os direitos fundamentais formais reuniriam, além dessa qualidade, o benefício da positivação. Mas, como o próprio autor lusitano adverte, “problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 404).

Entre nós, Sarlet manifesta anuência ao entendimento pela existência da fundamentalidade material, que, segundo expõe (2015, p. 76), “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.” Acrescenta que essa análise tem respaldo no próprio texto constitucional, por conta da cláusula de abertura prevista no § 2.º do artigo 5.º da CRFB, que preconiza que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Com essa linha de raciocínio, Sarlet desenvolve o seguinte conceito de direitos fundamentais, explicando que atende à dupla fundamentalidade formal e material, além de contemplar a abertura material do catálogo:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo). (SARLET, 2015, p. 78).

Ante esse conceito, cumpre questionar qual é o critério para se identificar os direitos de natureza materialmente fundamental. O próprio Sarlet cita que uma das propostas mais interessantes é concebida pelo professor Vieira de Andrade, da Universidade de Coimbra, no sentido de que os direitos fundamentais têm como elemento comum a dignidade da pessoa humana, tese que seduziu boa parte da doutrina nacional. Ele, todavia, salienta receber com restrições esse conceito, com o argumento de que muitos direitos elencados no artigo 5.º da CRFB, como os de criação de associações (inciso XVIII), proteção da participação individual em obras coletivas (XXVIII) e instituição do Tribunal do Júri (XXXVIII) não teriam qualquer imbricamento com a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2015).

Porém, para suplantar essa crítica, é preciso recordar que se está debatendo exatamente sobre direitos que teriam o *status* de fundamentais não pelo fato de estarem positivados na Constituição (fundamentalidade formal), mas pelo conteúdo que encerram. Não é um parâmetro correto, por conseguinte, a comparação com o texto expreso – que também contém os direitos fundamentais em sentido meramente formal (para remeter à classificação de Canotilho) – pois este foi arquitetado por forças políticas e ideológicas que não necessariamente tiveram a preocupação de formar um catálogo com conteúdo ético simétrico. No mais das vezes não tem, na verdade, pois o processo legislativo é fruto de correntes políticas antagônicas, que não raro procuram fazer prevalecer seus interesses mediante concessões mútuas.

De todo modo, o ilustre professor acaba por concordar que o entrelaçamento à dignidade humana “pode ser tido como critério basilar – mas não exclusivo – para a construção de um conceito material de direitos fundamentais.” (SARLET, 2015, p. 112). Manifesta, todavia, a preocupação com uma possível prodigalização dos direitos materialmente fundamentais, ao que ressalva a necessidade, para que alguma posição

jurídica não positivada seja equiparada em *status* àquelas do catálogo, que possa “ser reconduzível de forma direta e corresponder ao valor maior da dignidade da pessoa humana.” (SARLET, 2015, p. 112).

Baez também se dedica a essa problemática e procura resolvê-la mediante a busca de um ponto convergente entre diversas culturas. Nesse mister, realiza acurada análise das filosofias Budista e Hindu, da tradição Judia, das declarações que expressam os valores das culturas mais importantes da atualidade (Declarações de Direitos Humanos da OEA e da ONU e Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia - cultura ocidental e assumida mais recentemente por povos do leste europeu e da antiga União Soviética; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – cultura dos povos do centro, leste e meridional do continente Africano; Declaração Geral de Direitos Humanos do Islã e Carta Árabe dos Direitos Humanos – cultura islâmica). Conclui que a dignidade humana é um valor moral comum a todos os grupos e acaba por traduzir a justificação dos direitos essenciais dos seres humanos (ALEXY et al., 2015).

Não obstante o respaldo que abalizada doutrina empresta à teoria de José Carlos Vieira de Andrade, conforme já exposto, há respeitáveis opiniões no sentido de rechaçá-la. Virgílio Afonso da Silva se encarrega de tecer pesada crítica à utilização da dignidade humana como “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, brandindo dois argumentos. O primeiro no sentido de que se a dignidade for considerada o conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais, então é a dignidade que ostenta um conteúdo essencial absoluto, o que implicaria dizer que todos os outros direitos teriam um conteúdo relativo, a ponto de serem passíveis de restrição total em alguns casos concretos. O segundo, no viés de que haveria o risco de uma *hipertrofia da dignidade*, que poderia ser transformada pelo discurso jurídico numa espécie de guarda-chuva, a proteger situações que poderiam ser resolvidas com outros instrumentais jurídicos, e com isso tornar absolutos todos os direitos fundamentais (SILVA, 2014).

Não são, a nosso ver, críticas com poder de convencimento suficiente para desprezar a proposta de Vieira de Andrade. A relatividade dos direitos fundamentais não decorre e nem pode ser mensurada em razão do enraizamento na dignidade humana, esta sim um valor absoluto. É, antes, uma necessidade da convivência entre os diversos direitos, que não raro se manifestam antagônicos em casos concretos. A extensão, isto é, a maior ou menor taxa de relativização deve ser apurada por critérios outros, como a ponderação e a proporcionalidade, para o que não é problema o enraizamento no valor absoluto da dignidade humana. Nos deteremos nisso mais adiante.

De igual modo, não há refutar esse critério por força da prodigalização ou indevida aplicação do princípio. De fato ocorre, nos meios forenses (em várias partes do mundo, como bem observa o Prof. Virgílio), de se lançar mão da dignidade humana com demasiado exagero, olvidando-se outros mecanismos exegéticos hábeis, por si sós, à resolução da *questio* posta a exame. Porém, o equívoco hermenêutico pode ocorrer qualquer que seja o critério adotado, daí porque não pode consistir na razão de análise de seu acerto ou desacerto ou resultar no seu descarte. Na matéria enfocada, é intuitivamente impossível se encontrar uma solução fechada, que não dependa de qualquer juízo de valoração, daí porque é a metodologia de hermenêutica que deve ser objeto de debate e aperfeiçoamento.

Temos, então, que é adequado compreender a dignidade humana como elemento vinculativo dos direitos fundamentais materiais, até porque, como enfaticamente apregoa Miranda (2015, p. 78), “a história mostra que, dos direitos fundamentais, é inseparável uma ideia, um valor, um princípio, um metaprincípio (como se queira): a dignidade da pessoa humana.”

A partir dessa premissa, para se chegar a uma compreensão adequada do que sejam os direitos materialmente fundamentais, é necessária uma definição (ou ao menos uma tentativa dela) do elemento

de vinculação proposto – a “dignidade humana”, cláusula cuja amplitude e vagueza são tamanhas que tornam deveras difícil uma definição jurídica.

Na obra que dedica ao tema, Sarlet recorda a fórmula desenvolvida por Dürig, na Alemanha, de inspiração kantiana, no sentido de que a dignidade da pessoa humana é violada sempre que a pessoa seja descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos, reduzida a objeto (SARLET, 2007). Explica que tal formulação, em que pese muito utilizada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, não oferece uma conceituação definitiva, até porque não descreve o que deve ser protegido, isto é, em que situações ocorre a “coisificação da pessoa”. Tem o mérito, no entretanto, de permitir em cada caso concreto a verificação de situações em que há a violação (SARLET, 2007).

Por seu turno, apresenta uma proposta de conceituação da dignidade da pessoa humana nos seguintes termos:

[...] 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 a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007, p. 62).

A partir dessa moldura, é possível perquirir quais são os direitos que, embora não expressamente elencados no catálogo constitucional, merecem ser erigidos ao nível de direitos fundamentais, na qualidade de direitos materialmente fundamentais.

Por tudo que foi exposto, temos que direitos fundamentais é a denominação a ser dada a todos os direitos demarcados espacial e territorialmente no âmbito de determinado Estado, por meio de positivação na sua constituição, alcançando também os direitos que, conquanto não

expressamente inscritos no catálogo, guardam estreita relação com o valor absoluto da dignidade humana (fundamentalidade material).

1.1 Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?

Uma classificação sempre presente no estudo dos direitos fundamentais é aquela que os divide, segundo a evolução histórica, em gerações, isto é, direitos de primeira, segunda e terceira geração, avançando, para alguns doutrinadores, para quarta e até quinta geração.

A criação dessa teoria é atribuída ao jurista tcheco Karel Vasak, que a teria apresentado pela primeira vez numa conferência em Estrasburgo, em 1979, inspirado pelo lema da Revolução Francesa: *liberté – égalité – fraternité* (MARMELSTEIN, 2016).

Parte da doutrina critica o uso da expressão “gerações”, lastreada na ideia de que as gerações são sucessivas e se substituem, o que não ocorre com os direitos fundamentais, que, contrariamente, evoluem, se acumulam e se complementam (TAVARES, 2016). Entretanto, qualquer que seja o termo empregado – gerações ou dimensões – há consenso na doutrina sobre os critérios de classificação até a terceira geração/dimensão.

De acordo com tal classificação, direitos de primeira geração/dimensão são aqueles relacionados à liberdade, de índole essencialmente individualista, que consubstanciam direitos de oposição ao Estado, derivados do pensamento liberal-burguês do século XVIII. Podem ser definidos como direitos de cunho negativo, já que voltados à uma abstenção do Estado (SARLET et al., 2016). Na dicção de Bonavides (2008, p. 564), são “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” Aqui se enquadram os clássicos direitos à vida, propriedade, liberdade – e suas naturais derivações, como liberdade de expressão, de consciência, reunião, associação – além dos direitos políticos, como o direito a voto e a capacidade eleitoral passiva.

A segunda geração/dimensão de direitos envolve os direitos vinculados à igualdade, abrangendo os direitos sociais, econômicos e culturais, que têm raiz no Estado Social que teve advento no curso do século XIX e se estendeu pelo século XX, quando passaram a ser contemplados nas constituições dos diversos países, especialmente após a segunda guerra mundial. São direitos de cunho positivo, pois suscitam a busca de prestações sociais perante o Estado, como de assistência social, saúde, educação e trabalho. Nela também estão inseridas, contudo, algumas liberdades sociais, como o direito de greve e sindicalização, além dos direitos atinentes à relação de trabalho, como férias, limitação de jornada e repouso semanal remunerado (SARLET et al., 2016).

A terceira geração/dimensão é fundada na fraternidade e os direitos por ela contemplados têm como característica a transindividualidade, isto é, são destinados a proteger a coletividade, com ênfase cada vez maior a partir do final do século XX. Com propriedade, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (apud SARLET et al., 2016) pontuam que tais direitos decorrem das demandas mais recentes do ser humano, provocadas por fenômenos como o impacto tecnológico, a constante beligerância e descolonização das nações. São exemplos típicos o direito ao meio ambiente sustentável, à qualidade de vida, à autodeterminação, à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade e à comunicação.

Esse esquema de classificação dos direitos é amplamente admitido em nível internacional, conforme pode se deduzir da análise de Pocar (2015, p. 2), juiz e professor emérito da Universidade de Milão:

In recent legal literature on human rights, a commonly accepted approach has been to classify such rights in terms of generations, divided into three tiers.' Scholars often divide and ascribe human rights to their corresponding generation. In this practice, first generation rights comprise civil and political rights and freedoms, second generation rights include economic, social, and cultural rights, and third generation rights implicate such diffused rights as more recently identified in international human rights law, such as the right to peace, development, a safe and healthy

environment, sufficient and safe food for all, or the use of natural resources.

Se há consenso na doutrina acerca da existência dessas três gerações/dimensões, é controversa a existência de uma quarta e sobretudo quais direitos ela alcançaria. Paulo Bonavides é tido como um dos precursores da teoria da existência dessa geração, que na sua ótica é introduzida pela globalização política e representaria a fase final de implementação do Estado Social, abarcando os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo (BONAVIDES, 2008). Sarlet, Marinoni e Mitidiero (apud SARLET et al., 2016) destacam que alguns autores inserem nessa dimensão os direitos relacionados à biotecnologia, como o direito contra manipulações genéticas e à mudança de sexo, mas adverte que ainda não há uniformidade na doutrina sobre a temática. No âmbito jurisdicional, é adepto dessa última posição o Ministro Ricardo Levandowski, conforme consignou no voto que proferiu no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 3.510, que tratou da Lei de Biossegurança nacional (STF, ADI n. 3.510).

Mais polêmica ainda é a existência de uma quinta geração/dimensão de direitos, concebida por Paulo Bonavides para consagrar o direito à paz. Na defesa desse pensamento, justifica que a paz é uma condicionante tão importante para o bem-estar da humanidade que deve ser elevada a uma categoria autônoma, a fim de que não fique obscurecida entre os demais direitos de terceira geração, lugar que se lhe costumava cometer. Isso contribuiria para sua evidenciação e conseqüente inserção em declarações de direitos, na pedagogia constitucional e para sua normatização na constituição dos Estados, tal qual o fez a CRFB, em seu artigo 4º, inciso VI, de modo a ampliar sua concretização como *supremo direito da humanidade* (BONAVIDES, 2008).

Nessa quadra, nos parece sensata a observação feita por André Ramos Tavares, no sentido que muitos direitos não podem ser enquadrados exclusivamente numa das gerações/dimensões, haja vista que não é possível traçar uma linha divisória exata entre categorias de direitos individuais e sociais, tal qual ocorre com o contraditório, que ao tempo em que assegura uma prerrogativa do indivíduo, serve a toda a sociedade (TAVARES, 2016).

Porém, apesar das divergências pontuais citadas, não há olvidar a importância dessa classificação para a adequada compreensão da evolução histórica dos direitos fundamentais. Mas é importante ter em mente, sempre, como advertem Sarlet, Marinoni e Mitidiero (apud SARLET et al., 2016), que cada geração não representa meramente uma adição ao rol de direitos da anterior, senão a redefinição do sentido e conteúdo dos direitos antes fixados, a fim de harmonizá-los à contemporaneidade, tal qual ocorre com o direito de propriedade, inicialmente revestido de índole subjetivista, hoje encarado no prisma de sua função social.

2 Natureza jurídica e atributos do direito ao sigilo das comunicações

Delineado esse breve panorama doutrinário acerca da conceituação dos direitos fundamentais, bem como sobre a existência de teorias que os subdividem em direitos formalmente fundamentais e direitos materialmente fundamentais, além da classificação dos direitos em gerações/dimensões, cumpre retornar ao problema inicial deste estudo, que é situar a posição do direito ao sigilo das comunicações.

Nesse mister, é indubitável que o direito ao sigilo das comunicações goza do *status* de direito fundamental, porquanto positivado no artigo 5.º, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil, de modo a estar perfeitamente demarcado espaço e

temporalmente em nosso Estado Democrático de Direito. Por força desse caráter normativo é certo que se trata de um direito fundamental em nosso Estado, independente do fato de ser ou não também conceituado como direito humano ou direito do homem – análise que demandaria um estudo aprofundado das diversas cartas de direito no plano internacional, estranha ao nosso propósito aqui.

No prisma das teorias que fazem distinção entre direitos formalmente e materialmente fundamentais, nos parece inequívoco que tal direito se amolda a ambas as classificações. No aspecto formal, em decorrência da expressa normatividade. No aspecto material porque, quer nos crer, trata-se de um direito intimamente ligado à dignidade humana, a qual pressupõe o respeito a um espaço de privacidade e intimidade que abranja a possibilidade de interlocução de cada indivíduo, quando julgar oportuno, estritamente com quem desejar e em caráter reservado, seja qual for o meio eleito, sob proteção de intromissões por parte do Estado ou de terceiros.

Com efeito, é inerente à própria liberdade de consciência e de expressão a possibilidade de livre escolha não só do teor, mas a quem e quando se dirigir a manifestação do pensamento em caráter privado, de modo a constituir absoluto constrangimento e aviltamento da esfera íntima da pessoa a abertura da possibilidade de qualquer patrulhamento sub-reptício por terceiro não autorizado. Nesse viés, a lição de Branco (MENDES; BRANCO, 2016, p. 293), para quem “a quebra do dever da confidencialidade da comunicação significa frustrar o direito do emissor de escolher o destinatário do conteúdo da sua comunicação.”

O direito ao sigilo das comunicações guarda total correspondência com o direito à privacidade, do qual depende a saúde psicológica do homem. De fato, é inimaginável impor ao ser humano a vivência num ambiente onde tudo que expresse esteja potencialmente na condição de exposição pública, já que isso implicaria um caos social de conflito e beligerância.

Importa sublinhar que o direito à privacidade é consignado no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da UNESCO, que prevê que “Ninguém será sujeito à (sic) interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

É perceptível o estreito relacionamento entre os direitos ao sigilo das comunicações e os direitos à intimidade e vida privada, estes também assegurados no catálogo constitucional (artigo 5.º, inciso X), e distinguidos por Bernardo Gonçalves Fernandes, para quem a privacidade é relacionada ao que ocorre na vida privada, círculo estreito de relacionamento da pessoa, como a família, lazer, negócios, enquanto que a intimidade protege uma esfera ainda mais íntima, separando até mesmo as pessoas mais próximas (FERNANDES, 2016, p. 458).

Fato é que são conceitos próximos, não por acaso arrolados no mesmo preceito constitucional. Na precisa síntese de Arendt (apud CASTRO, 2010, p. 530), “o direito à intimidade é o direito de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada”, ou como prefere Branco (apud MENDES; BRANCO, 2016, p. 282), “o direito de fruir o anonimato – que será respeitado quando o indivíduo estiver livre de identificação e de fiscalização.”

Intrinsecamente considerado, o direito ao sigilo das comunicações envolve, na dicção da lei fundamental, o “sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas” (artigo 5.º, inciso XII). É nítido o caráter extensivo da norma que, segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (apud SARLET et al., 2016), abrange todas as formas de comunicação pessoal, escrita ou oral, sobre cujo teor há uma presunção absoluta de sigilo, independentemente de ser importante ou banal. Conforme ensina Bulos (2007), a comunicação telegráfica é a que se realiza por meio de telegrama ou telex, ao passo que a proteção ao

sigilo de dados remete aos sigilos bancário e fiscal e abarca toda espécie de informação armazenada em arquivos e cadastros de órgãos públicos. O mesmo autor oferece um interessante conceito analítico da comunicação telefônica, ao defini-la como “a transmissão, emissão, receitação e decodificação de sinais linguísticos, caracteres escritos, imagens, sons, símbolos de qualquer natureza, veiculadas pelo telefone estático ou móvel (celular).” (BULOS, 2007, p. 453).

À toda evidência, o preceito alcança também todas as formas de comunicação por meio da informática e da rede mundial de computadores, dada a necessidade de sua leitura à luz da evolução tecnológica, cujos instrumentais modernos tornaram obsoletas a correspondência escrita e telegráfica. Nessa vereda, é inequívoca a proteção conferida às comunicações via e-mail e aplicativos de mensageria, como *Whatsapp*, *Telegram*, *Facebook*, *Instagram*, entre outros. Tratam-se de espécies do gênero “comunicação telemática”, que associa os meios de comunicação à informática (BULOS, 2007). A propósito, a lei federal n. 9.296/96, que regulamentou a interceptação das comunicações telefônicas autorizada no inciso XII do artigo 5.º da CRFB, expressamente dispôs que seus comandos aplicam-se “à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.”

Essa interligação entre os direitos do sigilo das comunicações, intimidade e vida privada com a dignidade humana deixa assente a natureza fundamental daqueles direitos. Nessa concepção, temos que por força de seu conteúdo axiológico, o direito ao sigilo das comunicações sequer dependeria de expressa inscrição no rol do artigo 5.º da CRFB ou de ser contemplado em tratado internacional a que o país tenha aderido, para ser entendido como um direito fundamental, sobretudo em face da expansividade permitida pela cláusula de abertura inserta no § 2.º do dispositivo, a permitir a exegese de que se trata de um direito que decorre da principiologia adotada em nossa lei fundamental, verdadeiro corolário

da dignidade humana. Esse entendimento é respaldado por Savoiu e Basarabescu (2013, p. 91), que asseveram que

it is considered that there is a profound connection between freedom, equality, democracy, dignity and privacy which leads to overcome, in a historic context, the concept of privacy as a right to be left alone. [...] The right to privacy is considered a fundamental right of society, freedom and human dignity.

De outro vértice, quer nos parecer que é um direito que pode ser classificado como de primeira geração, ante sua índole subjetivista e de proteção perante o Estado, a quem opõe o dever de abstenção, sem prejuízo, obviamente, da irradiação às relações privadas. É inegavelmente um direito relacionado à liberdade da pessoa.

Enquanto direito fundamental de primeira geração, o direito ao sigilo das comunicações goza de diversos atributos que são cometidos pela doutrina aos direitos dessa natureza.

Silva (1998) arrola entre as características dos direitos fundamentais a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. Refere que são históricos porque evoluem com o passar do tempo, em contraste com a concepção meramente jusnaturalista; inalienáveis, por serem indisponíveis, não sujeitos a transferência; imprescritíveis, por não serem passíveis de perda pelo decurso do tempo, já que tal fenômeno só incide em direitos patrimoniais; irrenunciáveis porque, embora possam não ser exercidos, não podem ser renunciados.

Fernandes (2016), ao tempo em que confirma esses caracteres, acrescenta que os direitos fundamentais também estão vestidos dos atributos da relatividade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementaridade. Os reputa relativos por não terem caráter absoluto, isto é, encontram limites em outros direitos fundamentais; invioláveis pela sua observância obrigatória, sem qualquer possibilidade de violação, sob pena de nulidade; universais porque reconhecidos a toda a coletividade, sem discriminação, sem prejuízo

de que alguns são conferidos a classes especiais de pessoas, como os sociais, atinentes apenas aos trabalhadores; efetivos, porque, em termos teóricos, todas as ações do poder público devem buscar implementá-los; interdependentes e complementares, ante a necessidade de que sejam vistos não isoladamente, mas em bloco, integrando um só sistema de direitos interpenetrados e coligados.

Dentre tais características, merece especial atenção a relatividade, elemento imprescindível à convivência de todos os direitos fundamentais pois, não obstante integrem esse sistema único, há possibilidade de entrarem em conflito em casos concretos. É frequente, na verdade, que o exercício de um direito fundamental conflite com uma posição jurídica alheia também escudada em direito fundamental e, conforme bem observa Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais não podem servir de albergue para práticas ilícitas, sob pena de subversão completa ao Estado de Direito (MORAES, 2013).

Em determinados casos, o próprio legislador constitucional já ressaltou expressamente a possibilidade de limitação do direito fundamental. É o que ocorre, exemplificativamente, com o direito à vida, passível de ser suprimido em caso de guerra declarada (art. 5.º, inc. XLVII, “a”); com a liberdade, cuja restrição é admitida mediante o devido processo legal (art. 5.º, incs. XLVI, “a” e LIV); com a propriedade, que pode ser suprimida pela desapropriação (art. 5.º, inc. XXIV); com a inviolabilidade de domicílio, que pode ser afastada nos casos de prisão em flagrante, desastre, prestação de socorro e ordem judicial (art. 5.º, inc. XI); com o sigilo das comunicações telefônicas, cujo excepcionamento também foi expressamente autorizado na parte final do inciso XII do artigo 5.º, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, o que remete a um conflito com o direito de todos à segurança.

Isso não significa, obviamente, que a relatividade dependa de ressalva expressa, pois é da própria essência do sistema jurídico, a fim de viabilizar sua coexistência. Norberto Bobbio, na clássica obra “A Era dos Direitos”, já reconhecia essa característica e inclusive apontava que pensar o contrário implicaria impor óbice à ampliação dos direitos:

Pois bem: dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras. (BOBBIO, 2013, p. 21-22).

Os únicos direitos fundamentais que, na opinião do jusfilósofo italiano, podem ser alçados ao patamar de absolutos, são o direito a não ser escravizado e o direito a não ser torturado (BOBBIO, 2013). Não nos parece, todavia, existir um direito “a não ser escravizado” ou “a não ser torturado”, assim como não há um direito fundamental a “não sofrer racismo”. O que há é o direito fundamental à liberdade, à vida e respeito à integridade física, bem como à igualdade; a vedação à escravidão, à tortura e ao racismo constituem aquilo que se denomina “núcleo essencial” daqueles direitos, que não é passível de relativização. Conforme Sarlet, Marinoni e Mitidiero (apud SARLET et al., 2016), “a garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.”

Nossa ordem constitucional está afinada com esse pensamento, pois se admite a pena de morte em caso de guerra, abomina a tortura de

forma irrestrita, já que não a admite nem mesmo naquela circunstância extrema (artigo 5.º, inciso III). É de igual modo, veda peremptoriamente o tratamento desumano e degradante (artigo 5.º, inciso III), penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e cruéis, circunstâncias típicas num regime de escravidão (artigo 5.º, inciso XLVII), assim como atribui ao racismo a qualidade de crime inafiançável e imprescritível (artigo 5.º, inciso XLII).

Não é o propósito desse artigo investigar quais as fórmulas preconizadas para solucionar os casos de entrelhecho entre direitos fundamentais. Válida, no entanto, uma breve menção sobre como deve o intérprete proceder e, nesse viés, Barroso assinala que deve ser utilizada a técnica da ponderação, pela qual são feitas concessões recíprocas a fim de preservar o máximo possível de cada interesse em conflito e, no limite, à luz da razoabilidade, escolhe-se o bem que deve prevalecer, por melhor atender à vontade constitucional (BARROSO, 2013). Moraes (2013), em simetria, propugna que, havendo conflito entre dois ou mais direitos fundamentais, deve ser utilizado o princípio da concordância prática ou harmonização, que resultará na redução proporcional da carga de cada um e evitará o sacrifício total de um em relação aos outros. Na mesma linha é a recomendação de Canotilho e Vital Moreira (apud CHIMENTI et al., 2010, p. 93): “a regra da solução do conflito é a da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição compatível com a salvaguarda adequada de outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa.”

À luz dessas premissas, é necessário reconhecer que o direito ao sigilo das comunicações é suscetível de restrição quando entrar em conflito com outro direito fundamental, especialmente aquele à segurança pública, de que é titular toda a coletividade (art. 5.º, *caput*, da CRFB), pois não se pode conceber que o Estado outorgue proteção ao sigilo no uso de mecanismos de comunicação quando relacionado a ações que possam resultar em risco efetivo ou dano à vida, integridade física, liberdade

ou patrimônio de alguém. Daí ser a relatividade uma característica dele indissociável. Não obstante, sua flexibilização é condicionada ao cumprimento de requisitos estabelecidos em lei, especialmente a reserva de jurisdição e análise da absoluta necessidade do afastamento, presente quando outros mecanismos com menor grau de intervenção na esfera de direitos do cidadão seja insuficiente para uma adequação apuração de ilícitos criminais (Lei n. 9.296/96).

Conclusão

Pode-se concluir que o emprego tecnicamente mais adequado para a locução “direitos fundamentais” é a definição de direitos assegurados no ordenamento jurídico de determinado Estado, de forma a conferir-lhe uma demarcação temporal e espacial, isto é, direitos garantidos num determinado território em dada época, por meio de positivação constitucional. Importante assinalar, outrossim, que tal categoria não se limita aos direitos formalmente normatizados na constituição, pois abrange também os denominados “direitos materialmente fundamentais”, que são aqueles cuja fundamentalidade decorre do conteúdo axiológico que representam. Segundo a teoria do Professor Vieira de Andrade, o elemento identificador desses direitos materialmente fundamentais é a dignidade humana. Tem-se então que a fundamentalidade dos direitos ocorre nos aspectos formal e material, este a partir da vinculação com o princípio da dignidade humana.

Com base nessa constatação, pode-se afirmar que o direito ao sigilo das comunicações é um direito fundamental no Brasil, não só por estar expressamente positivado no plano constitucional (CRFB, art. 5.º, inc. XII), mas também por ser intimamente interligado com a dignidade humana, da qual é elemento essencial ante a necessidade de cada ser humano de usufruir de um espaço próprio de comunicação, com

salvaguarda de intromissão do Estado ou patrulhamento por terceiros. Na classificação dos direitos em gerações, difundida a partir de proposição de Karel Vasak, é um direito considerado de primeira geração, ante seu entrelaçamento com a liberdade e sua índole subjetiva e de proteção perante o Estado.

Esse *status* de direito fundamental permite que o sigilo das comunicações goze de atributos como a imprescritibilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade. Porém, não alcança patamar absoluto, pois é uniforme no campo doutrinário seu caráter de relatividade, a fim de ensejar-lhe a convivência com outros direitos de idêntica envergadura em caso de conflito.

Referências

BAEZ, Narciso. A morfologia dos direitos fundamentais e os problemas metodológicos da concepção da dignidade humana em Robert Alexy. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil. Senado Federal: Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 3.510*. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 13. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira Castro. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MARMELSTEIN, GEORGE. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 4 v.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

POCAR, Fausto. Some Thoughts on the Universal Declaration of Human Rights and the Generations of Human Rights. *10 Intercultural Hum. Rts. L. Rev.*, p. 43-54, 2015. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ichuman10&div=6&start_page=43&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults>. Acesso em: 23 ago. 2017.

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 et al. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SAVOIU, Alina; BASARABESCU, Catalin Capatina. The Right to Privacy. *Annals of the Constantin Brancusi University of Targu Jiu Juridical Sciences Series*, 2013. p. 89-96. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jurdscien2013&div=10&start_page=89&collection=journals&set_as_cursor=4&men_tab=srchresults>. Acesso em: 24 ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

O julgamento da apelação cível n. 00215385020108240064 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina e a liberdade de crença religiosa à guarda do sábado

Rodolfo Ferreira Pinheiro¹

Introdução

A liberdade é um atributo das pessoas, ações e sociedades. Essa seria, no entanto, uma perspectiva bastante rudimentar e superficial. Quem diz que uma pessoa é livre pressupõe que, para essa pessoa, não existem embaraços, restrições ou resistências de qualquer espécie. Com isso, poder-se-ia considerar liberdade como uma relação dialética entre uma pessoa e um embaraço à liberdade (ALEXY, 2015, p. 220).

A liberdade de crença religiosa é espécie do gênero liberdade, esta é a faculdade de a pessoa aderir a qualquer religião seguindo seus preceitos, inclusive os dias de guarda. No Brasil, os católicos, protestantes e pentecostais guardam o domingo, já minorias como judeus e adventistas² guardam o sábado,³ os muçulmanos observam como dia da congregação a sexta-feira.⁴

¹ Mestrando do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

² 123.280.172 (Católicos), 12.314.410 (Assembleia de Deus), 3.723.853 (Batistas), 1.873.243 (Igreja Universal do Reino de Deus), 1.808.389 (Igreja do Evangelho Quadrangular), 921.209 (Igreja Presbiteriana), 845.383 (Igreja Deus é Amor), 1.561.071 (Igreja Adventista do 7^a Dia) e 107.326 (Judaísmo) – CENSO 2010.

³ Lembra-te do dia do sábado, para o santificar. Seis dias trabalharás, e farás toda a tua obra. Mas o sétimo dia é o sábado do Senhor teu Deus; não farás nenhuma obra, nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu animal, nem o teu estrangeiro, que está dentro das tuas portas. Porque em seis dias fez o Senhor os céus e a terra, o mar e tudo que neles há, e ao sétimo dia descansou; portanto abençoou o Senhor o dia do sábado, e o santificou (Bíblia Almeida Corrigida e Revisada 20:8-11).

⁴ **Ó vós que credes!** Quando fordes convocados, para a oração da sexta-feira, recorrei à recordação de Deus e abandonai os vossos negócios; isso será preferível, se quereis saber (Corão 62:9).

A partir do início da era moderna aumenta a preocupação com a dignidade humana⁵ e a proteção a liberdade de religião, principalmente pelas guerras de religião, através das quais se vai afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar, a liberdade religiosa) (BOBBIO, 1992, p. 8).

A liberdade de seguir preceitos religiosos é da natureza humana. Ainda, que concepções minoritárias, pois a quebra da unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à “verdadeira fé”. Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este fato, autores como Georg Jellinek, afirmam que a luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 383).

Inclusive, a Constituição Americana de 1787 e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 tutelam a liberdade de religião. A primeira emenda da Constituição Americana determina que

O Congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma liberdade de religião, ou proibir o seu livre exercício, ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.

⁵ Pautado no direito à vida, a dignidade da pessoa humana é o direito fundamental mais fortemente impregnado da visão ideológica e política. Por isso, o preceito da dignidade da pessoa humana causa especiais dificuldades que resultam não apenas dos enraizamentos religiosos, filosóficos e históricos da dignidade da pessoa humana, como também dependência da respectiva situação global civilizacional e cultural da sociedade (SARLET, 2005, p. 150).

A Constituição do Brasil determina que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.” (BRASIL, 1988).

A República Federativa do Brasil deve permitir o pluralismo de crenças, seja abstendo-se de refreá-lo, seja atuando comissivamente para prestigiá-lo (BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, 2009, p. 100). Em respeito à liberdade religiosa o Estado de Santa Catarina editou a Lei Estadual n. 11.225/99, que determina a realização das provas de concursos e vestibulares no período de domingo à sexta-feira, no horário compreendido entre às oito e dezoito horas ou com a alternativa da realização das provas após o pôr-do-sol. E, que os estabelecimentos da rede pública e particular do Estado devem abonar as faltas por crença religiosa.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, já havia por sete vezes analisado o tema, nos autos 2011.001896-0; 2010.079488-5; 2011.089093-9; 2011.096803-6; 2012.085114-3; 2013.050105-2 e 2013.049782-5, e todas as decisões determinavam a aplicação da Lei Estadual n. 11.225/99. No entanto, no dia 30 de junho de 2016 a 4ª Câmara de Direito Público, reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 11.229/99.

1 Liberdade de Crença Religiosa e o Dia de Guarda

São várias as liberdades, mas de todas as liberdades sociais, nenhuma é tão congenial ao homem, e tão nobre, e tão frutificativa, e tão civilizadora, e tão pacífica, e tão filha do Evangelho, como a liberdade religiosa (BARBOSA, 1877, p. 419). A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789 afirma:

Art. 18. Todo homem 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 isolada ou coletivamente, em público ou em particular. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

No mesmo sentido o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), ratificado pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969) estabelece:

ARTIGO 12 Liberdade de Consciência e de Religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pelas leis e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou morais públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

Os povos orientais, também entendem relevante a proteção da liberdade religiosa, conforme a Declaração do Islã (DIREITOS HUMANOS NO ISLAM, 1990), ainda, que seja o pensamento de uma minoria, *in verbis*:

X - DIREITOS DA MINORIAS

a. O princípio alcorânico “não há compulsão na religião” deve governar os direitos religiosos das minorias não muçumanas.

b. Em um país muçumano, as minorias religiosas, no que se refere às suas questões civis e pessoais, terão o direito de escolher serem regidas pela Lei Islâmica ou por suas próprias leis.

[...]

XIII – DIREITO À LIBERDADE DE RELIGIÃO

Toda a pessoa tem o direito à liberdade de consciência e de culto, de acordo com suas crenças religiosas.

XIX – DIREITO DE CONSTRUIR FAMÍLIA E ASSUNTOS CORRELATOS

a. Toda pessoa tem o direito de se casar, constituir família e ter filhos, de acordo com sua religião.

A Carta Africana no art. 2º afirma que “a liberdade de consciência, a profissão e a prática livre da religião são garantidas. Sob reserva da ordem pública, ninguém pode ser objeto de medidas de constrangimento que visem restringir a manifestação dessas liberdades.” (COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS, 1970).

Os direitos de liberdade negativa, os primeiros direitos reconhecidos e protegidos, valem para o homem abstrato. Não por acaso foram apresentados, quando do seu surgimento, como direitos do Homem. A liberdade religiosa, uma vez afirmada, foi se estendendo a todos, embora no início não tenha sido reconhecida para certas confissões ou para os ateus; mas essas eram exceções que deviam ser justificadas (BOBBIO, 1992, p. 34). A liberdade religiosa é um dos primeiros direitos a ser protegidos, englobando a proteção ao dia de guarda. Sobre o Dia de Guarda a Resolução n. 36/55, de 1981 – Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas em Religião ou Crença determina:

Artigo 6º

Conforme o “*artigo 1º*” da presente Declaração e sem prejuízo do disposto no “*§3 do artigo 1º*”, o direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicções compreenderá especialmente as seguintes liberdades:

[...]

h) A de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1981).

O Brasil deve respeitar tais preceitos, pois na liberdade religiosa incluem-se a liberdade de crença, de aderir alguma religião, e a liberdade do exercício do culto respectivo (MENDES, 2015, p. 316). O Estado Brasileiro é laico, devendo consagrar constitucionalmente uma espécie de “pluralismo denominacional”, ou seja, a presença da comunidade,

com iguais direitos formais de um número indefinido de coletividades religiosas (CANOTILHO, 2003, p. 247), o que garante a proteção da diversidade de crenças.

A pessoa pode seguir a convicção religiosa que quiser, incluindo o direito a observância de um dia de guarda dentro dos parâmetros professados por sua religião. Tem-se que a religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida (SILVA, 2011, p. 249).

2 Liberdade de Crença Religiosa e Escusa de Consciência

No Brasil a liberdade de crença religiosa é de aplicação imediata, mas a Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade da escusa de consciência, que traduz forma máxima de respeito à intimidade e à consciência do indivíduo. O Estado abre mão do princípio de que a maioria democrática impõe as normas para todos, em troca de não sacrificar a integridade íntima do indivíduo, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, *salvo*

se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. (MENDES; COELHO, 2008, p. 760, grifo nosso).

Assim, o direito à liberdade religiosa independe de lei infraconstitucional em razão de sua eficácia contida – a atividade legiferante infraconstitucional eventualmente surgirá para regular especificamente a possibilidade de delimitação do direito protegido (BARROSO, 2009, p. 222; TAVARES, 2006, p. 92). Alguns guardadores do sábado almejam o ingresso em cargos, empregos ou funções públicas, mas o acesso como regra se dá por concurso público, que repetidas vezes é realizado no dia de sábado. Por isso, a Lei Estadual n. 11.229/99 fixa alternativas em caso de tais atividades recaírem em data que coincida com o dia de guarda, em respeito à determinação constitucional de uma prestação alternativa que consistem: 1) TÉCNICA DO CONFINAMENTO: na qual o candidato fica recluso e incomunicável até o crepúsculo e 2) PARTICIPAÇÃO EM OUTRO DIA: quando existem várias datas possíveis para participação no certame.

3 Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

A primeira decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é o Agravo de Instrumento n. 2011.001896-0, julgado em 28 de junho de 2011, da Relatoria do Desembargador Substituto Carlos Adilson Silva, com decisão unânime, determinando o respeito ao sábado natural e aplicação do art. 2º da Lei Estadual n. 11.225/99:

AGRAVO POR INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA. PEDIDO DE LIMINAR VISANDO POSSIBILITAR A REALIZAÇÃO DE PROVAS E TAREFAS ALTERNATIVAS DE DISCIPLINA DO CURSO DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS, MINISTRADO ÀS SEXTAS-FEIRAS, NO PERÍODO NOTURNO, EM OUTROS DIAS, À EXCEÇÃO DE SÁBADO. AGRAVANTE MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. DOCTRINA RELIGIOSA QUE

OBSERVA A GUARDA SABÁTICA. RESPEITO AO “SÁBADO NATURAL”. APLICABILIDADE DO ART. 2º, DA LEI ESTADUAL N. 11.225/99, A QUAL PREVÊ O ABONO DE FALTAS E A REALIZAÇÃO DE PROVAS E ATIVIDADES ALTERNATIVAS, COM O FITO DE RESPEITAR SUAS ATIVIDADES RELIGIOSAS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

[...]

Desta feita, há garantia fundamental (Art. 5º, inc. VI a VIII, da CF) assegurando constitucionalmente a liberdade de crença religiosa, bem assim, existe Lei Estadual específica (Lei n. 11.225/99) estabelecendo tratamento diferenciado aos alunos fiéis à religião Adventista no Estado de Santa Catarina.

Melhor dizendo, tais dispositivos legitimam a todos os estudantes de Santa Catarina, o dever de freqüentar as aulas regularmente e obter média suficiente nas provas realizadas para a devida aprovação, independentemente de qualquer convicção religiosa, até porque, como cediço, nosso Estado é laico.

Assim, devem os agravados abonar eventuais faltas da apelante no curso, no que toca às aulas ministradas no período compreendido entre as 18 horas de sexta-feira e as 18 horas de sábado, oportunizando a realização, em horário alternativos, de atividades e provas que lhe possibilitem obter média suficiente para a devida aprovação e, a fim de que, caso aprovada, a apelante possa efetuar matrícula para o semestre seguinte.

A segunda decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é o Agravo de Instrumento n. 2010.079488-5, julgado em 29 de março de 2012, da Relatoria da Desembargadora Sônia Maria Schimitz, com decisão unânime, também favorável ao respeito à liberdade religiosa, no seguinte sentido:

Rafael Moraes da Costa interpôs agravo de instrumento em face da decisão que, nos autos da ação de obrigação de fazer com antecipação de tutela e indenização por danos morais e materiais n. 064.10.021538-0, indeferiu o requerimento antecipatório ao argumento de impossibilidade de adequação da grade curricular para atender situação específica, fundada em convicção religiosa. Sustentando sua condição religiosa, possibilidade de recuperação da disciplina em dia diverso, deferimento pretérito da solicitação junto à instituição, bem como os direitos e

garantias constitucionais, pugnou pela concessão do efeito suspensivo e, a final, o provimento do recurso (fls. 02-13).

[...]

A Constituição Federal de 88 possui como preâmbulo os seguintes dizeres:

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

Não é demais lembrar que o preâmbulo reflete o posicionamento ideológico e doutrinário do poder constituinte e por tal razão “deve ser levado em conta quando da interpretação das normas constitucionais” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2ª ed. atual. e reform. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17)

[...]

O Estado brasileiro tornou-se desde então laico, ou não-confessional. Isto significa que ele se mantém indiferente às diversas igrejas que podem livremente constituir-se [...]. (*Curso de direito constitucional*. 22ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 299-301).

E, mais adiante, ao discorrer sobre a possibilidade da invocação da escusa de consciência no atual texto constitucional, anotou:

Na redação atual, fica certo que em primeiro lugar há uma possibilidade de invocação ampla da escusa de consciência, mas desde que feito valer para evadir-se o interessado de uma obrigação imposta a alguns ou a muitos, mas não a todos. É o que deflui da primeira parte do dispositivo: “ninguém será privado de qualquer dos seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica política”.

A regra não prevalece se a invocação se der diante de obrigação legal a todos imposta. Aqui o texto oferece a possibilidade do cumprimento de uma prestação alternativa fixada em lei. Esta não apresenta ainda um cunho sancionatório. Limita-se a constituir uma forma alternativa de cumprimento da obrigação. (Ob. Cit., p. 303-04).

Não poderá, por óbvio redundante, o Estado embaraçar a prática dos atos religiosos, bem como deverá assistir ao cidadão nos casos em que a liberdade de crença conflitar

com direitos outros que possam causar a inviolabilidade de consciência do indivíduo.

Neste rumo o inciso VIII do artigo 5º da CF estabeleceu que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.”

Conforme a ótica constitucional, portanto, o agravante não poderá ser privado do direito à educação profissional por conta de desrespeito ao princípio mor da sua religião - guardar as sextas após as 18 horas e os sábados até o pôr-do-sol.

E a Legislação do Estado de Santa Catarina (Lei nº 14.607, de 07 de janeiro de 2009), roborando o direito do agravante, assim dispôs:

Art. 1º O § 1º do art. 1º e o *caput* do art. 2º da Lei nº 11.225, de 20 de novembro de 1999, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art.1º Quando inviável a promoção dos certames em conformidade com o *caput*, a entidade organizadora poderá realizá-los no sábado devendo permitir ao candidato, que alegue e comprove convicção religiosa, a alternativa da realização das provas após o pôr-do-sol.

Art. 2º Os estabelecimentos de ensino da rede pública e particular do Estado de Santa Catarina ficam obrigados a abonar as faltas de alunos que, por crença religiosa, estejam impedidos de frequentar as aulas ministradas às sextas-feiras após as dezoito horas, e aos sábados até o pôr-do-sol. (NR)

E não bastasse a legislação estadual conter norma expressa assegurando o direito vindicado pelo autor, a jurisprudência está de acordo com o direito defendido pelo agravante, no sentido de se proteger a liberdade de crença (art. 5º, inc. VIII, da CF/88), razão pela qual a decisão agravada merece mesmo alterada.

A terceira decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é a Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.089093-9, julgada em 21 de junho de 2012, da Relatoria do Desembargador Jaime Ramos, a seguir:

CONSTITUCIONAL - APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO SUPERIOR - RESPEITO À LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA - PLEITO DE ABONO DE FALTAS E DESIGNAÇÃO DE TAREFAS ALTERNATIVAS PARA O CUMPRIMENTO DO PROGRAMA ESTABELECIDO PELA INSTITUIÇÃO DE ENSINO - IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA - IMPOSSIBILIDADE DE FREQUÊNCIA NAS DISCIPLINAS MINISTRADAS NO SÁBADO NATURAL, PERÍODO

COMPREENDIDO ENTRA AS 18 H DA SEXTA-FEIRA E O PÔR-DO-SOL DE SÁBADO - DIREITO ASSEGURADO PELO ART. 2º DA LEI ESTADUAL N. 11.225/99.

[...]

Para fim de prequestionamento, é importante assinalar que a solução jurídica aqui definida não viola, de maneira alguma, nenhum dispositivo constitucional ou infraconstitucional, nem mesmo as regras e princípios adiante relacionados: arts. 2º, 5º, 61, § 1º, II, 'c' e 'e', 84, III e IV, 206, I, e 207 da Constituição Federal. Não há como reconhecer ofensa aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da autonomia universitária, mormente porque o impetrante não pretende eximir-se de cumprir as obrigações acadêmicas, desde que elas sejam realizadas em momento distinto daquele em que, por obediência aos cânones religiosos que segue, não pode exercer atividades.

Aliás, se a questão ainda não foi totalmente definida pelo Excelso Pretório, supremo guardião da Constituição, e não houve declaração de inconstitucionalidade pelo sistema concentrado de controle da constitucionalidade das leis, deve-se presumir válida a Lei Estadual n. 11.225/99, com os complementos da Lei Estadual n. 14.607/09.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2011.096803-6, ao analisar o caso de servidora do Conselho Tutelar da Comarca de Porto Belo entendeu pela possibilidade de troca de plantão, visando à proteção da liberdade de crença:

MANDADO DE SEGURANÇA. RESPEITO À LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA. CONSELHEIRA TUTELAR ELEITA QUE É MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCER SUAS ATIVIDADES NO SÁBADO NATURAL. IMPETRANTE QUE NÃO INVOCA O PRECEITO CONSTITUCIONAL PREVISTO NO ART. 5º, INCISO VII, A FIM DE SE EXIMIR DE OBRIGAÇÃO IMPOSTA A TODOS. AUSÊNCIA DE RECUSA NO SENTIDO DE CUMPRIR JORNADA LABORAL ALTERNATIVA. POSSIBILIDADE DE REMANEJAMENTO DE HORÁRIOS QUE NÃO VIOLA O INTERESSE PÚBLICO. DISPENSA AUTORIZADA DO PLANTÃO IMPOSTO NO PERÍODO CONSIDERADO DE REPOUSO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.

[...]

Por derradeiro, consoante explicou a representante do Ministério Público no seu parecer às fls. 66-73, “é cinco o número de Conselheiras Tutelares; o mês tem,

normalmente, quatro finais de semana; se cada uma das quatro Conselheiras trabalhar um final de semana por mês, não haverá repetição de plantão de sexta para sábado no mesmo mês; conseqüentemente, não haverá prejuízo, nem mesmo sobrecarga de trabalho”. (fl. 73).

A 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por votação unânime, manteve a decisão em Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2012.085114-3, que amparava o direito de liberdade de crença determinando o respeito ao dia de guarda:

REEXAME NECESSÁRIO DE MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA. PEDIDO DE LIMINAR OBJETIVANDO REALIZAÇÃO EM OUTRO DIA, DE PROVAS E ATIVIDADES ALTERNATIVAS DE DISCIPLINA DO CURSO DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS, MINISTRADO ÀS SEXTAS-FEIRAS, NO PERÍODO NOTURNO, À EXCEÇÃO DE SÁBADO. IMPETRANTE MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. DOCTRINA RELIGIOSA QUE OBSERVA A GUARDA SABÁTICA. RESPEITO AO “SÁBADO NATURAL”. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 2º DA LEI ESTADUAL N. 11.225/99, A QUAL PREVÊ O ABONO DE FALTAS E A REALIZAÇÃO DE PROVAS E TAREFAS SUBSTITUTIVAS, COM FITO DE RESPEITAR SUAS ATIVIDADES RELIGIOSAS. LIMINAR DEFERIDA. SENTENÇA CONCESSIVA DA ORDEM CONFIRMADA EM REMESSA OFICIAL.

No Mandado de Segurança n. 2013.050105-2, da Relatoria do Desembargador Jaime Ramos, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, negou o pedido de candidato de Concurso para Ingresso no Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar, pois no caso concreto era possível a realização de prova em data distinta do sábado, mas o candidato não cumpriu a prestação alternativa, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR - CANDIDATO MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA - EXAME DE AVALIAÇÃO FÍSICA - PREVISÃO LEGAL E EDITALÍCIA - PROVA DESIGNADA PARA O DIA DE

SÁBADO EM QUE POR CONVICÇÃO RELIGIOSA O CANDIDATO DEVE SE ABSTER DE ATIVIDADES ATÉ ÀS 18 HORAS OU EM OUTRA DATA OU OUTRO MUNICÍPIO - DIREITO NÃO EXERCIDO NO MOMENTO OPORTUNO - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM DENEGADA.

[...]

Dentre as 10 Regiões que o impetrante poderia optar para realizar as provas, somente as 1ª (Florianópolis), 2ª (Lages), 6ª (Criciúma) e 10ª (Joaçaba) teriam etapas realizadas nos sábados.

Nas demais Regiões - 3ª (Balneário Camboriú), 4ª (Chapecó), 5ª (Joinville), 7ª (Blumenau), 8ª (Tubarão) e 9ª (São Miguel D'Oeste) -, de acordo com o "Cronograma das Atividades", nenhuma das etapas/provas (prova teórica, exame de saúde, exame de avaliação física, exame de avaliação psicológica, questionário de investigação social e entrega dos documentos e exame toxicológico), seria realizada no sábado, de sorte que o impetrante poderia ter optado por uma dessas regiões, mas assim não o fez.

Então, como se viu, o impetrante poderia, antes da data aprazada para o exame de avaliação física (20/07/2013 - 6ª Região), ter requerido administrativamente outro dia para se submeter a prova física, mas não o fez. Poderia, ainda, no momento da inscrição ter escolhido qualquer outro Município, das demais Regiões, que não tinham provas aprazadas para serem realizadas no sábado, mas assim também não procedeu, de modo que não tem direito líquido e certo a ser amparado pelo presente "*mandamus*". Pelo exposto, denega-se a segurança.

No dia 9 de agosto de 2013 o Desembargador Carlos Adilson Silva proferiu Decisão Interlocutória no Mandado de Segurança n. 2013.049782-5, determinando a realização da prova oral do Concurso para Atividade Notarial e de Registro em data diversa para candidato guardador do sábado:

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Rodolfo Ferreira Pinheiro impetrou mandado de segurança com pedido de liminar em face de ato acoimado de ilegal praticado pelo 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e Presidente da Comissão de Concurso da Atividade Notarial e de Registro de Santa Catarina, eminente Desembargador Sérgio Torres Paladino, consubstanciado no indeferimento, na via administrativa, do pedido de alteração da data e horário da prova oral designada para o grupo do impetrante,

no Concurso para o ingresso na Atividade Notarial e de Registro do Estado de Santa Catarina (Edital n. 62/2013), a ser realizada no dia 14 de setembro de 2013, um sábado. Defendeu a impossibilidade de participar da fase do certame no dia determinado porque tem por convicção a guarda do sábado, motivado por sua crença religiosa (Igreja Adventista do Sétimo Dia), o que o faz resguardar referido dia, a rigor do disposto nos versículos 8-11, do capítulo 20, do livro do Êxodo, da Bíblia Sagrada.

Entendeu que seu direito líquido e certo foi violado porque a Lei Estadual n. 11.225/99 disciplina a matéria, permitindo a alternativa da realização de provas e concursos públicos aos sábados, após o pôr-do-sol, ao candidato que alegue e comprove convicção religiosa. Averberou estar o preceito legal estadual em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 18), o texto constitucional (art. 5º, VI e VIII) e a jurisprudência desta Corte.

Pugnou pelo deferimento de liminar, *inaudita altera parte*, e ao final a concessão da segurança em definitivo, para determinar à autoridade coatora a designação de nova data para a realização de sua prova oral, que não recaia em sábado, pois a referida fase inicia no dia 26/08/13 e termina no dia 14/09/13, após a oitava dos 15 grupos de candidatos sorteados, consoante disposto no Edital n. 57/2013 (fls. 15-18).

[...]

Desta forma, com fulcro no artigo 7º, incisos I e III da Lei n. 12.016/09, defiro a segurança *in limine litis* para determinar à autoridade impetrada possibilite ao impetrante Rodolfo Ferreira Pinheiro a participação na prova oral do Concurso de Ingresso, por Provimento ou Remoção, na Atividade Notarial e de Registro do Estado de Santa Catarina, em outra data que não recaia entre às 18h de sexta-feira e o sábado, entre aquelas já designadas para o certame (de 26/08/2013 a 14/09/2013) respeitando-se, assim, a crença religiosa do candidato, nos termos da Lei Estadual n. 11.225/99.

Notifique-se a autoridade impetrada para que preste as informações que entender necessárias, no prazo de 10 (dez) dias.

No entanto, na Apelação Cível n. 0021538-50.2010.8.24.0064, a 4ª Câmara de Direito Público em decisão teratológica, por maioria de votos, com a aplicação do artigo 942 do novo Código de Processo Civil,⁶

⁶ Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos

afastou a incidência da Lei Estadual n. 11.225/99, entendendo que tal distinção de tratamento violaria o princípio da isonomia, alegando que: “O fato de se dispensar tratamento distinto em face da opção religiosa é por si o sintoma da submissão que há muito não mais se admite, em que a igreja, independentemente da orientação, subordina a atividade do Estado, ainda que indiretamente.” (Relator Desembargador Ricardo Roesler).

Considerações Finais

A Decisão na Apelação Cível n. 0021538-50.2010.8.24.0064, é equivocada, pois o tratamento diferenciado é justificado justamente pela regra da isonomia, já que não se pode interpretar o princípio da igualdade como um princípio estático indiferente à eliminação das desigualdades (CANOTILHO, 2003, p. 350). A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem (BARBOSA, 2009, p. 10-11).

O enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos (ALEXY, 2015, p. 397). A Lei Estadual n. 11.225/99 objetiva a igualdade material e a efetivação

previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

da proteção a liberdade de crença dos guardadores do sábado, Miranda (2000, p. 409, grifo nosso) ensina:

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou *propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis*. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.

[...]

Se o Estado, apesar de conceder aos cidadãos, o direito de terem uma religião, os puser em condições que os impeçam de a praticar, aí não haverá liberdade religiosa. E também não haverá liberdade religiosa se o Estado se transformar em polícia da consciência, emprestando o seu braço – o braço secular – às confissões religiosas para assegurar o cumprimento pelos fiéis dos deveres como membros dessas confissões.

Sendo a República Federativa do Brasil um Estado Laico, a diversidade de crenças deve ser protegida, ainda que de uma minoria. Tem-se confundido Estado laico com Estado ateu ou agnóstico. Estado laico é aquele em que as instituições religiosas e políticas são separadas, mas não é um Estado em que só quem não tem religião tem o direito de se manifestar. Não é um Estado em que qualquer manifestação religiosa deva ser combatida, para não ferir suscetibilidades de quem não acredita em Deus (LEE, 2014).

Por isso, é imperioso que todas as crenças religiosas ou não religiosas, grandes ou pequenas, sejam tuteladas pelo Estado Brasileiro, nos termos determinados pelo constituinte originário. É um equívoco dizer que a proteção a determinada crença religiosa pelo Estado Brasileiro, viola o Estado Laico, pois, a partir do momento que uma crença é violada, passamos a ser um estado confessional de determinada crença religiosa, ou mesmo “confessional” ateu ou agnóstico.

Assim, a Lei Estadual n. 11.225/99 deve continuar sendo aplicada em respeito ao artigo 5º, VII, da Constituição Federal, pois é a prestação positiva necessária para proteção da guarda do sábado. Infelizmente, o último julgamento demonstra a intolerância de alguns Desembargadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, um verdadeiro retrocesso a proteção dos direitos fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARBOSA. Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Hedra, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. AGRA, Wagner de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa de 1988. Senado Federal: Brasília, DF, 05 out. 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Almedina, 2003.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Carta africana dos direitos dos direitos humanos e dos povos*. 1970. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

DIREITOS HUMANOS NO ISLAM. *Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos*. 1990. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

LEE, Bruno. Estado laico não é ateu ou agnóstico, diz Ives Gandra Martins. *Consultor Jurídico*, 21 maio 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/estado-laico-nao-ateu-ou-agnostico-ives-gandra-martins>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 16 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec81.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução n. 36/55, de 1981*. Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas em Religião ou Crença. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec81.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E SAÚDE. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Cartas de Inglaterra. Rio de Janeiro, 1877. v. 4, t. 1.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. tomo IV, direitos fundamentais.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Direito de propriedade x função social: colisão entre valores constitucionalizados e harmonização à luz da técnica de sopesamento proposta por Robert Alexy¹

Rosana de Cássia Ferreira²

Introdução

O presente trabalho visa demonstrar a importância do direito de propriedade, mormente a individual imobiliária, e sua estreita relação com o princípio da função social.

O enfoque são os limites constitucionais e legais impostos à propriedade privada com vistas a assegurar a função social, bem como a viabilidade do equilíbrio entre estes princípios que figuram dentre os direitos e garantias fundamentais. Empregou-se a técnica de sopesamento proposta por Alexy (2017) como instrumento para a harmonização entre eles.

É relevante salientar que ambos os direitos em questão são constitucionalmente assegurados no art. 5º da CF:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social. (BRASIL, 1988).

O direito de propriedade é essencial e remoto e possui enorme significância na atual esfera social capitalista, com impacto direto na

¹ Artigo encaminhado como requisito para a disciplina “Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade” – Professores Ministrantes Dr. Narciso Leandro Xavier Baez e Dra. Janaína Reckziegel.

² Mestranda em Direito, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Civis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos, pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

economia, no entanto, para garanti-lo, faz-se necessária a submissão às leis e à Constituição Federal, sob o crivo do poder de polícia do Estado, que impõe limitações à mesma haja vista sua função social.

Numerosas são as influências recebidas no conceito e compreensão do direito de propriedade ao longo da história dos povos, desde a antiguidade, eis que é resultado direto da organização política do Estado.

No curso da história, o ininterrupto uso da mesma terra pelo mesmo povo induz o homem tanto à utilização como à habitação da terra em comum com os demais. Sobrevém então primeiro a conceito de propriedade coletiva e, posteriormente, individual.

A noção da propriedade imobiliária individual remonta a lei das XII Tábuas. Nessa primeira época do Direito Romano, o indivíduo auferia uma fração de terra a qual deveria cultivar. A lei concebia o domínio sobre a terra de forma irrestrita. A ideia de propriedade estava relacionada à soberania nacional.

Já o direito canônico sugere o ponto de vista de que ao indivíduo está assegurado adquirir posses, uma vez que a propriedade privada era entendida como garantia da liberdade individual.

A contar do século XVIII, a escola natural inicia a reivindicação de leis as quais definissem a propriedade. A Revolução Francesa acolhe a concepção romana. Consoante o Código de Napoleão,³ a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas de maneira plena, contanto que não se faça utilização proibida pelas leis ou regulamentos.

Já com o advento da Revolução Industrial, no século XIX, doutrinas socializantes irrompem e almeja-se um propósito social para a propriedade. Concomitante a este direito, despontam instrumentos

³ O *Código Civil Francês* (originalmente chamado de *Code Civil*, ou código civil e, posteriormente, chamado de *Code Napoléon*, ou *Código Napoleônico*) foi o código civil *francês* outorgado por Napoleão Bonaparte e que entrou em vigor 21 de março de 1804.

constitucionais, legais e administrativos como mecanismo de limitar o direito de propriedade, com vistas à sua função social.

Faz-se necessário atentar que não pode o Estado, arbitrariamente, restringir a propriedade privada, sob pena de se ignorar esta garantia constitucional e a própria essência do Estado Democrático de Direito. Esta intervenção deve ser indispensável e em observância à estrita legalidade.

Na hipótese de serem razoáveis e legais todas as intervenções sociais são legítimas. Pode-se nomear aqui a desapropriação e as intervenções urbanísticas e ambientais. Isso em razão de o direito de propriedade não ser mais julgado absoluto e obrigar agora a atender ao bem comum, da coletividade.

A fim de haver equilíbrio entre o princípio do direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade, esquadrinha-se o emprego de um mecanismo o qual viabilize a harmonização entre ambos, quando do confronto entre eles, daí o uso do método proposto por Robert Alexy.

1 Propriedade na época romana

Outrora, na época Romana, somente havia propriedade para bens móveis, abrangendo objetos de uso particular. A terra pertencia à coletividade e reconhecia-se o aproveitamento em conjunto das terras pela família ou tribo. A utilização individual e exclusiva era inadmissível.

A propriedade familiar não era individual, eis que o chefe da casa, organizada em grupos amplos, dela não dispunha em caráter exclusivo.

A época Romana tratava a propriedade como coletiva, onde não existia divisão da terra. A estrutura social detinha-se, neste período, na posição ocupada por pessoas que eram reconhecidas como cidadãos, que detinham capacidades absolutas sobre os membros da família e perante a sociedade. Ela encontrava-se assentada no *pater famílias*.

Nos primórdios do direito Romano, o pater famílias dedicava o culto aos antepassados. A propriedade era considerada, conforme dito, um direito absoluto e intocável, com poderes ilimitados ao proprietário. Com a implementação do Estado intervencionista, em substituição ao liberal, passou-se a considerar que o direito de propriedade devia conhecer limites, para ela pudesse atender à função social.

Com efeito, o primeiro defensor da ideia acima mencionada foi Leon Duguit. Na sua obra *Las Transformaciones Generalis Del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, Duguit afirma que: “A propriedade é uma instituição jurídica que se formou para responder a uma necessidade econômica.”

Propriedade para os romanos tinha sentido em uma dominação, poder jurídico absoluto, e exclusivo sobre uma coisa, embora o direito arcaico romano, consoante a lei das XII tábuas, já apontasse limitações no sentido de que a propriedade não podia prejudicar a sociedade, vizinhos ou terceiros.

A propriedade, ou *dominium* tinha como característica dominante impor a todos a obrigação de respeitá-la, oponível *erga omnes*, vinculando qualquer pessoa. Dela decorrem os direitos de usar, fruir e dispor da coisa.

O conceito de propriedade evoluiu ao longo da história romana, que inclui na sua linha do tempo o direito arcaico, clássico e pós-clássico. Desta forma, era inicialmente ligado ao pátrio poder; como propriedade quirritária; depois como propriedade pretoriana e finalmente apresentada por Justiniano como um instituto completo.

Conforme assinalado, no período arcaico o direito romano era primitivo, ligado precipuamente com as famílias e seu pátrio poder. Assim, o direito não conceituou nesta época a propriedade, que era então parte do *patria potestas*, ligando-se ao poder familiar, sem relação direta entre titular e coisa.

O sistema rígido do *ius civile* dificultava o célere desenvolvimento dos negócios, concomitantemente ao grande crescimento de Roma no

período clássico. Desta forma, o pretor estabeleceu formas de proteções que flexibilizavam o conceito quiritário de propriedade. Como não podia derrogar o *ius civile*, constitui-se um novo tipo de propriedade, qual seja a propriedade pretoriana.

Por fim, chegou-se ao período pós-clássico, de consolidação do progresso já obtido. Neste período, Justiniano reexaminou alguns institutos de propriedade quiritária e pretoriana, avaliando que já não havia mais distinção material entre elas, unindo-as formalmente sob o *dominium*, que é a forma que mais se aproxima ao conceito moderno.

O *dominium* constitui-se no poder jurídico absoluto do titular sobre a coisa, limitável apenas pelos direitos sobre coisa alheia. Os direitos sob a coisa são *erga omnes* e dão ao proprietário os direitos de usar, fruir e dispor, além de extirpar ingerências alheias por meio de instrumentos jurídicos.

2 Conceito do direito de propriedade

Gomes (1995, p. 85) estabelece três critérios para a conceituação do direito de propriedade: critério sintético, critério analítico e critério descritivo.

Segundo o 1º critério, define-se o direito de propriedade como a submissão de uma coisa, em todas suas relações, a uma pessoa. Pelo 2º critério – analítico – o direito de propriedade é estabelecido como o direito de usar, fruir e dispor de um bem e reavê-lo de quem quer que injustamente o possua. Finalmente sob o enfoque descritivo, o direito de propriedade seria “o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.”

Para Arimatéia (2003, p. 28), nenhum dos critérios anteriormente apresentados por Orlando Gomes define o direito de propriedade se vistos isoladamente.

Já Pereira (1992, p. 72), usando o critério analítico, conceituou o direito de propriedade como “o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha.”

Tartuce (2014) define o direito de propriedade como: “Um direito que alguém possui em relação a um bem determinado. De acordo com o autor, trata-se de um direito fundamental, protegido pelo artigo 5º inc. XXII, da CF, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol da coletividade.”

Beviláquia (2003, p. 127) conceitua propriedade como o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida física e moral.

No entendimento de Farias e Rosendal (2006, p. 178), a propriedade é um agrupamento, o qual se instrumentaliza pelo controle, assegurando ao seu titular a realização de uma profusão de atributos concretizados nas prerrogativas de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto.

Consoante Maluf (1977, p. 96): “o direito de propriedade consiste no conjunto de poderes a que o proprietário tem sobre a coisa.” Nessa acepção, a propriedade é compreendida como o mais global dos direitos reais.

Destaque-se ainda que no Código Civil Brasileiro inexistia a definição do direito de propriedade. Nele somente constam os atributos do direito de propriedade, inseridos no artigo 1.228.

A compreensão do conceito de propriedade fica mais explícita com Flávio Tartuce. O autor aponta as principais características: trata-se de um direito absoluto (mitigado em certas situações); exclusivo; perpétuo; elástico; complexo e fundamental (insculpido no artigo 5º XXII e XXIII da Constituição Federal), além de ponderar que a propriedade deve sempre atender à função social.

O fato de o direito de propriedade tratar-se de um direito fundamental é característica de maior relevância dentre as acima

mencionadas. Essa particularidade acarreta a aplicação imediata do direito de propriedade e da função social nas relações entre os particulares, utilizando-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais como direito absoluto.

Relevante destacar que o conceito de propriedade e suas características vêm sofrendo diversas alterações ao longo dos tempos, sob várias influências, com vistas à sua função social.

3 Conceito ético-econômico do direito de propriedade

Inexiste a conservação do absolutismo que predominava no conceito de propriedade, o qual conferia ao titular, em condição exclusivista, o direito de usar, gozar e dispor da coisa, mesmo que em deferimento dos interesses da coletividade. Assim a vantagem individual deve facultar seus privilégios perante os interesses coletivos, sujeitando-se ao bem comum.

Desse modo as numerosas restrições vigentes e limitações conferem uma condição benéfica e útil ao bem. Chega-se à conclusão de que a propriedade inerte é um “absurdo econômico”, segundo assinala Brágio Brugi.

A partir desse entendimento, o direito faz-se relativo, e a propriedade é livremente legitimada e protegida enquanto servir ao interesse social e às necessidades comuns. Enquanto condição de progresso, desenvolvimento e bem-estar de todos, a propriedade sustenta cada vez mais contundente sua essência social. Afasta-se assim o obsoleto pensamento de que se servirá unicamente de benefícios individuais.

4 Função social da propriedade e limitações ao direito de propriedade

A função social da propriedade está ligada ao atual cenário da falta de uma rígida divisão entre o direito privado e o público, além da necessidade de se concretizar os princípios fundamentais da Constituição Federal, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a efetivação da justiça social.

No Direito Comparado, observa-se a presença do princípio da função social em diversos outros países e, no âmbito do Direito Constitucional brasileiro verifica-se a constante evolução deste instituto em relação às Constituições anteriores a 1988.

O doutrinador Leon Duguit concluiu que a propriedade não tem mais um caráter absoluto e que nem o homem nem a coletividade têm direitos, mas cada indivíduo tem uma função a cumprir na sociedade.

Até então, o proprietário tinha livres poderes para usar, gozar e dispor do bem da forma que lhe conviesse, sem interessar qual era a destinação dada ao bem. E o Poder Público não podia interferir de modo geral, mas, excepcionalmente, estabelecia restrições, fundadas no poder de polícia.

Com efeito, a visão individualista da propriedade vinha sendo rechaçada, apontando para o declínio da mesma, cedendo lugar a um novo sistema, que garantisse a função social.

O direito de propriedade fora concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, exclusivo e perpétuo. Como absoluto uma vez que garantia ao proprietário desfrutar da propriedade segundo seu interesse; exclusivo, no sentido de que somente ele poderia dispor, impedindo desta forma o direito de terceiro sobre o bem; e perpétuo já que subsiste a propriedade inclusive com a morte do proprietário, passando a titularidade aos sucessores, consoante artigo

1.784, CC. Assim, o domínio não se extingue sem que seja por causa legal ou vontade do titular do bem, não sendo motivo extintivo o desuso.

Não obstante, mais tarde, já na vigência do Constitucionalismo do século XX, mais exatamente no Constitucionalismo pós 2ª Guerra Mundial, a propriedade apresenta outra função, a social, isto é, a força do tripé acima relacionado mitigou-se pela intervenção do Estado na propriedade.

A Constituição Federal brasileira ratifica esta dupla função da propriedade: é um direito e tem que cumprir a função social. Depreende-se, então, que a propriedade é inaceitável sem a efetivação de sua função social, a qual está assegurada no art. 5º, XXIII, da Magna Carta.

Há tratamento dispensado à função social também no artigo 186 da CF. Segundo apregoa, a função social é cumprida quando a propriedade rural responde, concomitantemente, de acordo com critérios e graus de exigência determinados em lei, aos seguintes requisitos:

- I. Aproveitamento racional e adequado;
- II. Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III. Observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV. Exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Já o art. 170, inciso III, ao abordar a ordem econômica e financeira, estatui que a propriedade urbana deva desempenhar sua função social ao cumprir os requisitos fundamentais de organização da cidade manifestas no plano diretor (art. 182, § 1º CF).

Além disso, o art. 1228, § 1º, do CC prevê que:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, e de modo que sejam preservados, de conformidade com lei especial, a flora, fauna, belezas naturais, equilíbrio ecológico, patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Evidente está que sobra para o legislador ordinário a tarefa de ponderar o equilíbrio entre o individual e o social, posto que as normas básicas estejam listadas na CF.

A propriedade, tendo em vista a função social, sofre várias limitações, encontrem-se elas listadas no Código Civil, tal como o direito de vizinhança, sejam elas elencadas na Carta Maior, para preservar o meio ambiente, fauna, flora, patrimônio artístico, dentre outros bens coletivos.

Essas limitações mencionadas decorrem da necessidade de conciliar os naturais anseios do homem com os anseios da vida em comunidade, instituídas pelo Estado, para preservar o equilíbrio constitucional dos direitos individuais, posto que a própria CF trata implicitamente desta limitação do direito, ao garanti-lo.

Destacam-se algumas limitações ao direito de propriedade:

- Privação ao proprietário de exercer algumas faculdades:
- A função social impõe ao proprietário condutas omissivas, que tiram do proprietário faculdades a ele inerentes. Essa privação busca manter um equilíbrio entre o interesse social e a propriedade privada. Exemplificando, não pode o proprietário contaminar o solo ou efetuar construções em áreas de reserva legal.
- Obrigação ao proprietário de exercitar determinadas faculdades:
- Obrigações de fazer, através de prestações positivas, em função de regras impositivas, na forma de comportamentos ativos para o bem social. Exemplificando, o art. 182, §4º, da CF64, impõe aos proprietários a obrigação de construir ou aproveitar adequadamente a propriedade urbana, sob pena de parcelamento compulsório, imposto progressivo ou desapropriação.
- Condições para o exercício de faculdades atribuídas:
- A criação condições para que o titular do direito possa exercer seus poderes é forma típica do princípio da função social. Se não atender aos pressupostos pode perder o bem, com ou sem indenização. O proprietário tem dever de dar à propriedade uma destinação que atenda aos fins sociais, e a destinação deve ser lícita.

Os mecanismos empregados pelo Estado para interceder no direito de propriedade individual são fundamentados no poder de polícia, que subordina o direito individual ao bem-estar social. O Estado se utiliza de dois tipos de mecanismos de intervenção: intervenção direta e indireta.

Relativamente à Ordem Econômica, a intervenção direta acontece quando o Estado representa o “empresário”, isto é, a União irá atuar como empresa pública em atividade econômica, no entanto somente pode fazê-lo nas áreas previstas na Constituição: de interesse coletivo relevante e segurança nacional, conforme previsto no art. 173. Realiza-se, outrossim, a intervenção indireta quando o Estado intervém por meio do planejamento, incentivo e fiscalização na economia.

Não obstante, há uma forma de intervenção indireta fora da Ordem Econômica, aquela em que o Estado objetiva a função social. Existem diversas espécies de mecanismos. Destacam-se dentre elas a desapropriação, a servidão administrativa, a requisição, a ocupação temporária, a limitação administrativa e o tombamento.

5 O estatuto da cidade e sua função social

O Estatuto da Cidade é a denominação da lei 10.257 de 10 de julho de 2001, que regulamenta a “Política urbana” prevista na Constituição Federal. Seus princípios são permeados pelo planejamento participativo e pela função social da propriedade.

Este Estatuto surgiu em função do enorme contingente de mudança do campo para as áreas urbanas. Diversos movimentos sociais encontraram neste Estatuto mecanismos para o enfrentamento dos problemas urbanos provocados por desigualdades e crescimento populacional desordenado.

Dentre os mecanismos utilizados para o enfrentamento destes problemas destacam-se a criação de infraestrutura de serviços que proporcionem um padrão de vida adequado às necessidades atuais e o desenvolvimento de áreas precárias, criadas fora do padrão de vida adequado às necessidades atuais, onde faltam condições mínimas que atendam às necessidades dos moradores.

O agravamento do quadro de exclusão social, a marginalização e a violência urbanas geraram reivindicações populares quanto aos direitos de todos os cidadãos a uma cidade mais organizada e a inserção dos artigos 182 e 183 na CF de 1988, que compõem o capítulo sobre política urbana, foi uma vitória da participação de entidades civis na defesa de uma vida digna para todos.

Tal lei criou diversos instrumentos necessários ao desenvolvimento das cidades, dentre os quais se destaca o plano diretor, com vistas ao desenvolvimento urbanístico e combate à especulação imobiliária, bem como regularização fundiária dos imóveis urbanos.

O Estatuto trouxe definição e regulamentação à utilização do solo e previu punições aos terrenos ociosos, e a quem descumprir a ordem jurídica prevista no plano diretor, tais como cobrança de IPTU progressivo, edificação compulsória e desapropriação em forma de punição, bem como tratou de forma simplificada da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo, a fim de aumentar a oferta de lotes e a proteção do meio ambiente.

Há possibilidade, segundo o Estatuto, de se aplicar, conforme o caso:

- O parcelamento, edificação e utilização compulsórios de imóvel;
- O direito de preempção;
- O direito de outorga onerosa do direito de construir;
- O direito de alterar onerosamente o uso do solo;
- Operações urbanas consorciadas;
- O direito de transferir o direito de construir.

Os ambientes comuns agora são objeto de reflexão acerca do silêncio, tranquilidade e olfato, sejam eles públicos ou particulares. As áreas verdes fazem com que a cidade perca um efeito homogeneizante.

Com a introdução ao ordenamento jurídico do Estatuto da cidade, a função social da propriedade imóvel ganhou força. Isso significa que ela passa a estar intimamente ligada ao aproveitamento e à destinação que o Plano Diretor irá lhe atribuir.

6 Método de interpretação – sopesamento proposto por Robert Alexy

A pesquisa dos princípios jurídicos e da distinção entre princípios e regras passou por vultosas transformações desde as obras de Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1977) e Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, 1984).

6.1 A Teoria proposta por Robert Alexy

Em seu trabalho “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Alexy (2017) expõe uma diferenciação entre regras e princípios apoiada na análise feita por Dworkin. Regras e princípios são, para o autor, espécies de normas. “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.”

Alexy (2017) percebe uma diferença qualitativa entre os princípios e regras. Para ele princípios:

São normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, considerando-os, por essa razão, como ‘mandamentos de otimização’, cuja satisfação varia em graus, dependendo das possibilidades jurídicas e fáticas.

Em contrapartida, regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” e contêm determinações. No caso de a regra ser válida, “deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.” A distinção mostra-se mais patente nos casos de conflitos entre princípios e de choques entre regras.

Nas duas ocorrências, “duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios.” A solução se diferencia se as normas são princípios ou se são regras.

No tocante ao conflito entre regras, a solução é exposta de dois modos: com a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que extinga o conflito – em tal caso, ambas as regras seriam válidas. A outra, afirmando que uma das regras é inválida, será extinta do ordenamento jurídico. Diferentes formas invalidam uma regra. Por exemplo, uso do critério cronológico ou critério da especialidade.

Relativamente aos princípios, o confronto entre eles é deslindado de distinta forma. Existindo confronto, um deles terá que renunciar. Porém, isso não quer dizer “que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.” Um dos princípios terá preferência sobre o outro no caso concreto, por meio do sopesamento de interesses. Além disso, modificadas as condições, é possível que a demanda seja solucionada de forma oposta.

Ademais Alexy (2017) ressalta o “distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios.” Os princípios não contêm um “mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.” Suas razões podem ser afastadas por razões opostas. Conseqüentemente, “não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes das possibilidades fáticas.” Já as regras “exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam”, ou seja, vale definitivamente aquilo que elas prescrevem.

6.2 Princípios e regras: distinção entre normas

Consoante as teses fundamentais do positivismo jurídico, princípios e regras não mais se distinguem. Também não se distinguem normas de princípios. Tampouco é possível os princípios serem descritos como opostos às regras, já que ambos constituem o âmbito normativo.

É possível elaborar tanto os princípios como as regras com o auxílio de termos deônticos básicos de mandado, da permissão e da proibição. São motivos para juízos concretos de dever ser, embora sejam razões de uma natureza distinta.

A generalidade é outro parâmetro utilizado para discriminar princípios de regras. As normas providas de natureza principiológica são portadoras de uma gradação de generalidade julgada elevada. Já as regras seriam dotadas de uma generalidade baixa.

Para Alexy (2017), o critério distintivo entre princípios e regras, alicerçado na generalidade, é possível assegurar como uma “tese frágil de separação”, já que, por este critério, somente se logra a concepção de que princípios e regras somente divergem por um elemento de gradação.

Faz-se imperiosa a apreciação dos seus elementos qualitativos na distinção entre regras e princípios.

Assim sendo, carece aqui uma menção ao modo de produção empírica destas duas modalidades normativas, por conterem estruturas normativas diversas. Orienta, também, Alexy que esta necessidade dá-se em decorrência de que a noção de generalidade normativa não se confunde com o entendimento de universalidade de uma norma. A caracterização de universalidade de uma norma relaciona-se ao fato de seus efeitos serem concedidos a todos os indivíduos, não a um sujeito em específico. Por isso a complexidade semântica de se elaborar uma distinção exata entre princípios e regras, tendo como fundamento apenas o argumento da generalidade.

Com o propósito de determinar um critério distintivo acurado entre princípios e regras demanda considerar que princípios são normas as quais determinam a realização de algo na maior medida possível, dentro de um limite de possibilidades jurídicas e empíricas. O emprego de um princípio se sujeita aos princípios que a este se opõe. Já o teor dos princípios, como normas que estipulam condutas, só podem ser de fato estabelecidas quando diante dos próprios fatos.

No que diz respeito às regras, somente podem ser cumpridas ou não. “As regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível”. Isto é, são mandados categóricos. Isso porque, se uma regra é válida na ordem jurídica, impende efetivar aquilo que a sua determinação de conduta sugerir.

6.2.1 Conflitos de regras

A discordância entre regras (mandados definitivos) se desenrola na esfera da validade da ordem jurídica. Revela que, se existir um conflito de normas conflitantes, isto é, que denotam a prática de comportamentos excludentes, o sistema determina ou a supressão de uma delas ou até mesmo de ambas.

A concepção de validade jurídica não é classificada como gradual: uma norma ou é juridicamente válida ou é inválida. Isso determina se ela deve ser aplicada ou não. Assim se justifica adoção da validade para o caso das regras.

Destarte, caso uma regra esteja em vigor, faz-se necessário cumprir aquilo que ela estipula. Se uma regra é válida para determinada situação jurídica, denota que também a sua consequência é válida.

Não obstante, verificada a aplicabilidade de duas regras a um mesmo caso com consequências contraditórias entre si, e não sendo possível a extinção da contradição por meio de introdução de uma cláusula

de exceção, uma regra, pelo menos, declarar-se-á inválida. Cumpre registrar que a cláusula de exceção apresenta-se como uma “alternativa” de ação que possibilita a existência de regras indicadoras de ações contrárias.

6.2.2 Colisão de princípios

A resolução de colisão de princípios ocorre de maneira diversa, porque princípios são mandado de otimização. A resolução é localizada no âmbito de peso ou de valor, uma vez que, diversamente das regras, não obriga a exclusão do ordenamento jurídico de uma das normas envolvidas, tampouco contém aqui aplicação à cláusula de exceção.

Distintamente do que acontece entre as regras, os princípios não são incompatíveis entre si, mas concorrentes. Na conceituação de Robert Alexy, as colisões entre princípios são solucionadas com a injunção, a um dos princípios abordados ou a ambos, de certas restrições. Isso pode reduzir o seu nível de aplicabilidade. Se houver colisão entre dois princípios, um deles tem que ceder ao outro. Todavia não se declara a nulidade do princípio menosprezado, nem que nesse princípio há que inserir uma cláusula de exceção.

Alexy denomina esse modo de solução de ‘lei da colisão’. Essa lei assinala que, em toda ocasião na qual haja um conflito de interesses concretizados sob a forma de princípios, faz-se imperioso ao intérprete mensurar a relevância de cada norma principiológica e realizar a resolução pela ponderação dos interesses contrários envolvidos. Isso acontece na dimensão de peso.

O princípio de maior peso se houver colisão de valor, tolheria todos os princípios inferiores e cederia ensejo para uma hostil ‘tirania do valor’. Dessa forma, a situação de um princípio ser considerado válido para uma circunstância concreta não dá o entendimento de que é um resultado concludente. A sua fundamentação pode ser abandonada por

outra contrária. O conteúdo isolado não define a solução, todavia ocorre pela utilização da máxima da proporcionalidade.

6.2.3 A máxima da proporcionalidade como forma de solucionar a colisão entre princípios

Existe uma fina conexão entre uma teoria de princípios e a máxima da proporcionalidade, uma vez que uma acarreta a outra. Essa ocorrência se dá pelo próprio conceito de princípio como mandado de otimização, uma vez que este requer um debate relativamente aos argumentos concernentes a cada princípio que diz respeito à lei da colisão.

Uma tríade de máximas parciais faz parte da máxima da proporcionalidade: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O intérprete há que se valer da ponderação se houver colisão entre eles, visto que os princípios são direitos válidos e aplicáveis.

Segundo Alexy (2017), princípios são mandados de otimização os quais devem ser consumados na maior medida possível, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas. Ainda para o autor:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de serem os princípios mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da adequação e da necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

As alternativas jurídicas acarretam uma lei de ponderação – sopesamento – estabelecendo que, quanto maior for o nível de inobservância de um princípio, maior deve ser a relevância da consecução do outro.

Já o subprincípio da adequação é necessário a fim de buscar o meio mais adequado cuja eficácia contribua para a promoção gradual do fim. A adequação diz respeito ao meio que se pode empregar em circunstância fática para a obtenção de uma finalidade qualquer. Não

obstante, é viável reconhecer a impossibilidade de aplicar às vezes a otimização. Dessa forma, concorda-se que é obrigação do Poder Executivo e do Legislativo a escolha de um meio que viabilize minimamente o fim, ainda que esse não se apresente como o mais impetuoso, o mais adequado, nem o mais seguro.

Finalmente, aplica-se o critério da necessidade para a escolha do melhor recurso para a obtenção do fim almejado, ou seja, a forma menos gravosa. É essencial a aplicação deste subprincípio na medida de seus efeitos, porque, para a efetivação do fim entre os meios alternativos, faz-se necessária a utilização do meio o qual viabilize, ainda que em menor impetuosidade, o fim em exame, mas com mais veemência outros cujo cumprimento igualmente é determinado pelo ordenamento jurídico. A constatação do meio menos restritivo, isto é, que ofereça menor agressão a direitos colidentes, determinará o meio mais suave, em geral e nos casos patentes.

6.2.4 A razoabilidade e a proporcionalidade em sentido estrito (a possibilidade jurídica): sopesamento

É de caráter axiológico a proporcionalidade. Ela precede e condiciona a positivação jurídica. O Supremo Tribunal Federal detém sucessivas decisões julgando-o como princípio constitucional, o qual, além da incumbência fundamentadora da ordem jurídica, realiza função interpretativa. Dessa forma coopera para deslindar o problema da colisão entre valores constitucionalizados.

Introduziu-se a proporcionalidade no ordenamento pátrio como recurso hermenêutico constitucional a fim de solucionar a colisão entre direitos e garantias fundamentais, estudando-os para impedir restrições inoportunas. Atualmente é mais vasta a sua aplicação. Cabe

de diretriz ao ordenamento jurídico como um todo, garantindo-se a sua aplicação igualitária.

Utiliza-se o postulado da proporcionalidade às situações em que haja um nexo de causalidade entre um meio e um fim concretamente explícito. Este subprincípio evidencia-se extremamente útil na prática para o hermenêuta, nas situações em que analisa interesses contrapostos. Nesse momento, deverá verificar qual princípio sobressairá naquela situação particular, observando-se os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da razoabilidade é indubitavelmente apropriado a todo o ordenamento jurídico, embora também não esteja expresso no texto constitucional.

Os significados da expressão razoabilidade são: conformação com a razão; moderado, comedido; aceitável, regular; justo, legítimo; ponderado e sensato. A acepção do princípio da razoabilidade estabelecida por Alexy é exatamente a elaboração de parâmetros de aceitabilidade na restrição de direitos fundamentais.

Resumidamente, faz-se essencial a razoabilidade a toda e qualquer norma, uma vez que o direito é também a prática do discernimento, da cautela e da moderação.

7 Harmonização entre o direito de propriedade e sua função social sob a ótica do sopesamento

É responsabilidade do Estado zelar pela existência e manutenção dos Direitos Fundamentais, incluindo nestes o Direito da propriedade e a função social da propriedade.

Direito de propriedade, pela norma clássica, assegura ao seu titular o direito de usar, gozar e dispor da coisa, da maneira que melhor lhe convier, sem a interferência de outrem. Ele tanto oferece mais eficiência,

como promove mais justiça ao se organizar a sociedade humana. É o alicerce da sociedade civilizada.

O direito de propriedade permite, desse modo, que os proprietários de determinado bem contem com incentivos para dispor dele da melhor forma possível, porque obterão benefícios para si mesmos. Isso promoverá a toda sociedade a um cenário satisfatório. Consta-se, portanto, que o direito de propriedade realiza uma função crucial em toda e qualquer sociedade. Apresenta-se como uma das colunas a qual mantém e justifica a evolução de determinadas nações.

A característica da propriedade é ser o mecanismo capaz de impedir que indivíduos extrapolem os limites de seus semelhantes no curso de procura da prosperidade. A propriedade converte-se em um instrumento de ampliação e conservação da paz e da liberdade entre os homens. Ela é o único meio capaz de manter o bem-estar através do tempo.

A propriedade é o direito legítimo por excelência do qual procedem todos os outros direitos que se constituem pela possibilidade de o seu titular movimentar os poderes inerentes do domínio.

Em contrapartida, este direito de propriedade somente se justifica se responder à sua função social a qual é cumprida no momento em que a propriedade respeita, ao mesmo tempo, conforme requisitos e graus de exigência preconizados em lei, aos seguintes requisitos:

- usufruto racional e correto;
- emprego adequado dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- acatamento das disposições que regulamentam as relações de trabalho;
- exploração que proporcione o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Ressalta-se, portanto, que com a ausência de apenas um dos critérios, está desvirtuada sua função social.

Dar à propriedade, ainda que privada, uma finalidade mais vinculada ao benefício coletivo apresenta-se como uma preocupação.

Isso não apenas em relação à produtividade, conquanto incontestemente que a economia possui atribuição fundamental no intento de uma realidade mais digna para todos.

A habitação tem-se mostrado enorme preocupação. A ineficiente divisão das terras acarreta injustiças, por conseguinte violência na comunidade. Há de haver, portanto, mais solidariedade na utilização das coisas materiais. Refere-se a uma conduta positiva do ordenamento no combate ao desperdício de potencialidade com o intuito de atender às necessidades humanas, materiais e pessoais.

Nessa perspectiva, a propriedade cessou de ser um direito subjetivo do indivíduo. A propriedade demanda, para todo proprietário de uma riqueza, a responsabilidade de utilizá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. A execução de certa tarefa social só pode ser realizada pelo proprietário. Somente ele pode expandir a riqueza social empregando a sua própria.

A propriedade jamais é um direito intangível e sagrado, todavia em constante transformação, que necessita se moldar às necessidades sociais às quais deve corresponder.

Neste conflito entre o direito de propriedade, antes de caráter absoluto e intocável, e as recentes limitações impostas pela função social, torna-se imperativo verificar o status jurídico de ambos, a fim de se aplicar a técnica de sopesamento recomendada por Alexy.

A Constituição Federal de 1988 elenca o direito de propriedade em seu artigo 5º, inciso XXII, dentre os direitos e garantias fundamentais individuais, bem como um princípio da ordem econômica, no artigo 170, inciso II. Já a função social da propriedade foi alçada ao padrão de princípio constitucional fundamental, inserida no artigo 5º, inciso XXIII, dentre os direitos e garantias fundamentais individuais, bem como princípio da ordem econômica no artigo 170, III, CF. Destarte, verifica-se que tanto

o direito fundamental à propriedade quanto o direito fundamental da função social detêm status de princípios constitucionais.

Haja vista que os princípios são mandados de otimização os quais devem ser executados na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, conforme leciona Alexy (2017), verifica-se assim a possibilidade da preservação de ambos os princípios ora mencionados em convivência harmônica. Conclui-se assim que, contanto que sejam respeitados os mecanismos limitadores impostos pela função social em prol da coletividade, atendendo às peculiaridades que cada caso demanda, é possível garantir o direito de propriedade ao seu titular.

Para Alexy (2017), as colisões entre princípios são suplantadas quando da imposição a um dos princípios em estudo ou a ambos os princípios de certas restrições.

Desta forma, o que se propõe é a imposição de restrições que causarão sacrifício ao princípio do direito de propriedade individual, para que simultaneamente possa ser respeitado o princípio da função social.

Visto que ambos os direitos em debate são princípios, portanto direitos válidos e aplicáveis de forma imediata, no momento em que existir colisão entre ambos, isto é, quando o direito de propriedade for resguardado sem o cumprimento da sua função social, faz-se necessário que o intérprete recorra à técnica de ponderação, impondo limites à propriedade individual, a fim de assegurar o bem-estar social, coletivo, que neste caso prevalecerá.

A lógica proposta por Alexy é de que quanto maior for o nível de inobservância de um princípio, maior deve ser a relevância da consecução do outro. Assim, a título de exemplo, se o princípio do direito de propriedade individual foi restringido no que tange ao uso de determinada área de preservação ambiental, este sacrifício foi necessário em prol da relevância do princípio da função social da propriedade, que se sobrepôs no caso concreto.

À luz do ordenamento jurídico, não há incompatibilidade entre o direito de propriedade e a função social da propriedade, ao contrário, são princípios complementares, contanto que entendidos o direito subjetivo em um momento estático, o qual certifica ao proprietário a manutenção do que lhe pertence, protegido de pretensões de outrem, e a função em um momento dinâmico, que imputa ao proprietário o dever de designar o objeto de seu direito aos fins sociais estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Considerações finais

No enfoque da Constituição de 1988, o direito de propriedade possui natureza não só de direito e garantia fundamental, mas também é visto numa perspectiva social, em proveito da coletividade.

O Direito de Propriedade, seguindo a evolução da sociedade, presenciou algumas mudanças no decorrer dos anos. Opinião acordada e inquestionável em passado recente é de que o traço absoluto da propriedade é, atualmente, limitado, haja vista o comprometimento do Direito com a proteção da dignidade humana e com o princípio da solidariedade, que implicam a valorização dos direitos da personalidade em detrimento de uma desvalorização das relações patrimoniais.

Diante de todo o elucidado, constata-se que a propriedade é um princípio e um direito fundamental individual, não obstante há que ser concretizado em conformidade com outro princípio e também direito e garantia fundamental que é a função social. Portanto, a propriedade não deve ser vista somente como privilégio do titular, como também um bem em proveito da coletividade.

Ao Poder Público não é lícito se esquivar. Ferramentas jurídicas eficazes devem ser viabilizadas em benefício dos proprietários a fim de defender seus bens em seu benefício, de sua família e de seu grupo social. Em compensação, devem ser estabelecidos mecanismos legais, eficazes e

justos para tornar todo e qualquer bem produtivo e útil. A propriedade imóvel inutilizada ou mal utilizada é frequente motivo de desordem social.

Dessa maneira, concretizar o princípio da função social é um desafio imenso ao Poder Público, mas não inexecutável se dispuser do auxílio do Judiciário e da sociedade, por meio de conscientização da perspectiva atual da aplicação social e funcional da propriedade, superando a conceito absoluto e individualista, rumo à utilidade e bem-estar comum.

Vale lembrar, por fim, que é atribuição dos magistrados sempre fazer valer a finalidade maior da função social de todos os bens, e para isso o método de sopesamento proposto por Robert Alexy constitui-se valorosa ferramenta para aplicação do direito no caso concreto, como método interpretativo, o que já vem ocorrendo nos Tribunais Superiores.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ARIMATÉA, Rodrigues José. *O Direito de Propriedade: Limitações e Restrições*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

BEVILÁQUIA, Clóvis. *Direito das Coisas. Coleção História do Direito Brasileiro*. Brasília, DF: Senado Federal, 2003, v. 1, p. 127.

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

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSELVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JELINEK, Rochelle. *O Princípio da Função Social da Propriedade e sua Repercussão sobre o Sistema do Código Civil*. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito Civil; Direito das Coisas*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3.

MELO, José Mário Delaiti de. A Função Social da Propriedade. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 15 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41181&seo=1>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade Privada no Direito Romano*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1998. Disponível em: <<http://irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos039/pdf.PDF>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual do Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

Capítulo III
Questões Polêmicas
sobre Direitos
Fundamentais Sociais

Direitos humanos de segurança social

Eduardo Augusto Agne Bonamigo¹

Introdução

Este artigo irá apresentar a literatura existente sobre o tema segurança social como direito humano, baseando-se principalmente nos estudos do autor Carlos Luiz Strapazzon. Além disso, irá articular a importância do assunto com a concretização da dignidade da pessoa humana, e para tanto trará para o contexto essencialmente o autor Ingo Sarlet. Na sequência será abordada a necessidade de segurança social para a sociedade, e para o assunto será colacionado principalmente o olhar da Organização Internacional do Trabalho. Por fim, o trabalho indicará com base nos dados apurados pela revisão bibliográfica a efetiva necessidade de se manter os sistemas de segurança social saudáveis.

Partindo-se de diplomas legais de âmbito internacional se tem a segurança social como um direito humano. A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 inscreve o direito à segurança social como direito subjetivo.² Desde então há a construção de mecanismos de segurança social de maneira concreta, sendo possível identificar de forma expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 sua inscrição no texto legal.

Relaciona-se a dignidade humana como núcleo estruturante dos direitos humano. A finalidade dos direitos humanos pode ser entendida como realização e proteção da dignidade humana (BAEZ, 2011, p. 31). Na análise dos direitos humanos a dignidade da pessoa humana apresenta-se

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

² Os autores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, na obra *Manual de Direito Previdenciário*, fls. 07, citam o princípio da Seguridade Social como direito subjetivo.

como objetivo primeiro e, se não, estará sempre como pano de fundo. Na busca da manutenção da vida digna, a segurança social é uma ferramenta essencial a esse objetivo.

O presente trabalho irá demonstrar a relevância da segurança social na manutenção da vida digna da pessoa, ressaltando que dignidade humana é aspecto central dos direitos humanos. É importante citar que na atualidade é necessário existir sistemas de segurança social eficazes e sólidos para garantir um mínimo existencial, para que todos tenham acesso a uma vida digna.

1 Segurança Social como Direito Humano

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 reconhece a segurança social como direito humano.³ Além da expressa citação no art. XXII da Declaração, tem-se no mesmo diploma legal o direito de segurança em situação de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e demais casos da perda da renda.⁴ Apresenta-se a necessidade de promoção da segurança social, em âmbito internacional, de proteção do ser humano, qual inserido em sociedade e sujeito a adversidades, como por exemplo, crises econômicas e financeiras, que seja capaz de resguardar o mínimo existencial, já que em determinadas situações poder-se-ia diminuí-lo aquém deste.

³ Art. XXII: Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

⁴ Art. XXV: 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Cite-se também, corroborando a segurança social como direito humano, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966.⁵

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece de maneira expressa a segurança social como direito humano. Já o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é um tratado, apto a ser ratificado pelos Estados, sendo assim um instrumento fundamental na concretização do citado Direito, pois com isso há o comprometimento de garantia de ações relativas à segurança social (OIT, Conferência Internacional do Trabalho, Relatório VI, 2011, p. 10/11).

Ressalta-se que a DUDH e também o PIDESC são diplomas internacionais de suma importância na classificação da segurança social como Direito Humano, contudo, antes deles, outras Cartas (documentos internacionais) já indicavam a segurança social como direito fundamental. Trata-se da “Carta do Atlântico” qual foi assinada por Franklin Roosevelt e Wiston Churchill (Chefes de Estado) e regia princípios comuns para alinhar as políticas públicas dos Estados Unidos e do Reino Unido. A Carta almejava que seus princípios fossem reconhecidos pelo resto da humanidade como necessários e razoáveis, e indicava, entre os oito princípios que a integram, a segurança da renda da população visando melhores condições de trabalho e segurança social. Também editado antes da DUDH e do PIDESC há a Recomendação n. 67 e n. 69 (ambas de 1944) da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A Recomendação n. 67 reconhece como direito fundamental a segurança de renda utilizando-se de mecanismos de seguro social compulsório e de assistência social para aqueles não possuem condições de pagar por tal seguro. A Recomendação n. 69 aborda o direito aos cuidados médicos, utilizando-se de mecanismos de seguro-saúde, assistência social ou políticas públicas de saúde pública.

⁵ Artigo 9: Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas à segurança social, incluindo os seguros sociais.

Ambas as Recomendações se encontram vigentes atualmente e confirmam que para existir segurança social é necessária uma cobertura estendida e universal da proteção da renda e da saúde (STRAPAZZON, 2016, p. 3).

Importante se faz evidenciar a Convenção n. 102 da OIT, pois transforma as Convenções citadas acima em obrigações jurídicas e se tornou em instrumento de referência internacional, consolidando a segurança social como ramo específico do Direito Internacional. Reuniram-se os nove grupos de prestações que constituem o núcleo da segurança social: assistência médica, benefícios em caso de enfermidades, benefícios em casos de desemprego, benefícios para velhice, benefícios em casos de acidente de trabalho e doença profissional, benefícios familiares, benefícios em caso de maternidade, benefícios por invalidez e benefícios para sobreviventes. O Convênio n. 102 estabelece os parâmetros básicos de seguro social organizado como instituição social. Estabelece-se um marco normativo mínimo, fixando níveis quantitativos de proteção básica. Na acepção de mecanismo de proteção para toda a sociedade, o sistema de seguro social é baseado na coletividade para fazer frente aos riscos sociais (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2011).

Diante disto, é correto afirmar que a segurança social é um direito humano. Não resta margem para dúvida sobre a inscrição deste direito em âmbito internacional. Porém cada Estado irá desenvolvê-lo dentro de seus limites e levará em conta critérios e arranjos diferenciados (por exemplo na modalidade de seguro público e privado complementar, de contribuição obrigatória ou facultativa, contribuição direta ou indireta, dentre outros). Cada país, considerando sua estrutura política, financeira, econômica e social, é chamado a desenvolver mecanismos de garantia de segurança social.

Indicando a segurança social como direito humano, é medida que faz conceituar, ou ao menos indicar em linhas gerais o que se entende por direito humano, já que seu conceito não é fechado, único, estanque. Dentre as críticas

que se estendem a esse tipo de situação, a importância e relevância sobre se deveríamos ter ou não um conceito fechado (concreto) de direito humano, será demonstrado as características em destaque para esta construção.

A Declaração dos Direitos do Homem⁶ demonstra um sistema de valores que indica o consenso geral de sua validade. Ou seja, é o reconhecimento que a humanidade partilha de determinados valores comuns. Tais valores expressos na Declaração não devem ser vistos estanque, e sim em eterna evolução e construção, pois os valores da sociedade devem evoluir com ela. Demandas que não eram pensadas no passado, ou não era possível sua existência, não podem ser deixadas de lado e abafadas se levarmos em conta a referida Declaração como acabada. Os princípios constantes na Declaração dos Direitos do Homem são aplicáveis a qualquer pessoa, e não apenas a certos cidadãos, membros de determinado Estado. Assim, os Direitos do Homem não é direito do cidadão, e sim de qualquer homem (BOBBIO, 2004, primeira parte).

Levando-se em conta a historicidade dos direitos humanos é possível identificar a universalidade e a indivisibilidade destes direitos. A universalidade indica a extensão universal destes Direitos, que a condição de pessoa é o único requisito para a titularidade e que possui um valor intrínseco da dignidade da pessoa humana. A indivisibilidade confirma que a garantia de direitos civis e políticos se mostram como requisito para o atendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Quando se verificar que um destes direitos é violado, os outros também são. Nesse sentido os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes. Os direitos sociais⁷ possuem como objetivo proteger a pessoa e evoluir no exercício das necessidades básicas, garantindo substrato para uma vida digna (PIOVESAN, 2013, p. 147-148).

⁶ Bobbio utiliza o termo *Direitos do Homem* para mesma designação de *Direitos Humanos*.

⁷ De forma expressa se verifica no próprio artigo XXII da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, citado integralmente na nota de rodapé n. 1.

Ainda apoiado na história dos direitos humanos, e utilizando-se da DUDH como instrumento de grande relevância na identificação do direito humano de segurança social, deve-se abordar o seu preâmbulo⁸ que descreve o reconhecimento da dignidade. Da mesma forma, a Declaração Geral de Direitos Humanos do Islã apresenta em seu prefácio⁹ a dignidade humana. A Carta Africana de Direitos Humanos traz em seu art. 5º o respeito a dignidade da pessoa humana.¹⁰

Tal preocupação em positivizar os direitos humanos em diversas nações demonstra a necessidade de expansão e de concretização. Contando com esta universalidade e positivação dos direitos humanos, construindo, portanto, um corpo normativo de “vocação global” destinado para efetivar, proteger e promover a dignidade do ser humano (WEIS, 2014, p. 28).

Com o exposto se pode destacar como núcleo dos direitos humanos a dignidade da pessoa humana. Ou seja, os direitos humanos caminham no sentido de realizar, promover e proteger a dignidade humana. Assim se faz necessário abordar esse aspecto dos direitos humanos com a perspectiva da segurança social. Passa-se, portanto, a analisar a segurança social como instrumento de efetiva o da dignidade humana.

2 Dignidade humana e a segurança social

Importante citar que os direitos humanos são direitos que buscam a efetiva o da dignidade humana. Tais direitos demonstram-se

⁸ Preâmbulo: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]

⁹ Preâmbulo: [...] o Islam concedeu à humanidade um código ideal de direitos humanos. Esses direitos têm por objetivo conferir honra e dignidade   humanidade, eliminando a explora o, a opressão e a injustiça [...]

¹⁰ Artigo 5 : Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de explora o e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos.

essenciais e constituem-se em fundamento (finalidade) para a realização e proteção dignidade da pessoa humana (BAEZ, 2011, p. 31).

Reconhecendo o direito a segurança social com um direito humano, considerando que a dignidade humana é o contexto nuclear dos direitos humanos, pode-se afirmar que a segurança social é um mecanismo de satisfação da dignidade do homem.

Desde os pensamentos pré-constitucionais se relaciona as periodizações históricas, como na Antiguidade, no Estoicismo, para o Cristianismo, na Renascença, no Iluminismo, até o aperfeiçoamento por Kant. Na metade do século XIX a dignidade passou a ser base para movimentos trabalhistas os quais exigiam melhoria das condições da classe trabalhadora. Afirma-se, portanto, que ao incluir a ideia de dignidade da pessoa com a ideia de justiça há a abertura de uma nova dimensão da dignidade humana, ou seja, extrapola o reino do puro pensamento para a prática jurídica. Tomando-se a dignidade da pessoa humana como essência do homem, da sua natureza, pura e simples, a mesma não poderia ser juridicamente definida. Ela servirá de comando de interpretação sempre, independente do ponto de partida e estará sempre como pano de fundo. Existe uma relevante diferenciação entre a dimensão da dignidade como valor (no sentido de princípio filosófico-valorativo) e dignidade como prestação (onde a dignidade não é atributo ou valor natural do homem, e sim uma tarefa que homem pode realizar e que pode perder). A ideia dominante é a dignidade como valor, e a ideia da dignidade como prestação é de que os direitos fundamentais existem para garantir as condições para a tarefa de dignidade, onde o homem com as suas próprias condutas (atividade humana) alcançaria e/ou manteria uma vida digna (SARLET, 2005).

Tem-se a base para incluir a dignidade humana como garantia prevista em convenções internacionais (e regionais) de direitos humanos e de medidas protetivas nas constituições nacionais. Isso se aperfeiçoa

a partir da DUDH. A dignidade transcende a proteção do indivíduo e favorece o desenvolvimento da tese de que a dignidade não é parte do conteúdo direito fundamental, mas sim é a base para construção de todos os tipos de direitos fundamentais. O assunto dignidade chega às constituições europeias na primeira metade do século XX, principalmente pela “questão social”, oferecendo uma resposta as novas demandas sociais (liberdade) e chama a atenção para o cenário das relações econômicas. No século XX se tem as premissas “não é possível haver dignidade humana sem liberdade econômica, nem esta última é possível sem o projeto dos direitos humanos” e “a dignidade humana é impossível sem o término da necessidade, como também a felicidade do homem é impossível sem o fim de todas as formas de sujeição, antigas e novas.” (RIDOLA, 2014).

Muito além de uma conceituação concreta e fechada de dignidade humana, ou dignidade da pessoa humana, é necessário vislumbrá-la como preceito intrínseco da análise dos direitos humanos. Qualquer situação de interpretação, aplicação e destinação dos aspectos de direitos humanos terá a dignidade da pessoa como norteador.

Alexy (2015) aborda a ideia de princípios absolutos e se refere de maneira pontual a dignidade da pessoa humana. Indica que é necessário pressupor a existência de duas normas da dignidade da pessoa humana, sendo uma como regra da dignidade humana e uma como princípio da dignidade humana. Nesse sentido, o que é absoluto é a regra da dignidade, considerando a sua abertura semântica, não sendo possível limitação frente a possível relação de preferência. Enquanto não é absoluto o princípio da dignidade humana, com conotação de amplitude de sua aplicação.

Sarlet indica a dificuldade para se definir e conceituar o conteúdo da dignidade da pessoa. Ao tratar da dimensão ontológica da dignidade a descreve como “qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e não pode ser destacado [...]” Assim sendo, conclui que a dignidade

“compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável, da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida.” Argumenta que como a dignidade está ligada a condição humana de cada indivíduo, não há possibilidade de não se considerar a dimensão comunitária ou social desta mesma dignidade de cada pessoa e dos demais indivíduos. Portanto se impõe o reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, garantindo que todos recebam igual consideração e respeito pelo Estado e pela comunidade. Com isso é possível identificar a necessidade de sua proteção (assistencialista) por parte do Estado e da comunidade. A dignidade humana, mesmo se for de maneira assistida, deve sempre ser respeitada (SARLET, 2005).

Ainda que se encontre dificuldade em uma conceituação única de dignidade humana, e as críticas que existem sobre se deveria existir um conceito fixo e delimitado ou se a conceituação de forma aberta é a melhor abrangência para a dignidade, apura-se a sua essencialidade no desenvolvimento dos direitos humanos.¹¹

Para fins de concretização da dignidade humana há um dever de abstenção e de condutas positivas, impondo ao Estado a obrigação de respeitá-la, protege-la e também de promoção de sua viabilidade. Como a dignidade humana é qualidade intrínseca do ser humano não há como se falar na sua afastabilidade. Assim sendo o Estado deve assegurar condições para que a pessoa consiga a sua “dignidade” de maneira plena, considerando liberdades negativas (abstenção) e liberdades positivas (promoção) do Estado na busca do ideal de uma vida digna (GUERRA, 2014, p. 206).

A dignidade da pessoa humana é ao mesmo tempo limite e tarefa do Poder Público, da comunidade e de cada um, indicando uma dimensão

¹¹ O próprio Sarlet, em *Dimensões da dignidade*, aponta que um conceito aberto de dignidade poderia levar a equívocos quando da sua aplicação, pois cada um poderia entender sobre “a sua dignidade” e isso seria um dificultador da aplicação da dignidade humana para o Direito.

defensiva e prestacional. “Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não possa ser reduzida à condição de mero objeto [...], mas também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem [...]” Referente a responsabilidade da previsão constitucional, seja ela explícita ou implícita, da dignidade da pessoa humana, tem-se que “dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.” (SARLET, 2005).

No sentido de assegurar a dignidade da pessoa humana, assim sendo possível afirmar a própria efetivação dos direitos humanos reconhecidos, a sociedade e o próprio Estado possuem compromissos e responsabilidades. A necessidade de garantir ao homem sua dignidade faz da segurança social uma importante ferramenta na concretização do desenvolvimento humano.

Afirmando que a segurança social é um dos mecanismos de alcance dos direitos humanos, e assim na viabilização da vida digna, pode-se concluir que é necessário que os sistemas de segurança sejam garantidos para todos. O Estado tem a necessidade, portanto, de manter sistemas de segurança social eficazes.

3 Necessidade da segurança social

A proteção social acobertada pelo seguro social é considerada como fator produtivo, pois preserva a saúde, produtividade, e a qualidade da força de trabalho. Proporciona a substituição de renda da pessoa, contribui para manter a estabilidade da economia, especialmente em tempos de recessão. Aqui se tem o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento social trabalhando em cooperação. Isso faz com que se visualize o capital social e o capital humano menos em propriedades

e fábricas, e sim em conhecimento, educação e capacidade de associar-se, formando grupos que atendem a ética e a moral como valor. O capital social em uma sociedade sadia economicamente é aquele que permite a existência e organização autônoma de empresas, corporações e organizações governamentais. O capital humano deve ser entendido como melhoramento da qualidade de mão de obra, orientação profissional, formação e desenvolvimento de competências. Isso seria necessário para garantia de desenvolvimento econômico em longo prazo. Portanto, o direito a proteção social é reconhecido universalmente como um direito humano fundamental, garantindo as pessoas a sua realização, vida digna e saúde no âmbito do seguro (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2011).

A segurança social no Brasil é abordada pela Constituição Federal de 1988 como conjunto integrado de ações de previdência social (seguro social), assistência social e saúde, sendo que esses três vértices compreendem a “seguridade social”.¹² A mesma Constituição indica que o primado do trabalho é a base da ordem social do país e visa o bem-estar e a justiça social.¹³ Pode-se citar também a descrição dos direitos sociais no texto constitucional quando relaciona os preceitos de segurança social.¹⁴

O desenvolver de ações nas áreas de previdência, assistência e saúde garantem a implementação – ao menos é o que se pretende – da segurança social no país. A busca da garantia de renda, diminuição de desigualdades sociais e fomento do trabalho se apresentam como motivadores destas ações, identificando esses mecanismos como

¹² Art. 196: A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

¹³ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

¹⁴ Art. 6º 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.

desenvolvedores e garantidores dos direitos humanos, garantindo – pelo menos é o objetivo – de uma vida digna.

As normas constitucionais ou de tratados internacionais que abordam os direitos sociais (econômicos, sociais e culturais) são obrigações concretas do Estado, sendo elas exigidas judicialmente, e o Estado não pode alegar que tais direitos são apenas “boas intenções políticas”. Os direitos sociais são marcados pelas características de obrigações positivas para o Estado (realizar prestações – fazer). Como os direitos sociais são de obrigação de fazer, chamam-se esses direitos de “direitos de prestação”. Pode-se ainda arguir que os direitos sociais possuem características de fazer e não fazer, por exemplo, o direito supõe a obrigação de não piorar a educação, o direito a um meio ambiente sadio implica na obrigação de não destruir o meio ambiente. Contudo, a principal característica dos direitos sociais são as obrigações positivas por parte do Estado, sendo o conteúdo essencial destes direitos. Caso não aconteça a intervenção estatal para garantia de um direito social (à saúde, por exemplo) se está automaticamente negando este direito (ABRAMOVICH; COURTIS, 2014, p. 21-25).

A rápida especialização de mercados globais financeiros, de produtos e de trabalho impõem novos desafios a manutenção da justiça social. Nesse sentido, pode-se afirmar que crises econômicas e financeiras são altamente contagiosas, sendo que seus efeitos se espalham rapidamente no mercado de trabalho e seus reflexos sentidos no que diz respeito ao bem-estar social. Os sistemas de segurança social precisam, atualmente, ser fortes e eficazes para minimizar – ou neutralizar – os riscos sociais. Exige-se, portanto, uma segurança social eficaz (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p. 15).

No sentido de concretização dos direitos humanos a segurança social é parte indissociável, se mostra como estrutura essencial, devendo ser construída de maneira sólida e eficaz. Um sistema íntegro irá garantir

às pessoas um nível mínimo de dignidade. É necessário manter e ampliar toda forma de segurança social justamente na busca da paz social.

Não seria possível supor um Estado sem segurança social para suportar as mazelas de crises financeiras ou econômicas. Tampouco seria improvável acreditar que o homem conseguisse suportar individualmente a dificuldade de auferir renda em casos de impossibilidade de trabalho, seja por incapacidade laborativa, idade avançada ou desemprego involuntário.

Os sistemas de seguro social vislumbram a figura do Estado não apenas com um garantidor dos mecanismos de proteção, mas sim como um “prestador”. Por vezes é possível que entidades privadas adotem postura de concretizar “seguro social”, assim colocam a responsabilidade estatal como de garantia, para fins de assegurar a qualidade das prestações (LOUREIRO, 2008, p. 23).

Modelos econômicos capitalistas tendem a serem cíclicos, alternando entre momentos de austeridade e crise. Para os tempos de recessão econômica, onde o desenvolvimento do pleno emprego fica prejudicado, a segurança social é necessária para garantia da renda da população, fazendo com que o aspecto nuclear dos direitos humanos esteja garantido.

Visualiza-se, portanto, a segurança social como necessária e meio essencial para garantir a dignidade humana, pois estará efetivamente presente em momentos em que a capacidade de renda é atingida, independente da causa.

Conclusão

Ao relacionar a segurança social no rol dos direitos humanos já temos o indicativo da importância deste direito para a coletividade. Abordar o tema segurança social no contexto de direitos humanos

demonstra o interesse da coletividade na preocupação de se manter sistemas com a capacidade de garantir renda em momentos de crise.

Nesse sentido e com base na pesquisa bibliográfica já existe colacionada no presente trabalho, destaca-se a segurança social como direito humano e na concretização da vida digna. São sistemas estáveis de segurança social que irão conferir condições mínimas de existência digna para as pessoas em situação da perda da renda, seja ela com incapacidade laborativa, problemas relacionados a saúde ou até mesmo em casos de perda involuntária de trabalho.

Considerando a relevância dos direitos humanos para desenvolvimento do homem, tem-se o grande alcance da segurança social dentro da sociedade. Na satisfação dos direitos humanos é medida que se impõe a atenção para as ações de segurança social. Garantir à pessoa acesso aos mecanismos de segurança social é garantir uma vida com dignidade.

Fica evidente que indicar a dignidade da pessoa humana como elemento nuclear dos direitos humanos se está relacionando os projetos de segurança social como indissociável no alcance dos direitos humanos. Ou seja, que segurança social é ferramenta para garantir a dignidade humana.

Por fim, com base na revisão bibliográfica realizada na construção deste trabalho, pode-se indicar que o Estado, e também a própria sociedade, possuem o interesse de manter programas de segurança social com êxito. Há a necessidade de se fortalecer a segurança social, expandir e manter esses sistemas forma hígida, afinal, é nos momentos de crise, principalmente quando ocorre a perda da renda da pessoa (qualquer que seja o motivo que a tenha dado causa), que verificamos a efetividade dos sistemas de segurança social na manutenção da dignidade. As leituras utilizadas no presente artigo deixa claro que a segurança social é um direito humano, qual se demonstra como um mecanismo, uma ferramenta, de realização e proteção da dignidade humana, garantindo condições mínimas ao homem nos momentos de adversidades.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Editora Trotta, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais – novos rumos de uma possível coexistência. Fls.25/54. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier. CASSEL, Douglass (Org.). *A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUERRA, Sidney. *Direito humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LOUREIRO, João Carlos. Constituição de segurança social: sujeitos, prestações e princípios. *BFD*, v. 84, p. 189-249, 2008. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/boltfdiuc84&div=10&start_page=189&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 17 nov. 2017.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justiça social para una globalización equitativa*. 100ª Reunión. Informe III. Ginebra: ILO, 2011.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Segurança social para a justiça social e uma globalização justa*. Conferência Internacional do Trabalho, 100ª Sessão. Relatório VI. Genebra: 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. O Direito Humano à Segurança Social: o Regime Constitucional do Brasil Comparado com 20 modelos estrangeiros. *Revistas Magister de Direito Previdenciário*, v. 34, ago./set. 2016. Disponível em: <https://works.bepress.com/carlos_strapazzon/28/>. Acesso em: 17 nov. 2017.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

Direitos fundamentais admitem restrições na esfera previdenciária

Ivanir Alves Dias Parizotto¹

Introdução

O estudo trata dos direitos fundamentais os quais somente conquistaram valor com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, a qual viabilizou um inventário de direitos subjetivos e liberdades individuais. Dessa maneira, os direitos fundamentais são pressuposições do Estado Democrático de Direito, visto que visam conquistar valores que lhe são próprios. A orientação de Ingo Sarlet sobre a diferenciação básica entre direitos fundamentais, direitos humanos e direitos naturais é:

Os direitos fundamentais são direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado; A expressão direitos humanos por sua vez, guardará relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinado ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. Os direitos naturais não se equiparam aos direitos humanos uma vez que a positivação em normas de direito internacional já revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humano. (SARLET, 1998, p. 44).

O direito à seguridade social está entre os direitos fundamentais, e este direito, como concorrência interligado às ações do poder público com a participação da sociedade tributando na área de saúde, assistência social e previdência social, apresenta-se como direito fundamental de

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Oeste Santa Catarina.

segunda geração, isto é, relacionados às prestações de atribuição do ao seu grupo de integrantes.

Para Sarlet (1998, p. 49), com a comprovação dos direitos de segunda geração, o direito admite uma perspectiva positiva, não de maneira a consentir com a intervenção do Estado na liberdade individual, mas como forma de promover a participação do bem-estar social.

A partir dessa atual estruturação de Estado, o direito à seguridade social torna-se direito público subjetivo, porque, uma vez não outorgadas as prestações, a pessoa pode reivindicá-las, exercendo o direito de ação. O Brasil é um Estado Social Democrático de Direito, uma vez que garante direitos e garantias fundamentais. Valida-se este perfil de Estado já no início da Constituição.²

O tema em tela alcançou destaque, uma vez que é matéria relevante tanto previdenciário, como social, visto que é influenciável no foco da assistência jurisdicional, a qual não cumpre mais o papel social destinado à sua capacidade administrativa.

O estudo possui como foco a descrição com base em publicações científicas cujas ressalvas na área previdenciária podem ser ocultadas ao pronunciar-se de maneira menos onerosa ao beneficiário da Seguridade Social na cessão dos benefícios requeridos.

Quanto à metodologia empregada baseou-se na teoria metodológica de Mezzaroba, edição de 2016. Elaborou-se a análise com revisão de literatura, utilizando-se o método quantitativo descritivo e observacional com estudo de caso, para o qual se utilizou também do método de abordagem dedutivo, isto é, uma premissa geral para uma premissa específica, a fim de analisar as decisões previdenciárias acerca dos

² Preambulo: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil."

direitos fundamentais que admitem restrições junto à esfera previdenciária. Reconhece-se que o estudo é fascinante, pois a temática supera os direitos e as fronteiras do direito constitucional. O assunto estende-se ao indivíduo tanto em face do Estado com sua inércia e seu indiscutível papel, quanto aos outros indivíduos nas relações jurídicas particulares.

1 Direitos fundamentais e as restrições na esfera previdenciária

1.1 A previdência social

A Previdência Social pode ser considerada como uma poupança forçada, colocado ao cidadão para assegurar seu futuro, depois da supressão de sua capacidade laboral. Um ganho que lhe proporcione uma vida digna, conforme estatui a Constituição Federal de 1988 em seu Art. 194.³

Para Balera (2008, p. 44), Seguridade Social é:

[...] o conjunto de meios (racionalidade) formal utilizados pela sociedade para atingir a proteção social plena (racionalidade material). A ordem Constitucional Brasileira não atingiu esta plenitude, pois limitou a proteção social a direitos e ações de saúde, previdência e assistência, limitando, como se ver estas ações, no plano programático, a determinados indivíduos. A restrição de sujeitos, contingências e necessidades retiram a qualidade de Seguridade Social utópica do sistema brasileiro.

³ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

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

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Martins (2003, p. 43), por sua vez, afirma que:

Conjunto de princípios, de regras e de instituições, destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Como desfecho, Martinez (1992, p. 99) define a previdência social

[...] como a técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os aquirisse pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte – mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes.

Por conseguinte, a seguridade social é o complexo que engloba um agregado de ações integradas de iniciativa dos poderes públicos e da própria sociedade, que visa garantir o direito à Previdência, assistência e à saúde a todos os desvalidos.

1.2 Conceito de direitos fundamentais

Já no início da Constituição da República, em seu exórdio, percebe-se a preocupação com os Direitos Fundamentais.⁴ Notório é que inexistiu concordância quanto à conceituação dos direitos fundamentais. Assim, adquirem diversas nomeações: direitos humanos, direitos dos

⁴ Preambulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

homens, direitos individuais, liberdades fundamentais, liberdades públicas, dentre outras.

A tutela aos direitos fundamentais não se restringe ao aspecto formal, mas também ao material. Este aceita a ocorrência de direitos fundamentais não enquadrados categoricamente na Carta Maior. Primeiramente faz-se o estudo da diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. Além de esclarecer quem são os destinatários de sua proteção. Ingo Wolfgang Sarlet, a fim de esclarecer esta questão, atribui ao aspecto espacial da norma a primeira razão predominante de diferenciação:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2006, p. 35-36).

Conquanto, no caso de conceber o critério espacial como diferenciação exclusiva entre direitos humanos e fundamentais, surgiriam dúvidas sobre a extensão do conteúdo de ambas as categorias jurídicas. Isso, por consequência, poderia gerar uma equiparação de significados entre os termos postos em análise. Apesar de existir uma progressiva positivação interna dos direitos humanos, não poderão tais conceitos serem entendidos como sinônimos, pois a efetividade de cada um é diferente. Neste ponto Sarlet (2006, p. 37) é incisivo ao afirmar que:

Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo

desnecessário aprofundar, aqui, a idéia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.

Os marcos da definição de direitos fundamentais, porém, até o momento, foram delineados com sustentação apenas no enfoque formal, ou seja, são direitos fundamentais os direitos humanos reconhecidos e positivados por ordenamento estabelecido como fundamentais. Faz-se necessário agora perscrutar as configurações do seu conteúdo.

Silva (2001, p. 178), em sua obra sobre Direito Constitucional, ensina que os direitos fundamentais não são a contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública, como uma limitação ao Estado, mas sim uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele depende. Em sua teoria dos direitos fundamentais Alexy (2017, p. 43) menciona que:

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-se no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos.

○ autor assegura ainda que:

A fundamentalidade formal soma-se à *fundamentalidade substancial*. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa do básico do Estado e da sociedade. Isso vale independentemente do quanto de conteúdo é a eles conferido. Aquele que confere a eles pouco conteúdo delega muito ao legislador, o que pode ser considerado como uma decisão indireta acerca da estrutura normativa básica do estado e da sociedade. (ALEXY, 2017, p. 522).

Ademais, valendo-se da jurisprudência de sua corte superior, o jurista afirma:

Para usa as palavras do tribunal: “Segundo jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência.” (ALEXY, 2017, p. 523).

Que os direitos fundamentais arranjam a base e a essencialidade para qualquer noção de Constituição é inegável, haja vista que se acham intimamente associados aos mais diferentes escritos constitucionais, normatizados e efetivados sob o esteio de suas regras básicas: à vida, à liberdade, à igualdade e a fraternidade, prevalecendo sempre a dignidade humana. Diante do exposto, direitos humanos são aqueles reconhecidos como intrínsecos ao ser humano, com anseio de universalidade; por outro lado, os direitos fundamentais representam somente aqueles direitos reconhecidos e positivados na Constituição de um determinado Estado. Existem, então, pretensões de territorialidade, isto é, de domínio nacional.

A partir disso, conceitua-se direitos fundamentais como os direitos determinados essenciais para qualquer ser humano, independentemente de situações individuais específicas. Eles englobam um núcleo intocável de direitos das pessoas submetidas a alguma ordem jurídica.

1.3 Da dignidade da pessoa humana

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, aborda sobre a dignidade da pessoa humana.⁵ Relativamente à colocação central

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

¹II - a dignidade da pessoa humana

dos direitos fundamentais em dado ordenamento jurídico sob a proteção de um Estado Social Democrático de Direito, dever-se-á conceber a dignidade da pessoa humana como a genuína e única razão de todo o sistema e condutor de análise, com incontestável superioridade axiológica.

Dessa forma, é inadmissível que a dignidade da pessoa humana se efetive tão somente por meio dos direitos de liberdade de primeira dimensão. Mas ela, ao exigir a ação concreta e positiva do Estado, por meio dos direitos sociais. Para Ingo Wolfgang Sarlet, a descrição da dignidade da pessoa humana assim se apresenta:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co – responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p. 73).

Sendo assim, a invocação à dignidade humana conserva seu papel protetivo e não se inclina para ser utilizado de forma absoluta e excessivamente exigente quando aplicado em sua função capital, visto que a competência de escolha dos indivíduos há que se demarcar por diversas razões: insuficiência de recursos e os interesses de outras pessoas.

1.4 Princípios e regras dos direitos fundamentais

Regras e princípios compõem nossa Constituição Federal. A existência de regras afiança a segurança jurídica; já os princípios possibilitam o acatamento de que a sociedade é pluralista. Normas constitucionais são todas as deliberações inclusas numa Constituição, ou confirmadas por ela, independentemente de seu teor. Todas as normas

constitucionais possuem organização e natureza de norma jurídica, isto é, são normas garantidas de juridicidade. Alexy (2017, p. 86-87) assim se manifesta sobre o tema:

A distinção entre regras e princípios não é nova. Mas, a despeito de sua longevidade e de sua utilização frequente, a seu respeito imperam falta de clareza e polêmica. Há uma pluralidade desconcertante de critérios distintos, a delimitação em relação a outras coisas – como os valores – é obscura e a terminologia é vacilante.

Salienta ainda o jurista: “tanto as regras quanto os princípios são normas, porque ambos encerram um dever ser e podem ser formulados por meio de expressões deônticas do dever, da permissão e da proibição.” (ALEXY, 2017, p. 87).

Ávila (2012, p. 77-78) apresenta como moção conceitual das regras:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Ressalta o mesmo autor que se conceituaram os princípios da seguinte maneira:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2012, p. 78).

Alexy (2017), relativamente à distinção estrutural entre regras e princípios, sustenta que:

Esta distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestação em sentido estrito. Com a sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser bem mais esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Não é possível, portanto, segundo a formulação de Alexy (2017, p. 102), identificar aprioristicamente as normas de direitos fundamentais como regras ou princípios. Segundo ele, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais fossem estruturadas como princípios, o que não acontece, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com natureza de regras e normas de direitos fundamentais com natureza de princípios:

O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das *disposições* de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as *normas* de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início elas são *ou* regras (normalmente incompletas) *ou* princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nela reunidos. (ALEXY, 2017, p. 141).

Dessa forma, consoante declara Canotilho (2003, p. 449), o caso de alguns comportamentos vincularem-se inicialmente à esfera de proteção de uma norma de direito fundamental não denota obrigatoriamente que esses comportamentos “sejam recortados, em termos jurídico-constitucionais, como um conteúdo de um direito juridicamente garantido.”

Ainda ressalta o autor que, “Na problemática de mediações jurídicas vêm entroncar delicadas questões de metódica e metodologia jurídica que vão desde problemas de interpretação e concretização de textos normativos até a ponderação de direitos em situações de conflito.” (CANOTILHO, 2003, p. 450).

Nessa perspectiva, Ávila (2012, p. 142-143) estabelece que:

A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de postulados. Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta. Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como meta normas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobre princípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobre princípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobre normas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo).

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com

outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), que de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflitualidade necessária com outras normas (ÁVILA, 2012, p. 142-143).

Nesse caso, parte da doutrina declara haver três classes do gênero norma jurídica. Os postulados normativos, dentre os quais o princípio da proporcionalidade, constituem-se instrumentos empregados pelo aplicador do direito no caso de haver choque entre as demais normas jurídicas. Dessa forma, às normas de direitos fundamentais cabe a condição de regras jurídicas, na situação em que são assegurados direitos definitivos, além de se analisar a incidência ou não incidência da norma (*all or nothing*); ou é possível assumir o caráter de princípios, suposição em que há garantia dos direitos somente *prima facie* e o nível de sua efetivação dependerá das condições do caso concreto.

1.5 Proporcionalidade na aplicação dos direitos fundamentais

Cabe destacar que a tríade de máximas parciais precisa funcionar como regras e não como princípios, uma vez que elas são cumpridas ou não. Já sua validade resultará da não observância ter causado ou não uma ilegalidade. Por isso, não significa afirmar que ocasionalmente elas possuem precedência ou não. Importa destacar a passagem de Robert Alexy, na qual examina a atividade de sopesamento incluída na premissa da proporcionalidade com aceção estrita, por se referir às possibilidades jurídicas:

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam

aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2017, p. 117).

De outra parte, relativamente às possibilidades fáticas, a adesão à determinada atitude em detrimento a outra deve acontecer presumindo-se que tal atitude é uma maneira menos gravosa ao indivíduo na resolução do caso. Isso seria o sopesamento, com a comprovação de uma relação condicionada à preferência de um princípio sobre o outro. Ligada à necessidade e adoção de recurso menos gravoso deve obrigatoriamente estar a prova da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, o sopesamento.

Intenta-se reconhecer com isso que, ante o argumento da reserva do possível como justificativa para a não efetivação de certos direitos fundamentais sociais, o equilíbrio entre os princípios constitucionais ligados a afirmações não deve acontecer unicamente com a predomínio puro e simples de um deles. Todavia, sobretudo há que considerar que aquele resultado, decorrente da atividade de sopesamento, origina menor prejuízo aos princípios contraditórios e o mais apropriado para aquela situação.

Para Ávila (2009, p. 162), a proporcionalidade possui função expressiva no tema das restrições aos direitos fundamentais, à submissão da restrição, ao crivo da proporcionalidade. Possibilita distinguir a restrição de um direito da sua violação. Além disso, conforme o autor, a proporcionalidade mantém íntima conexão com o conteúdo básico do direito fundamental, porque, adotando-se a teoria relativa, ele compreende que “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos.” (ÁVILA, 2009, p. 197).

Analogamente, Ávila (2009, p. 162) assegura que a proporcionalidade consiste em um “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”. Desse modo, a aplicação do postulado às restrições de direitos fundamentais impulsiona à indagação sobre a adequação, necessidade e proporcionalidade (em acepção estrita) da medida restritiva referente ao resultado que, com ela, visa conquistar. Refere-se, consoante declara Ávila (2009, p. 197), à ponderação inafastável entre o grau de restrição e o grau de promoção da finalidade.

1.6 Restrições aos direitos fundamentais

Alexy (2017, p. 276), em capítulo destinado às restrições aos direitos fundamentais, inicia sua explanação enfatizando que a restrição a um direito fundamental é um conceito facilmente compreensível, “quase trivial”.

Sobre o conceito de restrição a direitos fundamentais, o jurista evidencia que:

Neste sentido, pode-se dar a seguinte resposta simples à questão acerca do que são restrições a direitos fundamentais: restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamenta. Essa resposta tem, contudo, um caráter circular, na medida em que utiliza o conceito de restrição para definir o conceito de restrição direito fundamental. Mas ela oferece um pequeno avanço, ao afirmar que as restrições a direitos fundamentais são normas. Então é possível indagar o que faz com que normas sejam restrições a direitos fundamentais. (ALEXY, 2017, p. 281).

Por fim Alexy (2017, p. 285) esclarece que:

[...] restrições a direitos fundamentais são normas que restringem a realização de princípios de direitos fundamentais. O que significa restringir a realização de um princípio de direito fundamental é algo demonstrado de

forma paradigmática por meio das normas mandatórias e proibitivas.

A tipologia mais comum é a que distingue restrição de regulamentação. Consoante observa Novais (2003, p. 177), por mais que seja possível estabelecer conceitos autônomos para regulamentação e restrição, naquela “está também presente, ainda que mediatamente orientada àquele fim, uma intenção restritiva, pelo que não é fácil determinar se – ou a partir de que intensidade – a realização dessa intenção produz efeitos e se constitui em intervenções restritivas.”

É possível, por conseguinte, para fins conceituais, abraçar a acepção de Novais (2003, p. 177). Para ele, em termos abrangentes, pode-se definir a restrição como qualquer ação ou omissão do poder público que lesione o direito fundamental de modo desfavorável. Estão aí inclusos tanto os atos que prejudicam o acesso irrestrito ao bem jurídico tutelado quanto aqueles que debilitam os deveres e obrigações do Estado que se propõem à garantia do direito fundamental.

Conforme afirma Sarlet (2003, p. 177), é certo que “todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção.” Deste modo, é possível orientar a compreensão sobre a forma como essas restrições se conectam com os direitos restringidos por duas teorias distintas: a teoria interna e a teoria externa.

2 Metodologia

Para a pesquisa alcançar seus objetivos, tornou-se necessária a utilização da teoria do autor Mezzaroba (2016). Utilizou-se a metodologia de abordagem dedutiva que partiu de uma premissa geral para uma

premissa específica, a fim de analisar as decisões previdenciárias acerca dos direitos fundamentais que admitem restrições na esfera previdenciária.

A metodologia abordada baseou-se em pesquisa exploratória por proporcionar maior familiaridade com o objeto de estudo. Desse modo, o pesquisador não dispõe de conhecimento suficiente para formular adequadamente um problema ou elaborar de forma mais precisa uma hipótese. É necessário “desencadear um processo de investigação que identifique a natureza do fenômeno e aponte as características essenciais das variáveis que se quer estudar.” (MEZZARROBA, 2016, p. 126).

Sendo assim, utilizou-se o processo exploratório, a fim de analisar as decisões previdenciárias acerca dos direitos fundamentais que admitem restrições junto à esfera previdenciária. Considerando que a presente pesquisa apresenta as características de uma pesquisa básica, uma vez que poderá gerar novos conhecimentos, e exploratória, pois já explicita problema e hipóteses, adotou-se a técnica de pesquisa observacional e descritiva. A pesquisa foi desenvolvida utilizando-se a forma de construção lógica, cujo desenvolvimento de argumentos foi estabelecido em conceitos teóricos. Também pela forma empírica, pois se buscarão informações a fim de identificar os direitos fundamentais que admitem restrições na esfera previdenciária.

O Universo foi constituído de reportagens e literaturas. O acervo consiste de bibliotecas como fontes primárias de informação em artigos os quais retratam os direitos fundamentais que admitem restrições na esfera previdenciária. O local de estudo se dará por consultas na Internet e as referências de interesse serão armazenadas de acordo com as normas da ABNT.

3 Resultado e discussão de caso concreto

Elege-se nesta pesquisa a concepção de que a restrição a direitos fundamentais, com abrangência daqueles cujas normas não presumem

a probabilidade de ingerência legislativa, deve verificar os critérios da legalidade, da proporcionalidade e da igualdade, proibindo-se casuísmos. A fim de elucidar, o quadro dos portadores de deficiência e do idoso, está previsto artigo 203, inciso V da Constituição.⁶

É de natureza assistencial o benefício de prestação continuada. Além disso, faz-se dele um direito Fundamental que objetiva a tutela ao deficiente e ao idoso em situação de privação, independentemente de contribuição à seguridade social. Também engloba todo indivíduo que dela prescindir, pelas regras dos direitos previdenciários e constitucionais nacionais.

Efetivamente, a Lei n° 8.742/93, a qual resolve sobre a organização da Assistência Social, ao referir-se à assistência social.⁷

A concessão do Amparo Assistencial ao Portador de Deficiência, por sua vez, está condicionada ao cumprimento de determinados requisitos básicos estampados naquela mesma lei, com previsão contida no artigo 20, §2° e 3° da Lei n° 8742/93.⁸

Ocorre que a Ação Civil Pública n°5044874-22.2013.4.04.7100/RS, modificou o entendimento do artigo 2° da Lei 8.742/93 e condenou ao

INSS a deduzir do cálculo da renda familiar, para fins de verificação do preenchimento do requisito e econômico ao benefício de prestação continuada do art. 20 da Lei n°

⁶ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

⁷ Art. 2° - A assistência social tem por objetivo:

[...]

V - a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência, e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provido por sua família.

⁸ Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

[...]

§2° - Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§3° - Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. (grifo nosso).

8742/93, apenas as despesas que decorrem diretamente da deficiência, incapacidade ou idade avançada, com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis e consultas na área da saúde, requeridos e negados pelo Estado, estendendo os efeitos deste julgado a todo o território nacional.

Da ementa do acórdão colhe-se o seguinte: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. IDOSO E DEFICIENTE FÍSICO. REQUISITO ECONÔMICO. DEDUÇÕES. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ABRANGÊNCIA NACIONAL DOS EFEITOS DA DECISÃO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 18/04/2013, reinterpretou a posição adotada na ADI nº 1.232/DF, ao julgar a Reclamação nº 4.374 e o Recurso Extraordinário nº 567.985, este com repercussão geral, ocasião em que reconheceu e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 -que prevê como critério para a concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo-, por considerar que esse critério se encontra defasado para caracterizar a situação de miserabilidade, sem pronúncia de nulidade.

2. A situação atual do benefício assistencial de prestação continuada permite que cada magistrado, frente a um caso concreto, possa avaliar a existência de gastos especiais decorrentes da idade ou da deficiência cotejando-os com a necessidade para o fim de verificar o risco social ao qual estaria submetido o núcleo familiar.

3. A Administração Pública, por sua vez, não é dotada deste poder de valoração, porquanto adstrita à legalidade, dependendo de norma jurídica ou, ainda, determinação judicial que defina os limites de sua atuação.

4. A dedução do cálculo da renda familiar de toda e qualquer despesa decorrente da deficiência, incapacidade ou idade avançada, viola a reserva do possível, pois geraria um incremento substancial na concessão de benefícios assistenciais e, por consequência, um desequilíbrio no sistema jurídico, o que macula o princípio da igualdade material e do Estado Social, uma vez que, ensejando gastos não previstos, compromete o custeio de outras prestações positivas.

5. A Constituição Federal institui um direito às condições mínimas da existência humana digna determinando a criação

de prestações estatais positivas, como é o caso do benefício assistencial. Porém, inviável afastar-se do objeto protegido pelo mencionado benefício, que é, justamente, eliminar a forma aguda de pobreza, ou seja, garantir condições mínimas de sobrevivência de quem nada tem, circunstância que não pode ser confundida com melhora das condições financeiras para aqueles que já possuem meios de sustentar suas necessidades básicas de vida.

6. Despesas particulares com plano de saúde, cuidadores/ assistentes, técnicos ou enfermeiros, revelam que inexistente o risco social do grupo familiar, que possui condições de arcar com tais despesas, mesmo que seu poder aquisitivo seja reduzido.

7. A escolha por consultas particulares na área da saúde, assim como a aquisição de medicamentos, fraldas e alimentos especiais é opção do cidadão, na medida em que o Estado os fornece, através do SUS.

8. A dedução de despesas com consultas na área da saúde e aquisição de medicamentos, fraldas e alimentos especiais na rede particular somente seria justificada nos casos em que, requerida a prestação ao Estado, houvesse a negativa da Administração. É apenas diante da negativa do direito que a aquisição particular, em detrimento do correspondente serviço público ofertado, deixa de ser opção e passa a ser necessidade.

9. Recurso parcialmente acolhido para compelir o réu a deduzir do cálculo da renda familiar, para fins de verificação do preenchimento do requisito econômico ao benefício de prestação continuada do art. 20 da Lei nº 8.742/93, apenas as despesas que decorram diretamente da deficiência, incapacidade ou idade avançada, com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis e consultas na área da saúde, comprovadamente requeridos e negados pelo Estado.¹⁰ Considerando a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1243887/PR, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 12-12-2011) e tendo em conta o teor da presente demanda, que visa garantir os interesses assistenciais, impõe-se determinar a extensão dos efeitos da presente ação civil pública a todo território nacional. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5044874-22.2013.4.04.7100/RS RELATOR: VÂNIA HACK DE ALMEIDA APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

Assim sendo preponderará, do instante posterior ao reconhecimento deste contexto, a ponderação entre bens e direitos. Ocorre então a possibilidade da alteração dos limites às restrições de

direitos fundamentais em pressupostos em que, efetivamente, não há verdadeiro choque entre direitos fundamentais. Então predominará mormente o princípio básico da dignidade humana.

Considerações finais

A pesquisa realizada visou reconhecer as restrições em direitos fundamentais. Percebe-se, por conseguinte, que as perspectivas são imprecisas, além disso unicamente o caso concreto mostra-se eficiente de estabelecer alguma resolução real. Afirma-se que isso não impossibilita, todavia, de firmar desfechos básicos.

Constatou-se, a partir desse estudo, que a matéria sobre direitos fundamentais conquistou pujança desde a proclamação da Constituição brasileira de 1988. Superior a um arrolamento de direitos subjetivos e liberdades individuais, os direitos fundamentais são intenções inarredáveis de um Estado Democrático de Direito, visto que visam consumir valores que lhe são próprios.

O Estado Democrático de Direito tem a obrigação de amparar os necessitados. Por isso que ele é democrático, visto que o período atual da democracia não significa governo da maioria, mas governo que assegura o direito das minorias, ou seja, os deficientes e os idosos na situação de miserabilidade.

A Constituição Federal confirma a sustentação dessa parcela de desprovidos no inciso V, do art. 203. Todavia a lei apresenta uma restrição injusta. Nesse sentido, é legítima a não aplicação dessa norma, porque a regra constitucional assegura o direito de que o requisitante do benefício justifique não possuir possibilidades de subsistência. Então, as alegações morais do jogador em sua manifestação de aplicação são adequados a rechaçarem o discurso de justificação da LOAS.

Por fim, para a resolução desta espécie de conflito, faz-se necessário reconhecer a espécie da norma que ampara cada direito, além de estabelecer o objeto da proteção e seus limites.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BALERA, Wagner. *Previdência Social Comentada*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1992.

MEZZAROBA, Orides. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 1. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

A aplicação da liberdade nos direitos sociais por meio da dignidade da pessoa humana¹

Anna Leticia Piccoli²

Introdução

O tema deste artigo trata-se da evolução dos direitos fundamentais e sua inserção do Estado Democrático de Direito. O problema da pesquisa fundamenta-se na expressão da liberdade, que pode ser compreendida tanto como prestação positiva quanto negativa do Estado, especialmente quanto ao seu fundamento da prestação dos direitos fundamentais sociais.

Justifica-se, a partir da percepção de que os direitos fundamentais são declaração dos direitos humanos já existentes, tornando-os exigíveis no ordenamento jurídico que são acolhidos. Objetiva-se, portanto, compreender a possibilidade da liberdade ser aplicada como fundamento da dignidade da pessoa humana, a partir da qual se possam concretizar demais direitos fundamentais sociais.

Para tanto, realizar-se-á um estudo acerca da conceituação e evolução histórica dos direitos fundamentais sociais, compreendendo a forma paulatina como tais direitos foram sendo reconhecidos nos ordenamentos jurídicos, e o motivo pelo qual a dignidade da pessoa humana é núcleo do ordenamento brasileiro.

Após, aprofunda-se no estudo dos direitos fundamentais sociais, sua aplicabilidade e exigibilidade, fundamentando que sua aplicação se

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

² Mestranda em Direitos fundamentais sociais: relações de trabalho e seguridade social pelo Programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina; pós-graduanda em Novo Sistema Processual Civil Brasileiro pelo Centro de Excelência em Direito de Chapecó; Advogada.

deve principalmente à dignidade da pessoa humana, que justifica os princípios da não regressividade e da progressividade, a fim de sempre alargar as garantias dos cidadãos.

Afirma-se que os direitos sociais são vistos como autênticos direitos humanos fundamentais, indispensáveis para promoção utópica do desenvolvimento humano a partir da liberdade, democracia, justiça e paz no mundo. Em contrapartida, expectativas básicas para efetivação da dignidade humana são umbilicalmente ligadas aos direitos sociais, sendo eles expressos de forma econômica, social ou mesmo cultural, e sua concretização não pode ser considerada separadamente da consolidação da democracia e de direitos civis e políticos.

Por fim, dá-se um enfoque ao direito à liberdade, em especial entendendo-se como um direito protagonista das garantias constitucionais e na condição de direito social aplicado por meio da dignidade da pessoa humana, entretanto, não absoluto.

Além disso, por ser uma das protagonistas dos direitos fundamentais, a liberdade passou pela mesma evolução histórica e dimensões que estes. Em que pese haver um extenso rol de liberdades asseguradas no texto constitucional, a liberdade de expressão é uma das mais importantes espécies de liberdade dos direitos fundamentais, sonhada e reivindicada pelos homens de todas as eras.

No entanto, os direitos fundamentais, incluindo a liberdade, não podem ser entendida como absolutos, vez que passíveis de limitações sempre que colocarem em risco outro direito fundamental, ao que se depara com a necessidade de efetivar a ponderação de interesses explanada por Alexy.

Nesse diapasão, a liberdade como direito social vislumbrada no âmbito trabalhista, especificamente à possibilidade de sua limitação, por ser direito fundamental de primeira geração aplicada a direitos prestacionais de proteção ao hipossuficiente – os trabalhadores – deve

ser aplicada por meio dos elementos básicos que integram a “prova” de proporcionalidade em alguns ordenamentos contemporâneos.

Por fim, para melhor compreensão da liberdade intrínseca à prestação de direitos fundamentais sociais trabalhistas, retoma-se a evolução história dos direitos trabalhistas, e compreende-se que a liberdade, em que pese não tenha sido conquistada em sua plenitude na esfera trabalhista, busca uma vida justa para todos os indivíduos, a realidade é que a concretização da liberdade de forma total e perfeita ainda é apenas uma utopia.

1 Direitos fundamentais – história e conceituação

Ao iniciar os estudos sobre os direitos fundamentais, é preciso salientar que tais direitos não estão dispostos apenas no artigo quinto da Constituição Federal, podendo ser encontrados por todo corpo constitucional, bem como tratados e convenções anuídos pelo Brasil.

A Unesco (1978, p. 11) conceitua de forma genérica os direitos fundamentais, considerando-os uma proteção não constitucional dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder estatal, além de regras que estabelecem condições humanas de vida e desenvolvimento de personalidade.

Moraes (2002, p. 39) entende de forma semelhante, explicando que os direitos fundamentais têm por finalidade básica o estabelecimento de condições mínimas de dignidade da pessoa humana por meio da proteção contra o arbítrio do Estado.

É possível perceber que os constitucionalistas não estão em consenso acerca da semelhança ou distinção das expressões “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais”. Baez et al. (2010, p. 16) trazem a denominação de direitos do homem em consonância com a ideia de Ingo Sarlet, que “sustenta que os direitos do homem nada

mais são do que direitos naturais ainda não positivados, concebidos como um ordenamento universal, superior e anterior ao direito positivo, extraídos da própria natureza humana.”

O autor defende, ainda, que, por ser antecessor dos direitos humanos e fundamentais, os direitos do homem existiam antes mesmo de um reconhecimento daqueles no ordenamento jurídico positivado. Contudo, não basta a positivação dos direitos do homem para que se tornem direitos humanos. Esta não é uma interpretação que se possa fazer de forma restritiva, sendo que o que realmente torna o direito do homem direito humano é “um conjunto de valores éticos, preexistentes, que são relacionados à dignidade da pessoa humana em suas diversas dimensões.” (BAEZ et al., 2010, p. 18).

Alexy (2007, p. 12) explica em sua teoria dos direitos fundamentais e da lei fundamental que determinados direitos fundamentais tem validade positivada. Neste sentido, ele salienta de que os direitos fundamentais de um Estado não terão a mesma interpretação em outro, tendo em vista que a realidade histórico-social difere.

O autor também é citado no livro de Fonseca (2009, p. 21), que conceitua os direitos fundamentais como “essencialmente direitos do homem transformados em direitos positivados.” Para tratar com clareza a diferença entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, é preciso saber quais são os destinatários de sua proteção. Assim trata Sarlet (2006, p. 35-36):

Em que pese sejam ambos os termos comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que,

portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Sendo que direito humano depende, também, da efetividade dos direitos relacionados nos conceitos, aponta-se, ainda, que os direitos fundamentais são compreendidos como direitos internos enquanto direitos humanos são direitos externos. Aprofunda-se a ideia de que os primeiros deveriam atingir maior grau de efetivação “em face da existência de instâncias (especialmente judiciárias) dotadas de poder de fazer respeitar e realizar direitos.” (SARLET, 2006, p. 40).

De acordo com Luño (2000, p. 11): Os direitos fundamentais, no esteio da melhor doutrina, resultam em posições jurídicas das pessoas enquanto tais, com eficácia no âmbito das relações com o Estado ou entre particulares, consubstanciadas ou não na Constituição.

Moraes (2000, p. 15) trata dos direitos fundamentais como providos em dois sentidos: formal e material. O primeiro sentido configura o complexo de regras jurídicas inserido na Constituição, que pode ou não regular a estrutura fundamental do Estado. O sentido material trata-se do conjunto de normas que obrigatoriamente regulam esta estrutural fundamental estatal, independentemente de sua veiculação pela Carta Magna.

Embora a conceituação dos direitos fundamentais seja feita por vários autores consagrados e cada qual com seu estudo encontre uma forma diversa de delimitar o que são os direitos fundamentais, da mesma forma suas características não poderiam ser petrificadas, considerando que a eficácia destas garantias depende do seu conteúdo concreto e do número de fatores extrajurídicos do Estado, entendidos pela cultura e história do seu povo.

Dada a conceituação sobre os direitos fundamentais, faz-se necessário entender sua evolução histórica, sendo os direitos fundamentais

conquistas dos antepassados para tornar superados os tempos de tortura e submissão.

A origem dos direitos individuais para proteção em relação ao Estado pode ser vislumbrada nas eras mais remotas, no antigo Egito e na Mesopotâmia. Apontam os estudos de Moraes (2002, p. 24) que o Código de Hamurabi possa ser o pioneiro das codificações que consagrou um rol de direitos comum aos homens.

Ainda na era da Grécia clássica, poetas e filósofos colaboraram para os estudos dos direitos naturais, dentre os quais Gonçalves (2007, p. 12) destaca Homero e Hesíodo. Para aquele, o direito não tinha como fulcro o valor da vida humana, mas no mundo de Hesíodo a centralidade do trabalho na vida humana e a existência por uma vida justa era a ordem que prevalecia, sendo regidas pelo direito. Tales de Mileto, por outro lado, valora a vida humana e os direitos a ela pertinentes a partir de seu desenvolvimento natural: do nascimento a morte.

A partir destas correntes filosóficas, pode-se extrair que Homero ainda não vislumbrava uma significância da lei. Para ele a justiça se dava com as decisões supostamente ditadas pelos deuses e reiteradas pelas assembleias, formadas pelos chefes de estado (GONÇALVES, 2007, p. 17).

Apesar de direitos como a propriedade, honra e dignidade estarem protegidas desde os anos 1690 a.C., a liberdade restou postulada apenas a partir das Leis das doze tábuas, sendo o Direito romano o responsável por dar início as tutelas individuais em relação aos arbítrios do Estado. Mendes (2011, p. 297) situa como ponto crucial do desenvolvimento dos direitos fundamentais a segunda metade do século XVIII, com a positivação dos direitos inerentes ao homem no *Bill of Rights*, de Virgínia.

De acordo com Moraes (2002, p. 24), a Inglaterra foi a precursora no que diz respeito às declarações de direitos fundamentais, com especial atenção a "*Magna Charta Libertatum*", outorgada pelo Rei João Sem-Terra.

Dentre outros direitos, este documento previa as restrições tributárias, liberdade da Igreja da Inglaterra e liberdade de entrada e saída do país.

Dentre todas as diretrizes já tomadas, ficou sob responsabilidade da França a consagração normativa dos direitos fundamentais, que, no ano de 1979, teve a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão promulgada pela Assembleia Nacional.

Dentre os dezessete artigos, destacam-se a liberdade, igualdade, propriedade e segurança, procurando garantir ao povo francês a felicidade e liberdade, não deixando de salientar seus deveres perante o Estado. Em meio a tantos avanços nos direitos e preocupações sociais, em 1927 surgiu a Carta do Trabalho que, mesmo saturada pela doutrina do Estado fascista italiano, ficou incumbida do grande avanço nos direitos sociais dos trabalhadores.

Os direitos do homem ganham espaço quando muda a relação Estado/indivíduo, dando ênfase no cidadão. Neste mesmo sentido, Bobbio (1992, p. 4) explica que a afirmação dos direitos do homem surge do Estado moderno, com uma mudança expressiva na relação Estado/cidadão: “[...] relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visa individualista da sociedade [...] do ponto de vista do início da idade moderna.”

No Brasil, a própria Constituição Imperial abarca um capítulo inteiramente dedicado aos direitos e garantias fundamentais alcançados no decorrer dos séculos em uma relação de 35 incisos. Tal ideologia perdurou primeira Constituição republicana de 1981, aumentando ainda mais o rol de direitos e garantias individuais para os brasileiros. Dedicar um capítulo da Constituição para os direitos e garantias fundamentais tornou-se uma tradição no Brasil, sendo lapidada a cada nova Carta Constituinte, até os dias atuais.

Com o único intuito de situar os diversos momentos que os direitos fundamentais se encontravam na sociedade realiza-se uma didática divisão: as chamadas gerações dos direitos fundamentais. O pilar que fundamenta tal divisão é a ordem cronológica em que os direitos fundamentais passaram a ser constitucionalmente reconhecidos. Embora cada geração tenha suas peculiaridades, os direitos que vão sendo incorporados, por vezes, são os mesmos da geração passada, adaptados a uma nova realidade.

Os direitos de primeira geração se encontram em maior evidência nas primeiras constituições escritas e tem como pilar o direito à liberdade. Sarlet (2010, p. 46) traz em seu estudo sobre a primeira geração de direitos fundamentais que se pretendia fixar uma esfera da autonomia pessoal sobre o poder estatal, classificando os direitos desta geração como cunho individualista e não intervenção. De acordo com Mendes (2008, p. 233), a preocupação era de manter a propriedade privada como parâmetro e limite na identificação dos direitos fundamentais.

Os direitos de segunda geração apresentam-se em um período de revolução industrial, em que as condições de trabalho eram não apenas precárias, mas desumanas. A partir desta realidade, busca-se atribuir ao Estado um comportamento mais ativo no que concerne à realização da justiça social e garantia de direitos de seus cidadãos, por meio de obrigações positivas.

A liberdade deixa de ser um sinônimo a oposição ao Estado e passa a ser por intermédio deste, com prestações sociais que podem ser vislumbradas até os dias de hoje. O escopo segue embasado na liberdade, contudo neste contexto encontra-se emoldurada nos grupos sociais. Sarlet (2010, p. 48), traz como liberdades sociais, por exemplo, a liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores “[...] tais como o direito a férias e ao repouso semanal apenas para citar alguns dos mais representativos.”

Na terceira geração, como explica Bulos (2009, p. 406), os direitos passam a ser coletivos e difusos e apresentam repercussão maior no âmbito do direito internacional. São direitos de cunho transindividual e relacionados à proteção do gênero humano, podendo ser basicamente reduzidos a dois: a dignidade da pessoa humana e a liberdade em todas as suas proporções.

É importante salientar, inclusive, que Bobbio (1992, p. 3) elenca os direitos da terceira geração como “novos direitos”. Acentua, inclusive, que o mais importante destes direitos é o reivindicado nos movimentos ecológicos: o direito de viver em um ambiente sem poluição, ao desenvolvimento sustentável e à conservação do patrimônio histórico e cultural.

No que concerne à quarta geração, é visível que a busca por novos horizontes nas pesquisas biológicas e as manipulações que podem ser feitas a partir dela. As exigências de outros direitos decorrentes da globalização dos direitos fundamentais são exemplos do caráter político de institucionalização do Estado Social que esta dimensão tomou, como afirma Bonavides (1997, p. 596). Sarlet (2010, p. 51) defende esta tese afirmando que:

A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.

O direito da paz, por ser um direito autônomo e um supremo direito da humanidade, pertence à última geração de direitos fundamentais, vez que se assegura um lugar de destaque a este direito, de tal sorte que resgata sua “relevância ao contexto multidimensional que marca a trajetória e o perfil dos direitos humanos e fundamentais

reclama uma reclassificação mediante sua inserção em uma dimensão nova e autônoma.” (SARLET, 2010, p. 51).

Inobstante as cinco dimensões dos direitos fundamentais sejam altamente explicativas e ajude entender os propósitos deste tema e o rol de direitos fundamentais ser extenso e de certa forma complexo, o presente estudo preocupar-se-á em ater-se em estudar os direitos sociais como garantia dos direitos fundamentais elencados.

2 Dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos sociais

Embora a evolução do Estado o tenha transformado suas bases sociais históricas em um Estado Democrático de Direito, traz-se a lume que sua base fundamental é a mesma, porquanto assume muitas conquistas do Estado Social, a exemplo de garantir e realizar os direitos fundamentais aos cidadãos. A dignidade da pessoa humana assume, portanto, o epicentro de todo ordenamento jurídico, considerado como um valor supremo (SCHWARZ, 2016, p. 39).

Além disso, não se pode entender que os direitos sociais são tardios por aparecerem posteriormente em um plano didático linear e cronológico de gerações, mas se apresentam com fundamentos comuns aos direitos civis e políticos, mesmo que estruturalmente diferenciados de forma estrutural, o que incide nas concepções a respeito de possibilidade de suas tutelas.

O efeito vinculante dos direitos humanos tanto na esfera interna – positivação na Constituição Federal – quanto acolhimento dos tratados internacionais de direitos humanos é um dos grandes avanços do constitucionalismo social, sendo este um critério para a legitimidade de um ordenamento jurídico, que os garante constitucionalmente em toda esfera nacional.

Ao pensar na vida biológica, especialmente em seu conteúdo material, pode-se denotar com transparência que o princípio da dignidade da pessoa humana não é capaz de, isoladamente, garantir a pessoa em sentido genérico e abstrato, tampouco representa oferecimento de garantias integrais ao ser humano, porquanto a vida não pode ser reduzida em uma ideia ou abstração (MATURANA; VARELA, 2007).

A questão de direitos humanos ainda se coloca ao que Schwarz (2016, p. 41) chama de “maratona existencial”, vez que incumbe a cada detentor deste direito o equilíbrio entre a resistência e a afirmação. No mesmo contexto, Zambrano (2008) afirma que a vida não pode ser vivida sem um ideal, no entanto *“ha de ser una idea informadora, de la que se derive una inspiración continua a cada acto, e cada instante.”* Em outras palavras: a vida deve estar aberta à transformação tanto quanto à sua preservação.

Schwarz (2016, p. 40) afirma que a “dignidade humana constitui o elemento central para construção de um fundamento, independente da forma jurídica que os veiculem dogmáticamente, para os proclamados fundamentais.” No entanto, em que pese tal princípio seja tão importante em toda humanidade – porquanto elencado nas mais variadas declarações de direitos internacionais – ainda não apresenta conceito definitivo.

Por esta exata razão, as definições do que se entende por dignidade humana têm sido realizadas pela exclusão, ou seja, a partir daquilo que não considera digno. No mesmo diapasão, Habermas (2003, p. 124) já apontava que a maioria das disposições acerca da dignidade humana é pautada em alguma injustiça cometida que passa a ser negada, buscando evitar que tal experiência se repita.

Diante da exposição de que o foco central dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana, cabe trazer o núcleo deste direito particularizado de modo cultural, pode ser vislumbrada pelas variações da moral kantiana, que se exprime o caráter único do ser humano: *“Age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, por tua*

vontade, lei universal da natureza.” (KANT, 1974, p. 224). Em termos mais conhecidos: não faça ao outro aquilo não gostaria que lhe fizessem.

Deste modo, garantir a dignidade humana ultrapassa uma segurança genérica ou abstrata de um direito ao ser humano de não ser submetido a situações degradantes ou segurança à sua integridade física e psíquica, mas mostra-se um “renovado humanismo”, em que a vulnerabilidade humana deve ser tutelada de forma prioritária, “onde quer que se manifesta, e como se manifeste, de modo que sempre terão preferência os direitos e as necessidades de certos grupos sociais considerados, de forma ou de outra, mais vulneráveis.” (SCHWARZ, 2016, p. 42).

A partir do exposto, o conceito da dignidade humana só pode ser compreendido a partir de casos concretos que se possa perceber uma efetiva agressão à dignidade da pessoa. Häberle (2016 apud SCHWARZ, 2016, p. 2) aduz que a materialidade deste princípio encontra respaldo no que se entende por “mínimo existencial”, que corresponde um conjunto de situações materiais indispensáveis para a existência de uma vida digna. Portanto, resta evidente que o mínimo existencial e o núcleo da dignidade humana correspondem ao mesmo fenômeno (BARCELLOS, 2002).

As expectativas básicas para efetivação da dignidade humana são umbilicalmente ligadas aos direitos sociais, sendo eles expressos de forma econômica, social ou mesmo cultural, e sua concretização não pode ser considerada separadamente da consolidação da democracia e de direitos civis e políticos, porquanto a remoção dos obstáculos que impedem estes direitos é essencial para efetivar os direitos sociais (DIMENSTEIN, 2006, p. 22).

Em contrapartida, os direitos sociais são vistos como autênticos direitos humanos fundamentais, indispensáveis para promoção utópica do desenvolvimento humano a partir da liberdade, democracia, justiça e paz no mundo. Utópica, diz-se, porque cada pessoa deve ser compreendida como um ser único, com desejos e ideais próprios, que convivem em seu específico meio social e com definições sociais diferenciadas das posições

sociais que ocupam, devendo cada ser humano ser protegido dentro de seu campo concreto (BOURDIEU, 2000, p. 112).

Isso decorre da premissa de que os direitos sociais são consequências de outros direitos, também elencados como fundamentais, pautados na liberdade e autonomia. Neste diapasão, ao pensar que uma vida só é assim considerada se vivida com dignidade, é imprescindível pensar em um aspecto material e, portanto, um estatuto privilegiado para os direitos sociais (SCHWARZ, 2015, p. 3).

Consoante Abramovich e Cortis (2006, p. 17), os direitos sociais são *“fruto delintento de traduciren expectativas (individuales o colectivas) respaldadas legalmente el acceso a ciertos bienes configurados en consonancia con la lógica de este modelo”*, porquanto estão associados aos sistemas de seguridade social, trabalho, educação, alimentos e proteção familiar.

De forma mais intrínseca, os direitos sociais podem ser compreendidos como o direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias; o direito ao ócio; à educação; à saúde de qualidade; habitação; a seguridade, dentre tantos outros que deve ser garantidos pelo Estado a fim de efetivar uma vida digna à seus cidadãos. Vislumbra-se, portanto, um elo entre os direitos sociais e a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, como forma de translucidar a igualdade civil, política e social (SCHWARZ, 2015, p. 4).

Salienta-se, ainda, que não possível realizar tais direitos sem que se liberte o homem do medo e da miséria quando não fazem parte das condições que os permitam gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais além dos direitos civis e políticos.

Outro ponto que merece respaldo é que a relação entre os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana está condicionada à posição da pessoa, havendo como nexa a ideia abstrata da pessoa aliada ao conjunto de posições que se reflete em um conjunto de direitos que decorrem da

dignidade da pessoa humana. Assim, cada grupo social reflete em um conjunto único de atributos considerado privilégio.

Schwarz (2016, p. 43) conclui que tratar de direitos humanos significa tornar acessíveis os direitos sociais aos grupos que não possuem acesso a tais direitos, ou seja, “trata-se de abrir um caminho novo, verdadeiramente alternativo e real, a uma cidadania não excludente, democrática em seu sentido participativo e devotada para uma práxis autenticamente transformadora da própria sociedade.”

Outro destaque que importa trazer à baila refere-se à suposta facilidade de efetivação dos direitos civis e políticos contrapostos com a onerosidade dos direitos sociais.³ Isto porque há uma falsa afirmação que, antecipa-se, é insustentável, de que os direitos civis e políticos são negativos, diretamente exigíveis e de fácil proteção, ao passo que os direitos sociais seriam valor, caros e condicionados para sua proteção (SCHWARZ, 2015, p. 40).

No entanto, essa falsa impressão de que direitos sociais só podem ser efetivados a partir de critérios de razoabilidade e disponibilidade de recursos financeiros, sendo dependente da reserva do possível e considerada com “gasto” em um cenário de disputa por recursos desaba a partir da compreensão de que nem os direitos civis e políticos podem ser caracterizados somente como direitos negativos, nem os direitos sociais podem ser vislumbrados tão somente como prestações positivas do Estado.

³ Sustain (2001, p. 31-33) questiona quando se permite decidir de acordo com o balanceamento do custo-benefício. Exemplifica com o caso em que a Agência de Proteção Ambiental (“EPA”) requer tecnologias agressivas de controle de corrosão para reduzir o chumbo na água, podendo produzir aumentos em outros contaminantes, vez que a maior poluição é uma consequência do referido tratamento. Aponta que o tribunal foi muito além do que o estatuto convida. Isto porque, além de permitir que a EPA se envolvesse em um equilíbrio de custo-benefício, o tribunal exigiu um alto grau de quantificação da EPA, incluindo comparações explícitas de índices custo-benefício para diferentes graus de regulação, e também discussões separadas de como a regulamentação afetaria diferentes indústrias usando amianto. Em comparação, embora se perceba o argumento de que os direitos sociais seriam onerosos e de prestações positivas, não é suficiente para não garanti-los, vez que se apresenta como benefício maior à sociedade, equilibrando, assim, o custo-benefício apontado pelo autor.

Na mesma toada, Sarlet (2004, p. 439) aduz que a consciência das múltiplas intervenções (positivas e negativas) estatais traz uma maior percepção das dimensões negativas e prestacional dos direitos fundamentais, que “não devem obedecer à uma dialética de antagonismo, mas a uma dialética de recíproca complementação.

Ainda, Shue (1980, p. 52-53) aponta uma divergência entre as obrigações dos poderes públicos decorrentes de todos os direitos – civis, políticos e sociais – concentrando as obrigações, sobretudo, em três: de evitar privações, de proteger e de ajudar: *toavoid, toprotect, toaid*.

Além do fator econômico, o princípio da irreversibilidade das conquistas sociais encontra respaldo constitucional a partir da aprovação da Lei Fundamental Alemã, que foi espelho para implantação no ordenamento jurídico brasileiro (SARLET apud COURTIS, 2006, p. 329 e ss).

Cristalino é o fato de que a não regressividade que se exige do Estado não é sinônimo de impossibilitar a promoção justificada de certas reformas no âmbito das políticas públicas sociais, no entanto, exige-se que as alterações pretendidas possuirão uma maior proteção dos direitos fundamentais.

Referida justificação que se impõe como exceção da vedação ao retrocesso deve expor de forma racional os motivos determinantes da conduta adotada, que permita observar sua validade perante o ordenamento jurídico, além da existência concreta de tais motivos, e a ponderação acerca de sua proporcionalidade regressiva.

Isso implica, além da comparação “entre a legislação, os regulamentos e as práticas previamente existentes e a recentemente aprovada, de forma a avaliar seu caráter regressivo”, que o Estado justifique as suas medidas regressivas, que constituem violação *prima facie*, devendo provar “em escrutínio mais severo, que elas são justificadas.” (COURTIS, 2008, p. 510).

Tal vedação espelha a obrigação de progressividade. Isto porque, o mesmo princípio que autoriza a adoção de programas graduais de

desenvolvimentos, respeitando a reserva do possível, os desautoriza a postergar indefinidamente a satisfação dos direitos em pauta (SARLETT apud COURTIS, 2006, p. 329 e ss).

Destarte, nada impede o desenvolvimento de critérios que delimitem o significado de determinados direitos sociais. De acordo com Mello (2009, p. 28), “a imprecisão ou a fluidez das palavras constitucionais não lhes retiram a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitoso de sua significação.” Portanto, o estabelecimento de tais parâmetros é imprescindível para o controle do cumprimento das obrigações estatais relacionadas aos direitos sociais.

O Tribunal Constitucional alemão entendeu que é possível derivar da Lei Fundamental o direito a um mínimo vital existencial, quer vinculado ao princípio da dignidade da pessoa, quer vinculado a um princípio de igualdade material, quer vinculado ao princípio do Estado social. A partir dessa afirmativa, não podem deixar de ser concretizados sem a violação imediata da dignidade da pessoa humana (SHWARZ, 2016, p. 46).

Diante de todo exposto, as garantias sociais, diretas ou indiretas, são formas de expressão ativa da cidadania e da dignidade da pessoa humana, devendo ser posta a apreciação estatal e resguardando os direitos, a fim de abrir novos canais de expressão frente à burocratização e falta de recursos que retardam a prestação dos serviços pelos poderes públicos (DÍAZ, 2005, p. 51-72).

3 A liberdade como direito social aplicado por meio da dignidade da pessoa humana

Desde o tempo de Hobbes (2009, p. 98), a liberdade é um direito natural dos seres humanos, partindo da premissa que cada homem pode fazer o que for preciso para proteger sua própria vida. Foi a partir da liberdade que os súditos renunciaram seus direitos no pacto de submissão,

criando um Estado absoluto e centralizados que tem como pilar garantir a segurança e a vida: “[...] o homem deve concordar com renúncia a seus direitos sobre todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, na medida em que se considerar tal decisão necessária a manutenção da paz e de sua própria defesa.” (HOBBES, 2009, p. 98).

Se outrora, ainda sem a existência de um Estado propriamente dito, a liberdade era direito, hodiernamente, então, se dá ainda mais ênfase, tornando este tributo como fundamental. Rosseau (1989) concorda com a tese de Hobbes em seu discurso sobre a desigualdade do homem, dizendo: “E os próprios sábios viram que era preciso se resolverem a sacrificar uma parte de sua liberdade para a conservação da outra, como um ferido deixa que lhe cortem um braço para salvar o resto do corpo.”

A liberdade é reconhecida como direito desde antes mesmo de surgir a sociedade. O homem busca nela um estado de euforia e bem-estar. Tamanha a importância e simplicidade deste direito, parece não ser necessária sua postulação. Mill (1086, p. 17), em seu ensaio sobre a liberdade, vislumbra a luta entre a liberdade e a autoridade como característica predominante das épocas da história. A liberdade era entendida como limitação dos poderes dos governantes absolutistas, e proteção contra sua tirania.

O poder, nestas épocas mais remotas, era único e conquistado por meios que não fossem a vontade do povo – seja por herança ou guerras – e tinham uma supremacia cujo povo não ousava contestar. Por este motivo, o objetivo dos patriotas consistia em limitar os poderes sobre os quais os governantes exerciam sobre a sociedade. Tal limitação era tentada de duas formas: obtendo-se um reconhecimento de certas imunidades, conhecidas como liberdades e direitos políticos e; estabelecendo um controle constitucional, a fim de tornar como condição necessária para os mais importantes governantes.

Contudo, para o Estado poder tornar este anseio de liberdade em efetivo direito no cidadão, ele foi exposto no texto constitucional e esmiuçado pelos seus doutrinadores. A liberdade é inerente a natureza humana, e, de acordo com Ruiz (2006, p. 143): o Estado a reconhece, a regula e restringe seu uso pelo homem.

Os direitos de liberdade e igualdade estão dispostos na Constituição Federal como elementos da dignidade da pessoa humana, considerada a espinha dorsal do sistema fundamental do Estado Democrático de Direito. Ademais, por estar disposto no caput do artigo quinto da constituição, este direito é considerado como básico fundamental.

As leis naturais, de acordo com Lock (2006, p. 89), obrigam o homem de maneira absoluta, vez que independem de qualquer tratado, incluindo a liberdade do homem, que não pode depender da vontade de qualquer dos poderes, mas existe no ímpeto de cada ser humano. O autor explica que a liberdade é tão necessária quando se convive com o poder absoluto que deve ser usada apenas com o propósito de preservar sua própria vida. Esta liberdade que ele imagina como Estado é passada de geração em geração, e cabe a cada um escolher em que sociedade pertence.

Hobbes (2009, p. 97) apresenta a liberdade como a ausência de obstáculos que servem para abster os seres humanos de fazer o que bem quiserem, mas não impede de usar o restante de poder de acordo com sua razão e julgamento. Mill, em uma visão futurista em sua obra, acredita que quando o povo sentir o poder do governo com o seu poder e as opiniões do governo como suas opiniões “a liberdade individual provavelmente estará tão exposta a invasão do governo, quanto já esta da opinião pública.” (MILL, 1806, p. 26).

Ter direito de administrar os assuntos pertinentes a sociedade como forma de obrigação e de controle é um princípio que traduz a permissão que a humanidade tem de interferir na liberdade alheia com o

único propósito de autoproteção. De outro norte, Montesquieu acredita que liberdade é fazer aquilo que a Constituição autoriza, em suas palavras: “A liberdade é o direito de fazer tudo quanto as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não mais teria liberdade, porque os outros teriam idêntico poder.” (CHEVALIER, 1998. p. 139).

As liberdades jurídicas são descritas de várias formas, sendo a mais corriqueira a máxima: os atos que o Estado não proíbe, tem-se a liberdade de praticar. Ou seja, enquanto o Estado permitir uma ação, ou não prescrever que a regra é abster-se, o cidadão possui total liberdade de fazer consoante sua razão e discernimento. Tal forma de liberdade, para Kant (apud PILON, 2002, p. 58), consiste em fazer qualquer ação que quiser desde que não se cometa injustiça, respeitando as “determinações externas”. É o que ele delimita como liberdade exterior.

A liberdade jurídica é analisada por Alexy (2011, p. 210) como uma qualidade. Parte-se do pressuposto que se uma pessoa é livre não existem restrições ou resistências às suas ações. A liberdade de uma pessoa pode ser atribuída de duas maneiras: a soma de todas as liberdades específicas ou a liberdade de uma sociedade – representada pela soma das liberdades de todos os seus integrantes.

O autor disserta, inclusive, sobre o ponto de vista da Constituição Alemã, que traduz esta “regalia” como autonomia geral de ação em um sentido amplo, por um direito geral de liberdade. A liberdade como direito autônomo pressupõe que o cidadão pode fazer ou deixar de fazer algo conforme seu arbítrio, incluindo todas as ações titulares de direito fundamental.

Kant (1980, p. 232) valora a liberdade como espontaneidade, em suas próprias palavras: “[...] a faculdade de iniciar espontaneamente um estado, cuja causalidade não esteja, por sua vez, subordinada, segundo a lei natural, a outra causa que a determine quanto ao tempo.”

A liberdade é vista como a busca pela autorrealização do ser humano, fazendo com que ele mesmo seja responsável pelas suas escolhas. Devido aos possíveis conflitos resultantes das pretensões que colidem devido estas liberdades o Estado se justifica, incumbido de garantir a paz de seus cidadãos.

Por ser uma das protagonistas dos direitos fundamentais, a liberdade passou pela mesma evolução histórica e dimensões que estes. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirmou em seu artigo primeiro que todos os indivíduos nascem em pleno gozo de sua liberdade e igualdade, em direitos e dignidade. No artigo terceiro, reitera que todo homem tem direito a vida, a liberdade e a segurança.

No Brasil, a gênese da liberdade esta no ano de 1789, a partir da Inconfidência Mineira. Posterior a independência, a primeira Carta Constitucional abarcou os direitos fundamentais em um título exclusivo, tendo por fundamento o direito à liberdade. As Constituições seguintes seguiram o mesmo critério, privilegiando os direitos fundamentais.

Hodiernamente o direito a Liberdade encontra-se no quinto artigo da Carta Magna (1988, p. 8): “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 [...]”

O direito à liberdade não deve ser visto como uma total anarquia, onde o indivíduo pode fazer o que quiser a qualquer tempo. As liberdades asseguradas pelo ordenamento jurídico brasileiro, dispostos nos múltiplos incisos do artigo quinto da Constituição Federal, podem ser discriminadas em várias espécies, cada qual com suas características e objetivos próprios.

O direito de informação restringe-se à ação de repassar os dados já ocorridos ou consagrados. Enquanto o direito de divulgar o pensamento pode ser entendido de forma ampla, no sentido de exteriorizar as opiniões individuais, o direito de informação não deve ter críticas, ou dúvidas,

sendo passado de forma clara e precisa. Pela laicidade do Estado brasileiro, é garantido ao cidadão, também, a liberdade de crença, acautelando que ninguém sofrerá qualquer tipo de coação em relação aos seus conceitos, seja de cunho político, filosófico ou religioso.

A liberdade de locomoção é o direito de ir e vir, ficar, permanecer, sendo desnecessária a autorização, podendo locomover livremente sem que privem este direito, enquanto a liberdade de circulação é a manifestação característica da liberdade de locomoção, deslocando-se de um ponto ao outro. As liberdades de reunião e associação também tem previsão legal e diferenciam-se pela temporalidade, vez que as associações possuem caráter permanente.

Dentre os artigos sobre o direito fundamental a liberdade, Ruiz (2006, p. 146) destaca o remédio constitucional para combater qualquer coação infundada sobre a liberdade do indivíduo: o habeas corpus. Este remédio constitucional surgiu na Inglaterra, em meados de 1679, e vem sendo utilizado até os dias atuais com o intuito de garantir o direito à liberdade.

Como já relatado, a liberdade pode ser entendida de várias formas, entretanto, é a liberdade de expressão e de pensamento que irão desencadear o estudo sobre o conflito de liberdades entre o trabalhador e o empregador. A liberdade de expressão é uma das mais importantes espécies de liberdade dos direitos fundamentais, sonhada e reivindicada pelos homens de todas as eras. São várias as ramificações que a liberdade de expressão pode ter e, reconhecendo isto, todas foram codificadas pela Lei Maior.

Ademais, já ficou comprovado que o ser humano não consegue viver sozinho e, para viver em sociedade, é preciso haver comunicação. A liberdade de expressão torna acessível a comunicação e permite que os homens descubram seus objetivos e ideais comum, para conviver em harmonia.

De acordo com Mill (1806, p. 30), a área apropriada da liberdade humana compreende primeiramente o domínio interno da consciência, a

liberdade de pensamento, e a absoluta liberdade de opinião. A liberdade de expressar-se e publicar as opiniões, de outra forma, enquadra-se em uma conduta do indivíduo que interessa as outras pessoas, mas que, por ser tão importante quanto a liberdade de pensamento, é inseparável dele, conectando-se com a característica da sociabilidade, essencial do ser humano, como bem enaltece Mendes (2011, p. 296).

A Constituição Federal garante a liberdade de pensamento e de expressão, vedado o anonimato. Na hipótese de a manifestação do pensamento causar dano à moral ou à imagem de outrem, deverá ser ressarcido em indenização, além do direito de resposta, de mesmo patamar. Sendo uma das mais importantes vertentes do direito à liberdade, a liberdade de pensamento foi consagrada como direito fundamental ainda no ano de 1789, na Declaração dos Direitos Humanos.

O inciso IV do quinto artigo da Constituição Federal não acautela sobre o direito de pensamento, e sim da sua manifestação. Além disso, o pensamento só pode ser combatido com o pensamento, sendo incoercível, por não haver possibilidade de punir alguém pelo que se pensa, quando não se sabe qual o conteúdo, sem sua exteriorização.

Kelsen, em seu sistema de normas hierárquicas acreditava que a norma hipotética fundamental, como topo da pirâmide, era o limite de pensamento. Entretanto, Guerra Filho (1994, p. 23-29), em seu estudo sobre a norma de direito fundamental expõe que esta norma não resulta em ato de vontade que possa ser positivado, portanto não é uma norma propriamente dita. Além disso, ele estuda a pirâmide de forma diversa, abarcando como norma suprema os direitos fundamentais.

A liberdade de pensamento é de foro íntimo, e enquanto não manifestada é livre sempre, sendo que é impossível constranger alguém a pesar desta ou daquela forma. No entanto, é preciso concordar que o direito à liberdade não é absoluto e pode ser vislumbrado em diversas esferas.

As restrições dos direitos fundamentais são tão complexas que dificultam, inclusive, a sistematização destas limitações. Além disso, descrevem que por ocuparem o mais alto nível de hierarquia entre os direitos, as garantias fundamentais podem ser limitadas tão somente pelo próprio texto constitucional. O assunto é debatido desde 1789, quando na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já referenciava restrições expressas. É o caso do artigo 4º da referida declaração, que preceitua:

A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. (BRASIL, 1789).

Destarte, previam desde outrora que os limites dos direitos naturais e fundamentais devem ser descritos pelo legislador, uma vez que os cidadãos não teriam condições de conviver em harmonia sem a referida restrição. O artigo 10 do mesmo texto traz as premissas sobre a liberdade de expressão, restringida com o fundamento da preservação da ordem pública: “Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.” (BRASIL, 1789).

A liberdade de informação, expressada como manifestação de pensamento foi tratada com destaque na Constituição Federal de 1988, entretanto, não passou despercebido pelo legislador o fato de que haveria de ser exercido nos moldes compatíveis com os demais direitos fundamentais da honra, imagem e a vida privada.

Apesar de o legislador ser altamente prudente quando da limitação das liberdades dos cidadãos brasileiros, não há o que se olvidar quanto aos conflitos que surgem entre direitos fundamentais, decorrentes do exercício de direitos fundamentais por diferentes titulares.

Tamanha a relevância do assunto, que O Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), em reunião na Suíça no ano de 2011, confirmou a preponderância da liberdade de expressão, reiterando a consagração alemã de que “os valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material.” (FRANÇA, 1789).

Portanto, a limitação da liberdade de expressão, em especial, deve ser tratada com extrema exceção, sendo admissível somente em casos especialíssimos. Importante ressaltar, da mesma forma, que a prevalência de um direito sobre outro não aduz seu desvalor, traduzindo tão somente a ideia de que sua limitação é essencial para sua compatibilização com os outros direitos fundamentais individuais.

Assim, resta cristalina a ideia de que, em determinadas situações, é completamente plausível a limitação dos direitos fundamentais, inclusive o de liberdade de pensamento e expressão. Tal limitação pode ocorrer em detrimento do texto legislativo ou mesmo na ponderação dos direitos decorrentes de conflitos entre eles.

Outrossim, é preciso, quando da colisão entre princípios, que seja analisada por determinados critérios, de razoabilidade ou proporcionalidade de um programa ou de uma ação aparentemente regressiva, em matéria de direitos sociais, – supressão do direito à liberdade do trabalhador, por exemplo – pode ser contrastada, de modo que pode permitir ao Estado justificar o programa ou política, sem prejuízo do reconhecimento de um núcleo mínimo absolutamente protegido (ALEXY, 1994), contra o qual não cabe limitação alguma, mesmo que seja considerada “proporcional”.⁴

⁴ Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, esse dever de não-regressividade se impõe em tempos de crises econômicas, de forma que “a pesar dos problemas causados externamente, as obrigações decorrentes do Pacto continuam se aplicando e são, quiçá, mais pertinentes durante tempos de recessão econômica. Por conseguinte, ao Comitê parece que uma deterioração geral das condições de vida [...], que seria diretamente atribuída às decisões de política geral e as medidas legislativas de todos os Estados partes, e a falta de medidas compensatórias concomitantes, contradiria as obrigações decorrentes do Pacto” (Observação Geral nº 4, 1991).

Salienta-se que algumas constituições estipulam com detalhe as obrigações que a consagração de um direito comporta para os poderes públicos e, assim mesmo, para os setores privados, enquanto outras apenas fazem menção dessas obrigações.⁵ No entanto, o que está em jogo no estudo em tela, portanto, não são simples concessões revogáveis, mas os direitos humanos fundamentais, as mudanças de poder devem observar uma série de obrigações que não pode ser indefinidamente adiadas: desde o dever de não regressividade em matéria de direitos sociais até a adoção de medidas de proteção dos direitos sociais frente a possíveis usos dos atores privados em relações de poder, sem prejuízo do dever de garantir, de forma permanente, o conteúdo mínimo dos direitos sociais, relacionado com o mínimo existencial.

Assim, a liberdade como direito social vislumbrada no âmbito trabalhista, especificamente à possibilidade de sua limitação, por ser direito fundamental de primeira geração aplicada a direitos prestacionais de proteção ao hipossuficiente – os trabalhadores – deve ser aplicada por meio dos elementos básicos que integram a “prova” de proporcionalidade em alguns ordenamentos contemporâneos, como o alemão, ao qual podemos recorrer por meio do direito comparado.

Esses critérios incluiriam: a) a *legitimidade* da matéria em pauta, ou seja, sua vinculação ao ordenamento e, sobretudo, aos fins prescritos; b) a *adequação* da medida em pauta, ou seja, seu caráter realmente adequado à proteção dos fins prescritos; c) a *necessidade* da medida em pauta, ou seja, seu caráter imprescindível e, antes de mais nada, a inexistência de meios menos onerosos para os resultados afetados; e d) a *proporcionalidade*, em sentido estrito, da medida em pauta, ou seja, se

⁵ A Constituição do Equador (1996), por exemplo, estipula em seu artigo 96 que “O orçamento será alocado ao menos trinta por cento das receitas do governo central a educação e a erradicação do analfabetismo.”

sela derivam mais benefícios ou vantagens de interesse geral do que para outros bens e valores em conflito.⁶

Confirma-se, dessa forma, que nenhum direito é absoluto, podendo haver restrições entre eles, que devem ser delimitadas nos casos concretos, pela observância das normas já fixadas em lei. Isso perceptível, também, quando das questões das liberdades nas relações de trabalho, como efetivação dos direitos sociais.

4 A liberdade na prestação de direitos sociais dos trabalhadores

O que se tem de relatos da condição humana de trabalho nas mais antigas sociedades é um sistema combatido até hoje: a escravidão. Desde aquele tempo a condição humana era considerada uma condição essencial do ser humano, e aqueles que não a detinham – os escravos – eram privados de todos os demais direitos.

Aqueles que trabalhavam para seus amos eram considerados coisas. Sem a liberdade, os escravos perdiam também o direito à vida, a dignidade e a saúde, ficando a mercê da vontade de seus donos. Os homens livres que realizavam algum tipo de trabalho com a finalidade lucrativa eram vistos com desdém pelo fato de negarem o ócio. Trabalhar era considerado uma prática desonrosa, por isso aquele que o fazia era discriminado da sociedade.

De acordo com a doutrina de Sussekind (1999, p. 29-30), a escravidão entre os romanos, egípcios e gregos tomou grandes proporções. Na Grécia as fábricas tinham apenas escravos como operários, e em Roma era ainda mais habitual: desde pastores, gladiadores, músicos e filósofos eram donos de seus trabalhadores.

⁶ Para mais formulações nesse sentido, v. Pulido (2003).

Com a ascensão do mercantilismo, o trabalho passa a integrar o cotidiano do homem livre, fazendo emergir os ideais de liberdade de forma clara e transparente. Os burgueses, diretamente envolvidos com o comércio, passam a exigir do Estado a não intervenção nos assuntos regidos pela vida privada.

No século XVIII Adam Smith concretizou a doutrina liberal, onde o Estado não deveria intervir em assuntos econômicos. A mão invisível, que supostamente controlaria as atividades econômicas, não foi capaz de retardar as desigualdades sociais, e deu surgimento a uma nova forma de escravidão: a exploração dos trabalhadores assalariados.

Até os dias atuais os direitos fundamentais, principalmente da liberdade, não foram conquistados em sua plenitude. Embora tão sublime direito busque em sua ideologia uma vida justa para todos os indivíduos, a realidade é que a concretização da liberdade de forma total e perfeita ainda é apenas uma utopia.

Muito embora se defenda a liberdade de expressão, bem como todos os direitos da personalidade do trabalhador, é interessante a ressalva que, caso este não se manifeste de forma adequada, poderá sofrer as devidas consequências, incluindo, assim, a desobediência quanto às normas do contrato de trabalho.

A liberdade de pensamento e expressão deve ser entendida, como bem descrito, como prioritária, contudo não ilimitada. Nesta toada, a liberdade pode sofrer restrições na relação de trabalho, quando preenchidos três requisitos: “a necessidade da regra imposta, a adequação desta regra e a proporção em que ela é imposta.” (TST, 2012).

Pertinente ao referido assunto, e com absoluta convicção de que, em regra, os atos da vida privada não devem repercutir na vida pública, mas aceitando que, como toda regra, há exceções, o Ministro Alexandre Belmonte (2012) exemplifica com a situação hipotética de uma apresentadora de programa infantil que faz um filme pornográfico. Ao

tornar-se público, poderá interferir no seu trabalho como apresentadora, “porque as duas coisas são incompatíveis”.

Portanto, a liberdade de expressão do empregado como máximo direito fundamental deve ser aplicada como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, sobretudo porque não há como garantir a dignidade de um trabalhador sem garantir-lhe a sua liberdade.

Conclusão

A partir da análise da evolução dos direitos fundamentais no decorrer do desenvolvimento da sociedade em que estavam inclusos, é notória a importância do direito a liberdade neste progresso, haja vista estar presente desde a primeira geração de direitos essenciais ao ser humano.

Assim, mesmo que didaticamente se entenda que os direitos vão surgindo em meio a sociedade para suprir as necessidades mais básicas de sobrevivência de seus cidadãos, resta claro que, em verdade, tais direitos foram apenas sendo reconhecidos, visto que sua eficácia vinha sendo mantida desde os tempos mais remotos, autônomo à positivação dos mesmos.

Aplica-se, portanto, tanto aos direitos sociais, que são reconhecidos em momento posterior à liberdade, quanto a esta, que se efetiva nas relações sociais – horizontal e verticalmente – podem ser concretizados a partir da máxima da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, independentemente da relevância do direito fundamental, a liberdade – em especial a de expressão representada pela manifestação de pensamento – é imprescindível que se adote uma postura maleável no que tange aos conflitos de interesses que se possa surgir, uma vez que nenhum direito é absoluto no ordenamento jurídico brasileiro.

Da mesma forma, denota-se que a garantia da liberdade de expressão do pensamento é uma forma de concretizar a dignidade da pessoa humana, tonando efetivos os direitos sociais bravamente conquistados no decorrer dos tempos. Conclui-se, portanto, que é possível que o direito à liberdade sofra restrições, desde que preenchidos os requisitos da necessidade da regra imposta, adequação desta regra e proporção em que ela é imposta.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechossociales como derechosexigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de losDerechosFundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BAEZ, Narciso Leal Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBA, Orides. *Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Modelo, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Ministro Alexandre Agra Belmonte fala sobre a liberdade de expressão no trabalho*. 18 nov. 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3253513>. Acesso em: 08 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOURDIEU, Pierre. *Cuestiones de sociología*. Madrid: Istmo, 2000.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHEVALIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

COURTIS, Christian. (Org.). *Niun paso atrás: la prohibición de regresividad em materia de derechos sociales*. Buenos Aires: CELS, 2006.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. França, 1789. *Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-ata%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Schwarcz, 2006.

DÍAZ, Amaya Olivas. Castillarla disidencia: el movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico. *Jueces para la democracia*, n. 54, Madrid, 2005.

ENVOLVERDE. *Liberdade de expressão: restrições só como exceções*, 2011. Disponível em: <<http://www.envolverde.com.br/noticias/liberdade-de-expressao-restricoes-so-como-excecoes/>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

FONSECA, Maria Hemília. *Direito do Trabalho: um direito fundamental*. São Paulo: Editora São Paulo, 2009.

GONÇALVES, William Couto. *Gênese dos direitos humanos na antiga filosofia grega*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma de direito fundamental. *Centro das Ciências Jurídicas*. Florianópolis, n. 29, 1994.

- HÄBERLE, Peter. *Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis*. Berlin: Duncker&Humblot, 2016.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Coleção a obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: KANT, I. *Crítica da razão pura e outros textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- LOCK, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Editora Vozes, 2006.
- MATTOS JUNIOR, Ruy Ferreira. Direitos fundamentais e direito de liberdade. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 6, 2009.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *El árbol del conocimiento*. Santiago: Universitaria, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MILL, John Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Escala, 1086.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2002.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Direitos fundamentais: conflitos e soluções*. São Paulo: Editora Frater et Labor, 2000.
- NOTA DEZ. Trabalho x liberdade de pensamento, uma relação delicada. *JusBrasil*, 2013. Disponível em: <<http://nota-dez.jusbrasil.com.br/noticias/100190483/tst-trabalho-x-liberdade-de-pensamento-uma-relacao-delicada>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

PILON, Almir José. *Liberdade e justiça: uma introdução à filosofia do direito em Kant e Rawls*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

ROSSEAU, Jean-Jaques. *O discurso sobre a desigualdade do homem*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1989.

RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 1, n. 2, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2010.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *A dignidade humana e os direitos fundamentais sociais como referentes do Estado Democrático de direito*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2016.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *As garantias dos direitos fundamentais sociais: uma perspectiva garantista e democrática*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instruções de direito de trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 1999. v. 1.

SUSTEIN, Cass R. *Cost-Benefit Default Principles*. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mlr99&div=68&start_page=1651&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 06 jul. 2017.

UNESCO. *Les Dimensions internationales des droits de l'homme*. Unesco, 1978. p. 11.

ZAMBRANO, María. *Pensamiento y poesía en la vida española*. México: FCE, 2008.

Elementos morfológicos do direito fundamental à saúde

Vinicius Zoponi¹

Introdução

O direito fundamental à saúde, não obstante o destaque por ele ocupado no panorama teórico-doutrinário e jurisprudencial brasileiro ao longo dos últimos anos, notadamente por conta do fenômeno da judicialização da saúde, oferece diversos desafios de pesquisa, na busca de se atingir um estágio de compreensão teórica e de práxis jurisprudencial devidamente.

A judicialização da saúde, contudo, tem gerado uma afetação das discussões acadêmicas voltadas à compreensão jurídico-constitucional desse direito, enviesando-se os discursos teóricos para a solução de questões associadas à práxis jurisdicional. Essa contaminação, por assim dizer, muitas vezes se mostra prejudicial à compreensão clara dos aspectos morfológicos da saúde enquanto direito fundamental, em juízos obnubilados pela (compreensível) ânsia de se desatar as dificuldades cotidianas do problema originário.

Nesta pesquisa, sem desprezar a urgência e relevância das discussões diretamente conectadas à judicialização da saúde, buscase precipuamente o estudo teórico do direito fundamental à saúde em sua compleição morfológica, de assento jurídico-constitucional, tomada como problema geral de pesquisa.

Para tanto, em sua fundamentação, já no tópico 2.1, será examinada a saúde a partir do conceito de relação jurídica, matizada, na

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera.

hipótese, pela propriedade de ter por base as disposições constitucionais e, por conseguinte, trazer em si o atributo da fundamentalidade. Na sequência, nos tópicos 2.2 e 2.3, focam-se dois aspectos da morfologia constitucional do direito à saúde, a saber: a titularidade e o vínculo jurídico, respectivamente, desse direito fundamental.

O fio analítico, condutor da pesquisa, estará, em vista da revisão bibliográfica que se volta especificamente ao recorte temático objeto do estudo, em uma argumentação dedutiva que buscará, a partir da significação jurídica dos conceitos e categorias manejados, atingir conclusões próprias ao direito fundamental à saúde, em busca de caracteres estruturais de sua compleição morfológica, de base constitucional.

1 Fundamentação

1.1 a morfologia da saúde como direito fundamental

A Constituição, no quadro jurídico da atualidade, é considerada o documento político-jurídico de conformação estrutural de uma determinada sociedade, por meio do qual nasce o Estado respectivo e assenta-se a pedra de toque de sua ordem jurídica. Pela primazia jurídico-normativa desse referencial, deve a Constituição estabelecer a base mínima de funcionamento do Estado, com a fixação de parâmetros para as relações entre os Poderes estatais e também para as relações travadas pelo Estado com o indivíduo e com o próprio corpo social (HESSE, 1998, p. 37-43).

Particularmente na dinâmica das relações Estado-indivíduo e Estado-coletividade, a Constituição reconhecerá um catálogo de bens primordiais, atrelados aos aspectos mais caros da vida do ser humano e dos grupos a que pertence, como garantia de tudo o que é inerente e imprescindível à natureza humana. Tais bens primordiais são posicionados pela Constituição como objetos de relações jurídicas, a envolver, de um

lado, o indivíduo e a sociedade e, de outro lado, o Estado (precipualemente) (SARLET, 2015, p. 95-102).

O referencial de uma relação jurídica pode auxiliar a compreensão da morfologia constitucional do direito fundamental a saúde, pois, como é consabido, uma relação jurídica² é caracterizada essencialmente por quatro componentes elementares, a saber: (i) um sujeito ativo, titular do direito estabelecido ou reconhecido pela relação jurídica; (ii) um sujeito passivo, a quem recai o dever correspondente a tal direito ou, na linguagem alexyana, o destinatário desse direito; (iii) um objeto, bem da vida cuja proteção ou concretização é almejada; (iv) um vínculo jurídico, que estabelece a dinâmica entre os sujeitos ativo e passivo e o pertinente objeto. Nesses termos, é possível extrair da ordem constitucional um conjunto de relações jurídicas dotadas de fundamentalidade, justamente porque trazem como objetividade jurídica os bens primordiais ao indivíduo e à sociedade.

Tais relações jurídicas fundamentais têm o indivíduo e, por vezes, a própria sociedade como sujeitos ativos – titulares de direitos fundamentais – e o Estado como sujeito passivo – incumbidos de deveres

² Para Machado Neto (2001, p. 42), os elementos da relação jurídica são: “a) Fato temporal ou fato jurídico – é o acontecimento temporal que ocorrido, desenlaça a relação jurídica, criando dever para o sujeito obrigado e direito subjetivo ou faculdade para o sujeito pretensor; b) Prestação – é a conduta a que está obrigado o sujeito passivo em face do ativo, desde a verificação do fato temporal; c) Sujeito passivo – é o alguém obrigado em face do titular do direito subjetivo; d) Sujeito ativo – é o titular do direito subjetivo, a quem, pois, está facultado exigir a prestação do sujeito passivo; e) Não-prestação ou ilícito – consequência da liberdade humana é a ocorrência de que o sujeito passivo não realize a prestação que lhe estava imputada pela verificação do fato temporal; f) Sanção – é a consequência jurídica imputada à não-prestação.” (1966, p. 55). Já para Norberto Bobbio, na obra “Teoria da Norma Jurídica”, “uma relação jurídica, como foi visto, é uma relação entre dois sujeitos, dentre os quais um deles, o sujeito ativo, é titular de um direito, o outro, o sujeito passivo, é titular de um dever e obrigação. A relação jurídica é, em outras palavras, uma relação direito-dever. Ora, o que significa ter um direito? Significa, como veremos melhor em seguida, ter o poder de realizar uma certa ação. Mas, de onde deriva este poder? Não pode derivar senão de uma regra, a qual no mesmo momento em que me atribui este poder, atribui a um outro, a todos os outros, o dever de não impedir a minha ação. E o que significa ter um dever? Significa estar obrigado a comportar-se de um certo modo, que esta conduta consista em um fazer, quer em um não fazer. Mas de onde deriva esta obrigação? Não pode derivar senão de uma regra, a qual ordena ou proíbe. Em essência, o direito não passa do reflexo subjetivo de uma norma permissiva, o dever não é senão o reflexo subjetivo de uma norma imperativa (positiva ou negativa). A relação jurídica, enquanto direito-dever, remete sempre a duas regras de conduta, dentre as quais a primeira atribui um poder, a outra atribui um dever.”

fundamentais. Além disso, o vínculo jurídico que lhes estrutura está calcado na própria Constituição, sem prejuízo da complementação normativa infraconstitucional. Por fim, como já dito, os objetos dessas relações são justamente os bens da vida mais caros ao ser humano, os quais, sob a ótica do sujeito ativo, são rotulados como direitos fundamentais.

Cuida-se aqui, ainda que por outro referencial teórico, do reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais e de sua instrumentalidade protetiva à dignidade humana. Por assim dizer, a proteção da dignidade é a função precípua da Constituição, na exata medida em que o Estado, tradução jurídico-burocrática da sociedade, tem por único fim a proteção e a valorização do ser humano e de sua dignidade. A origem comum de todo e qualquer direito fundamental está na dignidade humana, cujo conteúdo ético-jurídico imaniza o ordenamento jurídico e a argumentação jurídica na contemporaneidade (SARLET, 2015, p. 95-102).

A morfologia da saúde, enquanto direito fundamental, pode ser compreendida por essa apreensão constitucional.

A uma, intuitivamente, a saúde é um bem primordial ao ser humano. Entretanto, para além da intuição, é possível afirmar que a saúde se conecta fundamentalmente com a dignidade, uma vez que a própria existência humana, pelo menos no estágio tecnológico atual, pressupõe sua corporificação ou materialização em uma compleição físico-mental minimamente funcional. A funcionalidade mínima do ser humano é revelada justamente por sua saúde. Por essa construção, verifica-se a contiguidade entre vida e saúde: aquela dá existência ao ser humano, esta torna-o minimamente funcional enquanto um organismo vivo. Há, portanto, notas de fundamentalidade à saúde, que a coloca como objetividade jurídica de uma relação jurídica fundamental.

A duas, para além dessa relação ontológica entre saúde e dignidade humana, há também uma relação estritamente normativa.

Para sua apresentação, porém, deve-se lançar mão de uma distinção prévia (e precisa) entre os conceitos de direitos humanos e de direitos fundamentais: os primeiros são os assim reconhecidos na esfera internacional; os segundos, por sua vez, são os assim previstos por uma específica Constituição – logo circunscritos à realidade de um determinado Estado em uma determinada época (SARLET; FIGUEREDO, 2013, p. 18). Este artigo toma por referência conceitual o paradigma dos direitos fundamentais e, para tanto, parte da fonte normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Assim, por essa perspectiva teórica, para a identificação da morfologia e do atributo da fundamentalidade da saúde (ou do direito à saúde), deve-se examinar a relação estritamente normativa entre saúde e dignidade em vista do conteúdo da CRFB. Tal exame leva a um resultado imediato, em que se tem a detecção da dupla fundamentalidade formal e material³ da saúde no Texto Constitucional de 1988, a partir da previsão de seus artigos 6º e 196, dentre outros que os orbitam. Há, portanto, também pelo prisma normativo, uma conexão entre saúde e dignidade humana que confere àquela o *status* de objeto de uma relação jurídica fundamental.⁴

Como se vê por essa lente teórica, há uma nítida relação jurídica fundamental, de base constitucional, que tem a saúde como bem da vida, com nítida instrumentalidade protetiva à dignidade humana, seja em

³ O parâmetro da dupla fundamentalidade é bem apresentada por Sarlet e Figueredo (2013, p. 18): “Para esse efeito, relembre-se que a noção de direitos fundamentais como direitos reconhecidos e assegurados por uma determinada Constituição (sendo assim passíveis de diferenciação em relação aos direitos humanos, considerados como aqueles reconhecidos e assegurados por uma determinada Constituição) encontra-se necessariamente vinculada ao que se tem designado de dupla fundamentalidade formal e material, designadamente a circunstância de que se cuida de bens jurídicos que, na ótica do Constituinte, expressa ou implicitamente enunciada, são dotados de suficiente relevância e essencialidade (fundamentalidade material) a ponto de merecerem e necessitarem de uma proteção jurídica e normatividade reforçada em relação até mesmo às demais normas constitucionais, mas especialmente no que diz com sua exclusão do âmbito da disponibilidade plena dos poderes constituídos.”

⁴ A compreensão normativa da fundamentalidade do direito à saúde, longe de um apego exacerbado à base positiva do ordenamento jurídico, é deveras importante e deve ser tomada como um argumento de peso para a afirmação da saúde como um direito fundamental. Veja que, inobstante a diferença estrutural dos sistemas jurídicos, nos Estados Unidos, pela ausência de uma previsão equivalente na enxuta Constituição daquele país, questiona-se inclusive se a saúde é propriamente

vista de uma justificação ontológica, seja à luz de uma fundamentação normativa, esta referenciada pela CRFB.

Assim, rememorando-se a estrutura elementar da relação jurídica, é possível posicionar em órbita à saúde: (i) como sujeito ativo, o indivíduo e, a depender da leitura propugnada, a sociedade – o que será justamente o objeto de discussão no tópico abaixo; (ii) como sujeito passivo, o Estado, em caráter precípua, mas também, ao lado dele, outros interessados, como o próprio indivíduo, os membros de sua família e seu empregador; (iii) como objeto, a saúde individual e a saúde coletiva, mais uma vez a depender da lente pela qual se observa a relação jurídica; (iv) por fim, como vínculo jurídico, o tipo de postura que deve ser adotada pelo sujeito passivo em relação ao sujeito ativo, visando à consecução do bem da vida, ou seja, a promoção e a proteção da saúde individual ou coletiva.

Veja que rotular a saúde como uma relação jurídica fundamental e, por conseguinte, como um direito fundamental é deveras relevante, porque traz em si todo o peso – histórico, político e teórico – dessa categoria jurídico-constitucional. Não obstante, “direito fundamental” é uma expressão ampla, que congrega direitos de morfologias distintas e, por conta disso, não elucidada, por si só, predicados morfológicos do direito à saúde, em vista de suas particularidades, a exigir o avançar analítico sobre os contornos dessa relação jurídica fundamental.

No presente artigo, nos tópicos subsequentes, avança-se em busca de uma melhor significação da saúde enquanto direito fundamental, abordando-se detida e especificamente dois elementos de sua morfologia fundamental, a saber: (i) a titularidade; e (ii) o vínculo jurídico.

um “legal right”. Nesse sentido: “Common law support for a right to medical care is also extreme limited. The only clear backing has come with respect to emergencies situations. [...] Under current Supreme Court precedent, medical care is not a constitutional right. However, the Equal Protection Clause could furnish the basis for an argument that unequal access to medical care based on income is a classifying standard which results in invidious, unconstitutional discrimination.” (CHRISTOFFEL, 1978). Também enfrentando estas mesmas dificuldades em vista do direito norte-americano, vide Hayes (1992, p. 405-415).

1.2 A titularidade do direito à saúde

Por uma visão do direito sob a ótica de uma relação jurídica, o titular – o sujeito ativo da relação jurídica – é aquele que tem sua pretensão de fruição do bem da vida – o objeto da relação jurídica – garantida pela ordem jurídico-constitucional, podendo exigir seu atendimento junto ao seu destinatário – o sujeito passivo da relação jurídica, sob pena de censura jurídica – a sanção, ainda que por intermédio do direito de ação, pela via do Poder Judiciário – a justiciabilidade do direito.

Em um resgate da linha tradicional de compreensão dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais sociais e, por conseguinte, o direito à saúde, podem ser categorizados como direitos metaindividuais ou transindividuais,⁵ pois trazem em si uma expectativa de fruição que transborda a ótica meramente individual. Todavia, essa categorização tradicional estrita parece não registrar a real natureza do direito fundamental à saúde, pois tal bem jurídico só pode ser delineado primeiramente em vista do indivíduo, titular primário do direito fundamental à saúde.⁶ Evidentemente, por partilharem os indivíduos de um mesmo ambiente, interesses sanitários diversos são por eles compartilhados e comungados, porquanto instrumentais ao resguardo da saúde da coletividade, de seus grupos e de cada um de seus membros,

⁵ “O direito à saúde possui a natureza jurídica de direito difuso, na medida em que a Constituição Federal de 1988 trata-o como um direito de todos (art. 196, *caput*), enquadrando-se completamente no conceito normativo do CDC (art. 81, I), como sendo aquele “transindividual de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. [...] Quando a Carta Magna refere-se à saúde como um direito social (art. 6º, *caput*), esse direito é observado numa compreensão também transindividual, entretanto, coletiva *stricto sensu*, como conceituada pelo CDC (art. 81, II).” (ROCHA, 2011, p. 19-20).

⁶ Nessa linha, conjugando-se uma crítica à compreensão tradicional dos direitos sociais como de 2ª geração e transindividuais, encontra-se a advertência de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 268): “Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.”

de modo a permitir a reunião e sistematização desses interesses, no plano jurídico, por meio da categoria dos direitos metaindividuais.

Tal discussão, antagonizando-se coletividade ou grupos e indivíduos como possíveis sujeitos ativos da relação jurídico-constitucional fundamental que orbita a saúde, tem ocupado um papel de relevo no estudo temático do direito à saúde. Como se observa, a discussão, ou melhor, o perfilhamento de uma das posições tem sido utilizado como argumento para um outro embate, a saber: a (im) possibilidade de se singularizar as prestações materiais de saúde, especialmente pela via do controle judicial, atendendo-se a demandas individuais em vista das particularidades de saúde de cada caso concreto. Nesse embate, reflexo daquele, a titularidade individual do direito fundamental à saúde militaria em favor de uma particularização das prestações de saúde, adequando-as às necessidades concretas de cada indivíduo; já a titularidade coletiva desse mesmo direito sinalizaria para a impossibilidade de pleitos individualizados, não compreendidos pelo conjunto de prestações disponibilizado a todos os demais por intermédio das políticas públicas de saúde.⁷

O problema alvo desse embate – (im)possibilidade de se singularizar as prestações materiais de saúde – é, por óbvio, deveras relevante e constitui, ao fim e ao cabo, a principal discussão operacional em matéria de direito à saúde. Contudo, entende-se que o enfrentamento dessa questão pelo prisma da titularidade do direito fundamental à saúde e, especialmente, amparada no campo semântico processual dos direitos metaindividuais, não é muito profícuo e é até mesmo tecnicamente impróprio.

Como é consabido, a concepção dos direitos metaindividuais, desde seu berço doutrinário, posicionado dentro da 2ª onda renovatória de acesso à Justiça, parte essencialmente da constatação empírica da existência de um

⁷ Como exemplo da riqueza e profundidade desse debate, vide Sarlet (2012, p. 99-116).

conjunto de direitos ou interesses que não era adequadamente contemplado pela tradição processual civil clássica, adstrita à noção de processo como relação triádica entre juiz e duas partes processuais. Tais novos direitos ou interesses são caracterizados justamente por uma titularidade coletiva ou grupal, com a diluição das possibilidades apriorísticas de determinação singular de seu sujeito ativo, a reclamar, por conseguinte, uma tutela jurisdicional também plural, adequando-se o modelo de processo até então aplicado para lhe conferir um ferramental hábil e eficiente para a proteção desses novos direitos. Cappelletti e Garth (2002, p. 47-49), na clássica obra “Acesso à Justiça”, apresentam com primazia o déficit processual da época diante da então nova realidade social:

O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. [...] Centrando seu foco de representação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformar forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. [...] A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

Tem-se, por conseguinte, que a concepção teórica dos direitos metaindividuais é eminentemente instrumental e não propriamente ontológica: concebe-se e estrutura-se uma nova dimensão jurídico-processual para, ato contínuo, adequar-se as categorias processuais e, por fim, remodelar-se o exercício do direito de ação e o próprio exercício da tutela jurisdicional, como forma de fazer frente aos desafios processuais

que esse novo conjunto de direitos trouxeram à tona. Logo, pelo menos em sua origem, o móvel do reconhecimento dos direitos metaindividuais está mais associado a sua dinâmica processual do que propriamente à compreensão da natureza singular ou plural do sujeito ativo de uma relação jurídica ou do titular de um direito, o que sinaliza a impropriedade ou, ao menos, a insuficiência de se buscar nessa fonte dogmática um critério elucidativo preciso da sujeição ativa de uma relação jurídica fundamental, particularmente na temática dos direitos fundamentais sociais.

Evidentemente, não se ignora que o avanço teórico sobre a categoria dos direitos metaindividuais – e suas espécies – fez migrar a discussão do plano estritamente processual, de onde surgiu, para o plano do direito material, onde se qualificou a discussão, agora sim em vista do exame de uma relação jurídica metaindividual e da natureza dos titulares de cada uma das espécies de direitos. Nessa perspectiva, a própria definição legal desses institutos, trazidas pelo art. 81 do Código de Defesa do Consumidor,⁸ na linha da doutrina majoritária,⁹ maneja o dado da titularidade desses direitos como elemento conceitual de cada uma das categorias dos direitos metaindividuais.¹⁰

⁸ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁹ Por todos, vide Zavascki (2014, p. 33-35).

¹⁰ A construção teórica segue adiante para se conceber as subespécies dos direitos metaindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos; os dois primeiros – difusos e coletivos – são tratados como direitos essencialmente coletivos, para os quais há a indivisibilidade do objeto, distinguindo-se pelo fato de os difusos serem caracterizados pela indeterminabilidade absoluta de seus titulares e os coletivos, pela indeterminabilidade relativa dos sujeitos ativos; por sua vez, os direitos individuais homogêneos são reconhecidos como direitos acidentalmente coletivos e qualificam-se pela divisibilidade de seu objeto e determinabilidade de seus titulares. Veja-se que, mesmo para os direitos difusos, não se nega a existência de titulares, mas tão somente o seu reconhecimento e verificação, leia-se, a sua determinação.

Contudo, ainda que aperfeiçoado um conceito de direito material para cada uma das espécies dos direitos metaindividuais, parece ser teoricamente difícil negar a afirmação de que todo direito, ainda que metaindividual, sempre terá um indivíduo singular como titular, ainda que, em determinadas circunstâncias, a determinação exaustiva de quem são esses titulares individualizados seja impossível. Frise-se a sutil diferença conceitual e lógica: a indeterminabilidade dos titulares de um direito, diluídos no corpo social (direitos difusos) ou jungidos em um grupo ou categoria (direitos coletivos), não significa que este direito não tenha titulares singularizados ou que seja um direito de titularidade exclusivamente metaindividual. Como dito acima, em rememoração às origens do instituto, a criação dos direitos metaindividuais enquanto categoria jurídico-processual deu-se justamente para permitir o acesso à Justiça, mediante a adequada representação,¹¹ de demandas pertinentes a direitos que justamente por importar a todos ou a muitos indivíduos, não recebia a concreta defesa por parte ninguém, especialmente por conta da insuficiência do modelo processual então vigente.

Assim sendo, a circunstância de se reconhecer em um direito os atributos de um direito metaindividual não retira seu conteúdo primordial de ser um direito subjetivo, ou seja, um direito titularizado por um sujeito singular, que se encontra em posição de sujeição ativa em uma dada relação jurídica; a característica eventual da indeterminabilidade dos interessados, que marca os direitos difusos de modo absoluto e os direitos coletivos de modo relativo, não é prejudicial a essa conclusão. A construção teórica dos direitos metaindividuais, que remonta a Cappelletti e Garth, ainda na década de 1970, longe de negar a individualidade desses direitos, tem por objetivo primordial potencializar um feixe de direitos subjetivos

¹¹ Por associações, entidades de classe e determinados órgãos ou Instituições estatais, nesse último caso, com destaque para o Ministério Público (art. 5º da Lei n. 7.347/1985); Nesse sentido: Ziesemer e Zoconi (2017).

a ponto de se reconhecer um direito transindividual autônomo, de titularidade de um grupo ou da coletividade e, com isso, maximizar a sua defesa e o respectivo acesso à Justiça.¹²

Nesses termos, fiel à origem e à razão de ser do instituto jurídico, não se verifica um rigor técnico necessário no estudo da titularidade dos direitos fundamentais sociais, o que inclui o direito à saúde, em vista do fenômeno dos direitos metaindividuais.

Paralelamente à desconstrução dessa via analítica, cumpre afastar também duas associações argumentativas não muito precisas, ambas bem expostas por Sarlet, com a acuidade teórica que lhe é peculiar.¹³

De um lado, deve-se reconhecer que a simples qualificação dos direitos fundamentais sociais como de 2ª dimensão, classificação cujo critério é melhor estudado no tópico seguinte, não os torna *ipso facto* direitos de titularidade metaindividual, já que tal segmentação dos direitos

¹² Essa conclusão está longe da unanimidade na doutrina de processo coletivo; sustentando entendimento diverso, encontra-se, por exemplo, a expressão de Donizetti e Cerqueira, citando-se Antonio Gidi: “Frise-se que mesmo o indivíduo favorável à tutela do direito difuso não é titular desse direito. A posição desse indivíduo é de portador ‘de um interesse’ não tutelado pelo ordenamento de que o direito superindividual [...] da comunidade ou coletividade à qual pertence seja tutelado em juízo através de uma ação coletiva. Quem tem o direito público subjetivo à prestação jurisdicional referente a tais direitos (direito de ação coletivo) é apenas a comunidade ou a coletividade como um todo, através das entidades legalmente destinadas à sua propositura.” (2010, p. 45). Especificamente para a discussão pertinente ao tema da segurança pública, um direito fundamental, há quem afaste a titularidade individual do direito à segurança pública, reconhecendo-o, enquanto categoria jurídica, apenas como um direito social; nessa linha, vide Fabretti (2014, p. 112 e ss).

¹³ “Aliás, é preciso enfatizar que a convencional distinção estrita entre direitos individuais (terminologia habitualmente utilizada para designar os direitos civis e políticos) e direitos e deveres sociais, econômicos e culturais, atualmente ampliada pela inserção dos direitos e deveres em matéria ambiental, não encontra sua razão principal de ser na titularidade dos direitos, isto é, na condição de ser, ou não, a pessoa individualmente considerada um sujeito de direitos humanos e fundamentais, e, sim, mais propriamente na natureza e objeto do direito em cada caso.” (SARLET, 2012, p. 103). Mais à frente, sustenta ainda este mesmo autor: “Outra explicação para a atribuição de titularidade coletiva aos direitos sociais (acompanhada da negação da titularidade individual, pelo menos no campo dos direitos sociais mais básicos, como saúde, moradia e educação) pode estar vinculada à confusão entre a figura das políticas públicas e a dos direitos sociais como direitos fundamentais. Neste contexto importa, ainda que em caráter sumário, insistir na distinção entre tais categorias. Com efeito, políticas públicas não se confundem com os direitos fundamentais, designadamente como direitos subjetivos (individuais e/ou coletivos e difusos) que são veiculados e tutelados ou promovidos por meio de políticas públicas, o que não afasta a possibilidade de um direito a que o Estado atue mediante políticas públicas, precisamente como forma de assegurar a efetividade de direitos fundamentais.” (SARLET, 2012, p. 109).

fundamentais em dimensões (ou gerações) tem por critério orientador a diferenciação quanto os objetos ou, mais precisamente, quanto aos vínculos jurídicos da relação jurídica fundamental de cada uma das dimensões, e não propriamente de seu sujeito ativo. Por conseguinte, tão só a qualificação do direito fundamental como de 2ª dimensão, afeto à natureza social, econômica e cultural, não é suficiente para infirmar o apontamento teórico acima construído quanto à impertinência do estudo da titularidade dos direitos fundamentais sociais com base na perspectiva dos direitos metaindividuais.

De outro lado, há de se quebrar a correlação argumentativa entre titularidade metaindividual de direitos fundamentais sociais e a concretização de tais direitos mediante políticas públicas. A rigor e sem maiores aprofundamentos, políticas públicas são mecanismos de atuação do Estado para o desempenho sistemático e planejado das competências materiais, primordialmente atinentes a serviços públicos prestados diretamente pelo Estado, que lhe foram conferidos pela Constituição e pelas leis. Evidentemente, uma política pública adota, na imensa maioria dos casos, um viés coletivo, já que o Estado, na imensa maioria de suas atividades, busca atuar de modo isonômico para todos os que se encontrem na mesma situação fático-jurídica contemplada por uma política pública, o que vale também para a concretização prestacional dos direitos fundamentais sociais. Logo, vê-se com clareza meridiana que o atributo coletivo é próprio da política pública¹⁴ e não necessariamente do direito garantido por ela, o que torna falaciosa qualquer conclusão relativa à titularidade coletiva do direito em questão a partir de sua conexão com o tema correlato.

¹⁴ Por definição, uma política pública sempre aspira à generalidade das prestações por ela veiculadas; contudo, ainda que infrequente, não é imprópria uma política pública que traga como uma de suas diretrizes a consideração individualizada dos destinatários de suas prestações, o que se encontra, por exemplo, em qualquer política pública voltada à inclusão de pessoas portadoras de deficiência. Nesse

Em vista de tudo o que acima exposto, com a quebra argumentativa das afirmações que projetam uma titularidade metaindividual para os direitos fundamentais sociais, não há como negar que a relação jurídica fundamental que tem a saúde como objeto traz como sujeito ativo, ou seja, como titular desse direito fundamental, o indivíduo singularmente considerado (SARLET, 2012, p. 105-106).

Como já dito no tópico 2 deste artigo, há uma relação ontológica entre saúde e dignidade da pessoa humana, uma vez que a própria existência humana, pelo menos no estágio tecnológico atual, pressupõe sua corporificação ou materialização em uma compleição físico-mental minimamente funcional, a qual é revelada justamente pela saúde de cada indivíduo. Logo, corresponde a saúde à própria vitalidade pulsante de cada individualidade humana, regrada sim pela dinâmica orgânica própria à espécie, mas marcada essencialmente pelas peculiaridades físicas, mentais e idiossincráticas de cada um de seus membros. Em vista disso, a pluralização da sujeição ativa dessa relação jurídica esgarça sua fundamentalidade, porque distancia ou até mesmo rompe com a relação protetiva e instrumental da saúde com a dignidade de cada indivíduo, contrariando-se a própria significação constitucional dos direitos fundamentais.

Entretanto, tal como também já vislumbrado no tópico 2 *supra*, não há como negar que os indivíduos, ao conviver e se relacionar em um mesmo ambiente, compartilham e comungam de interesses de saúde diversos, como a qualidade do ar, água e alimentos, o controle de atividades perigosas desempenhadas pelo Estado e por particulares, a prevenção e o combate a endemias, e, ao que importa estritamente à saúde, o acesso a prestações materiais de saúde, visando à promoção e proteção desse

sentido, vide o art. 3º, VI, da Lei n. 13.146/2015, que, ao definir “adaptações razoáveis”, instrumento para a inclusão material, contempla as adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados em “cada caso” concreto, remetendo-se a uma análise individualizada das barreiras enfrentadas pela pessoa com deficiência em cada um de seus ambientes.

bem jurídico.¹⁵ Tais interesses sanitários importam a cada um e a todos simultaneamente e, por conta disso, podem ser reunidos e sistematizados, no plano jurídico, por meio da categoria dos direitos metaindividuais, particularmente pelas categorias do direito difuso e do direito coletivo.

Não obstante, tal como visto no histórico da concepção e estruturação teórica dos direitos metaindividuais, o trato multitudinário desses interesses sanitários comuns está à serviço da adequada e efetiva promoção e proteção do direito à saúde, na exata medida em que o atendimento das prestações de saúde para a coletividade ou para um grupo corresponderá, grosso modo ao menos, ao resguardo da saúde individual de cada um de seus membros. Cuida-se, por conseguinte, de uma estratégia jurídico-formal de conformação dos interesses individuais para, uma vez tomados de forma plural, ampliar-se e padronizar-se seu atendimento, promoção e proteção.

Logo, qualquer projeção dessa leitura metaindividual da saúde para o âmago da relação jurídica fundamental primária, que tem o indivíduo como sujeito ativo, mostra-se, pelo menos a princípio, imprópria, em vista de tudo o que antes sustentado.¹⁶ Contudo, feita essa ressalva, é possível identificar uma dimensão metaindividual ao direito fundamental à saúde, segmento digno de estudo e cujo incremento

¹⁵ Nesse aspecto, incluem-se considerações de ordem econômico-financeira, associadas à sustentabilidade de um sistema público de saúde (LEAL, 2009, p. 167-171).

¹⁶ Ao sustentar uma perspectiva metaindividual para o direito fundamental à saúde, Sarlet (2012, p. 107 e 109) afirma que: “Que o conteúdo do mínimo existencial implica sua necessária contextualização, em virtude da sua relação com o ambiente social, econômico, cultural e mesmo natural (condições climáticas, por exemplo), constitui mais uma razão para que não se possa dissolver o mínimo existencial (o que se aplica a todos os direitos sociais na sua relação com a garantia das condições materiais para uma existência digna) em uma dimensão coletiva (comunitária), afastando a sua inequívoca titularidade individual, por mais que, reitera-se, a dimensão individual conviva (e também por esta é limitada) com uma perspectiva social e comunitária, de perfil transindividual” e, mais à frente em artigo específico sobre o tema, “a tese segundo a qual os direitos sociais são direitos humanos e fundamentais referidos à pessoa individual não deve ser compreendida, para espantar qualquer dúvida, como se afastasse uma dimensão transindividual (coletiva e difusa) dos direitos sociais, como se verifica no caso da conexão entre a proteção da saúde e a proteção do ambiente, ou mesmo no caso de políticas de saúde voltadas à prevenção e combate de doenças endêmicas, entre tantos exemplos que poderiam ser colacionados apenas na esfera do direito à saúde.”

teórico e prático mostra-se de grande utilidade, haja vista a relevância, em um Estado Democrático de Direito, de se atender com eficiência coletiva aos interesses de saúde da população. Tal dimensão metaindividual, porém, vale frisar, não altera a natureza das coisas, e deve conviver dogmaticamente com o reconhecimento da titularidade individual do direito fundamental à saúde.

Por fim, para a clareza do que ora se perfilha, vale esclarecer que o reconhecimento da titularidade individual do direito fundamental à saúde não significa a subscrição da tese imediata de que é exigível do Estado, sujeito passivo precípua dessa relação jurídica fundamental, toda e qualquer prestação individualizada de saúde, exigida por cada indivíduo em vista de suas particularidades e demandas singulares.¹⁷ Mais uma vez, trata-se de construções teóricas absolutamente distintas: em uma mão, a compreensão da sujeição ativa desse direito fundamental; em outra, a extensão, qualitativa e quantitativa, das prestações albergadas pelo vínculo jurídico fundamental que conecta o indivíduo, titular do direito, e o Estado, destinatário do direito. A junção teórico-argumentativa dessas teses, ainda que possível, não é automática e exige um ônus argumentativo mais denso, sob pena de se simplificar por demais a compreensão do tema.¹⁸

Por conseguinte, por tudo o que foi acima exposto, consolida-se um primeiro caractere estrutural do direito à saúde, específico à sujeição ativa dessa relação jurídica fundamental: trata-se de um direito de titularidade individual, ainda que, em vista de interesses sanitários

¹⁷ Com essa mesma leitura, ainda que já antecipando o posicionamento de que, em alguma medida, há margem para se atender a prestações individualizadas de saúde, inclusive na esfera judicial, tem-se o entendimento de Sarlet (2012, p. 105 e 113-114) e de Sarlet e Figueredo (2013, p. 38-39).

¹⁸ Pela limitação temática do artigo, a extensão do vínculo jurídico da relação jurídica fundamental concernente à saúde não será examinada, limitando-se o tópico seguinte à compreensão do teor do vínculo jurídico presente na relação jurídica fundamental que orbita o direito à saúde. Para uma abordagem do direito à saúde em vista do princípio da impessoalidade, em que se ataca inclusive a limitação do próprio exercício do direito de ação para o tratamento médico individual, vide Lupion (2013, p. 315-318).

comuns a todos os membros da coletividade ou de um grupo, seja possível reconhecer uma dimensão metaindividual ao direito fundamento à saúde, a conformar um interesse difuso ou coletivo, amplificando-se suas possibilidades de promoção e proteção.

1.3 o vínculo jurídico do direito à saúde

Tomada a relação jurídica como ponto de partida da análise, o vínculo jurídico é o elemento constitutivo que firma a conexão entre os sujeitos ativo e passivo e que dinamiza o objeto dessa relação – o bem da vida, estabelecendo, a um só tempo, o teor ou o conteúdo da fruição do direito por seu titular, com o correspondente dever por seu destinatário. A fundamentalidade dessa relação jurídica, abstraída a partir da relevância e instrumentalidade de seu objeto para a dignidade humana, exige a compreensão do vínculo jurídico em vista de sua base constitucional, como já externado no tópico 2 deste artigo. Em outras palavras, o exame do vínculo jurídico fundamental corresponde à busca do fundamento constitucional pertinente ao que deve ser garantido ao titular do direito pelo destinatário desse direito, o que, no caso da saúde, envolve predominantemente o indivíduo, como sujeito ativo, e o Estado, como sujeito passivo (ainda que não exclusivamente).

Por uma linha tradicional de compreensão dos direitos fundamentais, a saúde é catalogada como um direito social, integrante da denominada 2ª geração ou dimensão dos direitos fundamentais (SUSTEK; POVOLONA, 2015, p. 69-70). Os direitos sociais, por definição, projetam ao Estado um dever de agir, obrigando-se o ente estatal a prestações positivas, como meios para se atingir a igualdade material entre os indivíduos, a partir da fruição de determinados direitos, como saúde, educação, moradia, seguridade social e os trabalhistas. Trata-se, portanto, de direitos a prestação ou direitos positivos. Por uma compreensão

histórica, os direitos sociais foram implementados no modelo do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), particularmente no pós 2ª Guerra Mundial, com o reconhecimento da insuficiência do modelo estatal liberal clássico, guardião tão só da liberdade e da autonomia individual – os direitos de 1ª geração ou dimensão, resguardados pela mera abstenção do Estado em se imiscuir nos interesses individuais (direitos de defesa, de viés negativo) (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 268).

Contudo, muito embora didática a apresentação dos direitos em gerações ou dimensões, rotular o direito à saúde estritamente nos termos acima parece não captar com precisão sua estrutura fundamental, pois, a depender do recorte fático-jurídico que se considera, a saúde pode funcionar ora como direito de defesa, ora como direito a prestação. Nessa linha, tem-se as precisas palavras de Sarlet e Figueredo (2013, p. 39):¹⁹

Com efeito, na condição de direito de defesa, o direito à saúde assume a condição de um direito à proteção da saúde e, em primeira linha, resguarda o titular contra ingerências ou agressões que constituam interferências na e ameaças à sua saúde, sejam oriundas do Estado, sejam providas de atores privados. Já como direitos a prestações, o direito à saúde pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que asseguram a fruição do direito. Em sentido amplo, abrange a consecução de medidas para salvaguarda do direito e da própria saúde dos indivíduos (deveres de proteção), bem como a organização de instituições, serviços, ações, procedimentos, enfim, sem os quais não seria possível o exercício desse direito fundamental (deveres de organização e procedimento). Em sentido estrito (acompanhando aqui a terminologia proposta por Robert Alexy) a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental (atendimento

¹⁹ Com essa mesma constatação, amplificada para os direitos sociais como gênero, encontram-se as palavras de Davies (2012, p. 30): “Observa-se, portanto, que os direitos sociais surgem como uma régua niveladora que almeja, de diversas formas, alcançar o ponto mais próximo da igualdade material, ou seja, é o Estado intervindo por meio de prestações positivas e concretas para a garantia de um mínimo de dignidade ao ser humano em ambientes capitalistas em que a concorrência, por vezes, espezinha o cidadão. [...] É importante salientar a diversidade da natureza dos direitos sociais, entre eles, a saúde, a educação e o direito ao trabalho. Nem todos os direitos sociais exigem uma prestação positiva do Estado, alguns podem apenas exigir um poder fiscalizatório, como, por exemplo, a proibição do trabalho escravo ou do trabalho infantil; outros ainda uma mera atividade normativa e

médico e hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, prestação de tratamentos, ou seja, toda uma gama de prestações que tenham por objeto assegurar a saúde de alguém).

Por essa constatação, é possível a apreensão de um primeiro caractere estrutural do direito fundamental à saúde: cuida-se simultaneamente de um direito negativo e positivo, a exigir abstenções (atos de não violação) e prestações (atos de promoção e proteção) do sujeito passivo – Estado – dessa relação jurídico-constitucional fundamental, o que projeta uma qualificação binária ao dever fundamental de saúde.

Em vista disso, é válido examinar a visão estrutural do direito à saúde, nesta sua dupla caracterização, para se aprofundar a compreensão, particularmente à luz da teorização de Robert Alexy acerca dos direitos fundamentais.²⁰

Inicia-se com o primeiro caractere, qual seja a saúde como um direito a ações negativas do Estado. Para Alexy (2017, p. 196):

Os direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas (direitos de defesa) podem ser divididos em três grupos. O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas *ações* do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.

Dentro dessa tipologia, o direito à saúde, enquanto objetividade jurídica de ações estatais negativas, amolda-se ao segundo grupo acima listado. Para Alexy (2017, p. 199):

O segundo grupo de direitos a ações estatais negativas é constituída pelos direitos a que o Estado não afete determinadas

reguladora, quando na intervenção das atividades privadas e da atividade econômica; ou ainda uma mera abstenção.⁷

²⁰ Para um estudo mais aprofundado, mas que adota a mesma perspectiva alexyana em face do direito fundamental à saúde, tem-se a dissertação de Souza (2011, p. 46-72).

características e situações do titular do direito. Exemplos de propriedades de um titular de um direito fundamental que podem ser afetadas são viver e ser saudável; um exemplo de uma situação é a inviolabilidade do domicílio.

Vê-se, por essa roupagem argumentativa, que o direito à saúde figura como um limite à atuação estatal, de modo que não é dado ao Estado, sob pena de romper com as linhas protetivas dos direitos fundamentais, empreender qualquer atividade que afete ou prejudique a vida saudável do indivíduo e da sociedade. Há, por conseguinte, uma relação intrínseca entre a saúde e o direito geral à liberdade do indivíduo, na medida em que o Estado é sujeitado a um campo de não-intervenção justamente para se resguardar o campo de livre ação individual, no qual, *a priori*, há condições inatas – um estado, para Alexy – para um viver saudável.

Não há nenhuma surpresa nessa conexão entre saúde e liberdade, já que o prisma analítico considerado, nesse primeiro momento, é justamente o caractere da saúde como um direito a ações negativas ou direito de defesa, o qual, desde seu nascedouro, foram interpretados pela ótica liberal clássica como mecanismos de proteção “da esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos.” (ALEXY, 2017, p. 433).

Tal construção está amparada na teoria dos direitos de liberdade implícitos, particularmente em vista de um estado do titular de direitos fundamentais; no caso esse estado corresponde justamente ao direito à saúde. Segundo Alexy (2017, p. 364):

Quando se trata de um estado, embora não seja possível formular uma norma permissiva, é possível formular uma proibição, dirigida aos destinatários do direito fundamental, que corresponde a direitos de igual conteúdo do titular do direito fundamental: *a* tem, em face de *b*, um direito a que *b* não intervenha no âmbito confidencial de *a*.

Pela amplitude do direito à saúde, nessa acepção, tem-se um direito de liberdade implícito abstrato e que fixa posições *prima facie*,²¹ ainda segundo a classificação deste autor alemão (ALEXY, 2017, p. 364-365).

A projeção individualizada da saúde como direito a ações negativas do Estado é bastante evidente, já que a integridade física da pessoa é colocada como critério material para se aferir o (des)respeito ao direito fundamental à saúde. Veja que, como dito acima, a saúde do indivíduo representa um estado que fixa posições *prima facie*, a comportar equalizações e relativizações em vista de outros interesses, ainda que do próprio titular do direito à saúde. Exemplo nítido dessa afirmação encontra-se na previsão do artigo 4º, da Lei n. 10.216/2001, que dá base a 2 (duas) normas de direito fundamental, a saber: (i) cada indivíduo tem, em face do Estado, um direito a que o Estado não intervenha em sua liberdade ambulatorial individual; (ii) o indivíduo poderá ser sujeitado a internações psiquiátricas, para resguardar sua saúde, desde que os demais recursos terapêuticos não tenham se mostrado suficientes.

Apreciada a saúde como um direito a ações negativas, cumpre agora examinar, ainda sob os influxos do pensamento de Alexy, a saúde como um direito a ações estatais positivas, a demandar prestações do Estado, vale dizer, atos estatais de promoção e proteção. Para tanto, parte-se da construção geral de Alexy (2017, p. 442) relativa a direitos a ações positivas:

Os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa. Trata-se de um direito a uma ação positiva *fática* quando se supõe um direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal por meio de subvenções,

²¹ Nesse sentido, segundo Leal (2009, p. 168), é correto afirmar que: “o Direito à Saúde, enquanto direito fundamental constitucionalizado, dever do Estado, em primeiro plano, que é a todos garantido, configura-se como verdadeiro direito subjetivo, outorgando fundamento para justificar o direito a prestações, mas que não tem obrigatoriedade como resultado de uma decisão individual. Diz-se direito subjetivo *prima facie* pelo fato de que, conforme ainda Canotilho, não é possível resolvê-lo em termos de tudo ou nada, e também pelo fato de constituírem, numa certa medida e na dicção de Dworkin, direitos abstratos.”

quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial ou quando se considera uma “pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades”. O fato de a satisfação desse tipo de direito ocorrer por meio de alguma forma jurídica não muda nada no seu caráter de direito a uma ação fática. [...] Direitos a ações positivas *normativas* são direitos a atos estatais de criação de normas. Se se pressupõe uma titularidade de direitos fundamentais por parte do nascituro –algo que é deixado em aberto pelo Tribunal Constitucional Federal –, o direito do nascituro à proteção por meio de normas do direito penal é um direito dessa espécie. [...] Quando se fala em “direitos a prestações” faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como *direitos a prestações em sentido estrito*.

Como já vislumbrado acima, na construção alexyana, os direitos a ações estatais positivas são concebidos em oposição diametral aos direitos de defesa ou direitos a ações negativas (abstenções) do Estado. Nesse sentido, amplificando-se a abrangência do termo “prestação”, Alexy equipara os direitos a ações estatais positivas aos direitos a prestações em sentido amplo (ALEXY, 2017, p. 433). Nessa linha, afirma o autor (2017, p. 442):

Aqui, e como já mencionado, o conceito de direito a prestações será compreendido de forma ampla. Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. [...] A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestações estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentos e alcança até prestações em dinheiro e outros bens.

Vê-se, por conseguinte, que, segundo Alexy, o direito a prestações inclui as prestações fáticas, mas também prestações normativas, por meio das quais são erigidas proteções normativo-penais e são criadas normas organizacionais e de procedimento. Em razão disso, os direitos a prestação em sentido amplo são subdivididos em 3 (três) grupos, a saber:

(i) direitos a proteção; (ii) direitos a organização e procedimento; (iii) direitos a prestações em sentido estrito (ALEXY, 2017, p. 444).²²

É possível, em vista da ordem jurídico-constitucional brasileira, firmada pela CRFB, relacionar cada uma dessas categorias ao direito fundamental à saúde.

Inicia-se com os direitos a proteção, ou seja, com os direitos cuja prestação estatal consiste na proteção contra intervenções de terceiros. Essa atuação estatal pode se dar de modos diversos, a partir de atos normativos, atos administrativos ou até mesmo por meio de ações fáticas (ALEXY, 2017, p. 450).

No que toca à produção normativa, há, no ponto, 2 (duas) disposições basilares no Texto Constitucional brasileiro, a lastrear o papel protetivo estatal em matéria de direito à saúde: de um lado, a previsão do art. 24, XII, que fixa a competência legislativa concorrente dos entes federativos para legislar sobre a “defesa da saúde”; de outro lado, tem-se a própria disposição matriz relativa ao direito à saúde, encontrada no art. 196, que fixa como dever do Estado a “proteção” da saúde, por intermédio de “políticas sociais e econômicas”.

A proteção normativa primordial é a proteção jurídico-penal, ou seja, a criação legislativa de figuras que criminalizam determinadas condutas lesivas à saúde individual e coletiva. No Brasil, em que a tutela penal viceja – até em demasia, são encontrados diversos diplomas legais em que a saúde é colocada como objetividade jurídico-penal de crimes diversos, tanto do Código Penal, quanto da legislação penal esparsa. Com destaque, encontra-se o Capítulo III, do Título VIII, do Código Penal,

²² Em comum, cada subespécie de direitos a prestações têm a mesma estrutura morfológica: “Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestação são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, *em relação a a*, o dever de realizar *h*. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito.” (ALEXY, 2017, p. 445).

denominado “Dos Crimes contra a Saúde Pública” (arts. 267 a 285), em que são encontrados crimes de pequeno e médio potenciais ofensivos, com exceção do crime do art. 273, que criminaliza a falsificação, corrompimento, adulteração ou alteração de produto terapêutico ou medicinal, apenado como reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos e multa, além de ser considerado crime hediondo, por força da Lei n. 8.072/1990, art. 1º, VII-B. Na espécie, a tutela penal da saúde lança mão da polifuncionalidade da sanção penal, particularmente da prevenção geral e especial, para proteção do direito fundamental à saúde.

Contudo, a proteção normativa estatal não se limita ao arcabouço penal. Como já apontado por Alexy, é possível valer-se também da responsabilidade jurídica de natureza diversa, como a administrativa e a cível. Exemplo lapidar da responsabilidade administrativa está no regramento próprio ao Sistema Nacional de Vigilância Sanitária,²³ de assento constitucional no art. 200, II e estruturado a partir da Lei n. 9.782/1999, por meio do qual o desempenho de atividades particulares é pautado por regras e condicionalidades protetivas à saúde individual e coletiva. No interior desse sistema normativo, são previstas infrações sanitárias e as respectivas sanções administrativas, objeto de atuação fiscalizatória por parte dos entes federativos, no exercício típico do poder de polícia estatal.

Ao lado da responsabilidade administrativa, identifica-se também a responsabilidade civil em sentido amplo, com especial destaque àquela que se volta à tutela coletiva do direito à saúde, por intermédio destacado da ação civil pública, haja vista a previsão da Lei n. 7.347/1985, art. 1º, IV. Nesse campo, a despeito da legitimidade ativa concorrente para o manuseio dessa ação – art. 5º, não há como ignorar o protagonismo que

²³ “O Estado, organizado ao desempenho de suas atividades, articula-se em inúmeros órgãos, separados de acordo com determinada responsabilidade estatal específica, a fim de cumprir com sua função social. No garantismo do direito fundamental à saúde, encontra-se no âmbito de atribuições do SUS – a Vigilância Sanitária – à qual se reserva um conjunto de ações voltadas à prevenção, promoção e proteção da saúde da coletividade. A Vigilância Sanitária tem como principal foco estar um passo à frente das situações que representem risco ou agravo à saúde pública.” (MATTOS JUNIOR, 2007, p. 18).

deve ser exercido por parte do Ministério Público por força da CRFB. Isso se dá porque o Texto Fundamental, por um lado, em seu art. 197, qualifica toda e qualquer ação e serviço em matéria de saúde como de relevância pública; por outro lado, no art. 129, II, à Instituição Ministerial é conferida a função constitucional expressa de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, com a promoção das medidas necessárias à sua garantia. A conjugação desses dispositivos, sob a luz do art. 127, *caput*, posiciona o Ministério Público como agente estatal de atribuição primária na proteção do direito à saúde com base na responsabilidade civil.

O direito fundamental à saúde traz em si também os contornos dos direitos a organização e procedimento, categoria ampla construída por Alexy (2017, p. 472-474), mas que pode ser bem identificada também na CRFB, no mínimo em três segmentos. O primeiro deles, com absoluto destaque, está na organização, já no nível constitucional (arts. 198 e 200), de um Sistema Único de Saúde, criado e estruturado para atender ao dever fundamental estatal de saúde, como será examinado no tópico seguinte. O segundo segmento é encontrado na previsão constitucional que dá os contornos organizacionais aos serviços de saúde explorados pela iniciativa privada, parametrizando-se tal atuação como forma de respeito aos direitos fundamentais de seus usuários (art. 199). O terceiro e último seguimento está espalhado pelo Texto Constitucional, em previsões que registram a organização e fixam procedimentos instrumentais à proteção da saúde, individual e coletiva, ainda que de modo reflexo; nesse sentido, encontram-se, *v.g.*, o controle estatal da produção e comércio de material bélico (art. 21, VI), das atividades nucleares (art. 21, XXIII) e daquelas voltadas à manipulação genética (art. 225, § 1º, II).

Por fim, na última categoria do direito a prestações, apresentada por Alexy, cumpre examinar o direito fundamental à saúde à luz do direito

a prestações em sentido estrito. Cuida-se, sem sombra de dúvidas, do aspecto teórico mais controvertido na doutrina e na práxis constitucional.

Recobra-se a definição de Alexy (2017, p. 499) para esta categoria:

Direitos a prestação em sentido estrito 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 obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direito à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestações em sentido estrito.

Ao examinar a Constituição alemã, Alexy afirma que tal documento político-jurídico, “com pouquíssimas exceções, não contém direitos fundamentais sociais formulados de maneira expressa.” Em vista disso, pelo menos para o direito alemão, uma etapa relevante da discussão dessa matéria está em buscar o fundamento dessas prestações em sentido estrito por meio da interpretação constitucional. No Brasil, contudo, particularmente para o direito à saúde, tal questão, pelo menos de partida, parece de somenos importância, em vista da literalidade do texto dos arts. 6º, 196 e 198.

Em que pese essa diferenciação entre os Textos Constitucionais alemão e brasileiro, uma das argumentações apontadas por Alexy para dar lastro constitucional à existência dos direitos fundamentais sociais é sua relação com a liberdade fática. O raciocínio é bastante simples, porém elegante: de nada adianta o resguardo à liberdade jurídica do indivíduo se, por conta de limitações externas, tal liberdade não puder ser por ele realmente exercida; logo, os direitos fundamentais devem estar também à serviço da liberdade fática do indivíduo, propiciando-lhe os pressupostos materiais (fáticos) para o desempenho de sua autodeterminação. Logo, em vista de sua instrumentalidade essencial à liberdade individual, depura-se um substrato constitucional para os direitos fundamentais sociais, leia-se para os direitos a prestação em sentido estrito (ALEXY, 2017, p. 503-507).

Apresentado esse hialino fundamento, o ponto mais controvertido da compreensão do direito a prestações em sentido estrito, que transcende as fronteiras dos direitos nacionais, está justamente na estrutura e no conteúdo “das normas atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sob a rubrica ‘direitos fundamentais sociais’.” (ALEXY, 2017, p. 501).

Tais normas podem ganhar os mais diversos contornos, a depender dos atributos que a elas são conferidos, particularmente em vista de três critérios distintos, apresentados por Alexy: (i) garantem direitos subjetivos ou apenas obrigam o Estado de forma objetiva; (ii) são normas vinculantes ou não-vinculantes (enunciados programáticos); (iii) fundamentam direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, isto é, são regras ou princípios.²⁴

Além disso, ao lado dessas possíveis variações estruturais, há também diferenças de interpretação de ordem substancial, a depender de se perfilhar uma visão minimalista (“direitos mínimos”) ou maximalista (“realização completa”) dos direitos sociais.²⁵

Veja que a controvérsia, apresentada sob a ótica das normas de direito fundamental, é mais bem percebida quando contemplada em vista da discussão quanto ao grau de vinculação constitucional do Estado, por todos os seus Poderes, ao atendimento dos direitos a prestação em sentido estrito. Cuida-se, segundo Alexy, essencialmente de um problema de competência, que é apresentado como uma forte objeção teórica à subsistência dos direitos fundamentais sociais.

²⁴ Fazendo a combinação desses 3 (três) critérios, cada qual com 2 (duas) variações, chega-se a um total de 8 (oito) possibilidades estruturais ($2^3 = 8$). Segundo Alexy, “a proteção mais intensa é garantida pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações (1); a proteção mais fraca, pelas normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações (8).” (ALEXY, 2017, p. 501).

²⁵ “O programa minimalista tem como objetivo garantir “ao indivíduo o domínio de uma (sic) espaço vital e de um status social mínimos”, ou seja, aquilo que é chamado de “direitos mínimos”

Nessa ambiência, discute-se se e em que medida, à luz dessas normas constitucionais de direitos fundamentais, a política social, que dará base à concretização desses direitos a prestação em sentido estrito, é subtraída da esfera de deliberação parlamentar e, portanto, é desconectada de seu lastro democrático, para comportar a justiciabilidade desses direitos perante o Poder Judiciário ou o Tribunal Constitucional. Em outras palavras, discute-se a dinâmica interinstitucional entre Parlamento e Judiciário sob a luz do princípio da separação dos Poderes.

O debate aprofunda-se em dificuldade ao se verificar também que a própria fixação do conteúdo das prestações a serem viabilizadas pelo Estado oferece dificuldades, haja vista, em geral, o alto grau de abstração das disposições constitucionais referentes à matéria, colocando-se em dúvida inclusive a própria aptidão do Direito e, por conseguinte, do exercício da jurisdição (constitucional), para estabelecer o teor dessas prestações, o que apontaria para a natureza essencialmente política dessa decisão. A reboque, completam a controvérsia as discussões de ordem orçamentária que, via reflexa, também seriam trasladadas do Poder Legislativo ao Judiciário ou ao Tribunal Constitucional, tendo em conta o custo irremediável das prestações em concreto (ALEXY, 2017, p. 507-508).

Alexy, examinando-se essa e outras críticas, externa sua posição relativa ao embasamento dos direitos fundamentais sociais, fazendo-o, contudo, de modo geral e amplo, ao alinhar tão somente os aspectos normativos, de estrutura principiológica, que devem ser examinados em ponderação para todos os casos. Diz o autor:

De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais o indivíduo definitivamente tem é

e “ ‘pequenos’ direitos sociais”. Já um conteúdo maximalista pode ser percebido quando se fala de uma “realização completa” dos direitos fundamentais, ou quando se caracteriza o direito à educação como “pretensão a uma emancipação intelectual e cultural voltada à individualidade, à autonomia e à plena capacidade político-social”. A diversidade acima esboçada dá ensejo à suposição de que o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser resumido a uma questão de tudo-ou-nada. Parece inevitável que diferenciações sejam feitas.” (ALEXY, 2017, p. 502-503).

uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos. O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo. A resposta detalhada a essa questão é tarefa dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais. Mesmo assim, é possível dar, aqui, uma resposta geral. Uma posição no âmbito dos direitos a prestação tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica. (ALEXY, 2017, p. 499).

Veja que, no excerto acima, o autor, ainda que tenha afirmado que “a resposta detalhada a essa questão é tarefa dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais”, afirma, a título de argumento baseado em exemplos, que as condições postas estão “satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos”, o que inclui “um patamar mínimo de assistência médica”.

Logo, à luz da teoria alexyana e em vista do vínculo jurídico que lhe é próprio, consolida-se um segundo caractere estrutural do direito fundamental à saúde: trata-se simultaneamente (i) de um direito de defesa, ou seja, de natureza negativa, a exigir abstenções (atos de não violação) por parte do Estado; e (ii) de um direito a ações estatais positivas (ou direito a prestações em sentido amplo), tresp dobrado em (ii.i) direitos

de proteção; (ii.ii) direitos a organização e procedimento; e (ii.iii) direitos a prestações em sentido estrito.

Não se pode ignorar, contudo, que a abordagem de Alexy não elucida o grau ou o nível de concretização dos direitos fundamentais sociais em geral ou de um desses direitos em espécie – nem se propõe a tanto. Contudo, o parâmetro por ele apresentado, se bem compreendido e aplicado, mostra-se multifuncional e resolutivo de duas indagações constitucionais sucessivas: a primeira, tratada como alvo pelo autor, refere-se ao reconhecimento da base constitucional de um determinado direito fundamental social, a partir do sopesamento dos princípios alinhados; a segunda, atingida por extrapolação, pode sim se referir à extensão²⁶ da concretização prestacional de um determinado direito fundamental social, levando-se em conta os mesmos princípios manipulados na questão anterior.²⁷

Conclusão

Para a adequada compreensão do direito fundamental à saúde, é necessário perscrutar sua morfologia jurídico-constitucional, em busca de seus elementos estruturais, identificados pela modal de uma relação jurídica, a saber: sujeito ativo, sujeito passivo, objeto e vínculo jurídico. Desse ponto de partida, há de se reconhecer para os bens da vida mais caros e essenciais ao ser humano, instrumentais a sua dignidade, a fundamentalidade das relações jurídicas que têm tais bens como objetividade, conclusão essa o que se aprofunda em vista de sua base constitucional. Esse enquadramento teórico aplica-se com exatidão à

²⁶ Como já antecipado em nota de rodapé anterior, ao final do tópico 3, pela limitação temática do artigo, a extensão do vínculo jurídico da relação jurídica fundamental concernente à saúde não será examinada no presente artigo, limitando-se o tópico que ora se encerra à compreensão do teor do vínculo jurídico presente na relação jurídica fundamental que orbita o direito à saúde.

²⁷ Para uma análise de limites às prestações de saúde em uma realidade diversa da brasileira, vide Sustek e Povolona (2015, p. 69-79).

saúde, a permitir o reconhecimento de uma relação jurídica fundamental que orbita tal direito fundamental.

No que toca ao estudo da titularidade do direito fundamental à saúde, identifica-se que, por sua morfologia, cuida-se de um direito essencialmente individual, em vista da estrita funcionalidade desse bem jurídico à cada ser humano, tomado em sua singularidade. Esse atributo do direito fundamental à saúde, todavia, não é desconstruído nem é incompatível com o reconhecimento da existência de uma comunhão e compartilhamento de interesses sanitários comuns pela coletividade ou por membros de grupos determinados, a admitir a conformação de um interesse metaindividual atrelado ao direito fundamental à saúde. Além disso, esse caractere individual do sujeito ativo do direito à saúde não implica a tese de que toda e qualquer prestação individualizada de saúde pode ser exigida do Estado, sujeito passivo ou destinatário desse direito.

Já em relação ao elemento morfológico do vínculo jurídico, que anima a relação jurídica fundamental associada ao direito fundamental à saúde, tomada por base a teoria de Alexy, revela-se que tal direito é simultaneamente um direito de defesa e um direito a ações estatais positiva, a exigir do Estado atos de não violação, mas também prestações concretas em sentido amplo, a englobar direitos de proteção, direitos a organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito.

Ambos os elementos morfológicos do direito fundamental à saúde são identificados a despeito e à margem de questões relativas ao fenômeno da judicialização e devem, para preservar a logicidade do sistema jurídico-constitucional – e, por conseguinte, do exercício da jurisdição – ser observados e tomados como base de toda e qualquer reflexão teórica subsequente pertinente à saúde.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauro: Edipro, 2001.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 01 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 01 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 04 jul. 2017.

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. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 jan. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em: 1 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 abr. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 04 jul. 2017.

CHRISTOFFEL, Tom H. Right to Health Protection. *Black Law Journal*, v. 6, i. 2-3, p. 183-197, 1978-1980.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. *Saúde pública e seus limites constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2012.

DONIZETTI, Elípio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FABRETTI, Humberto Barrinuevo. *Segurança Pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

HAYES, John A. Health Care as a Natural Right. *Medicine and Law*, v. 11, i. 3, p. 405-416, 1992.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

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

LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 311-324.

MACHADO NETO, Antônio Luís Machado. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1966.

MATTOS JUNIOR, Ruy Ferreira de. O direito à saúde e a Vigilância Sanitária. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba: UniBrasil, v. 2, n. 2, jul./dez. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROCHA, Julio Cesar de Sá. *Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 99-116.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-50.

SOUZA, Italo Roberto Fuhrmann. *"Judicialização" dos direitos sociais e o direito fundamental à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro*. 2011. 151 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SUSTEK, Petr; POVOLNA, Michaela. Right to healthcare: sustainability of the insurance system and the situation in the Czech Republic. Espaço Jurídico *Journal of Law*, Joaçaba: Editora Unoesc, v. 16, n. 3, p. 69-79, 2015. Edição Especial.

ZAVASCKI, Teoria Albino. *Processo coletivo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZIESEMER, Henrique da Rosa; ZOPONI, Vinícius Secco. *Ministério Público: desafios e diálogos interinstitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Dignidade humana: garantia do mínimo existencial x reserva do possível no sistema carcerário brasileiro¹

Alessandra Franke Steffens²

Introdução

O presente artigo analisará o preceito fundamental da dignidade humana na Constituição Federal brasileira, estabelecendo quais os critérios de reconhecimento da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, bem como a possibilidade de alegação do princípio da reserva do possível neste caso.

Para tanto, inicia com a análise das dimensões e do conceito da dignidade humana, seu valor como núcleo fundamental dos direitos humanos, diferenciando estes dos direitos fundamentais. Parte-se, então, para a verificação das acepções sobre direitos fundamentais e suas dimensões/gerações, destacando os direitos prestacionais sociais, ou seja, os direitos fundamentais de segunda geração, essências para estabelecer os critérios da garantia do mínimo existencial.

Posteriormente, será aferida a garantia do mínimo existencial, seus critérios e aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro, bem como a alegação da reserva do possível como limitador deste direito prestacional.

Por fim, será verificado o descumprimento do preceito fundamental da dignidade humana no sistema penitenciário brasileiro, destacando a dignidade da pessoa humana como princípio unificador do sistema, e dos limites que traçam a garantia do mínimo existencial

¹ Artigo encaminhado como requisito para a disciplina “Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade”. Professores Ministrantes Dr. Narciso Leandro Xavier Baez e Dra. Janaína Reckziegel.

² Mestranda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Civis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos.

no tratamento dos presos, finalizando com a análise da possibilidade da aplicabilidade da reserva do possível na afetação destes direitos prestacionais sociais.

1 Das dimensões da dignidade humana

A existência de um conjunto de direitos que permitam às pessoas gozarem de uma vida digna é um dos valores nucleares dos direitos humanos. Assim, estabelecer as dimensões da dignidade humana é uma forma de estabelecer uma compreensão suficientemente abrangente e operacional desta para a ordem jurídica (SARLET, 2005).

No intuito de esclarecer as premissas iniciais, é importante salientar que Sarlet (2005) considera dimensões da dignidade da pessoa humana a complexidade da própria pessoa e do meio no qual desenvolve sua personalidade. Em outras palavras, em vista da heterogeneidade e da riqueza da vida, pode-se chegar a um núcleo de direitos essenciais, os quais compõem a dignidade da pessoa humana.

Para lograr êxito na elaboração de uma compreensão abrangente e operacional de dignidade humana, Sarlet (2005) propõe a divisão das dimensões da dignidade em ontológica, comunicativa e cultural.

Inicia com a dimensão ontológica, segundo a qual a dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável e qualifica o ser; pode ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não pode ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada indivíduo como algo que lhe é inerente. Todos são iguais em dignidade (porque dotados de razão e consciência), ainda que não se portem de forma igualmente digna. Por todo exposto, entende-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana é a autonomia e a autodeterminação (SARLET, 2005).

Em seguida, passa-se para a dimensão comunicativa e relacional, na qual se estuda a situação do ser humano com os demais, traçando uma visão instrumental fundada na ideia de igual dignidade para todas as pessoas, o que implica numa obrigação geral de respeito pela pessoa, por intermédio de deveres e direitos correlativos (SARLET, 2005).

Sarlet (2005) prossegue afirmando que a dignidade está em processo de construção, pois reclama constante concretização e delimitação pela práxis constitucional. Percebe também a existência de uma dimensão cultural da dignidade. Diante das premissas, chega-se à conclusão que dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Segundo Sarlet (2005, p. 32),

Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.

A partir do exposto, sustenta o autor que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta na autonomia da pessoa humana e na necessidade de sua proteção (comunidade e Estado), inclusive que a dimensão assistencial pode prevalecer como no caso de faltar condições para decisões responsáveis por parte do sujeito (SARLET, 2005).

Verifica-se assim que dignidade humana é:

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

existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2005, p. 37).

Partindo-se do acima explicitado, a dignidade humana pode ser concebida como o núcleo dos direitos humanos, decorrente da razão, inerente aos seres humanos e que os qualifica como tal. Dessa maneira, a dignidade humana deve ser concebida em duas dimensões: uma básica, na qual os valores mínimos e fundamentais para a existência humana estão inseridos, portanto, universais; uma cultural que é formada por influências históricas que se ampliam com o objetivo de concretizar condições que possam facilitar o completo exercício da dignidade da pessoa humana em dado momento histórico (BAEZ, 2010).

Assim, direitos humanos são um conjunto de valores éticos que tem por objetivo a proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões, ou seja,

Os direitos humanos que têm por base a dignidade humana na sua dimensão básica são universais, nesse nível de atuação, pois constituem um conjunto de normas que impedem a redução do indivíduo à condição de objeto ou, ainda, a diminuição do seu status como sujeito de direitos. Nesse patamar de atuação tem-se, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros, pois materializam formas de preservação do ser humanos como fim em si mesmo. Por outro lado, ou direitos humanos vêm sendo reconhecidos e implementados lentamente, ao longo da história, como forma de realização da dignidade humana, na sua dimensão cultural, são aplicados e desenvolvido de forma assimétrica de acordo com as peculiaridades culturais de cada grupo, considerando os valores morais por eles elegidos para reger sua convivência social. (BAEZ, 2010, p. 28-29).

Contudo, foi na Declaração Universal que a concepção atual de direitos humanos e, pela primeira vez, acolheu a dignidade da pessoa humana como centro orientativo dos direitos (PIOVESAN, 2003) e fonte de inspiração de textos constitucionais posteriores.

Verifica-se assim, da análise das premissas acima apresentado, que a tarefa dos direitos fundamentais, como agentes de realização dos

direitos humanos, é de oferecer os instrumentos constitucionais, dentro da ordem constitucional dos países que os recepcionam, para o respeito, restabelecimento ou reparação da dignidade humana em todas as suas dimensões (BAEZ, 2010).

Segundo Sarlet (2015, p. 29):

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivado de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação soa documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Direitos fundamentais, então, podem ser conceituados como “[...] o corolário dos direitos humanos, já que incorporam os valores éticos destes últimos, aos ordenamentos jurídicos dos Estados, funcionando como instrumentos de efetividade e garantia de concretização de uma vida digna aos indivíduos que estão sob a égide deste ente público.” (BAEZ, 2010, p. 22).

No que tange a perspectiva histórica dos direitos fundamentais ocorre uma fusão desta com o surgimento do Estado constitucional, “[...] cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.” (SARLET, 2015, p. 36). Assim, a limitação do poder do Estado se dá diante da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente das revoluções burguesas que transpuseram o Estado Absolutista.

Assim, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações no que diz respeito ao seu conteúdo, sua titularidade,

eficácia e efetivação, surgindo assim as denominadas gerações ou dimensões desses direitos.

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos negativos, ou seja, aqueles que negam ao Estado a interferência nos direitos individuais. Caracterizam-se, dessa forma, pela submissão do Estado a uma Constituição e pelas funções estatais não concentradas, pela separação dos Poderes. São direitos de primeira geração o direito à vida, liberdade, propriedade e a igualdade formal.

Sarlet (2005) aponta que são direitos de cunho individualista, são direitos do indivíduo frente ao Estado, ou seja, direitos de defesa que demarcam a intervenção do Estado na autonomia individual, apresentando-se como direitos de cunho negativo.

Os direitos fundamentais de segunda geração, denominados de direitos sociais ou positivos, surgem da constatação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não solucionou a desigualdade material, gerando movimentos reivindicatórios por condições materiais mínimas necessárias para o exercício de uma vida digna. São considerados direitos positivos, pois o Estado passa a assegurar/fornecer direitos básicos mínimos como educação, saúde e direitos fundamentais trabalhistas.

Dessa forma, tratam-se dos direitos de participar do bem-estar social, não se trata de liberdade do indivíduo perante o Estado, mas sim de liberdade por meio do Estado, das denominadas liberdades materiais concretas (SARLET, 2015).

A terceira geração de direitos fundamentais, por sua vez, nasce da constatação de que a tecnologia poderia extinguir o planeta necessitando-se, assim, de direitos coletivos para a proteção dos povos, daí a sua denominação de direitos de solidariedade ou de fraternidade. São direitos humanos universais positivos, universais, pois se destina a todos e positivos, porque representam que a mera proclamação dos direitos está superada, sendo que estes devem ser efetivamente protegidos,

garantidos contra qualquer agressor, mesmo que o agressor seja o Estado. São também transindividuais na medida que protegem grupos de seres humanos (família, povo e nação). Os direitos de solidariedade são, então, o direito ao ambiente e à qualidade de vida, bem como os direitos de informática, de intimidade e de privacidade.

Sobre esta geração de direitos, Sarlet (2015) destaca que trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se na verdade do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências.

Os direitos de quarta geração referem-se ao direito contra a manipulação genética, direito de morrer com dignidade e direito à mudança de sexo, todos pensados para o solucionar de conflitos jurídicos inéditos, novos, frutos da sociedade contemporânea (SARLET, 2015). Contudo, Paulo Bonavides (2010), entende que a quarta geração de direitos identificar-se-ia com a universalização de direitos fundamentais já existentes, como os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, ou seja, institucionalização do Estado Social.

Por fim, os direitos fundamentais de quinta geração são o direito à paz, como condição indispensável ao progresso das nações, do reconhecimento universal da paz como pressuposto qualitativo

da convivência humana e como elemento de conservação da espécie (BONAVIDES, 2010).

Verifica-se assim, que as dimensões acima marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, revelando que estes representam uma categoria materialmente aberta e mutável, pois em que pese a uniformidade e permanência de direitos tradicionais, estes estão sendo revitalizados em virtude das novas formas de agressão aos valores tradicionais como liberdade, igualdade e dignidade humana (SARLET, 2015).

Nesse contexto, esses direitos, quando constitucionalizados, passam a representar valores morais do estado no qual estão inseridos, sem, contudo, perderem seu caráter universal, como valores éticos que buscam efetivar a dignidade humana em suas dimensões.

Dessa maneira, o elemento nuclear dos direitos constitucionais positivados é a realização da dignidade humana, não a sua concessão. O que eles fazem é apenas o reconhecimento da dignidade como dado essencial da construção do universo jurídico. Enquanto princípio constitucional, a dignidade permeia e orienta o ordenamento que a concebe como fundamento, porém seu significado é muito mais amplo que a conceituação jurídica que venha a ser adotada. A dignidade prevalece como condição da essência humana, ainda que um dado sistema jurídico não a conceba (SARLET, 2007).

2 Da dignidade humana como preceito fundamental da Constituição Federal

A Constituição Federal vigente trilhou caminhos similares a outras ordens constitucionais ao outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaadoras e informativas de toda ordem constitucional, inclusive das normas definidoras de direitos e garantias

fundamentais que integram aquilo que se denomina de núcleo essencial da Constituição.

Assim, verifica-se que a dignidade da pessoa humana, na Constituição Federal de 1988, não foi incluída no rol de direitos e garantias fundamentais, pois foi elevada à condição de princípio e valor fundamental, ou seja, encontra-se no epicentro da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para as normas definidoras de direitos e garantias, bem como de deveres fundamentais. Segundo Sarlet (2015, p. 99):

Com o reconhecimento expresso, no título de princípios fundamentais, da dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal.

Segundo Barroso (2010), a dignidade humana é um valor fundamental que se converteu em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Assim, a identificação da dignidade humana como um princípio fundamental produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional, de modo que estabelecer o que é um princípio, diferenciando-o das regras é indispensável para estruturar a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

A distinção, assim, se baseia na aplicabilidade, no grau de generalidade e na diferença qualitativa destas normas. Princípios são mandamentos de otimização ou seja, devem ser aplicados ao máximo dentro das possibilidades que o caso concreto e o conteúdo normativo permitir. Este tipo de norma possui um grau de generalidade maior, por ser usado como ponto cardeal a ser seguido com o cumprimento das regras. A característica principal das regras é que elas possuem determinações. Este tipo de norma deve ser aplicada ao seu esgotamento, sem flexibilização ou ponderação. São menos genéricas que os princípios, justamente por serem oriundas destes (ALEXY, 2011).

Assim, para Alexy (2011), princípios são mandamentos de otimização decorrentes do fato de eles serem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, sendo que as possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras em oposição. As regras, por sua vez, são mandamentos definitivos, que só podem ser cumpridos ou não, de forma que, se forem válidas, devem ser cumpridas exatamente como exigido.

Sendo assim, para Sarlet (2007, p. 74),

[...] a dignidade humana atua, portanto como mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existente, ao passo que as regras contêm prescrições imperativas de conduta.

A sistematização da eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, dessa forma, se estabelece em três planos: direta, interpretativa e negativa. Pela eficácia direta, um princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra. Embora tenha por traço característico a vagueza, todo princípio terá um núcleo, do qual se poderá extrair um comando concreto. A eficácia interpretativa significa que os valores e fins abrigados pelo princípio condicionam o sentido e o alcance das normas

jurídicas em geral. A dignidade, assim, será critério para valoração de situações e atribuição de pesos em casos que envolvam ponderação, como na precedência do mínimo existencial *prima facie* diante de outros. A eficácia negativa, por fim, implica na paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que seja incompatível com o princípio da dignidade humana, podendo resultar a declaração de inconstitucionalidade do ato, seja em ação direta ou em controle incidental (BARROSO, 2010).

Impõe-se assim reconhecer a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade humana, pois serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não só dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo ordenamento jurídico (SARLET, 2007).

Sarlet (2007, p. 87), conclui que:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Nesta ótica, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de mínimo existencial e a sua violação, aviltando a dignidade humana.

3 Da dimensão eficaz da dignidade humana

No que tange a eficácia do princípio da dignidade humana, resta evidente que ele impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir a violação da dignidade pessoal e que o Estado tenha como meta

permanente a proteção, promoção e realização de forma concreta de uma vida com dignidade para todos.

Segundo Sarlet (2007, p. 113-114),

Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio.

Barroso (2017, p. 9), por sua vez, susta que

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

A dimensão eficaz da dignidade humana consiste numa tarefa imposta ao Estado de respeito e proteção, da obrigação de promover as condições das pessoas viverem com dignidade.

3.1 Da garantia do mínimo existencial

Partindo-se da premissa de que é dever do Estado a concretização do princípio da dignidade humana, a ideia do mínimo existencial, segundo Torres (2009, p. 70) representa “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.”

Destaca-se que a prestação estatal positiva são direitos sociais prestacionais que têm por objetivo a conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática. Reclamam, assim, uma posição ativa do Estado na esfera econômica e social, com o objetivo de efetivar a igualdade material, no sentido de garantir a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (SARLET, 2015).

Segundo Sarmento (2000, p. 71),

o Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.

Sarlet (2015, p. 293) afirma que:

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto – em regra – prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante, ainda que se saiba, como já frisado alhures, que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica.

Em outra palavra, para a efetivação desses direitos é necessário a alocação de recursos materiais e humanos, importando em custo para

o Estado, que muitas vezes, não estão disponíveis para a garantia do mínimo existencial, devendo ser requeridos pela via judicial.

Neste sentido, Torres (2009, p. 70) argumenta que “sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo.”

O mínimo existencial representa um conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade, como os direitos à alimentação, saúde e educação, que adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive. Contudo, a garantia do mínimo existencial é bem mais ampla do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser reduzida à noção de um mínimo vital suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais, corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento (TORRES, 2009).

Sarlet (2015, p. 331), afirma que:

[...] o mínimo existencial deve ser diferenciado do mero mínimo vital, abrangendo, nessa perspectiva, tanto o mínimo existencial fisiológico (ligado a garantia de sobrevivência) quanto o mínimo sociocultural, ainda que na esfera deste, se revele mais necessária uma cautela na determinação do objeto das respectivas prestações.

Segundo Torres (2009), o mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público

subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco das garantias fundamentais prevista no artigo 5º, da Constituição Federal, nem em catálogo preexistente, é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto histórico e social.

Como condição da liberdade, o mínimo existencial cria a necessidade do Estado, muitas vezes, por determinação judicial diante das ações comissivas e omissivas de seus entes, ter que cumprir e executar as determinadas prestações positivas de natureza assistencial. Essas prestações, todavia, têm caráter nitidamente subsidiário, eis que o Estado só estará obrigado a entregá-las quando o sistema público ou privado falhar em sua missão e o indivíduo não possuir os meios indispensáveis à sobrevivência.

Assim, a proteção positiva do mínimo existencial se realiza de diversas formas. Primeiramente pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e dos tributos contraprestacionais. O status *positivus libertatis* pode ser garantido também pelas subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas, que, muitas vezes se compensam com as imunidades. A entrega de bens públicos (roupas, remédios, alimentos etc.), especialmente em casos de calamidade pública ou dentro de programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite etc.), independentemente de qualquer pagamento (TORRES, 2009).

Por fim, sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. Sendo assim, a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo existencial, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

Contudo, a efetivação da garantia do mínimo existencial pode depender de uma “reserva do possível”, dependendo de recursos econômicos para a efetivação das prestações assistenciais.

3.2 Da reserva do possível como limitador da garantia do mínimo existencial

Na busca da efetivação de determinado direito fundamental, o ente estatal justificar não ser possível face às limitações de ordem econômica, surgindo a teoria da reserva do possível. Essa teoria foi concebida com o objetivo de legitimar a ausência do Estado na concretização de direitos assegurados constitucionalmente, devido ao fato de a inexistência de recursos configura uma limitação econômica e real à eficácia jurídica dessas normas. Para Sarlet (2015), reserva do possível pode ser compreendida como a possibilidade e o poder de disposição por parte do destinatário da norma dos recursos.

Assim, diante da necessidade de o Estado garantir condições dignas de vida ao cidadão e a alegação de escassez de recursos públicos, surge o questionamento se seria possível a não concretização desses direitos com fundamento na alegação de inexistência de recurso financeiro para tanto, face ao alto custo para concretização dos direitos fundamentais.

Primeiramente, cabe analisar, a respeito da reserva do possível, a dimensão do seu custo, na medida em que os direitos fundamentais implicam a realização de despesas por parte do Estado para se tornarem efetivos. Esta dimensão de despesa passaria a fazer parte do próprio conceito de direito, de modo que diante da escassez de recursos disponíveis, não haveria que se falar em direito a ser defendido, de forma que a escassez de recursos seria elemento a inviabilizar o próprio reconhecimento do direito subjetivo a prestações sociais (OLSEN, 2008).

Olsen (2008) defende que os bens são escassos, não permitindo que todos os direitos sejam realizados uniformemente para todos os cidadãos. Logo, efetivar direitos implica necessariamente realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos, enquanto outros não. Sendo assim, verifica-se a influência da dimensão econômica sobre a teoria jurídica, e especialmente, sobre a teoria dos direitos fundamentais. Não só a influência, mas, em verdade, a prevalência, na medida em não existem direitos se não houver meios (econômicos) para torná-los efetivos, fazendo com que a escassez de recursos deixa de ser um elemento externo ao Direito, podendo comprometer sua eficácia.

A reserva do possível, então, se refere à apreciação da escassez de recursos como condição de possibilidade de reconhecimento do direito: se for possível, puder ser deduzido do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não seria juridicamente protegida (OLSEN, 2008).

Contudo, a prestação exigida deve ser razoável, de modo que se o indivíduo dispor de recursos, não necessita da prestação estatal. Para Sarlet (2015) a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice que abrange a efetiva disponibilidade de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos por meio de receitas tributárias e orçamentárias; e a proporcionalidade da prestação social no tocante a sua exigibilidade.

Verifica-se assim que a reserva do possível não é elemento dos direitos fundamentais, constitui uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia desses direitos, observados os critérios da proporcionalidade e do mínimo existencial (SARLET, 2015).

Trata-se de uma excludente de responsabilidade estatal, que é arguida pelos entes públicos quando são requeridas a implementação de

direitos sociais e políticas públicas, com vistas a justificar, portanto, a omissão estatal por limitação orçamentária ou por contenção de gastos. Contudo, o Estado não pode alegar a reserva do possível de forma indiscriminada, para dar legitimidade a sua omissão na efetivação de direitos fundamentais prestacionais.

Isso significa que a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Dessa forma, a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial, cabendo ao Poder Judiciário a fiscalização das ações comissivas e omissivas do Estado, inclusive determinado medidas para saná-las.

Neste sentido, Barcellos (2002, p. 245-246) afirma que:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Dessa forma, os condicionamentos impostos pela reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos fundamentais de segunda geração traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Por fim, se os entes estatais agirem de modo comissivo ou omissivo neutralizando ou comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível das condições mínimas necessárias a uma existência digna justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, para viabilizar o acesso aos direitos recusados pelo Estado.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem consolidado entendimento de que o respeito a dimensão positiva do direito ao mínimo existencial incumbe ao Estado, que tem o dever de assegurar as prestações indispensáveis a efetividade de uma vida digna, de modo que se deve reconhecer ao indivíduo um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, de satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial, à dignidade humana. Exemplo disso é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, que reconheceu que a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo na formulação das políticas devia obedecer a limites, sendo o limite principal a preservação do mínimo intangível

assegurador da dignidade do ser humano que não podia ser sonogado pela ação estatal (mínimo existencial) (SARLET, 2015).

4 Do descumprimento do preceito fundamental da dignidade humana no sistema penitenciário brasileiro

O presente tópico tem como objetivo analisar se o preceito fundamental da dignidade humana na Constituição Federal brasileira, estabelecendo quais os critérios de reconhecimento da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, bem como a possibilidade de aplicação do princípio da reserva do possível neste caso. Contudo, primeiramente, se faz necessário destacar o papel unificar da dignidade humana no sistema penitenciário.

4.1 Da dignidade humana como princípio unificador do sistema penitenciário

A batalha pela tutela da dignidade humana e dos direitos fundamentais encontra campo fértil quando abordada dentro da execução penal. Primeiramente, numa visão punitivista, a imposição da pena é uma consequência jurídica do delito. Numa visão garantista, contudo, o ilícito é uma condição normativa somente necessária, mas não suficiente, para a aplicação da pena, já que pode exigir condições ulteriores de punibilidade e procedibilidade, coadunadas com garantias penais e processuais penais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito (FERRAJOLI, 2014).

Assim, a imposição da pena pelo Estado só se legitima quando o condenado é tratado como fim ou pessoa, quando seus direitos e garantias fundamentais são respeitados, ou seja, “[...] acima de qualquer valor utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental

em relação a qualidade e a quantidade da pena.” (FERRAJOLI, 2014, p. 364). Portanto, o Estado que não tutela os direitos fundamentais do preso, que impõe penas qualitativas e quantitativas supérfluas, perde a legitimidade do direito de punir e conseqüentemente, lesa a dignidade humana (FERRAJOLI, 2014).

Ferrajoli (2014), então, elege o princípio da necessidade e da dignidade humana como os que sustentam a finalidade da pena. Estes valores vinculam a qualidade da pena a três traços: o da igualdade, o da legalidade e do caráter apenas privativo da pena. Dessa forma, qualquer forma de diferenciação na execução penal fere a igualdade; a flexibilização ou a incerteza na duração da pena fere a legalidade e por fim, qualquer tratamento atentatório as liberdades interiores e a dignidade humana do preso, com objetivo de emenda ou disciplinatórios, fere o caráter de privação de liberdade.

Para Ferrajoli (2014, p. 365):

É necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e as menos aflitivas possíveis; que em todas as instituições penitenciárias esteja previsto trabalho – não obrigatório, senão facultativo – juntamente com o maior número de atividades coletivas, de tipo recreativo e cultural; que na vida carcerária se abram e se desenvolvam espaços de liberdade e de sociabilidade mediante a mais ampla garantia dos direitos fundamentais da pessoa.

Contudo, tal perspectiva para o autor não é suficiente para impedir a função perversa e criminógena do cárcere, pois em posição ao modelo traçado, a prisão representa para o condenado muito mais do que a privação de um tempo de liberdade estabelecido em sentença condenatória, representa aflição física e psicológica, subtraindo dela seu caráter de igualdade, legalidade e juridicionalidade. A prisão, lesa a dignidade humana (FERRAJOLI, 2014).

Verifica-se assim, que a dignidade humana é o princípio unificador do sistema penitenciário, tal princípio fica explícito na Regra 1 das Regras de Mandela (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016), que determina:

Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância.

Desta premissa maior decorrem as demais Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento dos Presos, regra estas recepcionadas pelo Estado Brasileiro. Tais regras são usadas como guia para estruturar a Justiça e sistemas penais nos Estados. Ocorre que essas regras foram revisadas em 2015 e as Nações Unidas oficializaram novo quadro de normas, incorporando novas doutrinas de direitos humanos para tomá-las como parâmetros na reestruturação do atual modelo de sistema penal e percepção do papel do encarceramento para a sociedade. Editaram-se, pois, as chamadas Regras de Mandela (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Salienta-se que as Regras Mínimas têm por escopo fornecer aos Estados orientações atualizadas e muito mais precisas, com instruções exatas para enfrentar a negligência estatal, prestigiando a dignidade daqueles em situação de privação de liberdade, para devolver-lhes a essência de seres humanos que são e, bem por isso, obrigam que seja respeitada a proteção contra qualquer espécie de tratamento ou castigo degradante ou desumano, acomodações razoáveis para pessoas com deficiências físicas e mentais, entre outras orientações (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Assim, os direitos fundamentais dos presos como à vida, à segurança, à limitação da liberdade conforme a lei, à vedação a tratamento desumano e cruel, à individualização da pena, vedação à pena cruel,

ao respeito a integridade física e moral, bem como aos demais direitos inseridos nas normas constitucionais e infraconstitucionais, incluindo-se nestas o direito a espaço mínimo determinado, preenchem o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana dos presos (JAPPUR, 2011).

Por fim, cabe analisar a posição de garante do Estado em relação aos presos, que significa que se o Estado priva alguém de sua liberdade, por meio da imposição de uma pena, ele assume a obrigação de garantir que o encarceramento não se dê em condições desumanas e degradantes. Forma-se uma relação especial de sujeição entre o Estado e o detento, que, se por um lado importa em múltiplas restrições aos direitos do preso, por outro, torna o Poder Público um garante dos direitos fundamentais que não foram limitados (VIEIRA JUNIOR, 2015).

4.2 Da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos

Sistema penitenciário envolve a administração dos estabelecimentos penais e tem por objetivo propiciar a execução da pena. Integra a segurança pública por meio da prestação do serviço, constituindo-se, assim, num serviço público propriamente dito (JAPPUR, 2011).

Como serviço público deve ser norteador pelo Princípio da Eficiência que determina que a Administração Pública deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população, sendo que as políticas públicas garantidoras de direitos sociais têm que ser eficientes para realmente concretizar a finalidade da lei e da Constituição Federal. Assim, não pode o Poder Público permanecer inerte e omissor na defesa e preservação da dignidade das pessoas que se encontram encarceradas (JAPPUR, 2011).

O princípio da dignidade da pessoa humana do preso, implica na observância de seus direitos fundamentais como à vida, à segurança, à limitação da liberdade conforme a lei, à vedação a tratamento desumano

e cruel, à individualização da pena, vedação à pena cruel, à separação em estabelecimentos distintos conforme a lei, ao respeito a integridade física e moral, bem como aos demais direitos inseridos nas normas constitucionais e infraconstitucionais (JAPPUR, 2011).

Integram, assim, o mínimo existencial das pessoas presas aspectos como celas não superlotadas com condições adequadas de higiene, segurança e salubridade, o acesso à água potável, à alimentação decente, ao atendimento de saúde, à assistência jurídica etc. A denegação destes bens e serviços essenciais afronta ao mínimo existencial (VIEIRA JUNIOR, 2015).

Partindo-se dessa premissa, os direitos acima elencados impõem o dever de não serem reduzidos pelo Estado, pois essas posições jurídicas, consubstanciadas nos direitos fundamentais, preenchem o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana do preso, e apontam, por um lado, a direção das prestações normativas e, por outro, a direção de prestações efetivas (JAPPUR, 2011).

Assim, o Estado tem a obrigação de garantir o mínimo existencial no tratamento do preso, por meio do cumprimento de seus direitos fundamentais. Trata-se de presunção absoluta, de modo a assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais. Constata-se que não há discricionariedade deferida aos entes públicos, administradores do sistema penitenciário, para os quais não há outra opção válida, senão de cumprir a lei.

4.3 Mínimo existencial x reserva do possível no sistema penitenciário

Estabelecida a dignidade humana como princípio unificador do sistema penitenciário e a obrigação do Estado na efetivação e garantia dos direitos prestacionais dos presos, este derradeiro item tem como objetivo

verificar se é possível a alegação de ausência de recursos ou falta de previsão orçamentária para obstar a concessão do mínimo existencial ao preso.

Inicialmente, cabe salientar que as garantias legais previstas durante a execução da pena se baseiam na ideia de que a execução da pena privativa de liberdade deve ter por base o respeito aos direitos fundamentais do preso e qualquer modalidade de punição desnecessária, cruel ou degradante será de natureza desumana a estes preceitos.

A Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), determina no seu artigo 3º, que são assegurados ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória. Assim, o exame de seu texto revela a preocupação do Estado para com o preso, instituindo-lhe e assegurando-lhe direitos à: alimentação, vestuário, instalações higiênicas, à saúde, à educação, com ensino fundamental obrigatório, à assistência jurídica e religiosa, ao trabalho, à assistência ao egresso e a à sua família, durante o confinamento, ao chamamento nominal, à previdência, à proteção contra o sensacionalismo, à visitação íntima, ao contato com o mundo exterior por meio da correspondência ou qualquer outro meio de informação, à remuneração pelo trabalho, etc. (BRASIL, 2017).

Tais garantias consistem em direitos fundamentais prestacionais, ou seja, direitos fundamentais sociais assegurados ao apenado como garantia do mínimo existencial no tratamento durante a execução da pena privativa de liberdade, não importando o regime de cumprimento da pena estabelecido na sentença.

No entanto, ocorre na prática a constante violação de direitos e a total inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade. Dessa maneira, a partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado, ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos, que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda

de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade (ASSIS, 2007).

Segundo Antão (2017),

No Brasil, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 1984), de conteúdo garantista, é a responsável pela consagração de um extenso rol de direitos e consoantes com as principais recomendações internacionais na área. Dispondo sobre os direitos como saúde, educação, assistência social, exercício do trabalho e de atividades intelectuais, ela trata também da obrigação do Estado em oferecer condições materiais à execução desses direitos. Ocorre que analisando o sistema prisional brasileiro, nos deparamos com um histórico de omissões estatais no que diz respeito à implantação de políticas públicas relacionadas aos presos e suas peculiaridades.

Desta forma, ao apenado que se encontram privados de seu bem maior que é a liberdade, acabam sofrendo diversas outras privações de direitos fundamentais, privações estas que não são, nem devem ser concernentes à finalidade da pena, até porque, nossa Constituição veda penais cruéis (ANTÃO, 2017).

Salienta-se que a não efetivação no mínimo existencial no tratamento dos presos é justificada, pelo Poder Executivo, responsável pela prestação destes direitos, pela escassez de verba orçamentária e aumento de gastos públicos no sistema carcerário. Invoca, assim, a reserva do possível, argumentando que em decorrência da necessidade de dispêndio financeiro por parte do Estado para a efetivação dos direitos prestacionais dos presos e da suposta falta de recursos para tanto, a concretização destes direitos fica afetada.

Contudo, a garantia do mínimo existencial aos apenados se reveste de natureza absoluta, por este motivo o Estado não pode condicionar a sua efetivação à chamada reserva do possível. Além disso, a posição do Estado em face dos presos é razão adicional para deslegitimar a invocação de falta de recursos ou de autorização orçamentária para a não realização das despesas necessárias à garantia da dignidade nas prisões.

Afinal, se o Estado priva alguém da liberdade, ele assume a obrigação de garantir que o encarceramento não se dê em condições desumanas e degradantes. Forma-se uma relação especial de sujeição entre o Estado e o detento, que, se por um lado importa em múltiplas restrições aos direitos do preso, por outro, torna o Poder Público um garante dos direitos fundamentais que não foram limitados (BRASIL, 2015).

Assim, a escassez de recursos não pode ser invocada como justificativa legítima para a denegação dos direitos mais básicos dos presos, por duas razões: tais direitos se enquadram no mínimo existencial, que não se sujeita à limitação pela reserva do possível; e a posição de garante do Estado em relação aos presos retira a legitimidade deste argumento (BRASIL, 2015).

Por fim, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, sendo a omissão do Poder Executivo, alegando o princípio da reserva do possível, violadora do princípio da dignidade da pessoa humana, pois afeta a garantia do mínimo existencial no seu tratamento.

Considerações finais

O presente artigo analisou o preceito fundamental da dignidade humana na Constituição Federal brasileira, estabelecendo quais os critérios de reconhecimento da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, bem como a possibilidade de alegação do princípio da reserva do possível neste caso.

Para tanto, iniciou-se com o conceito da dignidade humana e sua dimensão eficaz, restando evidente que ela impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir a violação da dignidade pessoal e que o Estado tenha como meta permanente a proteção, promoção e a realização de forma concreta de uma vida com dignidade para todos, e neste caso do condenado que cumpre pena privativa de liberdade.

Os direitos fundamentais, norteados pela efetivação da dignidade humana, têm a tarefa de oferecer os instrumentos constitucionais, dentro da ordem constitucional brasileira, para o respeito, restabelecimento ou reparação da dignidade em todas as suas dimensões. Destacam-se, assim, os direitos fundamentais de segunda geração, os denominados direitos sociais ou prestacionais, que surgem da constatação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não solucionou a desigualdade material, gerando movimentos reivindicatórios por condições materiais mínimas necessárias para o exercício de uma vida digna. São considerados direitos positivos pois o Estado passa a assegurar direitos básicos mínimos.

Verificou-se, assim, que a efetivação destes direitos é aferida pela garantia do mínimo existencial, compreendido como as condições mínimas de dignidade humana que não podem deixar de ser efetivadas pelo Estado e que ainda exigem prestações estatais positivas.

No que tange a garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos restou evidente o descumprimento do preceito fundamental da dignidade humana no sistema penitenciário brasileiro, que não efetiva as condições existenciais mínimas aos sujeitos encarcerados, violando claramente o princípio unificador do sistema.

Não bastasse a violação de direitos fundamentais, o Estado invoca a reserva do possível, argumentando que a efetivação dos direitos prestacionais dos presos não ocorre devido à necessidade de dispêndio financeiro e da suposta falta de recursos para tanto, justificando a afetação da concretização destes direitos.

Por fim, restou evidente que a alegação da reserva do possível na afetação dos direitos prestacionais sociais dos presos viola a dignidade humana, sendo a omissão do Poder Executivo uma afronta a garantia do mínimo existencial.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. *A efetividade do Direito à educação em situações de privação de liberdade: uma análise da educação nas prisões do estado de São Paulo*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10665-A-efetividade-do-Direito-a-educacao-em-situacoes-de-privacao-de-liberdade-Uma-analise-da-educacao-nas-priso-es-do-estado-de-Sao-Paulo>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

ASSIS, Rafael Damasceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, ano XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007.

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 eficaciais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Modelo, 2010. p. 15-32.

BARCELLOS, Anna Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 4 ago. 2017.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Senado Federal: Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Mandela*: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JAPPUR, Cynthia Feyh. O Ministério Público como garantidor do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Execução Penal. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 70, p. 99-143, set./dez. 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais*: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade*: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CON-LEG/Senado, dez. 2015. (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/estudos>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

A lei catarinense de medidas contra violência obstétrica (n. 17.097/2017) enquanto mecanismo de proteção dos direitos fundamentais da gestante e parturiente¹

Cassiane Wendramin²

“Toda mulher tem direito ao melhor padrão atingível de saúde, o qual inclui o direito a um cuidado de saúde digno e respeitoso.” (Organização Mundial da Saúde).

Introdução

A desigualdade entre os gêneros homem e mulher está impregnada de tal forma na sociedade que relatos de violência contra a mulher se tornam parte do cotidiano das pessoas. No entanto, recentemente foi editada em Santa Catarina a Lei n. 17.097/2017, trazendo à tona uma espécie de violência de gênero que pouco se falava até então: a violência obstétrica.

O denominado “sexo frágil”, porém ironicamente responsável pela geração da vida, depara-se com uma espécie de violência praticada em um dos momentos mais sensíveis da mulher, a gestação e o parto. Segundo uma pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo em parceria com o SESC, pode traduzir um pouco da realidade vivida, pois uma em cada quatro mulheres sofre algum tipo de violência durante o parto (VENTURI et al., 2010, p. 174).

Considerando-se que dentre os direitos humanos enquadram-se os direitos da mulher e a sua proteção enquanto igualdade necessária de gênero,

¹ Artigo encaminhado como requisito para a disciplina “Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade”. Professores Ministrantes Dr. Narciso Leandro Xavier Baez e Dra. Janaína Reckziegel.

² Mestranda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Civis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos; Advogada.

o presente artigo objetiva analisar a Lei n. 17.097/2017 de Santa Catarina/Brasil, a qual dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica, com o fim de detectar a efetividade dessa norma na qualidade de mecanismo regional de proteção dos direitos da mulher durante a gestação e o parto.

Para tanto, utilizando-se do método dedutivo-indutivo, bem como de conceitos teóricos sobre direitos humanos, dignidade da pessoa humana e direitos específicos das gestantes e parturientes, propõem-se a fazer, em um primeiro momento, a contextualização da proteção dos direitos da mulher, amparada nos direitos humanos, na dignidade da pessoa humana e em normas específicas que tratam do assunto, para, então, em um segundo tópico, abordar as características da referida lei catarinense a qual, seguindo exemplo de legislações da Argentina e da Venezuela, agindo de modo perspicaz, buscou efetivar medidas de informação e proteção às gestantes e parturientes nos limites do estado.

Ao final, busca-se, sob a ótica do constante processo de (re) construção dos direitos humanos, verificar se a lei catarinense, como um sistema regional de proteção dos direitos humanos da mulher, notadamente das gestantes e parturientes, pode ser considerada um mecanismos de efetividade desses direitos resguardados através dessa ação afirmativa.

1 Contextualização dos direitos da mulher: direitos humanos; dignidade da pessoa humana e direitos específicos da mulher

A conceituação de direitos humanos envolve muito mais do que apenas definições propriamente ditas, mas exige uma análise substancial de formulações que constroem e definem eficazmente quais são os ideais e proteções desses direitos.

Essa intrínseca problemática ocorre por três motivos, segundo Barreto e Baez (2007, p. 14), *a priori*, porque essas categorias possuem valores que se alternam no tempo e no espaço; ademais, pois traduzem direitos que são conferidos aos seres humanos em virtude de sua característica, já que decorrem do simples fato de serem humanos e, por isso, são universais; então, por último, pelo fato de que os direitos humanos são indispensáveis para que os indivíduos possam desfrutar de uma vida digna.

O fato é que por serem direitos que nascem em certas circunstâncias, notadamente originados em lutas e defesas de novas liberdades, surgem progressivamente e possuem alto grau de mutação de acordo com condições históricas, interesses, transformações da sociedade (BOBBIO, 2004, p. 5), e de modo conciso, traduzem os valores éticos cujo objetivo é a proteção e a realização da dignidade humana.

Desse modo, denota-se que os direitos humanos “têm na dignidade da pessoa humana o elemento nuclear de sua formação” (BAEZ, 2010, p. 21), a qual, apesar de não haver consenso em sua definição (BAEZ, 2010, p. 23), pode ser conceituada como um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa proteção contra atos degradantes e desumanos, bem como condições mínimas de subsistência e, ainda, a participação ativa e corresponsável em sua própria vida e na comunhão com outros indivíduos (SARLET, 2015, p. 70-71).

Logo, a dignidade da pessoa humana, enquanto qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável, constitui “elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado [...] pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo [...] ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada [...])” (SARLET, 2013, p. 20), traduzindo um verdadeiro comando para os direitos humanos.

Nessa disposição de ideias, a dignidade enquanto núcleo dos direitos humanos está positivada em diversos documentos – Tratados, Declarações, Constituições *etc.* – representando a essência do Estado

Constitucional, fundado em dois alicerces: soberania popular e dignidade humana (HÄBERLE, 2009, p. 81-85).

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, infere-se que o constituinte originário elevou a dignidade da pessoa humana a um “valor essencial, o qual confere unidade e sentido ao texto constitucional, de modo a imprimir-lhe feição particular e inconfundível [...] servindo de norte para a interpretação das demais normas.” (ROCHA, 1998, p. 113).

Além do mais, porquanto prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana expressa o fundamento da República Federativa do Brasil, pautando a ideia de predomínio da liberdade individual em detrimento das concepções transpessoalistas de Estado e Nação (MORAES, 2005, p. 48).

Não suficiente, a inter-relação existente entre as normas internacionais de direitos humanos auxiliam a garantir a eficácia e repisam a força normativa existente nos comandos internos que garantem o respeito à dignidade da pessoa humana e concedem-lhe a mais ampla interpretação, de modo a impingir-lhe infalibilidade.

Dessa forma, a Carta de 1988 traçou um avanço na consolidação dos direitos e garantias fundamentais e, dentre eles, garantiu a expansão dos direitos da mulher, notadamente aqueles decorrentes da importante participação da mulher nos movimentos ativistas da década de 70 em prol da igualdade, pois “a ação organizada do movimento de mulheres [...] ensejou a conquista de inúmeros novos direitos e obrigações correlatas ao Estado, tais como o reconhecimento da igualdade na família, o repúdio à violência doméstica, os direitos reprodutivos.” (PIOVESAN; BARSTED, 2001, p. 35).

No entanto, apesar das lutas e conquistas, é notória a existência de discrepâncias no tratamento dos gêneros, ainda hoje há uma enorme ocorrência de violências e abusos praticados contra as mulheres, sem se falar nas desigualdades de tratamento e relações de subordinação.

Segundo o professor Badescu (2015, p. 56-76), a necessidade de proteção legal e o resguardo da igualdade entre os homens e mulheres constitui um elemento essencial para que seja possível o desenvolvimento humano harmonioso, isso porque, com esse amparo legal, possibilita-se a expressão de uma gama de garantias e direitos que influenciam na saúde e sanidade da pessoa, sendo essa, inclusive, a razão pela qual a maioria dos estados inclui essa proteção como valor fundamental.

No texto constitucional brasileiro a igualdade formal insculpida no *caput* do artigo 5º, bem como os demais comandos normativos que decorrem desse e que se encontram na norma suprema, os quais também traduzem garantias feministas, transpõem o início de uma proteção na qual se reconhece a mulher em sua singularidade, considerando-se diversos contextos culturais e sociais.

Não diferentemente, o Código Civil editado em 2002 refletiu essas garantias e rompeu com o caráter discriminatório que trazia em seu antigo texto em relação à mulher, uma vez que o Código Civil de 1916 considerava, entre outros, a mulher subordinada à chefia masculina; a predominância do poder familiar na figura paterna, na administração dos bens, inclusive os da própria mulher (PIOVESAN, 2008, p. 143).

Nessa ordem, laconicamente, é possível detectar a preocupação do sistema normativo em resguardar, baseado na evolução social, filosófica e cultural, os direitos relativos à mulher, considerando sobremaneira a existência de uma relação de desigualdade de gêneros, buscando promover a equiparação e minorar o desequilíbrio existente entre homens e mulheres, trazendo mecanismos de proteção desses direitos.

2 Abordagem comparada da violência obstétrica e o conteúdo da lei catarinense n. 17.097/2017

Não obstante a equiparidade entre gêneros no ordenamento jurídico ser a regra, o desequilíbrio e inerente ao desenvolvimento social e cultural. Uma campanha realizada pela Organização das Nações Unidas – a *UNITE to End Violence against Women* – apurou que 7 em cada 10 mulheres no mundo reportaram já terem experimentado violência física e/ou sexual em algum momento de suas vidas; além disso, cerca de 1 em cada 4 experimentam violência física ou sexual durante a gravidez (UNITED NATIONS, 2017).³

A violência baseada no gênero ocorre quando “um ato é dirigido contra uma mulher, porque é mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional” (PIOVESAM, 2014, p. 30), essa agressão “viola e prejudica ou anula o direito das mulheres de usufruir dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.” (OLIVEIRA, 2013, p. 29).

No Brasil, dentre algumas medidas que foram tomadas para equilibrar a disparidade entre os gêneros foi a edição da renomada Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nessa linha, recentemente, a Lei n. 13.015/2015 incluiu no rol de qualificadoras do homicídio o denominado “feminicídio”, quando é praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, considerando essas razões de condição quando o crime envolve violência doméstica e familiar; menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 1940), repisando a existência de desigualdade de gênero e a necessária atuação estatal de modo a proteger e garantir a igualdade.

³ “Up to 7 in 10 women in the world report having experienced physical and/or sexual violence at some point in their lifetime. As many as 1 in 4 women experience physical or sexual violence during pregnancy.”

Desse modo, em que pese a persistência da violência contra a mulher nos diversos meios sociais, “e como se não bastasse a violência doméstica para retardar o progresso dos direitos da mulher, outro meio de violência vem se mostrando cada vez mais notório na sociedade brasileira: *a violência obstétrica.*” (ARSIE, 2015, p. 31).

Por uma série de fatores é que a violência obstétrica tem chamado a atenção e alarmado a sociedade, que vão desde as crises relativas a atenção à saúde no poder público até problemas envolvendo direitos privados nas relações entre profissionais da saúde e planos de saúde.

Conforme Kukura (2016, p. 3), a violência obstétrica é a extensão dos abusos, coerções e outras formas de maus tratos que as mulheres experimentam ao dar à luz, as quais, segundo os pesquisadores que estudaram esse fenômeno, identificam várias práticas que ocorrem ao longo do período gestacional que variam de humilhação sutil à coerção a tratamentos clínicos e abusos verbais e físicos. Além disso, mulheres são submetidas à cesarianas forçadas e episiotomias (incisão efetuada na região do períneo para ampliar o canal de parto) desnecessárias, bem como atraso ou negação do alívio da dor, exames vaginais forçados. Algumas mulheres que desejam recusar uma cesariana a favor de um trabalho de parto contínuo são taxadas de egoístas ou más mães.

Segue a autora afirmando que existem prestadores de cuidados de saúde que violentamente descumprem os princípios de direito e ética médica. Mas os problemas de abuso, coerção e maus tratos no parto não são apenas dos profissionais. Em vez disso, existem fatores institucionais e condições estruturais que contribuem para uma cultura profissional que em algumas configurações de cuidados de saúde tolerem tais ações. Além disso, o maltrato das mulheres durante o parto é permitido por visões sociais de que os corpos femininos são como objetos a serem utilizados e de que mulheres como mães altruístas devem subjugar suas próprias necessidades de acordo com as necessidades dos outros (KUKURA, 2016, p. 4).

A Segunda Guerra Mundial representou um marco inicial para a institucionalização do parto (ARSIE, 2015, p. 33), o qual passou a ser preferencialmente em ambiente hospitalar, porquanto, até então, tratava-se de um ato realizado à domicílio. Esse processo de hospitalização do parto representou “a apropriação do saber nesta área e para o desenvolvimento do saber médico, culminando com o estabelecimento da medicalização do corpo feminino.” (NAGAHAMA; SANTIAGO, 2005, p. 651-657).

No Brasil, observam-se medidas de atenção à saúde da mulher já na década de 40. No início da década de 60 as preocupações voltaram-se à atenção gestacional e o parto, principalmente em virtude da introdução da medicina preventiva que deu origem a criação dos centros de saúde e, conseqüentemente, aos programas de pré-natal.

No entanto, a violência obstétrica, apesar das diversas tentativas de fornecimento de atenção à saúde da mulher e gestacional, é alarmante no momento em que se debruça a estudar a situação, isso porque, conforme pesquisa sobre o assunto, 25% (vinte e cinco por cento) das mulheres entrevistadas (e isso representa 592 mulheres) afirmaram que já sofreram algum tipo de agressão durante a gestação, em consultas pré-natais ou mesmo no parto (VENTURI et al., 2010, p. 3).

Outras pesquisas também demonstram a situação, como a Rehuna (Rede pela Humanização do Parto e do Nascimento); a Rede Parto do Princípio, cujo trabalho chamou de “Parirás com Dor”; e, a Organização Não Governamental Artemis, e tentam combater a violência obstétrica, a qual é designada como sendo aquela praticada contra a mulher durante o pré-natal, parto e puerpério.

Tamanha é a importância e ocorrência de violação aos direitos das mulheres nesses períodos que a Organização Mundial da Saúde, em uma conferência na Califórnia em 1985, recomendou algumas práticas a serem adotadas durante o parto, sendo elas: (1) permitir que as mulheres tomem decisões acerca de seus cuidados; (2) acompanhamento durante

o trabalho de parto; (3) liberdade de movimento e posições durante o parto; (4) não realização de episiotomia de rotina; (5) não realização de raspagem ou enema de rotina; (6) não realização de monitoramento fetal eletrônico de rotina; (7) permitir a ingestão de líquidos e alimentos em trabalho de parto; (8) restringir o uso de oxitocina e anestesia; (9) limitar as taxas de cesarianas a 15% (TAVERAS, 2015, p. 77-94).

Na Venezuela, a denominada “*ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*” (Lei orgânica sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência), de 2007, inovou e designou, em seu artigo 15, o que considera ser a violência obstétrica, caracterizada como a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissionais da saúde, que se expressa em um tratamento desumanizado, em um abuso de medicação e patologias dos processos naturais, trazendo consigo a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente a qualidade de vida das mulheres (VENEZUELA, 2007).

Além disso, especificamente no artigo 51, definiu-se quais são os atos que constituem a violência obstétrica realizados pelos profissionais da saúde, sancionando a prática com multa e envio de cópia da sentença condenatória ao órgão de fiscalização da atividade (VENEZUELA, 2007, p. 18).⁴

Na mesma linha, a Argentina promulgou em 2004 a Lei n. 25.929 que trata do parto humanizado, no entanto, tal norma, apesar de ser bem minuciosa no que se refere aos direitos da mulheres grávidas e ao trabalho de pré-parto, parto e pós-parto, não tratou especificamente da violência

⁴ “*Violencia obstétrica: Artículo 51. Se considerarán actos constitutivos de violencia obstétrica los ejecutados por el personal de salud, consistentes en: 1. No atender oportuna y eficazmente las emergencias obstétricas. 2. Obligar a la mujer a parir en posición supina y con las piernas levantadas, existiendo los medios necesarios para la realización del parto vertical. 3. Obstaculizar el apego precoz del niño o niña con su madre, sin causa médica justificada, negándole la posibilidad de cargarlo o cargarla y amamantarlo o amamantarla inmediatamente al nacer. 4. Alterar el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer. 5. Practicar el parto por vía de cesárea, existiendo condiciones para el parto natural, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer. En tales supuestos, el tribunal impondrá al responsable o la responsable, una multa de doscientas cincuenta (250 U.T.) a quinientas unidades tributarias (500 U.T.), debiendo remitir copia*

obstétrica, fato que só ocorreu em 2009 com a edição da Lei n. 26.485 (Lei de proteção integral às mulheres, para prevenir, sancionar, e erradicar a violência contra as mulheres nos âmbitos que desenvolvem suas relações interpessoais), a qual também trouxe a conceituação de violência obstétrica, definindo-a como sendo aquela que exerce o profissional da saúde sobre o corpo e os processos reprodutivos das mulheres, expressada através de um tratamento desumanizado, abuso de medicações e patologização dos processos naturais (ARGENTINA, 2009).

O Brasil, em nível federal, “não possui uma lei específica sobre a violência obstétrica. Entretanto, existem projetos de lei sobre os serviços de atenção obstétrica tramitando”, dentre eles, encontra-se o Projeto de Lei n. 7.633/2014 de autoria do Deputado Jean Wyllys que dispõe sobre a humanização e assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo- puerperal (ARSIE, 2015, p. 60).

Independentemente da ausência de legislação federal, o Estado de Santa Catarina inovou e editou a Lei n. 17.097, sancionada em 17 de janeiro de 2017, a qual dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina.

A norma legal que conta com nove artigos é o primeiro documento com força normativa a trazer a definição de violência obstétrica no Brasil, conceituando, em seu artigo 2º, como sendo “todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, por um familiar ou acompanhante que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período do puerpério.” (BRASIL, 2017).

Por conseguinte, apresenta no artigo 3º um rol exemplificativo de condutas que podem ser consideradas ofensas verbais ou físicas, dentre as quais: tratar a gestante ou parturiente de forma que a faça se sentir

certificada de la sentencia condenatoria definitivamente firme al respectivo colegio profesional o institución gremial, a los fines del procedimiento disciplinario que corresponda.”

mal pelo tratamento recebido; fazer graça o recriminar a parturiente com atos verbais ou físicos; não ouvir as queixas e dúvida; inferiorizar a mulher através de nomações diminutas; fazê-la acreditar que a cesariana é necessária, utilizando-se de critérios hipotéticos e não comprovado; recusar atendimento de parto; transferir a internação sem análise e confirmação da existência de vaga; impedir o acompanhamento durante todo o trabalho de parto; impedir o contato com familiares e, até mesmo, restringir acesso ao celular; submetê-la a tratamento doloroso, desnecessário ou humilhante; não realizar analgesia; realizar episiotomia quando não é necessária; algemar as detentas em trabalho de parto; submetê-las a procedimento sem prévia permissão ou explicação; após o parto, demorar para acomodá-la; submissão à procedimentos exclusivamente para treinar estudantes; realização de aspiração de rotina ou procedimentos de primeira hora de vida em bebê saudável sem que ele tenha o contato inicial com a pele da mãe; retirar o bebê do quarto sem necessidade; não informar as mulheres com mais de 25 (vinte e cinco) anos ou mais de 2 (dois) filhos a possibilidade de realizar ligadura de trompas gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde; obstar o livre acesso do pai do bebê (SANTA CATARINA, 2017).

Por se tratar a lei da implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica, como mecanismo de informação o legislador impingiu ao Poder Executivo, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde, a obrigação de elaborar a denominada Cartilha dos Direitos da Gestante e da Parturiente, a qual deverá conter “informações e esclarecimentos necessários para um atendimento hospitalar digno e humanizado.” (SANTA CATARINA, 2017).

Além disso, consignou a obrigatoriedade dos estabelecimentos hospitalares e equiparou a esses os postos de saúde, as unidades básicas de saúde e os consultórios médicos especializados no atendimento da saúde da mulher, a expor cartazes informativos contendo o rol de quais

são as condutas consideradas, exemplificativamente, ofensivas, previstas nos incisos I a XXI anteriormente citados.

Tais materiais gráficos informativos devem consignar, ainda, informações de órgãos e trâmites para eventuais denúncias em caso de violências.

Órgãos públicos dos respectivos âmbitos de atribuição serão os responsáveis pela aplicação de sanções em virtude de inexecuções das normas previstas na lei, através de procedimentos administrativos. Finaliza, então, o texto normativo determinando que o Poder Executivo regulamentará a lei.

Por ser um documento legal recente não há manifestações de peso acerca do texto, até mesmo porque, conforme ele próprio traça em seus comandos, far-se-á necessária a regulamentação da Lei n. 17.097/2017, incumbência atribuída ao Poder Executivo (artigo 8º).⁵

Não obstante, antes de se tornar lei, o projeto de lei que foi encaminhado à Assembleia Legislativa teve como escopo a justificativa apresentada pela Deputada Estadual Angela Albino que pontuou que frases como “Na hora que você estava fazendo, você não tava gritando desse jeito, né?”; “Não chora não, porque ano que vem você tá aqui de novo.”; “Se você continuar com essa frescura, eu não vou te atender.” “Na hora de fazer, você gostou, né?” “Cala a boca! Fica quieta, senão vou te furar todinha” são referidas repetidamente por mulheres atendidas no Brasil e caracterizam-se como relatos de dor e humilhação no decorrer do parto, além de relatos a xingamentos, ameaças, exames e procedimentos desnecessários, agressões físicas e psicológicas. Em que pese a coleta dessas informações, o momento do parto é especial principalmente para as mulheres, as quais devem ter o poder de decidir sobre o seu corpo e sua liberdade, franqueando a elas o acesso à saúde de modo seguro, eficaz,

⁵ Art. 8º O Poder Executivo regulamentará esta Lei, nos termos do inciso III do art. 71 da Constituição do Estado, no prazo de 60 (sessenta) dias após sua publicação.

respeitoso, contando com profissionais e serviços capazes de preservar a dignidade das mulheres (SANTA CATARINA, 2013).

Razões suficientes existem para que haja disposições legais que protejam os direitos da mulher, notadamente aqueles que tratam do processo gestacional, isso porque se trata de um processo de escolhas da própria gestante ou parturiente que deve ser respeitado pelos profissionais da saúde, os quais, muitas vezes, no âmbito de resolver a situação de forma mais rápida e até mesmo segura, acabam extrapolando os limites de sua intervenção e desconsideram a vontade da mulher.

Portanto, a lei catarinense é cingida de relevância para o cenário jurídico brasileiro, mormente porque é inédita no assunto no país e capaz de conduzir a uma evolução normativa de âmbito federal ou até mesmo em outros estados, possibilitando o início de uma futura proteção aos direitos da gestante ou parturiente.

3 Análise da efetividade da lei catarinense de proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais

Conceitos como efetividade e proteção passam muitas vezes por sinônimos, porém a realidade é que não possuem o mesmo enfoque, uma vez que a efetividade traz em seu significado o ato de tornar efetivo, produzir efeito real; enquanto que a proteção é o ato de amparar, ajudar, assistir.

Dessa forma, mecanismos de proteção são mais fáceis de serem encontrados nos ordenamentos jurídicos, no entanto, nem sempre, apesar de conterem medidas que resguardam direitos, são efetivos realmente, algumas vezes não passam de documentos legais que não produzem um resultado na prática.

No tocante aos direitos humanos, os mecanismos que efetivam sua proteção tornam-se um processo de governo, um método de gestão através

do qual se determina e define a direção da sociedade e a capacidade para obter objetivos públicos em defesa, proteção, promoção, educação e cultura dos direitos humanos. É um processo orientado por finas determinações e existe para obter resultados que incluem tanto o desenvolvimento normativo quanto o democrático, já que impõem especialmente ao defensor dos direitos do cidadão eleito livremente a necessidade de obter bons resultados nesse aspecto (ZEVALA DE ALBA, 2015, p. 273-288).

Dentre as técnicas de positivação, importante destacar que “os direitos fundamentais em razão das diversas funções, classificam-se em dois grandes grupos: *direitos de defesa* (liberdade, igualdade, direitos sociais e políticos); *direitos a prestações* (direitos a prestações em sentido amplo e sentido estrito).” Nesse prospecto, “necessária a intervenção do legislador para que os direitos de defesa e prestacionais tenham plena eficácia e aplicabilidade.” (MARCO, 2013, p. 62).

No tocante aos direitos de defesa, dotados de aplicabilidade imediata (parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal), detêm exigibilidade direta, pois dispostos na norma constitucional de modo que “conferem ao particular uma situação subjetiva ativa – um poder jurídico – cuja eficácia há de ser imediata e independente de prestação alheia.” (MARCO, 2013, p. 68). Os direitos a prestações exigem uma atuação direta do poder público.

Na temática proposta, os direitos de defesa, notadamente os da liberdade e igualdade, devem ser sobremaneira garantidos às mulheres e, dentre elas, às gestantes e parturientes, para que se possa garantir a elas o exercício efetivo de sua autonomia da vontade durante o período gestacional, como proteção à violência obstétrica.

Na concepção de Alexy (2017, p. 397), o dever de igualdade no enunciado geral de igualdade, culmina na acepção de que o comando geral não pode autorizar toda e qualquer diferenciação, faz-se necessário o meio-termo e, portanto, a máxima de que se deve tratar os iguais,

igualmente, e os desiguais, desigualmente, é o ponto de partida para o exercício das igualdades.

De igual modo, o autor expressa o direito geral de liberdade como aquele em que a ação do indivíduo é expressada livremente através do fazer ou deixar de fazer o que se quer, de modo que proteja não apenas o fazer do indivíduo, mas também o seu “ser”, uma vez que o torna livre por si e livre de intervenções de outrem (ALEXY, 2017, p. 343-344).

Dentre os mecanismos de efetivação dos direitos humanos, encontram-se as denominadas ações afirmativas, que expressam justamente o exercício dos direitos de liberdade e igualdade e podem ser definidas de modo superficial “como todo o conjunto de normas sistemáticas de promoção de grupos que sofrem algum tipo de discriminação social” (SCHNEIDER, 2015, p. 44), traduzindo normas jurídicas que consideram as desigualdades entre determinadas pessoas ou categorias de pessoas, objetivando promover a igualdade material dentre elas (SCHNEIDER, 2015, p. 45).

Um dos elementos das ações afirmativas é justamente a temporariedade, porquanto esses mecanismos de efetividade dos direitos devem realmente buscar a mudança da sociedade naquele ponto específico ao qual tutelam.

Logo, um conceito mais completo que abrange esse aspecto pode ser colhido da obra do Doutor Yuri Schneider o qual afirma que as ações afirmativas representam políticas temporárias, instituídas pelo poder público e, também, pela iniciativa privada, compulsória ou voluntariamente, que visam proteger a parte excluída socialmente da população, seja por motivos de ordem econômica, raça, gênero, religião, na tentativa de propiciar a igualdade de tratamento e oportunidade, na intenção de corrigir ou diminuir a disparidade ocorrida no passado (SCHNEIDER, 2015, p. 46).

Nesse raciocínio, as legislações que protegem as mulheres contra a violência obstétrica consideram que esse grupo, diante das desigualdades, necessita de proteção estatal como forma de garantia de seus direitos à igualdade e liberdade, isso porque, apesar de materialmente iguais, faticamente não se denota a realização dessa igualdade, já que, em algumas situações, há violação da vontade da gestante ou parturiente.

Desse modo, a criação de leis específicas que as protejam objetiva a mudança de comportamento da sociedade como forma de exterminar ou tentar reprimir esses abusos contra a autonomia da vontade no processo de gestação.

Diante deste fato é que a autonomia da vontade no processo gestacional é o cerne de toda a proteção despendida às gestantes e parturientes e está estritamente ligada ao agir racionalmente previsto na teoria kantiana, na qual se “defende que todas as pessoas possuem um valor intrínseco, absoluto e que as pessoas são legisladoras de si próprias, por tal motivo é que a autonomia provém destas premissas.” (RECKZIEGEL, 2016, p. 209).

Decidir acerca dos procedimentos aos quais deseja se submeter, as medicações que tolera, as intervenções que permite, entre outras escolhas que são necessárias no decorrer da gestação, são deliberações que cabem exclusivamente à mulher, a qual deve ser orientada pelos profissionais da saúde que a assistem, mas a sua vontade, desde que permitida e não violadora de normas legais, deve ser respeitada e cumprida.

A autonomia da vontade envolvendo a relação médico-paciente, e até mesmo de outros profissionais da saúde como enfermeiros, passa por um processo de confiança a ser estabelecido entre as partes.

O paciente se aproxima do médico sabendo que ele está vinculado ao juramento e possui integridade profissional para agir de acordo com os melhores interesses do paciente, mesmo que o médico corra o risco de falhar. Embora existam argumentos contratuais e financeiros que

relacionem o médico ao paciente e vice-versa, ou, ainda, os médicos e as instituições de saúde, a relação médico-paciente deve superar qualquer consideração de interesse próprio e ganho. É uma relação profissional que deve ser indiferente, duradoura, íntima e confiável (O'NEILL, 2005, p. 17).

É embasada nessa relação de autonomia da vontade, ou seja, no exercício do direito de liberdade e igualdade, que as normas de proteção das gestantes e parturientes contra violência obstétrica, notadamente a Lei n. 17.097/2017 de Santa Catarina, fundamentam no ordenamento jurídico protetivo os direitos da mulher.

A existência de leis que regulamentam especificamente a situação da violência obstétrica torna-se importante porque reconhece, *a priori*, a desigualdade de gênero e o tratamento diferenciado ao qual a gestante e a parturiente por vezes se deparam, impulsionando intervenções protetivas por parte da atuação estatal como forma de minorar ou extinguir a prática de atos abusivos cometidos durante o período gestacional contra as mulheres.

Nesse sentido é que a lei catarinense contribui, enquanto ação afirmativa de âmbito regional (limitada ao Estado de Santa Catarina), a resguardar os direitos das gestantes e parturientes de modo a protegê-las de ações abusivas e ofensivas cometidas por profissionais de saúde e/ou familiares no decorrer do período gestacional.

Considerações finais

Percebe-se que a violência obstétrica é real no cotidiano feminino e, a mercê disso, sua proteção mediante leis que resguardem a autonomia da vontade das gestantes e parturientes faz-se indispensável como forma de garantir o livre e equilibrado exercício dos direitos das mulheres.

Apesar da inexistência de leis específicas que repreendam a violência obstétrica em vários países, inclusive no Brasil, em âmbito

federal, o Estado de Santa Catarina com feição inovadora editou a Lei n. 17.097/2017 implementando medidas de informação e proteção à gestante e parturiente.

Não obstante a boa intenção do referido comando legal, fato é que ela conduz a uma efetividade mitigada de proteção desses direitos, porquanto previu as condutas que, exemplificativamente, considera ofensivas, no entanto, não atribuiu responsabilidades nem sanções aqueles que violarem ou praticarem os atos abusivos.

Tratou a lei, *a priori*, de implementar medidas de informação, dentre as quais a obrigação às unidades de saúde (hospitais, postos de saúde, unidades básicas de saúde e consultórios médicos especializados no atendimento da saúde da mulher) a afixarem cartazes informativos acerca do que se considera violência obstétrica, direcionando a sanção administrativa em cada caso ao órgão responsável em seu âmbito de atuação.

Transparece que, no tocante à efetividade da proteção da gestante e parturiente contra a violência obstétrica, haverá a regulamentação posterior, momento que se espera que hajam sanções e reprimendas para aqueles que desrespeitarem os comandos legais.

Em que pese isso, infere-se que, acaso o ato violador seja praticado por hospital, clínica ou maternidade no qual a vítima foi atendida haverá direcionamento da denúncia para os órgãos administrativos competentes que fiscalizam as entidades de atendimento à saúde, bem como, quando for a situação, os próprios planos de saúde. Além disso, possibilita a apuração da violação através dos conselhos de classe das profissões. E, por fim, pontua a atuação do órgão ministerial quando houver crime(s) de lesão corporal ou homicídio.

Portanto, percebe-se que falta ao texto da lei catarinense a existência de regulamentação eficaz e sancionadora a ponto de resguardar os direitos das gestantes e parturientes em caso de prática de violência obstétrica, porquanto, de acordo com a atual legislação, infere-

se uma lacuna no que tange à responsabilidade penal e civil daquele que pratica a violência obstétrica, notadamente porque não há penalidade expressa, apenas consequências administrativas (apuradas internamente nos conselhos de classe), apenas existindo atuação do órgão ministerial quando houve lesão ou homicídio, fato que não é novidade, já que detém a titularidade da ação penal nesses casos.

Logo, denota-se que a ausência de sanção civil ou criminal na norma protetiva torna-a inefetiva a princípio, posto que se estabelece apenas com caráter informativo e instrutivo, porém sem o condão de responsabilizar os ofensores, não se obtendo a efetividade capaz de garantir a proteção dos direitos das gestantes e parturientes, já que, realisticamente falando, não há respeito e cumprimento à normas legais enquanto não haja sanção e punição, a não ser quando há campanha de educação fortemente armada para mudar socialmente a população.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ARGENTINA. Ley n. 26.485, de 11/03/2009. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Lei de proteção integral às mulheres, para prevenir, sancionar, e erradicar a violência contra as mulheres nos âmbitos que desenvolvem suas relações interpessoais). *Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina*, 01 abr. 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Proteccion_Integral_de_Mujeres_Argentina.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

ARSIE, Jaqueline Gonçalves. *Violência Obstétrica: uma Violação aos Direitos Fundamentais da Mulher*. 2015. 96 p. Monografia (Graduação em Direito)–Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

BADESCU, Valentin-Stelian. Legal Protection of Woman's Rights - The Principle of Non Discrimination, the Fundamental Principle of Rights. *Journal of Law and Administrative Sciences*, p. 56-76, 2015. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jladsc4&-type=text&collection=journals&id=56>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais – Direitos do Homem, Direitos Humanos e a morfologia dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010. p. 21.

BARRETO, Vicente; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *Direitos Humanos em Evolução – Direitos Humanos e Globalização*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 julho 2017.

HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 81-85.

KUKURA, Elizabeth. *The Problems with Obstetric Violence: Applying Vulnerability Theory to Improve Maternity Care*. Vulnerability Workshop. Northeastern, April, 2016.

MARCO, Sadi José de. *Hermenêutica – A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha*: Tomo I. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. Disponível em: <http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Série_Direitos_Fundamentais_Sociais_tomo_I.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NAGAHAMA, Elizabeth Eriko Ishida; SANTIAGO, Silvia Maria. A institucionalização médica do parto no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 10, n. 3, p. 651-657, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v10n3/a21v10n3>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

OLIVEIRA, Maria de Fátima Cabral Barroso de. A violência (sexual) do Estado. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo: Síntese, v. 14, n. 79, p. 29, maio 2013.

O'NEILL, Onora. *Autonomy and Trust in Bioethics*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 17.

PIOVESAN, Flávia. Os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. *Justitia*, São Paulo, v. 65, n. 198. p. 134, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/31390/direitos_civis_pol%C3%ADticos_piovesan.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

PIOVESAN, Flávia. A luta das mulheres pelo direito a uma vida sem violência. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, v. 18, n. 426, out. 2014.

RECKZIEGEL, Janaína. *Dignidade Humana em Risco: existe limite para as experiências científicas?* Curitiba: Editora Prismas, 2016.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos fundamentais na Constituição de 1988. Fortaleza: *Themis – Revista da ESMESC*, v. 1, 1998.

SANTA CATARINA. *Lei n. 17.097*, de 17 jan. 2017. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://leis.ale.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html>. Acesso em: 11 jul. 2017.

SANTA CATARINA. Ministério Público. *Campanha: Violência Obstétrica: você sabe o que é?* Disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/campanhas/violencia-obstetrica>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

SANTA CATARINA. *Projeto de Lei n. 482.9/2013*. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.ale.sc.gov.br/expediente/2013/PL__0482_9_2013_Original.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHNEIDER, Yuri. *A (in)efetividade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito; as ações afirmativas como políticas públicas consecutórias da busca da eficaz aplicação do princípio constitucional da igualdade*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. Disponível em: <http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/Série_Direitos_Fundamentais_Sociais_Yuri_2015.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

TAVERAS, Anthony Gonzalez. Parto Humanizado como Respuesta a la Violencia Obstetrica. *Revista de Estudios Criticos del Derecho*, v. 11, p. 77-94, 2015. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/clave11&collection=journals&startid=&endid=108&id=91>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

UNITED NATIONS. *UNiTE to End Violence against Women*. Disponível em: <http://www.un.org/en/women/endviolence/pdf/UNiTE_Brochure_EN_small>. Acesso em: 11 jul. 2017.

VENEZUELA. *Ley n. 38668, de 23/4/2007. Ley Organica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*. Disponível em: <<http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/11.-Ley-Organica-sobre-el-Derecho-de-las-Mujeres-a-una-Vida-Libre-de-Violencia.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

VENTURI, Gustavo et al. *Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado*. 2010,. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/05/pesquisaintegra_0.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2017.

ZAVALA DE ALBA, Luis Eduardo. Gobernanza en Derechos Humanos: Hacia una Eficacia y Eficiencia Institucional. *Revue Quebécoise de Droit International*, p. 273-288, 2015. Special Issue. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/revue2015&type=-text&collection=journals&id=274>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

O direito social à educação básica orientada ao pleno desenvolvimento da pessoa

Cleber José Tizziani Schneider¹

Introdução

Partindo-se da premissa de que a dignidade da pessoa humana é um direito em torno do qual orbitam os demais direitos fundamentais, é possível afirmar que a construção do seu conteúdo jurídico exige a concretização de diversos direitos, dentre eles o direito social à educação.

Com a presente pesquisa, pretende-se discutir o reconhecimento do direito social à Educação baseada no princípio constitucional do pleno desenvolvimento da pessoa humana. Para tanto, serão comparadas teorias jurídicas que visam à efetivação dos direitos fundamentais, com foco na proteção da dignidade da pessoa humana, princípio reconhecido nas diversas cartas internacionais sobre direitos humanos e, ainda assim, passível de discussão quanto ao seu conteúdo jurídico.

Serão analisadas as dimensões da dignidade da pessoa humana, seguindo-se a linha doutrinária apresentada por Sarlet (2005, 2007) e Maurer (2005), apresentando-se as dimensões “ontológica” e “cultural”, bem como os conceitos de “dignidade humana” e “dignidade da pessoa humana”. A ideia de razão pública de Rawls (2011), os olhares sobre o conteúdo da dignidade e as conclusões quanto às dificuldades em estabelecer-se um conceito universal serão refinadas para atingir o objetivo da pesquisa quanto à defesa da proteção do princípio constitucional do pleno desenvolvimento da personalidade.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A discussão acerca do conceito de dignidade da pessoa humana, também, à luz da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2015b), e da sua técnica da ponderação de princípios será apresentada para fins de comparação com as teorias jusnaturalistas que tratam do reconhecimento e aplicação dos direitos fundamentais no caso concreto.

Utilizando-se do método dedutivo, discute-se a importância do direito social à Educação Básica voltada ao cumprimento do princípio constitucional do Pleno Desenvolvimento da Pessoa e do seu reconhecimento como direito subjetivo. Leva-se em conta as finalidades do direito social à Educação, reconhecido em diversos diplomas internacionais, de promoção dos direitos humanos e de construção do conteúdo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O desenvolvimento contempla o papel do Poder Judiciário, como exemplo de razão pública na aplicação dos direitos fundamentais, assim considerados por estarem reconhecidos nas cartas constitucionais ou por figurarem como valores inerentes aos seres humanos, concluindo-se pela preservação do núcleo essencial desses direitos e do mínimo existencial no âmbito da proteção ao Direito Social à Educação Básica.

1 Dimensões da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana possui dimensões relacionadas aos olhares por meio dos quais é possível definir o seu conceito. A primeira dimensão, seguindo-se a linha doutrinária apresentada por Sarlet (2007, p. 365), é a ontológica, representativa de um núcleo essencial do conceito de dignidade, não passível de violação pela segunda dimensão, qual seja a cultural, ainda que esta exerça a função de auxiliar na construção da primeira dimensão.

Os direitos humanos dependentes de fatores culturais realizam a dimensão cultural da dignidade humana, sendo, portanto, relativos a

cada sociedade e variáveis de acordo com a época em que se manifestam. Assim, os chamados direitos humanos têm duas dimensões de atuação: a) a dimensão fundamental, na medida em que protegem a dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana e b) a dimensão dependente de fatores culturais, que realiza a dimensão cultural da dignidade humana.

Os direitos humanos fundamentais têm a pretensão de serem universais e respeitados independentemente do contexto cultural ou legal em que estão inseridos. Já os direitos humanos dependentes de fatores culturais são relativos a determinado contexto histórico-cultural e, portanto, variáveis. São protegidas pelos direitos humanos tanto a dimensão ontológica, protetora dos indivíduos contra qualquer forma de coisificação ou de redução do seu status como sujeitos de direitos, quanto a dimensão cultural, que protege a diversidade moral, de cada sociedade.

1.1 Dimensão ontológica

A concepção de dignidade pode ser vinculada à qualidade intrínseca da pessoa humana, como sendo uma dádiva ou dom concebido pela divindade ou natureza, sendo considerada inalienável e irrenunciável. A dignidade como elemento que qualifica o ser humano como tal não pode ser dele destacada. Sendo reconhecida como qualidade intrínseca da pessoa humana, deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe como algo inerente ao ser humano.

Destacam-se as possíveis e relevantes dimensões da dignidade da pessoa humana, a fim de criar uma concepção abrangente e operacional de tal conceito na ordem jurídica. Tais dimensões não se revelam incompatíveis ou reciprocamente excludentes. Como primeira, tem-se, nas palavras de Sarlet (2007, p. 365-366), a chamada “[...] dimensão ontológica da dignidade, vinculada à concepção da dignidade como uma

qualidade intrínseca da pessoa humana, e, de modo geral, comum às teorias da dignidade como uma dádiva [...]"

Ontologicamente, portanto, trata-se a dignidade da pessoa humana de qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se traduz na capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Elemento intrínseco e universal, que nasce com a pessoa humana e impede o desrespeito à autodeterminação de cada pessoa, ou seja, usar a pessoa como meio para atingir determinado fim, no sentido da formulação kantiana.

O homem, por sua dignidade, e não por caridade ou benevolência humilhante, nas palavras de Salgado (2012, p. 259), "[...] possui um direito à participação na riqueza social (material ou espiritual) quando não pode contribuir para a sua produção." Ainda, na concepção do autor citado, "[...] a noção de dignidade do ser humano de Kant, como ser livre ou fim em si mesmo (e não como instrumento) [...]", o insere na ideia de justiça social, como justiça concreta.

1.2 Dimensão cultural

Há, também, uma dimensão cultural, crescente e variável, relativa a cada momento histórico que compõe o conceito de dignidade da pessoa humana. Sarlet (2007, p. 370) sustenta haver uma dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais seres, ao invés de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual, sem que com isso, nas suas palavras, "[...] se esteja a advogar a justificação de sacrifícios da dignidade pessoal em prol da comunidade, no sentido de uma funcionalização da dignidade."

O efetivo respeito à dignidade da pessoa humana resulta das relações interpessoais, da recíproca consideração e respeito. O desenvolvimento dessa concepção em torno da natureza relacional e comunicativa da dignidade da pessoa humana acaba por contribuir para a superação de uma concepção eminentemente de origem biológica da dignidade. A concepção em torno da natureza relacional e comunicativa da dignidade da pessoa humana permite vincular a igual dignidade de todas as pessoas humanas. Logo, a dignidade da pessoa, na dimensão relacional, é desenhada a partir das relações com os demais indivíduos, tendo em conta o fato de normas morais serem construídas coletivamente, no âmbito da cultura em que o indivíduo se encontra situado.

Assim, a dignidade da pessoa humana, sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de tratar-se do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade, pois é esse o local onde a racionalidade é construída. Nesse sentido, Sarlet (2007, p. 371), seguindo a linha jusnaturalista habermasiana, considera que a dignidade da pessoa, nas suas palavras, “[...] encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, [...] apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade.”

A dignidade da pessoa humana representa o núcleo dos chamados “direitos humanos”. Em síntese apertada, numa dimensão básica ou ontológica, apresenta-se a dignidade como dotada de atributos congênitos e ontológicos, decorrentes da razão inerente aos seres humanos. Portanto, a dignidade representa os valores mínimos, ou limite fundamental para a existência humana, tendo como escopo a autodeterminação e a autonomia das pessoas. Em sua dimensão cultural, a dignidade representa as opções históricas disponíveis, ou seja, é a forma como cada sociedade realiza a dimensão básica, a qual não pode ser

violada pela dimensão cultural, por se tratar de núcleo indisponível, com pretensão de ser universal.

Salienta-se que a noção de dignidade é reconhecida nas diferentes cartas de direitos humanos,² que acobertam grande parte das expressões culturais. Para que uma concepção de dignidade da pessoa humana não signifique uma forma de imperialismo ocidental, guardando relação com conceitos tipicamente ocidentais, é necessário um diálogo entre as diferentes culturas e saberes, sem a intenção de estabelecer um marco único e integral, com objetivo de ampliar-se a consciência de incompletude do conceito.

Sarlet (2007, p. 383) propõe uma universalização da dignidade num contexto multicultural (uma concepção não “fundamentalista” da dignidade). Em razão da já referida contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana, o autor questiona “[...] até que ponto a dignidade não estaria acima das especificidades culturais que muitas vezes justificam atos que para o resto da humanidade seriam indignos.” Não nega, contudo, a existência de conflito entre o que seria uma conduta ofensiva ou não à dignidade, sobretudo quando analisados aspectos que variam em razão do local e da época.

² A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, em seu artigo 5º dispõe: “Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos”. Consta no preâmbulo da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos de 1981: “Por conseguinte, nós, como muçulmanos, que acreditamos: [...] g. em nossa obrigação em estabelecer uma ordem islâmica: [...] 14. onde todo empenho seja feito para: b. garantir a todos seguridade, dignidade e liberdade nos termos estabelecidos e pelos meios aprovados, e dentro dos limites previstos em lei”. O artigo XVII da Declaração Islâmica estabelece: “XVII – Condição e Dignidade dos Trabalhadores O Islam dignifica o trabalho e o trabalhador e ordena que os muçulmanos tratem o trabalhador justa e generosamente. Não só deve receber seus salários imediatamente como também tem direito ao repouso adequado e ao lazer”. Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 estabelece a dignidade como fundamento dos demais direitos já no seu preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”

Nem todos os direitos humanos são, contudo, universais. Percebe-se que alguns direitos reconhecidos como “humanos” são tratados de forma diferente em cada sociedade, caso do direito à propriedade. Por outro lado, pode haver direitos humanos universais, por estarem assim reconhecidos em todas as sociedades, independentemente do aspecto cultural. Nessa quadra, Baez (2012, p. 38) sustenta que a abolição da escravidão pelas civilizações orientais, ainda na Idade Média, revela que aquelas civilizações se encontravam, naquela época, num patamar ético superior ao das europeias, contribuindo dessa forma, com o ideal dos direitos humanos.

Lembrando-se que a dignidade está de alguma forma ligada também à condição humana de cada um (visão ontológica, não necessariamente biológica), deve-se observar a existência concomitante de uma dimensão comunitária ou social da dignidade de cada pessoa (dignidade da pessoa humana) e de todas as pessoas (dignidade humana), porque “todos” são reconhecidos como iguais em dignidade e direitos e convivem numa comunidade, com relações mútuas. Para Sarlet (2007, p. 369-370), a dimensão ontológica da dignidade, nas suas palavras, “[...] assume seu pleno significado em função do contexto da intersubjetividade que marca todas relações humanas.”

Logo, o reconhecimento dos valores, dos princípios e dos direitos fundamentais que por assim dizer são aqueles socialmente consagrados pela comunidade de pessoas humanas marca a dignidade tanto em nível individual quanto coletivo.

2 Conteúdo jurídico do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana diante do caso concreto

As dimensões ontológica e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente, guardando, além disso,

relação direta com o que se poderá designar de dimensão prestacional (ou positiva) da dignidade. Sustenta-se, na perspectiva de que o conteúdo da dignidade seja determinado no contexto da situação concreta, tanto coletiva quanto individual, que é possível diferenciar “dignidade humana”, reconhecida a todos os seres humanos, independentemente de sua condição pessoal, concreta, de “dignidade da pessoa humana”, concretamente considerada, no contexto do desenvolvimento social e moral do indivíduo.

A diferenciação entre dignidade humana e dignidade da pessoa humana é semelhante à desenhada por Maurer (2005, p. 70) entre “dignidade para nós” e dignidade “para si”. Pondera a autora acerca da “Fenomenologia do Espírito”, obra na qual Hegel distingue a noção de dignidade “para si” da noção de dignidade “em si”. Na filosofia hegeliana, entende-se que a consciência só alcança o conhecimento absoluto quando as noções “para si” e “em si” coincidem.

A dignidade “para si” é a ideia que se tem, para si próprio, do conceito de dignidade. Cite-se o exemplo, trazido pela autora, do escravo e da filha vítima de incesto, que acreditam ser esse um comportamento digno. De forma mais abrangente, uma pessoa pode definir subjetivamente a sua dignidade e concluir que algo lhe é inaceitável, considerado que uma conduta qualquer pode configurar-se como ofensiva à sua dignidade. Nas palavras de Maurer (2005, p. 71), “[...] essa concepção pessoal da dignidade para si é condicionada pela educação, pelo contexto social, pela imagem que os outros fazem de si, etc.”

Para uma concepção de dignidade mais próxima da verdade, o indivíduo deve aceitar questioná-la de forma permanente, fazendo com que evolua até a “dignidade para nós”, rumo ao “em si”. Ocorre que essa visão extremamente individual é a maior ameaça atual para a dignidade humana e a recusa a qualquer análise objetiva acaba levando ao totalitarismo do indivíduo sobre ele próprio e sobre os demais. Sobre isso,

cite-se o famoso caso do lançamento de anões, em que o consentimento do indivíduo para com aquela situação foi considerado normal, à luz da razão pública externada pelo Poder Judiciário.

A dignidade “para nós”, na concepção proposta pela autora, engloba os diferentes atores de uma sociedade (grupos de pressão, intelectuais, comunidades religiosas, legislador, juiz etc.). Trata-se de uma expressão que remete a certo consenso social. Assim como a dignidade “para si” evolui, aqui também a “para nós” deve progredir, todavia, permanecendo sempre modesta a fim de não ser confundida com a “dignidade em si”. Considera Maurer (2005, p. 73) que não há um conceito de dignidade “em si”, sendo que é perceptível tanto no nível do indivíduo como no da sociedade, em suas palavras, uma “[...] diferença entre a noção de dignidade e o respeito à pessoa, diferença que manifesta claramente que nós ainda não sabemos o que é a dignidade da pessoa humana.”

A dificuldade de estabelecer-se um conceito de dignidade “em si” pode ser constatada em casos de desrespeito às pessoas, em sua dignidade individual, justificada por uma suposta dignidade coletiva. Noutra prisma, também, constata-se que há violação da dignidade coletiva em casos em que o indivíduo desrespeita a própria dignidade, por exemplo, quando o sujeito dispõe de sua honestidade, não para obter um benefício moral ou ético, próprio ou de terceiro, mas para obter uma vantagem indevida e prejudicial para a própria dignidade e para a dignidade de muitas outras pessoas (caso do corrupto). Logo, aduz-se a importância da construção da ideia de dignidade coletiva ou dignidade humana, que deve, em última instância, ser realizada por órgãos capazes de definir o que é a razão pública, que, por sua vez, tem direta relação com o conceito de dignidade.

A ideia de razão pública de Rawls (2011) reflete a dignidade “para nós”. Um órgão dotado de legitimidade serviria como exemplo entre os cidadãos, ao decidir em relação às questões da sua competência, especificamente, em relação à definição do conteúdo jurídico da

dignidade da pessoa humana. O ideal de cidadania democrática tratado no âmbito da razão pública traz um aspecto paradoxal. As verdades, realidades encontradas numa sociedade, às vezes, não condizem com o que se convencionou como razão pública, produzida pelo poder político, detentor do poder coercitivo (poder público).

Com base em decisões emanadas por órgãos que, reconhecidamente, devem estabelecer o conceito de razão pública, tendo em vista o fato de as pessoas se relacionarem numa sociedade, nasce o que Rawls (2011, p. 265-266) denomina “legitimidade liberal”. Deve-se, pela teoria rawlsiana, atentar para a diversidade dentro de uma sociedade de pessoas, com opiniões diferentes, doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis diversas.

Partindo-se do princípio liberal da legitimidade, entende-se que o voto de cada pessoa é justificável independentemente do que se utiliza como argumento, desde que a pessoa aceite a opinião do outro, ou seja, esteja disposta a ouvir os outros, numa sociedade em que esteja presente uma Constituição pautada em princípios de razão pública, construída à luz da igualdade, com ideais que se possa esperar que todos os cidadãos endossem.

O voto (sobre um princípio ou política que envolva questões fundamentais) deve ser passível de explicação pelos ideais de princípios ou valores políticos da razão pública para ser considerado justificável pelo princípio liberal da legitimidade. Não basta para a razão pública pautar-se em decisões dos governantes ou proferidas em fóruns oficiais dos três poderes. A razão pública envolve as relações pessoais dentro de uma sociedade. Essas relações influenciam a maneira de votar e outras questões.

A complexidade do conceito de dignidade é diretamente relacionada com as complexas, imprevisíveis e praticamente incalculáveis manifestações da personalidade humana, fato que faz com que Sarlet (2007, p. 361) concorde com a ideia de que não seria “[...] inteiramente destituída de qualquer fundamento racional e razoável a posição dos

que refutam a possibilidade de uma definição, ou, pelo menos, de uma definição jurídica da dignidade.” Todavia, rebate a ideia habermasiana de que a dignidade é vista como um conceito não juridicamente apropriável e que não caberia aos juízes ingressar na esfera do conteúdo ético da dignidade, devendo tal tarefa ser atribuída ao debate ao público.

A tese de Habermas é rebatida por Sarlet (2007, p. 365), no ponto, sob o argumento de que a jurisdição constitucional, quando provocada a intervir na solução de determinado conflito que verse sobre as diversas dimensões da dignidade, tem dever de manifestação. Logo, não haveria como dispensar uma compreensão ou conceito jurídico do que seria a dignidade da pessoa humana, visto que, à luz do caso concreto, alguma consequência jurídica advirá, o que remonta a ideia de que a dignidade somente é passível de definição diante de um caso concreto.

Para o direito, a abordagem negativa é facilitada, o que importa dizer que a realidade da dignidade pode ser ensinada, abordada, no caso concreto, podendo-se afirmar, com clareza, que a dignidade da pessoa não é passível de apropriação pelo outro, ou seja, não pode ser adquirida de forma definitiva. Nesse sentido, reafirma-se a dificuldade de definir-se o que representaria o conceito jurídico de dignidade da pessoa humana, nas palavras de Maurer (2005, p. 74), “[...] da mesma forma que se pode ter consciência [...] daquilo que não é dignidade da pessoa humana, é difícil, ou mesmo impossível, dizer o que ela é.”

Percebe-se, no entanto, desde o Direito Romano há diferenciação muito clara e básica entre a coisa e a pessoa. A dignidade da pessoa humana é que permite essa distinção e, por conta disso, obteve-se uma concepção jurídica que possibilitou lançar as sementes de libertação do homem da escravidão. Logo, a dignidade é fonte da liberdade e, também, a finalidade da pessoa humana, o que, todavia, não afasta as dificuldades de estabelecer-se um conceito definitivo de dignidade.

Ao apresentar aportes teóricos sobre fundamentação, conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana, Sarlet (2005, p. 7), dimensiona a importância do direito comparado para solucionar casos de conflito entre direitos fundamentais e definir a dignidade da pessoa humana no sentido de sua universalização. Salienta que isso representaria um método de interpretação jurídica, na condição de comparação de culturas jurídicas e não de simples ordens jurídico-positivas, consistindo em “[...] ferramenta indisponível para a própria concretização da legítima e fecunda utopia da universalização da dignidade e dos direitos fundamentais da pessoa humana [...]”

Embora ocorram relações sociais que de certa forma “instrumentalizam” o homem (como quem presta um serviço a outro), o que se veda é a completa e egoística disponibilização do outro, como meio para alcançar determinada finalidade (“coisificar”). Numa proposta de conceituação jurídica da “dignidade da pessoa humana”, Sarlet (2005, p. 383) faz referência à capacidade de o indivíduo ter “[...] participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

Em grande medida, as questões cuja solução é mais difícil de ser alcançada envolvem temas ligados aos direitos humanos, os quais, em última análise, devem respeito à dignidade da pessoa humana. Direitos humanos fundamentais protegem a dimensão básica da dignidade, podendo, ou não, encontrar-se positivados na ordem jurídica interna de cada sociedade. Apesar da permanente indeterminação do conceito de dignidade, admite-se a sua utilização jurídica, tendo em vista a sua ligação com as relações interpessoais e a ideia de que as decisões dos tribunais são os melhores exemplos de razão pública.

Os chamados direitos humanos servem, portanto, como um conjunto de valores éticos que têm por objetivo proteger e realizar a dignidade humana. A dimensão ontológica da dignidade é a que mais

se aproxima da chamada dignidade “em si”, tendo em vista que ambas as expressões encontram seu fundamento na valorização da pessoa, no sentido kantiano de não ser tratada como meio, objeto, mas, sempre, como fim. Trata-se, portanto, de qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, que impede a sua coisificação e pode ser traduzida na capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão.

Em suma, a dignidade humana (“para nós”) é reconhecida a todos indistintamente, partindo-se de um conceito universal de razão pública, com influência na esfera individual. A dignidade da pessoa humana (“para si”), por sua vez, é reconhecida à determinada pessoa, concretamente considerada, no contexto do desenvolvimento social e moral do indivíduo. Tanto a primeira quanto a segunda devem ser construídas à luz das dimensões cultural e básica, que refletem na construção de um conceito aproximado de dignidade “em si”.

As dimensões ontológica e cultural da dignidade interagem e sua análise é determinante para a construção de um conceito de dignidade. Uma conduta individual, ainda que considerada “para si”, como digna, pode ser taxada de indigna para determinada sociedade que expressa uma razão pública, exemplarmente manifestada pelos órgãos judiciais, cujas decisões devem buscar encontrar um conceito para dignidade, aplicável ao caso concreto.

Na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy (2015b, p. 26-27) indaga sobre os direitos do indivíduo, os princípios que vinculam a legislação e o significado de dignidade humana, liberdade e igualdade, temas da filosofia prática, pontos centrais de lutas políticas que se tornam problemas jurídicos quando a Constituição vincula os poderes pela aplicação direta de suas normas. Tais normas são consideradas fundamentais e, por isso, devem ser guardadas por um tribunal constitucional.

Os direitos fundamentais têm sua abertura associada a um profundo dissenso sobre o objeto regulado, o que dá margem a uma ampla disputa. Leia-se: os direitos fundamentais à dignidade, a liberdade e a igualdade são conceitos jurídicos abertos que abrangem questões controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. No âmbito da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, a técnica da ponderação consolidou-se como instrumento apto a determinar a solução juridicamente correta em casos de colisão entre princípios fundamentais.

Dada a relevância da técnica da ponderação, em que pese as críticas³ a ela imputadas, mostra-se adequado conhecê-la para discutir a sua possível utilização, também, para definir um conteúdo jurídico para a dignidade que, conceitualmente, sofre pela atribuição de maior ou menor conteúdo de direitos fundamentais. Apesar dos perigos relativos aos excessos cometidos pelos que se utilizam dessa técnica para definição dos conteúdos dos direitos fundamentais nos casos concretos, a redução da ponderação a uma fórmula matemática não satisfaz a necessidade do operador do direito. São necessários argumentos para superar as críticas que atribuem imprevisibilidade dos resultados obtidos, a justiça apenas

³ O próprio Alexy (2015, p. 575-576) traz a crítica de Habermas, para quem a medida de satisfação do mandamento de otimização dos princípios deveria ser obtida a partir da própria norma, não admitindo valoração como forma de realização da otimização. A quantificação orientada por finalidades, na opinião de Habermas, implicaria em que os direitos individuais sejam, em alguns casos sacrificados por razões de finalidades coletivas, fato que atestaria a perda de solidez dos direitos fundamentais, a qual só poderia ser garantida por meio de uma estrutura estritamente deontológica, ou seja, pela estrutura de regras. O muro protetor que só uma compreensão deontológica das normas jurídicas introduz no discurso jurídico seria derrubado se, nos casos de colisão, adotarem-se argumentos definidores de finalidades. Em outra linha, conta Alexy (2015, p. 577) que Böckeförde ataca a sua tese dos direitos fundamentais, afirmando que haveria um excesso de direitos. Os direitos fundamentais produziram seus efeitos por todo o sistema jurídico, um efeito irradiador que, necessariamente, conduziria a uma produção de efeitos dos direitos fundamentais em face de terceiros (efeitos horizontais), bem como a conteúdos de direitos fundamentais como proteção, segurança social e organização e procedimento. Esses direitos demandariam ações positivas do Estado. Logo, não se limitariam, como os direitos clássicos de liberdade, a uma exigência de abstenção estatal. Os princípios conteriam, assim, tudo em si mesmos, necessitando, apenas de uma concretização por meio de sopesamento.

no caso concreto com perda de segurança jurídica, a ampliação demasiada dos poderes de quem se utiliza da técnica etc.

Os direitos fundamentais possuem, na sua concepção original, a ideia de proteção contra interferência do Estado, ou seja, um direito de ações negativas por parte do Estado, que deve respeitar o indivíduo em sua liberdade. Além das prestações negativas, emerge o direito a prestações positivas, destacadas no âmbito dos chamados direitos sociais, apesar de serem necessárias, também, para implementar os chamados direitos civis.

Conta Alexy que a Constituição da Alemanha raramente menciona os direitos a prestações positivas, diferentemente de outras cartas, como a Constituição da República Federativa do Brasil, que elenca um rol de direitos sociais fundamentais (inseridos no Capítulo II, “DOS DIREITOS SOCIAIS”, do Título II, “*DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS*”) e atribui às normas de direitos fundamentais a aplicabilidade imediata,⁴ sem, contudo, aprofundar quanto aos mecanismos de concretização desses direitos. Como exemplo (raro) de um direito subjetivo a prestações, Alexy (2015b, p. 434-435) cita o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade. Embora o legislador original não tenha formulado normas garantidoras de direitos subjetivos a prestações, observa-se que haveria, no texto constitucional germânico, certos “pontos de apoio”, formulados de forma objetiva, para tornar possível uma interpretação que garanta os direitos a prestações, por exemplo, a “obrigação de todos os poderes estatais” de “proteger” a dignidade humana (artigo 1º, §§ 1º e 2º, da Lei Fundamental).

Assim, percebe-se a centralidade do conceito de dignidade, também, na doutrina germânica. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como direito fundamental autoriza, até, a exigência de prestações positivas por parte do Estado e, também, de particulares que

⁴ Art. 5º, parágrafo 1º. “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

atuem em determinada posição. A dignidade, portanto, não deve receber o tratamento de mera expectativa de direito, mas de legítimo direito subjetivo apto a efetivar-se pela possibilidade de exigência de prestações pela via judicial, em última instância.

Tirando a ideia de que consta na Lei Fundamental a salvaguarda a um núcleo essencial dos direitos fundamentais, tal como a dignidade da pessoa humana, nem esta é, enquanto princípio, considerada absoluta à luz da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy. O fato de a referida Lei prever em seu art. 1º, § 1º, 1, que “[...] a dignidade humana é inviolável”, desperta a impressão de um caráter absoluto de tal norma. Todavia, isso não significa que há um princípio absoluto, o que é, na opinião de Alexy (2015b, p. 111) “[...] fácil de argumentar contra [...]” A dignidade humana como princípio é sopesada diante de outros princípios, extraíndo-se desse sopesamento o conteúdo da regra da dignidade humana.

Assim, a norma que protege a dignidade humana comporta uma regra (absoluta) e um princípio (relativo). Dessa forma, o princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas, mas o fato é que, a depender das condições, ele prevalecerá em maior ou menor grau sobre outros, o que não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, apenas que, em determinadas condições, há razões “jurídico-constitucionais” que praticamente o conduzem a uma precedência.

Em síntese apertada, a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito está ao lado da adequação e da necessidade, elementos que integram a “máxima da proporcionalidade”, termo preferido por Alexy a “princípio da proporcionalidade”.⁵ Nas palavras de Steinmetz e Freitas (2014), “[...] as possibilidades fáticas são determinadas pelas máximas da adequação e da necessidade e as possibilidades jurídicas, pela máxima

⁵ “A máxima de proporcionalidade é com frequência denominada ‘princípio da proporcionalidade’. Neste caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado (princípio como

da proporcionalidade em sentido estrito [...]” A proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento de ponderação propriamente dito.

Tocante à lei da ponderação, ela contempla a chamada “mensuração” do grau de não realização de um princípio, a “avaliação” do peso do princípio oposto e a “justificação” da realização de um princípio e não do outro. Steinmetz e Freitas (2014) traduzem a teoria de Alexy, apresentando os passos para realização da ponderação, que são três. Primeiro, a chamada determinação (“mensuração”) do grau de não satisfação ou de não realização de um princípio (o princípio restringido). Trata-se de, nas palavras dos autores, de “quantificar” o grau da intensidade da intervenção ou da restrição. Segundo: fase da avaliação da importância (“peso”) da realização do outro princípio (o princípio oposto). Terceiro: deve-se demonstrar se a importância da realização do princípio oposto justifica a não realização do princípio restringido.

Tal técnica, ao lado de outras que buscam ajudar o intérprete a desenvolver um raciocínio adequado para apresentar soluções plausíveis para casos difíceis, é passível de aplicação para discutir os critérios usados no sistema judicial para definir o bem jurídico preponderante em matéria de direito à educação, por exemplo. No ponto, independentemente da aplicação da técnica da ponderação no sistema judicial brasileiro de forma correta, o importante é que ela cumprirá seu papel se, de fato, ajudar no desenvolvimento de uma tese dotada de carga argumentativa suficiente para adotar-se a melhor posição, dados os elementos que envolvem a questão posta (caso concreto).

O juízo de ponderação tem sido cada vez mais solicitado nos dias atuais. A técnica pode ser utilizada em demandas ligadas a garantia do chamado

mandamento de otimização). A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo (ponderadas frente a algo diferente). Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência e às vezes não. O que se indaga é [...] se as máximas parciais são satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.” (ALEXY, 2015b, p. 117, nota de rodapé 84).

“piso mínimo existencial”, garantidor da dignidade da pessoa humana e, também, carente de conceituação fácil na seara jurídica, tendo-se em conta, ainda, o limitador da “reserva do possível”. A ponderação de bens pode ocorrer sempre que houver choque entre diferentes direitos fundamentais, o que não afasta a importância de considerar a existência de um núcleo indisponível dos direitos passível de conceituação sem utilização dessa técnica.

Cite-se a sentença-Lebach do Tribunal Constitucional da Alemanha. Em jogo o direito de fazer arte cinematográfica em face do direito afeto à personalidade do indivíduo que sofreu condenação penal e poderia ter prejudicada a sua ressocialização após o término da pena, caso a obra continuasse a ser divulgada. Nas palavras de Alexy (2015a, p. 37), “[...] Uma ponderação de bens é necessária porque determinações de direitos fundamentais distintos são correspondentes, que, se se pudesse aplicá-las independentemente uma da outra, iriam levar a resultados incompatíveis um com o outro.”

Na sentença-Lebach, o Tribunal Constitucional reconheceu a primazia dos direitos do preso, mandando impedir a veiculação da obra. Vários argumentos foram lançados para dar peso à ponderação, dentre os quais, a concepção genérica presente no Direito Penal germânico que, nas últimas décadas, impôs-se progressivamente nesse ramo do Direito e, nas palavras de Alexy (2015a, p. 42), tem por base “[...] ‘a autoconsciência de uma comunidade que põe a dignidade humana no centro de seu ordenamento de valores’, o princípio do estado social (235 e seguinte) e a proteção da comunidade perante recaídas (236).”

Sobre a importância da aplicação da lógica como justificação externa de sentenças judiciais, pondera Alexy (2015a, p. 45) que, “[...] para a reconstrução adequada da justificação externa, a lógica, sem dúvida, é bem genericamente necessária, mas não suficiente.” Considera o autor que a lógica deve dar sustentação à argumentação jurídica, esta sim seria suficiente e ultrapassaria amplamente a lógica. Uma teoria

da argumentação jurídica é necessária ao incremento da técnica da ponderação, de forma não arbitrária.

Uma das consequências da irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do direito refere-se ao tipo de abertura. A vigência das normas de direitos fundamentais torna o sistema aberto à moral. Os conceitos de dignidade, liberdade e igualdade, fundamentais à Filosofia prática, fazem incorporar à Constituição e ao direito os princípios mais importantes do direito racional moderno. A definição dos princípios e o sopesamento entre eles é o objeto da justiça. Na definição de Alexy (2015b, p. 544), “[...] os princípios da justiça de Rawls são uma tentativa de estabelecer uma relação entre liberdade e igualdade.” Logo, a irradiação dos direitos fundamentais, ainda que tachados de direito positivo, faz irradiar a ideia de justiça a todos os ramos do Direito.

Em conclusão parcial, pode-se afirmar que a definição do conteúdo de dignidade da pessoa humana passa pela proteção dos direitos fundamentais que a circundam. Assim, a teoria dos direitos fundamentais de Alexy atribui cientificidade ao Direito na medida em que sua aplicação, nos casos de difícil solução, seguirá passos pré-definidos pela técnica da “ponderação”, por meio da qual se argumenta quanto à preponderância de um princípio fundamental em relação ao outro num determinado caso concreto, o que auxilia na construção de um conteúdo ou núcleo essencial indisponível dos diversos direitos fundamentais.

3 A preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais

Para uma correta utilização da técnica da ponderação para definir o conteúdo jurídico da dignidade, bem assim do referenciado núcleo essencial dos denominados “direitos fundamentais”, é necessário salientar a diferença existente entre estes e os chamados “direitos humanos”.

Em escala mundial, os direitos fundamentais não, necessariamente, são aqueles expressos por meio de enunciados normativos nas constituições de cada nação, podendo constar implicitamente nas constituições consuetudinárias, bem assim naquelas que adotam como sistema jurídico o *common law*, cujo diferencial está em que o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes. Assim, as normas inscritas originariamente numa Constituição são de livre criação (poder ilimitado) pelo poder constituinte originário, fato que resulta numa grande diversidade de direitos fundamentais, consideradas as diversas cartas constitucionais, escritas ou não.

Adotando-se a classificação utilizada por Mazzuoli (2007, p. 671-672) e Sarlet (2015, p. 27-35), os “direitos do homem”, de cunho jusnaturalista, são considerados inatos sendo, em grande medida, reconhecidos em cartas internacionais, quando passam a ser denominados “direitos humanos”. Direitos humanos são, portanto, positivados em tratados ou resultam de costumes internacionais, que acenderam ao patamar do Direito Internacional Público. De forma diferente, os direitos fundamentais exigem normas, não necessariamente enunciados normativos, expressos ou implícitos nas constituições de cada nação para serem assim considerados.

O fundamento dos direitos humanos é a dignidade, inerente a toda e qualquer pessoa, em consonância com o que se estabeleceu no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que, expressamente reconhece que “[...] todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos [...]” Em seu conteúdo, os direitos humanos seguem três princípios, elencados por Mazzuoli (2007, p. 674): a) inviolabilidade da pessoa, no sentido de que não se pode impor sacrifícios a um indivíduo para beneficiar outras pessoas; b) autonomia da pessoa, que deve ser considerada livre para realizar qualquer conduta, desde que não prejudique terceiros; c) dignidade da pessoa, que além de

fundamentar os direitos humanos, é o conteúdo deles na medida em que todos os demais direitos fundamentais derivam da dignidade, que se apresenta como caminho pelo qual se exige tratamento e julgamento das pessoas de acordo com seus atos e não por outras propriedades do indivíduo.

Numa linha paralela à desenvolvida por Alexy, como se tentou demonstrar, a solução de conflitos em matéria de direitos fundamentais, ocorre independentemente de sua positivação por um determinado Estado. São considerados fundamentais, pela doutrina jusnaturalista, os direitos humanos, positivados ou não, que servem para proteger o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Tal núcleo essencial é representante dos valores mínimos, ou limite fundamental para a existência humana e tem como escopo a autodeterminação e a autonomia das pessoas, entendida a dignidade como direito inato que indica a necessidade de tratamento da pessoa como fim e não como meio, numa visão ontológica, não necessariamente biológica, do indivíduo.

Repisando, para Sarlet (2005, p. 7), tem importância o direito comparado para solucionar casos de conflito entre direitos fundamentais e definir a dignidade da pessoa humana no sentido de sua universalização, procurando-se respeitar tanto a dimensão ontológica quanto a cultural, para construir-se um conceito de dignidade. Não se trata de afirmar, como fez Alexy, que os direitos fundamentais são os expressamente reconhecidos pela Lei Fundamental e, a partir do direito positivo interno, avaliar o caso concreto e realizar a chamada ponderação em casos de conflito entre princípios fundamentais.

Trata-se de preservar um núcleo essencial com pretensão de universalização, sem que se tenha como premissa a determinação desse núcleo com base num processo de ponderação, que daria origem a duas teorias principais sobre o núcleo essencial: uma absoluta e uma relativa. A ideia fundamental do requisito de garantia de proteção do núcleo

essencial dos direitos fundamentais, contudo, indica que uma parcela do conteúdo de um direito deve ser protegida para que não se perca a eficácia do direito. Consta-se, assim, que há um certo consenso entre ambas as linhas doutrinárias, considerando-se que a técnica da ponderação de princípios tem por objetivo a graduação de eficácia entre os diversos princípios diante de um caso concreto e não descarta a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a divergência está restrita ao conceito de direito fundamental, de um lado, fechado ao sistema constitucional e, de outro, aberto aos direitos humanos.

Para a teoria da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, nas palavras de Sarlet (2015, p. 420), “[...] há conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais [...]” Tais posições mínimas, também, podem ser opostas – inclusive diretamente – a particulares, embora haja divergência quanto a este último aspecto. Apesar de não ser reconhecido textualmente na Constituição brasileira, como ocorre em outras nações (cite-se a alemã, a grega, a portuguesa e espanhola), a ideia de núcleo essencial é utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, para afirmar a validade das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Constituição Federal).

No entanto, não se pode confundir o núcleo essencial dos direitos fundamentais com o mínimo existencial que confere dignidade à pessoa humana, apesar de haver semelhança entre os conceitos. Pondera Sarlet (2015, p. 422), que o núcleo essencial não se confunde com o maior ou menor conteúdo dos direitos fundamentais em relação à dignidade da pessoa humana, assim como não se confunde núcleo essencial com a garantia do mínimo existencial, embora haja semelhança entre as categorias. A garantia ao conteúdo essencial não equivale a um conteúdo mínimo. O núcleo essencial possui característica de apresentar-se como

imune à ação do poder público (chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais) ou dos particulares (eficácia horizontal).

Na concepção de Alexy (2015b, p. 68-69), os direitos fundamentais devem ser expressos na Lei Fundamental. Sendo assim, a princípio, poder-se-ia definir-se norma de direito fundamental como aquela contida expressamente no rol de direitos fundamentais de uma Constituição. Trata-se de critério formal, estabelecido na própria Lei Fundamental, que define como direito fundamental o que está no capítulo relativo aos direitos fundamentais, bem como aqueles que admitem recurso ao Tribunal Constitucional.

Os direitos sociais, abrangidos pelos direitos a prestações em sentido amplo, poderiam, assim, ser considerados fundamentais se expressamente considerados. Logo, consideram-se fundamentais, somente os direitos expressamente reconhecidos na Lei Fundamental, a qual trata dos chamados direitos sociais em capítulo específico, não se lhes conferindo a estatura de direitos fundamentais. Esse fato, contudo, não afasta a discussão sobre conflitos envolvendo direitos sociais, também, diante do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como direito fundamental.

Seguindo-se a linha de não dispor de forma expressa sobre os direitos prestacionais, ao que parece à primeira vista, para não se abrir margem à subjetividade, exigibilidade ou justiciabilidade de determinados direitos, a Constituição americana, por sua vez, trata de forma separada os direitos sociais, os direitos civis e os direitos humanos. Na Espanha, direitos sociais estão num capítulo apartado da Constituição, o que os diferencia dos direitos civis, expressamente, considerados fundamentais pela Constituição espanhola.

No Brasil, como salientado em seu artigo 5º, § 1º, a Constituição reconhece que todas as “[...] normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais [...]”, ou que tenham por escopo proteger os direitos

fundamentais, dentre elas a “dignidade da pessoa humana”, previstas na Constituição, “[...] têm aplicação imediata [...]” Pode-se concluir que, também, as normas que se encontram espalhadas no texto constitucional e que sirvam para proteger o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, podem ser consideradas direitos fundamentais, diante do disposto no § 2º do referido artigo 5º, na medida em que dispõe que “[...] direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Além de haver no Brasil um reconhecimento constitucional dos direitos sociais, vale destacar a importância dada às convenções internacionais sobre direitos humanos na Constituição brasileira em comparação à Lei Fundamental alemã. De acordo com o § 3º do art. 5º da Constituição do Brasil é possível estender a eficácia das normas de estatura constitucional às convenções internacionais sobre direitos humanos das quais o Brasil seja signatário, desde que aprovadas em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Tal dispositivo é semelhante ao artigo 79 da Lei Fundamental, com a observação de que nesta não há referência expressa aos tratados “sobre direitos humanos” e o foco são os tratados relativos à paz, os quais podem complementar a referida Lei, por meio de emenda, mediante aprovação de dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal.

Para que o direito não se perca deve-se, sempre, garantir um núcleo essencial aos direitos fundamentais, a partir de uma consistente argumentação jurídica. É possível, no entanto que, no caso concreto, haja prevalência de um direito sobre o outro. Como técnica de aplicação do direito, restrita a um sistema jurídico específico, a ponderação pouco diz a respeito do conteúdo da dignidade da pessoa humana, da qual Alexy extrai um princípio passível de ponderação com os demais princípios,

também, decorrentes de direitos fundamentais e, assim, passíveis de serem confrontados.

O problema a ser resolvido, contudo, é encontrar um meio de superação dos traumas sociais para construção de um conceito de dignidade da pessoa humana. Para isso, parece ter relevância discutir a qualidade da educação. Não se deve, na construção de políticas públicas educacionais, ter como referência somente o mínimo existencial, mas, também, o máximo desejável. Deve-se observar, contudo, os limites orçamentários que ditam a reserva do possível, que, por sua vez, deve ser passível de demonstração para que se exerça um poder-dever de fiscalização, até por parte do Poder Judiciário.

O que se pretende ao afirmar que há um direito subjetivo a uma formação escolar e profissional é garantir que a liberdade individual seja respeitada e valorizada. Quanto ao papel do Poder Judiciário, tendo como parâmetro o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e, nessa quadra, o mínimo existencial, pode-se sustentar que sua atuação deve possibilitar ao indivíduo acessar uma educação de boa qualidade, igual para todos os níveis sociais, na maior medida possível.

4 O direito social subjetivo à Educação Básica voltada a pleno desenvolvimento da pessoa como mecanismo de proteção da dimensão ontológica da dignidade

Lançadas as bases para afirmar que há um conteúdo jurídico no conceito de dignidade, parte-se para a análise do papel da educação na promoção dos direitos humanos e na construção de um núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, que se pretende seja eticamente universal.

A autorrealização está diretamente ligada ao ato educativo, indispensável para a sua existência. Trata-se, na afirmação de Romanelli (2014, p. 246), “[...] de um processo de humanização do homem”, que leva

ao autoconhecimento e autodomínio, os quais possibilitam a chamada autorrealização, como resultado da interação do indivíduo com o meio que o cerca. A interação com o mundo circunstancial parte da percepção e aceitação desse desafio, o que possibilita que haja um processo dialético de aprofundamento, de causa e efeito de atuação do indivíduo sobre o meio em que vive.

Comparando o estágio atual de desenvolvimento dos direitos humanos no Brasil com o vivenciado quando da reforma do ensino promovida pela Lei 5.692 de 11 de agosto de 1971, pode-se afirmar que houve sensível avanço. Conta Romanelli (2014, p. 270) que o objetivo do Estado era criar um mecanismo de profissionalização para promover o capitalismo. Para isso, conclui a autora que o ensino de 1º grau (semiprofissionalizante) atendia melhor aos interesses das empresas. Já o ensino profissionalizante de 2º grau contrariava em parte esses interesses, funcionando mais como parte da política de desvio da demanda da universidade proposta pelo Estado.

Contudo, a defesa da inserção de jovens no mercado de trabalho pode ser vista como um elemento adicional na formação escolar. Khan (2000-2001, p. 382) afirma que não basta assegurar o desenvolvimento físico, moral, intelectual e espiritual de cada criança. Aponta dois problemas nisso. Primeiro, ao não se reconhecer o valor do trabalho físico nos anos formativos da criança, tacitamente, abraça-se o conceito de criança burguesa – uma criança criada no lazer, que busca o intelecto sem qualquer experiência significativa de trabalho manual. Esse fracasso perpetuaria velhas dualidades entre trabalho e lazer, trabalho e intelecto.

Em segundo lugar, as forças do mercado obrigariam, inevitavelmente, alguns membros da sociedade a fazerem trabalho manual. Sustenta o autor que a promessa de tecnologia não pode garantir a extinção do mercado manual. Propõe que uma nova lei positiva deve descartar o preconceito precoce contra o trabalho físico e reconhecer

afirmativamente a dignidade inerente ao trabalho. Além disso, sustenta que uma ética do trabalho manual deve ser universalizada e incorporada ao ensino primário e secundário, de modo que a criança comece a respeitar o trabalho manual em seus anos formativos, ao argumento de que as mãos são tão sábias quanto os livros.

Paradoxalmente, o autor sustenta que não se deve apoiar a educação pautada no conceito de criança burguesa. Revela com sua defesa que não há como resistir às forças do mercado. Logo, deve-se adotar postura condizente com a realidade e deixar que jovens e crianças trabalhem ou possam aprender o exercício de uma profissão manual, pois é isso que farão o resto de suas vidas. Tal posição, contudo, não é imune a críticas, pois encontra sustentação na premissa da estratificação social.

O foco na formação para o mercado implica obstáculo adicional ao ingresso no Ensino Superior pelos estudantes das escolas públicas brasileiras e importa afronta ao princípio da igualdade material. Ainda, a não obrigatoriedade do oferecimento pelas escolas de todas as áreas de conhecimento ou de atuação profissional (o que se pode extrair do parágrafo 1º do art. 36 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB – Lei n. 9.394/1996),⁶ pode afrontar a isonomia (art. 5º, *caput*, CRFB) e o acesso pleno ao direito à educação (art. 6º, CRFB), na medida em que dificulta ainda mais a paridade de acesso ao referido direito social.

O direito social à educação obteve reconhecimento expresso no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, integrando, na linha sustentada por Sarlet (2015, p. 347), o catálogo dos direitos fundamentais e sujeito ao regime estabelecido no art. 5º, § 1º, e art. 60, § 4º, IV da Carta constitucional. Ou seja, tem reconhecida sua

⁶ Art. 4º da Lei n. 13.415/2017 (nova lei do Ensino Médio): “O art. 36 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 36. O currículo do ensino médio será composto pela Base Nacional Comum Curricular e por itinerários formativos, que deverão ser organizados por meio da oferta de diferentes arranjos curriculares, conforme a relevância para o contexto local e a possibilidade dos sistemas de ensino, a saber: I - linguagens e suas tecnologias; II - matemática e suas tecnologias; III - ciências da natureza e suas tecnologias; IV - ciências humanas

fundamentalidade e efetividade, sendo expressamente vedada a supressão desse direito. Teve, ainda, a educação maior detalhamento no capítulo III (artigos 205 a 214) da Constituição brasileira. Questão que se coloca aqui é saber quais dispositivos constitucionais podem ser considerados fundamentais à luz do art. 5º, § 2º, da Constituição.

Nesse sentido, os artigos 205 a 208 da Constituição brasileira comporiam a essência do direito fundamental à educação, compartilhando, portanto, a fundamentalidade material e formal reconhecida ao citado art. 6º. As demais normas têm cunho organizacional e procedimental, sem ostentar natureza fundamental. Os artigos 209 a 211 estabelecem condições, organização e estrutura das instituições educacionais públicas e privadas. O art. 212 estabelece regras sobre participação dos entes federativos no financiamento do ensino. O art. 213 e parte do art. 212 contêm metas, prioridades e diretrizes para aplicação e distribuição dos recursos públicos. O art. 214 prevê a instituição do plano nacional de educação e seus objetivos.

Em seu artigo 205, a Constituição da República Federativa do Brasil define o direito à educação como um dever do Estado e da família, que deve ser promovida e incentivada, também, pela sociedade, com o fim de alcançar o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Na esteira de Sarlet (2015, p. 348), desse dispositivo não se extrai “*por si só*” o reconhecimento de um direito subjetivo, tratando-se de norma de eficácia limitada que estabelece fins genéricos a serem alcançados, bem como diretrizes a serem respeitadas pelo Estado, pela sociedade e pela família, na realização do direito à educação.

e sociais aplicadas; V - formação técnica e profissional. § 1º A organização das áreas de que trata o caput e das respectivas competências e habilidades será feita de acordo com critérios estabelecidos em cada sistema de ensino.”

O artigo 206 da Constituição brasileira contém dispositivos diretamente aplicáveis, dotados de plena eficácia. Por exemplo, a garantia da igualdade de condições para acesso e permanência na escola (inciso I). Essa norma estabelece importante mandamento que visa tornar concreto o princípio da isonomia. Reafirma, assim, o direito social de igual acesso às instituições e ao sistema de ensino, o qual pode ser deduzido, também, do direito geral de igualdade escrito no art. 5º, *caput*, da Constituição.

O art. 206, II, trata da “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”, direito que independe de qualquer intermediação legislativa, sendo plenamente judiciável. Em certa medida, também, o inciso III do art. 206, o qual prevê o “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”, tem grau elevado de determinação que possibilita a sua aplicação direta. A gratuidade do ensino público, em estabelecimentos oficiais (inciso IV) não reclama qualquer ato legislativo, caracterizando-se, também, como um direito subjetivo.

O art. 208, I, reconhece o direito à “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”. Vale lembrar que a educação básica é composta pelo ensino fundamental e pelo ensino médio. Nos termos do art. 21 da Lei 9.394 de 1996, a educação escolar compõe-se de: “I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II - educação superior.”

Assim, caso a frequência à escola se dê a partir da idade escolar, sem reprovação, a pessoa terá sua formação básica concluída aos dezessete anos idade. Vale frisar, assim, pelo que se extrai do conceito de “educação obrigatória” constante na Constituição Federal, esta abrange tanto o ensino fundamental quanto o ensino médio, os quais integram a “educação básica obrigatória e gratuita”, a ser oferecida aos jovens entre 4 (quatro) e 17

(dezessete) anos de idade, sendo assegurada, também, sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

Vale destacar que, na sua redação original, a Constituição Federal, em seu art. 208, I, estabelecia a obrigatoriedade do ensino fundamental, tão-somente.⁷ Com a Emenda Constitucional n. 14, de 1996, estendeu-se a gratuidade do ensino fundamental a todos os que não tiveram acesso na idade própria.⁸ Já na atual redação do inciso I do art. 208, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 59 de 2009, adotou-se o conceito de educação básica, a qual abrange tanto o ensino fundamental quanto o ensino médio.

Na redação original do art. 208, II, da Constituição estabeleceu-se a “II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio.” Este dispositivo teve nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 14 de 1996, passando a constar o seguinte teor: “II - progressiva universalização do ensino médio gratuito.” Nesse prisma, a progressiva universalização do ensino médio gratuito está abrangida pela obrigatoriedade de o Estado ofertar a educação básica, a qual já abrange o ensino médio, encontrando-se reconhecido tal direito desde o advento da Emenda Constitucional n. 59 de 2009 que deu nova redação ao art. 208, I, da Constituição.

Nesse passo, parece estar superada a afirmativa de Sarlet (2015, p. 358) de que o reconhecimento do direito ao acesso à educação como direito fundamental restringe-se ao Ensino Fundamental e que se poderia apenas avançar no plano de um direito de acesso ao Ensino Médio e Superior. Quanto ao Ensino Superior, de fato, não há uma previsão de

⁷ Dispunha o art. 208, I, da Constituição, na sua redação original: “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria.”

⁸ Dispunha o art. 208, I, da Constituição, na redação da Emenda Constitucional n. 14 de 1996: “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.”

obrigatoriedade. Contudo, quanto ao Ensino Médio, desde a Emenda Constitucional n. 59 de 2009 é possível prever essa fundamentalidade, viabilizadora do seu reconhecimento como direito subjetivo e, mais, dotado de eficácia plena, assim como se reconheceu em relação ao ensino fundamental.

Vale destacar, ainda, que a tentativa de supressão de um direito social reconhecido constitucionalmente em sua dimensão subjetiva implica violação ao princípio do não-retrocesso social.⁹ Para Canotilho (1997, p. 478-479), com a concretização em nível infraconstitucional dos direitos fundamentais sociais, estes passam a ter *status* de direitos subjetivos, afastando-se da plena esfera de disponibilidade do legislador.

Contudo, apenas o núcleo essencial dos direitos fundamentais é garantido pela teoria do não-retrocesso, na linha sustentada por Baruffi (2011). A sociedade, por seus representantes, pode construir a forma como o Estado deve atuar para a realização dos direitos sociais. O Poder Judiciário deve, por seu turno, garantir apenas o núcleo essencial de cada um dos direitos sociais, por ser exemplo de razão pública, no sentido rawlsiano, que deve refletir sobre a garantia da eficácia mínima da constitucionalização dos direitos humanos, o que, de fato, pode ser alcançado pela chamada “proibição do retrocesso”.

Sarlet (2015, p. 352-353), apesar de não ter conferido, na obra citada, *status* de direito subjetivo ao direito social ao acesso ao Ensino Médio, sustenta que o mero dever de progressividade deve ser visto com reserva, em função da relevância do Ensino Médio para ingresso

⁹ Robinson (2012, p. 223-224) afirma que se reconheceu um princípio de não-retrocesso no âmbito da sustentabilidade ambiental. Aprovado pelo Parlamento Europeu e reconhecido pelos juízes e outros participantes do Congresso Mundial de Justiça, Governança e Direito para a Sustentabilidade Ambiental do PNUMA, o Princípio da Não-Regressão ou Não-Retrocesso prevê que, uma vez que uma lei estabeleça um regime de proteção ambiental efetiva, não é possível haver diminuição nas salvaguardas estabelecidas. O princípio reconhece que as medidas de proteção ambiental devem ser gradativamente mais eficazes, garantindo-se que não se retorne ao estágio anterior de proteção ambiental. No sentido de uma proibição de retrocesso, especialmente em matéria de direitos sociais, confira-se: Sarlet (2015, p. 456-476).

no mercado de trabalho ou para possibilitar o acesso ao ensino superior. Bem como diante da relevância para o ensino da tecnologia e, nas suas palavras, “[...] para o exercício efetivo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e garantia de níveis de autonomia significativos para o indivíduo.” Este último, o argumento que marca o direito social à educação como forma de alcançar-se o efetivo respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, hoje, o fato de sustentar-se que o acesso ao Ensino Médio não se considera um direito fundamental, não afasta a obrigação do Estado de proporcionar tal direito constitucional. O descumprimento da obrigação do Estado em relação à progressiva universalização, de forma injustificada, autorizaria o reconhecimento de um direito subjetivo a uma vaga na rede pública ou o direito de cursar o Ensino Médio em uma entidade de ensino privada, mediante custeio pelo Poder Público, podendo-se utilizar também, os fundamentos que asseguram o acesso ao Ensino Fundamental.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas faz referência expressa ao direito social à educação no seu preâmbulo. Estabelece como o ideal comum de todos os povos a promoção, por meio da educação, dos direitos nela previstos. Já o artigo XXVI¹⁰ estabelece que todos os indivíduos têm o direito à instrução gratuita nos graus elementares e fundamentais. Traz a ideia de instrução elementar obrigatória e trata da instrução técnico-profissional como direito que deve ser acessível a todos. Já a instrução superior, também, de acordo com o referido dispositivo, deve se pautar no mérito.

O conceito de instrução elementar obrigatória não é dado pela Carta da ONU. Todavia, quanto ao conteúdo, em qualquer

¹⁰ “Artigo XXVI 1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do

circunstância, referido diploma sobre direitos humanos orienta para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, dispondo que a instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Dispõe, ainda, sobre o direito de escolha dos pais quanto ao gênero de instrução a ser ministrada aos filhos.

À luz dos direitos humanos, assim reconhecidos por figurarem nas cartas internacionais, o direito social à educação é o instrumento que torna possível disseminar os direitos humanos fundamentais que orbitam a dignidade a pessoa humana. Nesse sentido, por exemplo, além do direito à liberdade religiosa, o direito de ensinar a religião é reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas,¹¹ como atributo formativo da dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento internacional, no âmbito das cartas de direitos humanos, implicou a positivação do direito social à educação no texto da Constituição de 1988, no sentido de dimensionar a importância da efetivação desse direito na construção do desenvolvimento social, da participação efetiva das pessoas na sociedade, pelo favorecimento da compreensão, tolerância, amizade entre pessoas, grupos e nações e suas diferentes etnias, raças, crenças ou religiões, com vistas a promover o pleno desenvolvimento da personalidade humana, fortalecer a dignidade e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. Tal

fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.”

¹¹ O artigo XVIII Carta da ONU estabelece que “[t]oda pessoa 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, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”

desenvolvimento individual e coletivo, para ser alcançado, pressupõe a garantia condições de igualdade de oportunidades, para desenvolverem-se as aptidões mentais, o sentido de responsabilidade moral e social e capacitar cada indivíduo para que se reconheça como membro útil à sociedade e, assim, fruir das artes e participar dos processos científicos e seus benefícios, respeitada a prioridade dos pais na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos, a garantia ao acesso à instrução elementar e à qualificação profissional e à instrução superior, baseada no mérito.

O reconhecimento do direito social à educação como direito subjetivo é o caminho pelo qual é possível promover os direitos humanos. Aduz-se da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas que não há como construir um conceito de dignidade sem habilitar as pessoas a realizar essa tarefa. Tal habilitação ocorre por meio do acesso ao direito social à educação básica, que possibilita o desenvolvimento da razão e municia os indivíduos para construção de sua liberdade, que, necessariamente, passa pela conquista da igualdade e pelo reconhecimento das diferenças.

Conclusão

Apresentados e discutidos diferentes olhares sobre reconhecimento, conceituação e aplicação dos fundamentais direitos, pode-se concluir que, apesar de importante, a construção de uma base epistemológica comum sobre a extensão política e jurídica da expressão “direitos fundamentais”, passa pela difícil tarefa de definição do conteúdo jurídico para dignidade da pessoa humana.

Firma-se, contudo, a importância do reconhecimento ao direito social à educação como instrumento de promoção dos direitos humanos, no papel de dimensionar o conceito de dignidade, dada a diversidade

cultural, constituída por morais diferentes e alicerçadas sobre éticas diversas. Daí a importância de mecanismos de promoção dos direitos humanos, a partir do reconhecimento do direito social à educação como direito subjetivo, seguindo-se o mandamento estampado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, que apresenta como o ideal comum de todos os povos a promoção, por meio da educação, dos direitos nela previstos.

A teoria alexyana dos direitos fundamentais que atribui cientificidade ao Direito, apesar de ser um instrumento de abertura para a moral, é, na visão de seu autor, aplicada a um determinado sistema jurídico. A sua utilização por outros sistemas exige uma equivalência em termos de normas e estrutura do Estado com aquele sistema. Todavia, mostra-se relevante na construção do conceito de dignidade diante do caso concreto.

Por meio da técnica da ponderação, argumenta-se quanto à preponderância de um princípio fundamental em relação ao outro num determinado caso concreto, o que auxilia na construção de um conteúdo ou núcleo essencial indisponível dos diversos direitos fundamentais. Contudo, referida técnica não se dispõe a definir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o que fica a cargo da argumentação jurídica, que se serve de outros ramos do conhecimento, como a Filosofia e a Sociologia, para estabelecer uma definição passível de utilização pelo Direito. Nesse passo, as teorias jurídicas que retratam as dimensões da dignidade da pessoa humana e incorporam os diversos ramos de conhecimento discutem a definição do seu conteúdo.

O conceito de dignidade é um tema a ser enfrentado à vista das diferentes culturas que representam diversas morais e são sustentadas pela ética que as definem. A construção de um conceito universal encontra obstáculos que podem ser superados somente com elevado grau de arbitrariedade e, portanto, a sua discussão passa pelo conhecimento

das diversas culturas e pela abertura ao debate, reconhecendo-se as limitações e aceitando-se as diferenças.

Como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais, conferir-se uma estatura de direito subjetivo ao acesso a uma Educação Básica capaz de atender o princípio constitucional do Pleno Desenvolvimento da Pessoa, abrangidos tanto o Ensino Fundamental quanto o Ensino Médio, auxilia na evolução do conceito de dignidade da pessoa humana. Além de acessíveis, as políticas públicas educacionais devem dar especial atenção aos indivíduos que se encontram na etapa inicial de formação da personalidade, proporcionadas por meio de políticas públicas educacionais que tenham como foco o pleno desenvolvimento da personalidade dos aprendentes.

Contudo, cabe ao Poder Judiciário, por ser exemplo de razão pública, o papel de garantir a efetividade ao núcleo essencial dos direitos sociais fundamentais e da eficácia mínima da constitucionalização dos direitos humanos ou mínimo existencial. A sociedade, por seus representantes, pode construir a forma como o Estado deve atuar para a realização dos direitos sociais.

Referências

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. 2. ed. rev. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015b.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A expansão multicultural dos Direitos Humanos Fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (Org.). *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba, SC: Unoesc, 2012. p. 15-72.

BARUFFI, Helder. Educação como um direito social fundamental: positividade e eficácia. *Educação e Fronteiras On-Line*, Dourados, v. 1, n. 3, p. 146-159, set./dez. 2011.

BRASIL. Lei n. 13.415, de 16 de fevereiro 2017. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 fev. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13415.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

KHAN, Ali. The Dignity of Labor. *Columbia Human Rights Law Review*, v. 32, p. 289-382, 2000-2001. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/colhr32&div=13&start_page=289&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 09 ago. 2017.

LIGA DOS ESTADOS ÁRABES. *Declaração islâmica universal dos direitos humanos*. 1981. Tradução Mônica Muniz e Maria Moreira. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Tradução Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 20 jan. 2011.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. 1981. Entrou em vigor em 21 out. 1986. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. *História da Educação no Brasil: (1930/1973)*. 40. ed. Prefácio prof. Francisco Iglésias. Petrópolis: Vozes, 2014.

ROBINSON, Nicholas A. Reflecting on Measured Deliberations. *Environmental, Policy and Law*, i. 42/4-5, 2012. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/envpola42&collection=journals&id=219&startid=&end=233>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. 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*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 09, pp. 361-388, jan. 2007. Semestral. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2017.

STAFFEN, Márcio Ricardo; SANTOS, Rafael Padilha dos. O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade. *Revista Veredas do Direito*, v. 13, n. 26, p. 263-288, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rveredire13&div=31&start_page=263&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults>. Acesso em: 06 ago. 2017.

STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado. Modelo seriatim de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 1, p. 221-236, 2014. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/c7044a72d8f890dd3591aee8f65f03c5.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

A efetivação da acessibilidade das pessoas com deficiência como ação afirmativa para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana

Juliano Serpa¹

Introdução

Ao longo da história verifica-se uma discriminação, por parte da sociedade, com relação a determinados grupos de pessoas, de caráter minoritário, impossibilitando-lhes o reconhecimento e exercício dos direitos fundamentais. Dentre estes grupos merece destaque as pessoas com deficiência, já que desde o período da antiguidade eram tratadas de forma marginalizada e excluídas.

A partir de uma mudança de concepção acerca do princípio da igualdade, em que a igualdade formal perante a lei, que não considerava diferenças sociais e as desigualdades existentes entre as pessoas, cedeu lugar à igualdade material, real ou substancial, passou-se a conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade.

Em consequência, o Estado, que antes possui uma posição de neutralidade, passa a atuar ativamente na busca da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais.

As ações afirmativas surgem, então, como instrumento de efetivação do princípio constitucional da igualdade e de inclusão social, assegurando às pessoas com deficiência o efetivo exercício dos direitos fundamentais que lhe foram assegurados ao longo dos tempos.

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Dentre os direitos fundamentais assegurados às pessoas com deficiência tem-se direito a acessibilidade, que consiste na possibilidade da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida ter acesso, de forma segura e autônoma, a construções, meios de transporte e, também, de comunicação, ultrapassando barreiras e obstáculos existentes, imposto naturalmente ou pela própria sociedade.

A dignidade da pessoa com deficiência somente será alcançada quando ela tiver a concreta capacidade de decidir livre e racionalmente seu modelo de vida e de conduta (autodeterminação), o que poderá ser alcançado com a efetivação de ações positivas (ações afirmativas) por parte do Estado, e também da sociedade, como instrumento de inclusão social.

Estas ações afirmativas constituem medidas especiais que tem por objetivo remediar um passado discriminatório e, principalmente, acelerar o processo de alcance da igualdade substancial, realizando efetivamente os direitos fundamentais e, conseqüentemente, concretizando a dignidade da pessoa humana.

Contudo, ainda é comum nos dias de hoje verificar-se situações em que as pessoas com deficiência, em face das barreiras e obstáculos introduzidos naturalmente, ou pela própria sociedade, sejam colocados em total e completa posição de exclusão.

Por isso, em face da omissão do Poder Público em muitas situações, mostra-se importante o estudo e análise do direito à acessibilidade, constitucionalmente assegurado à pessoa com deficiência, como fator de inclusão social e, acima de tudo, meio de efetivação do princípio da dignidade humana.

Para tanto, este trabalho, elaborado a partir do método dedutivo, será dividido em três partes. Na primeira, buscar-se-á demonstrar a evolução do conceito de igualdade, até atingir a concepção de igualdade material ou substancial, bem como os aspectos históricos, conceitos e objetivos das ações afirmativas.

Num segundo momento, será abordado o contexto histórico dos direitos fundamentais, analisando-se sua evolução ao longo do tempo, como também demonstrado que o seu objetivo é a proteção e realização da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões.

Serão trazidos, na sequência, os conceitos de pessoa com deficiência, além de uma análise histórica acerca do tratamento dispensado a este grupo de pessoas pela sociedade, enfatizando a legislação existente no Brasil acerca da matéria.

Por fim, será ressaltado o direito à acessibilidade como um direito fundamental assegurado à pessoa com deficiência, que, efetivado por meio de ações afirmativas, possibilitará que a pessoa com algum tipo de deficiência ou mobilidade reduzida possa viver de forma digna.

1 As ações afirmativas e a busca pela igualdade substancial

O princípio da igualdade possui várias acepções, as quais foram surgindo ao longo do tempo, de acordo com as necessidades sociais de cada época, dando-lhe o caráter abrangente e plurissignificativo da atualidade, consistindo, segundo Bellitani (2006, p. 7), um “mecanismo essencial que está à disposição dos legisladores e aplicadores das leis, para o fim último de concretizar o ideal de uma sociedade mais humana, onde o indivíduo possa ser visto como seu principal elemento.”

O ideal de igualdade não é novidade no mundo moderno, tendo em vista que pensadores da antiguidade, como Sólon, Péricles e Platão já anunciavam a sua importância como um elemento essencial da justiça.

Aristóteles, por sua vez, mesmo defendendo a ideia de que a desigualdade era algo natural, inato à natureza humana, observava que a justiça somente poderia ser alcançada por meio da igualdade (BELLINTANI, 2006, p. 9).

A partir das ideias e pensamentos dos pensadores do Mundo Antigo, no que tange a igualdade, estabeleceram-se premissas de suma importância para que tal princípio fosse erigido a corolário essencial do Direito no mundo atual, nas palavras de Bellintani (2006, p. 10):

a) Todos os homens são naturalmente iguais; b) a igualdade é a essência da justiça; c) a igualdade pressupõe a comparação e não tem sentido entre coisas não comparativas; d) a igualdade obriga a tratar igualmente o igual, desigualmente o desigual; e) a igualdade é a base da democracia; f) a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo (e devendo), em certos casos, ser geométrica; g) a igualdade contém um componente de adequação às situações e aos fins; h) a igualdade implica a participação das oportunidades.

No mundo moderno, a partir das revoluções ocorridas nos Estado Unidos e na França, no final do Século XVIII, surgiu o conceito de igualdade perante a lei, sendo uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, vista genérica e abstratamente, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, sendo aplicada de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e, também, sobre os conflitos individuais (BELLINTANI, 2006, p. 10).

Segundo esta concepção, haveria o tratamento igual pela norma em termos absolutos, de modo que as desigualdades existentes entre os homens eram consideradas irrelevantes no momento da elaboração dos dispositivos legais, como também para a sua aplicação (BELLINTANI, 2006, p. 11).

Essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como ideia-chave do constitucionalismo que floresceu do século XVIII e prosseguiu sua trajetória por boa parte do século XX (BELLINTANI, 2006, p. 11).

O princípio da igualdade perante a lei está presente nas constituições brasileiras desde o Império, passando por algumas transformações ao longo desse período, visando apenas resguardar a

elaboração e aplicação de normas de forma homogênea, partindo-se da premissa de que os homens nasciam absolutamente iguais e assim permaneciam ao longo de suas vidas, devendo ser tratados de maneira uniforme, independentemente de qualquer circunstância.

Pinho (2005, p. 104) ressalta que “regras como essas conferiram tratamento igual para pessoas iguais, deixando claro que entre a igualdade total e a sua total inobservância há gradações. A igualdade formal ou igualdade ‘perante a lei’ é uma delas.”

E seguindo, Pinho (2005, p. 105) afirma, ainda, que “o conceito de igualdade perante a lei é técnico, bem como por isso, é “errôneo confundi-lo com anseios ou propósitos de equidade ou de justiça social.” Além do mais, “a igualdade perante a lei (igualdade formal) não exaure a igualdade como direito.”

A igualdade formal, que trata cada ser humano individualmente, estipula que eles nascem e permanecem iguais em direitos, ignorando a relativização a que as pessoas estão submetidas, em face de sua inserção social (BELLINTANI, 2006, p. 20).

Verifica-se, assim, que, independentemente de qualquer circunstância, os homens, numa concepção de igualdade formal, eram tratados de maneira uniforme, genérica, geral e abstrata, ou seja, sendo submetidos sempre às mesmas regras, independentemente de qualquer distinção ou desigualdade que existisse entre eles.

Todavia, esta concepção formal de igualdade, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, não era suficiente, por si só, para concretizar efetivamente a dignidade da pessoa humana.

Isto porque, segundo Baez (2012, p. 44), a igualdade formal perante a lei, sem considerar assimetrias sociais e as desigualdades existentes entre as pessoas, dentro de um modelo de Estado não intervencionista, resultaria na formação de um sistema desequilibrado, no qual o mais forte economicamente acaba explorando impiedosamente o

mais fraco, gerando níveis de degradação humana, dentro dos quais seria impossível desenvolver uma sociedade saudável, diante do agravamento cada vez maior das desigualdades sociais.

A igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições (BARBOSA, 2003, p. 4).

Torna-se, por isso, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, fazendo-se necessária, a partir desta nova concepção de igualdade, a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade.

Assim, se uma primeira vertente de instrumentos nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata (*igualdade formal*), percebe-se, com o passar dos anos, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade (*igualdade material*).

A partir dessa nova ótica, determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada, de modo que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção.

Com isso, a sociedade passa a exigir do Estado prestações positivas em favor da população, propugnando maior atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.

Como é muito bem exposto por Cruz (2009, p. 10), o paradigma social do direito consolidou a perspectiva de tratamento privilegiado do hipossuficiente econômico e socialmente, dando colorações distintas

ao princípio da igualdade, tal como concebido pelos revolucionários franceses, deixando seu aspecto formal e assumindo uma concepção material, como forma de “tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.”

Verifica-se, desta forma, que em lugar de uma concepção estática de igualdade, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, fruto do Estado Social de Direito, a qual recomenda uma noção dinâmica de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade (GOMES, 2003, p. 4).

Bellintani (2006, p. 26) assegura que a concretização da dignidade da pessoa humana somente é possível a partir da observância da ótica material do princípio da igualdade, denominada de igualdade na lei, de modo que “os iguais devem ser tratados como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de suas desigualdades”, permitindo-se que existam tratamentos legais diferenciados, sempre que a realidade fática seja diversa e demande tais distinções.

No mesmo viés afirma Gomes (2001, p. 4), ao descrever que a igualdade material, fruto do Estado Social de Direito, inversamente ao conceito igualitário formal, busca a igualdade de oportunidades, levando em consideração as desigualdades concretas, de modo que se tratem as situações desiguais de maneira desigual.

Barbosa (2001, p. 4) entende que nasce, a partir desta nova concepção, o conceito de igualdade material substancial, recomendando que se levem em consideração as desigualdades concretas existentes na sociedade, devendo as situações desiguais ser tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.

Mello (1995, p. 12) afirma que o princípio da igualdade perante a lei, como encontra-se na Constituição Brasileira, não se restringe a

nivelar cidadãos diante da norma legal, mas exige que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.

O princípio da igualdade, segundo Mello (1995, p. 12), restringe um tratamento desuniforme às pessoas, mas é próprio da lei dispensar tratamentos desiguais, pois “as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes.”

Na análise de Martins (1996, p. 206), com relação ao princípio da igualdade, a “Constituição de 1988 inaugurou na tradição constitucional brasileira o reconhecimento da condição de *desigualdade material* vivida por alguns setores e propõe medidas de proteção, que implicam a presença positiva do Estado.”

Isto porque, segundo referido autor “para além da igualdade formal, a Magna Carta estabeleceu no seu texto a possibilidade do *tratamento desigual para pessoas ou segmentos* historicamente prejudicados nos exercícios de seus direitos.” (MARTINS, 1996, p. 206).

O simples fato de positivar de maneira expressa o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, na concepção de *igualdade formal*, não efetivava o texto constitucional, sendo insuficiente para proporcionar aos indivíduos hipossuficientes as mesmas oportunidades que aos indivíduos socialmente privilegiados, fazendo-se necessário a igualdade de oportunidades e não de condições.

Até porque “o ideal de uma sociedade mais humana e mais justa é que haja uma igualdade de oportunidades, na qual todos os cidadãos possam concorrer em condições equitativas pelos bens escassos da vida.” (BELLINTANI, 2006, p. 26).

Verifica-se, assim, que da concepção liberal de igualdade que capta o ser humano em sua conformação abstrata, genérica, o Direito passa a percebê-lo e a tratá-lo em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes.

Piovesan (2010, p. 241) pontua que esse processo implicou a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delinea-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações, ou seja, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades.

A partir de então, o indivíduo, que era considerado de forma genérica e abstratamente, passa a ser visto especificado, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.

Com a igualdade material, passa-se a tratar o indivíduo especificamente, reluzindo as suas características singulares, com a finalidade de extirpar ou pelo menos minimizar as desigualdades econômicas, sociais, com escopo último de promover justiça social.

A partir dessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar ativamente na busca da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais.

Esta mudança de postura do Estado, saindo da neutralidade para o ativismo, constitui, segundo Barbosa (2001, p. 6), a mais eloquente manifestação da moderna ideia de Estado promovente, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais.

E seguindo, Barbosa (2001, p. 6) enaltece o papel do Poder Judiciário de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo e especialmente dos direitos fundamentais, como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação.

Em meio a esta necessidade de incluir, de proporcionar a igualdade, aparecem políticas sociais, como instrumentos de efetivação e

concretização da igualdade material, e o principal meio é o conhecido por ações afirmativas ou discriminação positiva.

As ações afirmativas surgem, então, como instrumento de efetivação do princípio constitucional da igualdade e de inclusão social, com a pretensão de garantir mais que a igualdade perante a lei, mas também no seio social.

O modelo de ação afirmativa consolidou-se na década de 1960, nos Estados Unidos, na Executive Order n. 10.965, de 6 de março de 1963, de iniciativa do Presidente Democrata John F. Kenedy, passando, a partir de então, a denominar qualquer iniciativa tendente à proteção da integração do desenvolvimento e do bem-estar das minorias (BATALHA, 2013, p. 375).

No Brasil, as ações afirmativas possuem guarida na Lei Maior, visto que é princípio fundamental do texto constitucional a promoção do bem geral. Pode-se dizer, portanto, que as ações afirmativas, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, são instrumentos ou medidas para aferir eficácia ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que é o de promover a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, CRFB/1988), sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I e IV, CRFB/1988) (BATALHA, 2013, p. 375).

Uma simples análise do texto constitucional revela que a Constituição Federal de 1988 não se limita a proibir a discriminação, afirmando a igualdade, mas permite, também, a utilização de medidas que efetivamente implementem a igualdade material, sendo que tais normas propiciadoras da implementação do princípio da igualdade se acham precisamente no Título I da Constituição, o que trata dos Princípios Fundamentais da República, isto é, cuida-se de normas que informam todo o sistema constitucional, comandando a correta interpretação de outros dispositivos constitucionais.

Alexy (2001, p. 419) conceitua de forma bastante ampla as ações positivas, consistindo em toda e qualquer prestação por parte do Estado. Para ele, em contraponto as ações negativas (abstenções) do Estado, existem

os direitos a uma ação *positiva* do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo.

As ações afirmativas constituem uma necessidade temporária de correção de rumos na sociedade, com o propósito de impedir que relações sociais, culturais e econômicas sejam deterioradas em função da discriminação.

Na mesma linha de posicionamento, Bellintani (2006, p. 47) define as ações afirmativas como mecanismos legais temporários, que têm por escopo fomentar a igualdade substancial entre os membros da comunidade que foram socialmente preteridos, valendo-se da possibilidade de inserir discriminações positivas, no sentido de tratar desigualmente os desiguais, para que estes possam alcançar o mesmo nível, patamar ou status social que os demais membros da comunidade.

Nas palavras de Gomes (2001, p. 40-41) as ações afirmativas consistem um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, que visam o combate da discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como a mitigação dos efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

E complementa, Barbosa (2001, p. 41), que as ações afirmativas são, na verdade, políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência

jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Rocha (1996, p. 286), por sua vez, vislumbra a ação afirmativa como o meio para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante da sociedade, promovendo-se a igualação jurídica efetiva e, conseqüentemente, uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, superando o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

Batalha (2013, p. 375) enfatiza a concepção de que “a ação afirmativa pressupõe condutas positivas do Estado, que tem por escopo compensar diferenças, corrigir distorções, reduzir o preconceito, efetivar a igualdade de oportunidades e respeitar àqueles indivíduos ou grupos vulneráveis.”

As ações afirmativas, segundo a visão de Menezes (2001, p. 27), consiste em medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas.

Vida (2002, p. 35-36) salienta que

*por **affirmative action** (acción afirmativa) se entiende, según la genérica definición dada por la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles, cualquier medida, más allá de la simple terminación de un práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se reproduzca em el futuro. Em sentido estricto, el término acción afirmativa hace referencia a aquellas políticas que adjudican determinadas ventajas o preferencias em función explicitamente de la pertenencia a um determinado grupo definido por um cierto rasgo transparente e imutable.*

Kaufmann (2007, p. 220) visualiza nas ações afirmativas um instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, como forma de aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiência física e mental ou classe social.

Estes programas positivos implementados pelas ações afirmativas têm por objetivo precípua promover o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante às diferenças e democrática, possibilitando, por consequência, que as minorias participem efetivamente da comunidade.

As ações afirmativas, assim, são mecanismos de cunho distributivo, não devendo ser vistas como “escolas” ou “clientelismo”, mas como elemento essencial ao Estado Democrático de Direito, com o propósito de redistribuir, de forma mais justa e igualitária, os recursos existentes e os meios para sua obtenção.” (BATALLA, 2013, p. 375).

Além deste caráter distributivo, as ações afirmativas apresentam, também, um viés pedagógico, com o objetivo de produzir na sociedade o ideário de que a diversidade cultural é salutar, pois cada dia mais a presença de “diferentes” na sociedade é uma constante, e por-lhes à margem social, negando-lhes o direito à igualdade de oportunidade, é retrocesso, que terá grandes reflexos no futuro, no qual haverá grandes parcelas da população isolada e carecedora de inúmeros direitos, isto é, a desigualdade extrapolará ao convívio social harmonioso (FRANÇA, 2011, p. 18).

A partir dos ensinamentos trazidos, verifica-se que as ações afirmativas visam combater as desigualdades e implantar maior isonomia substancial entre os membros de uma mesma sociedade, ainda que se encontrem em situações de desigualdade, sendo mecanismos

temporários de inclusão social que visam inserir entre os homens de uma mesma comunidade maior igualização, em face do seu teor distributivo, sem se afastar do seu caráter pedagógico, podendo abarcar pessoas físicas e jurídicas, em decorrência da necessidade de concretização do princípio maior de qualquer Estado Democrático de Direito, qual seja, a efetivação da dignidade da pessoa humana, que somente pode ser alcançada por meio da justiça social.

2 A realização e proteção da dignidade da pessoa humana a partir da efetivação dos direitos fundamentais

A civilização humana percorreu um longo caminho, passando por inúmeras transformações, sejam elas sociais, políticas, religiosas ou econômicas. O mesmo ocorreu com a ciência jurídica, porque condicionada a existência da vida humana em sociedade.

Assim, não é possível compreender os direitos humanos e os direitos fundamentais sem relacioná-los a história, pois aqueles não surgem como uma descoberta repentina de uma sociedade ou de um grupo de indivíduos, sendo, na verdade, resultados de uma construção feita ao longo dos anos, tendo, além da base teórica, as lutas contra o poder como seu elemento primordial.

Para Bobbio (2004, p. 9), “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.”

Bobbio (2004, p. 9) esclarece, ainda, que

os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da

capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado.

A historiadora Hunt (2009, p. 58) enfatiza, assim, que os direitos humanos só puderam florescer quando as pessoas aprenderam a pensar nos outros como seus iguais, como seus semelhantes em algum modo fundamental, não sendo apenas uma doutrina formulada em documentos, baseando-se numa disposição em relação às outras pessoas, um conjunto de convicções sobre como são as pessoas e como elas distinguem o certo e o errado no mundo secular.

Branco (2014, p. 136) ressalta que a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica. Por isso, os direitos fundamentais não são sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.

Verifica-se, assim, que a teoria dos direitos fundamentais é o resultado de uma lenta e profunda transformação das instituições políticas e das concepções jurídicas, de modo que os direitos fundamentais não nascem todos de uma só vez, mas apenas quando as condições lhe são propícias, momento em que se passa a reconhecer a sua necessidade para assegurar a cada indivíduo e à sociedade uma existência digna.

Sarlet (2007, p. 33) entende como pacífico que os direitos fundamentais não surgiram na antiguidade, porém é notória a influência do mundo antigo nos direitos fundamentais por meio da religião e da filosofia, que colaboraram na concepção jusnaturalista de que o ser humano, pelo simples fato de existir, já é detentor de direitos fundamentais;

esta fase costuma ser denominada pela doutrina como “pré-história” dos direitos fundamentais.

No período da antiguidade humana, não obstante o incipiente reconhecimento e a garantia de exercício de direitos, estes tiveram uma compreensão inicial como direitos “do homem”, inatos, a qual ensejou a sua evolução até a fase posterior, na qual alcançaram maior expressão e, conseqüentemente, reconhecimento e garantias.

A segunda etapa da evolução dos direitos fundamentais teve início por volta do século XVI, momento a partir do qual a doutrina jusnaturalista começou a desenvolver-se plenamente, pautada na noção de “direitos naturais” aos indivíduos, representativos da expressão da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Naturais se classificavam os direitos do indivíduo, porque fundados na própria natureza do homem, de sorte que, devido ao desenvolvimento de um processo de laicização dos direitos naturais, passaram a ser reconhecidos como “[...] comuns a todos os seres humanos, independentemente de suas crenças religiosas [...]” (SARLET, 2007, p. 44).

Desse modo, o reconhecimento de direitos do homem independia da existência de normas, tendo surgido “[...] a ideia de direitos fundamentais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural [...]”, exteriorizado por Grócio e Hobbes, a qual conferiu ao indivíduo direitos naturais que, porém, possuíam validade apenas no “estado de natureza”, noção que evoluiu, por meio de Locke, ao reconhecimento de direitos naturais com validade e eficácia não só na natureza, mas, sobretudo, oponível aos detentores do poder (SARLET, 2007, p. 46).

Segundo a doutrina de Barroso (2009, p. 235), a noção básica da doutrina jusnaturalista consistia no reconhecimento de haver um “[...] conjunto de valores e de pretensões humana legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada no Estado, isto é, independem do direito

positivo. Esse direito natural [...] estabelece limites à própria norma estatal [...]"

É neste período que surgem as primeiras positivizações de conjunto de deveres, faculdades e liberdades individuais, os quais podem ser considerados como antecedentes dos direitos fundamentais, por terem, de alguma forma, colaborado para a elaboração das primeiras ideias dos direitos humanos presentes nas declarações do século XVIII.

Como representante maior desse início de positivação de direitos encontra-se a *Magna Charta Libertum*, pacto firmado no ano de 1215, na Inglaterra, pelo Rei João-Sem-Terra, bispos e barões ingleses, apesar de ter se prestado apenas para assegurar à nobreza privilégios feudais, colocando à margem daqueles direitos a população em geral (SARLET, 2007, p. 48).

É por esse motivo que referido pacto não passou de mero referencial para as futuras elaborações dos direitos humanos, já que apenas os nobres receberam prerrogativas, deixando a população em segundo plano.

Além da citada Carta, destaca também Sarlet (2007, p. 49-50), dentre outros, as declarações inglesas, como a *Petition os Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, que representam a passagem das liberdades e dos privilégios estamentais para liberdades genéricas, acarretando a ampliação, além do conteúdo das liberdades, de seu alcance, de forma a chegar à totalidade dos cidadãos.

Todavia, estas declarações, tal como ocorria com a Magna Charta de 1215, não conferiram aos direitos estabelecidos a condição de "fundamentais", já que, embora positivados, não vinculavam ao Parlamento pela inexistência de supremacia e estabilidade, qualificativos obtidos por uma Constituição.

Como se pode verificar, a luta contra o poder absoluto dos soberanos, o reconhecimento de direitos naturais inerentes ao homem,

isso sem deixar de mencionar “a agitação política em torno das idéias de Locke, Rosseau, os enciclopedistas, os liberais que conquistaram a independência americana” (CAVALCANTI, 1964, p. 194) constituíram os elementos essenciais que vieram a desenvolver as ideias concretizadas na Declaração de Virgínia de 1777 e na Declaração de Direitos do Homem, proclamadas pela Revolução Francesa de 1789.

Sarlet (2007, p. 49-50) enfatiza que de semelhança com os documentos anteriores, a mencionada declaração norte-americana conservou as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, e, diversa e marcadamente, reconheceu a eficácia vinculativa dos direitos, inclusive em face do poder público.

Ainda que reconhecidos os direitos, mostrava-se necessária e de fundamental importância a efetivação dos mesmos, sob pena de, segundo os interesses do Estado, serem revogados e, especialmente, não concretizados.

Necessitava-se, assim, de uma formulação jurídica pelas Constituições estatais, as quais os subjetivaram, positivaram e fundamentalizaram, como meio de, além de garantir-lhes, efetivar-lhes, fenômeno denominado “constitucionalização dos direitos fundamentais”. Isto porque, para Cunha Junior (2004, p. 218), não é “[...] qualquer positivação que tem o quilate e a dignidade de reforçar e garantir os direitos fundamentais, mas tão somente a positivação em normas constitucionais [...]”

Apenas com a positivação dos direitos no texto constitucional, como o ocorrido com aqueles estabelecidos pela Declaração da Virgínia, que foram incorporados à Constituição norte-americana de 1787, por meio de emendas de 1791, é que o Estado passou a ficar a eles vinculados, compelindo-o a, além de os observar, promovê-los, conferindo efetividade aos agora denominados “direitos fundamentais”.

Portanto, esta breve análise acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais revela que, enquanto *“los derechos humanos aparecen como um conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidade, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”* (PEREZ LUÑO, 1999, p. 48), os direitos fundamentais nascem a partir do processo de positivação ds direitos humanos, ou seja, quando positivados por um ordenamento jurídico específico, geralmente garantidos em normas constitucionais frente a um Estado.

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las das seguintes maneiras: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 1998, p. 259).

Sarlet (2007, p. 35-36) esclarece que o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, atingindo uma validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inequívoco caráter supranacional.

De relevante importância, ainda, trazer a lição de Branco (2014, p. 147) a respeito da constitucionalização dos direitos fundamentais, o qual afirma que

Outra característica associada aos direitos fundamentais diz com o fato de estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica. Essa característica serve de traço divisor entre as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*. A expressão *direitos humanos*, ou *direitos do homem*, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular.

A expressão *direitos humanos*, ainda, e até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional.

Já a locução *direitos fundamentais* é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.

Como se pode verificar, os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas aos poucos, em consonância com a demanda de cada época, dividindo-se em “gerações” ou “dimensões”, sendo que esta divisão se encontra amparada no surgimento histórico dos direitos fundamentais, os quais vão se sobrepondo ao longo do tempo.

Trata-se, assim, de uma classificação que leva em conta a cronologia em que os direitos foram paulatinamente conquistados pela humanidade e a natureza de que se revestem.

Ainda que exista uma divergência entre os autores acerca da terminologia mais correta para se denominar o evento de evolução histórica dos direitos fundamentais, prevalece a utilização do termo “dimensões”, já que não existe uma substituição de uma geração por outra, a partir da evolução dos direitos fundamentais, mas sim um acréscimo a ela.

A respeito do tema, Sarlet (2007, p. 49-50) afirma que a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas, principalmente, para sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno.

Em complemento, Sarlet (2007, p. 55) pontua que

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz libero-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quando as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera moderna do 'Direito Internacional dos Direitos Humanos'.

Trindade (1997, p. 390) afirma que a visão desfavorável das chamadas “gerações de direitos”, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, encontra-se devidamente desmistificada, já que atualmente não há de se falar em sucessão de direitos, mas na verdade, de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos.

Pelos argumentos acima elencados, fica evidente que o termo mais coerente e apropriado com a evolução dos direitos fundamentais é a

expressão “dimensão”, já que não existe a possibilidade de uma dimensão de direitos apagar ou substituir a dimensão anterior, pelo contrário, elas se complementam, com o propósito de fortalecer e garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Os direitos de *primeira dimensão* referem-se às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos, cuja finalidade era limitar o poder opressor do Estado a favor dos indivíduos, tendo início nos finais do século XVIII e dominando o século XIX, representando uma resposta do Estado Liberal ao Absolutista.

Estes direitos foram frutos das revoluções francesas e norte-americanas, nas quais a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais, com a conseqüente limitação dos poderes absolutos do Estado, englobando a vida, liberdade, igualdade formal, as liberdades de expressão coletiva, liberdade de religião, os direitos de participação pública e, ainda, algumas garantias processuais individuais.

Bonavides (2009, p. 563) afirma que os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade de dimensões.

Com o declínio do Estado Liberal, surge denominado *Welfare State* (Estado Social), cujo objetivo primordial era minimizar a injustiça e permitir aos cidadãos uma melhoria na qualidade de vida.

Ao contrário do que se verifica anteriormente, passou a existir um Estado intervencionista e assistencial, que adotava práticas no campo social, fazendo surgir, assim, os direitos de *segunda dimensão*, relacionados com as liberdades positivas, reais ou concretas, visando assegurar o princípio da igualdade material entre o ser humano.

Os direitos de segunda dimensão exigem uma postura ativa do Estado, a partir da prestação de políticas públicas em favor da pessoa humana, tratando-se, portanto, de direitos positivos, impondo ao Estado uma obrigação de fazer, correspondente aos direitos sociais essenciais (saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social), culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social (BONAVIDES, 2009, p. 564).

Sarlet (2007, p. 50) ressalta que os direitos fundamentais de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Por sua vez, os direitos de *terceira dimensão* relacionam-se aos direitos coletivos e difusos, vez que transcendem o homem-indivíduo. Tratam-se, na verdade, de direitos transindividuais, isto é, que são de várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente.

Os chamados direitos de terceira dimensão, que têm origem na revolução tecnocientífica, a revolução dos meios de comunicação e de transportes, tendem a cristalizar-se no final do Século XX, e consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado, tendo por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, mostrando grande preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras (BONAVIDES, 2009, p. 569).

Ao fazer referência aos direitos de terceira dimensão, Sarlet (2007, p. 58) ressalta que se trata, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Ainda que não seja um consenso na doutrina, existem doutrinadores que defendem a existência de uma *quarta dimensão* dos direitos fundamentais, que se referem à universalização dos direitos humanos, ao cosmopolitismo, a democracia universal e aos direitos de solidariedade

Um dos maiores defensores desta quarta dimensão dos direitos fundamentais é Paulo Bonavides, o qual enfatiza o aspecto introduzido pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo. Para Bonavides (2006, p. 571-572),

a globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. [...] Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. [...] A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem ineficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

Seguindo esta mesma linha de pensamento, Novelino (2008, p. 229) enfatiza que os direitos fundamentais de quarta dimensão foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendendo o direito à democracia, informação e pluralismo, correspondendo à derradeira fase da institucionalização do Estado Social, sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.

Importante enfatizar, ainda que de forma sucinta, que atualmente tem-se falado em direitos fundamentais de *quinta dimensão*, não havendo um consenso, por parte da doutrina, a respeito do que sejam estes direitos.

Contudo, entendo importante, neste momento, trazer à tona a lição de Bonavides (2009, p. 583), o qual enfatiza que esses direitos se relacionam ao direito à paz, afirmando que

A paz, até ao Congresso Internacional Ibero-Americano de Direito Constitucional de 2006, celebrado em Curitiba, no Paraná, era nas considerações teóricas da literatura jurídica e nomeadamente da ciência constitucional contemporânea, segundo vimos, um direito quase desconhecido.

Karel Vasak o classificava entre os direitos de fraternidade, fazendo avultar, acima de todos, o direito ao desenvolvimento; o mais característico, portanto, em representar os direitos de terceira geração.

Tão característico e idôneo quanto a liberdade o fora em relação aos da primeira geração, a igualdade aos da segunda, a democracia aos da quarta e doravante a paz há de ser com respeito aos da quinta.

De último, a fim de acabar com a obscuridade a que ficara relegado, o direito à paz está subindo a um patamar superior, onde, cabeça de uma geração de direitos humanos fundamentais, sua visibilidade fica incomparavelmente maior.

Como já explanado, a sociedade vive em constante evolução, dando origem ao longo de sua história às dimensões dos direitos fundamentais acima elencadas, que serviram para valorizar determinados direitos dos seres humanos em momentos históricos, como a passagem

do Estado Liberal para o Estado Social, mas que, para garantir a efetiva proteção e efetivação do princípio da dignidade humana, fundamento maior dos direitos fundamentais, devem ser vistos e analisados de modo a se complementarem, já que um direito nunca se sobrepõe ao outro.

Partindo do ensinamento de Dimoulis e Martins (2014, p. 41), os

direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Os direitos fundamentais, além da função de proteger o homem de eventuais arbitrariedades cometidas pelo Poder Público, também se prestam a compelir o Estado a tomar um conjunto de medidas que impliquem melhorias nas condições sociais dos cidadãos.

Assim, dependendo da matéria, o Estado pode (i) ser obrigado a fazer algo (direitos de *status positivus*), também chamados de direitos “sociais ou “prestacionais”, na qual os indivíduos podem exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo-lhes os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade ou (ii) abster-se de atuar (direitos de *status negativus*), em que é permitido aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado, tendo este a obrigação de abster-se da intervenção na esfera de liberdade garantida pela Constituição (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 50-53).

Os direitos fundamentais, em todas as suas funções, positivas ou negativas, têm por objetivo precípua proteger os direitos à dignidade, à liberdade, à propriedade e à igualdade de todos os seres humanos, sendo imprescindíveis à condição humana e ao convívio social.

Para Sarlet (2005, p. 70), os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos, integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais

(a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado Constitucional democrático se tornam necessárias certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Araújo e Nunes Júnior (2005, p. 109-110) afirmam que os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as suas dimensões, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e, também, na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

A principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, limitando, conseqüentemente, a liberdade de atuação dos órgãos do Estado (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 49).

Verifica-se, assim, que os direitos fundamentais, ao longo da história, sempre tiveram, e ainda têm, por objetivo a proteção e realização da dignidade humana em todas as dimensões, por ser esta o meio para o efetivo exercício dos demais direitos inerentes ao ser humano.

A identificação das origens históricas de movimentos que foram capazes de contribuir para mudanças de práticas e atitudes no mundo, em prol da proteção da dimensão básica da dignidade humana, não é tarefa simples, pois foram frutos de influências de forças, personalidades e condições complexas e inter-relacionadas, ocorridas em diferentes tempos e ambientes na história da humanidade (BAEZ; DE MARCO, 2013, p. 187).

Ridola (2014, p. 60), partindo dessa mesma premissa, destaca o valor inviolável da dignidade humana, ao elencar que

A inviolabilidade da dignidade humana, enquanto princípio supremo que informa todos o ordenamento jurídico não configuraria, em vista disso, nem um direito fundamental, destinado a conviver e a coordenar-se com outros reconhecidos pela Constituição, nem uma cláusula de fechamento do catálogo dos direitos fundamentais [*Grundrechte*], chamada a operar naqueles casos em que o âmbito de proteção [*Schutzbereich*] dos demais direitos correria o risco de não receber proteção adequada. Dessa concepção objetiva e absoluta da inviolabilidade da dignidade humana extrai-se, em primeiro lugar, que ela constitui o fundamento, não apenas no sistema de direitos constitucionais fundamentais [*Grundrechte*], mas também de todo o ordenamento de valores que embasam a Lei Fundamental; e, em segundo lugar, que a proteção absoluta que tal princípio reivindica tem como objetivo não o indivíduo concreto e singular, mas o ser humano na sua dimensão antropológica. O princípio constitucional, portanto, aludiria não a uma proteção individualizada e concreta, mas a uma complexa imagem do ser humano no que a norma constitucional pretenderia preservar de modo absoluto: aquela em razão da qual – observa Dürig – cada ser humano, por causa dos atributos próprios de sua espiritualidade, destaca-se em relação às demais criaturas, e que o fazem capaz de decidir autonomamente, de se autodeterminar, de ser consciente de suas próprias ações e de conformar o ambiente que o circunda.

A ligação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais deixa clara a qualidade de sua pré-existência intrínseca a todo o ser humano, devendo, por este motivo, ser respeitada pela sociedade e pelo Estado.

Por consequência, para a pessoa encontrar-se em pleno gozo de sua dignidade, o Estado deve atentar para com o respeito pelos demais direitos fundamentais, pois a dignidade da pessoa tem ampla ligação com estes direitos.

A propósito, Härbele (2013, p. 81) sustenta que a maioria dos direitos fundamentais individualmente considerados é marcada por uma diferenciada amplitude e intensidade no que diz com sua conexão com a dignidade humana, de modo que os direitos fundamentais subsequentes,

assim como os objetivos estatais e as variantes das formas estatais, têm a dignidade como premissa e encontram-se a seu serviço.

Ressalta-se, porém, que a noção/conceito de dignidade humana não encontra consenso entre os estudiosos. Isto porque, segundo Bernardi (2007, p. 180), conceituar dignidade humana não é tarefa fácil, senão impossível em virtude de que se trata de um conceito vago e impreciso.

Isto ocorre devido os elementos considerados fundamentais para uma vida digna em algumas culturas serem entendidos como não tão essenciais para outras. Situação esta que se materializa em um paradoxo de difícil solução para a sua efetivação prática (BAEZ, 2010, p. 18).

Sarlet (2013, p. 16), seguindo esta mesma linha de raciocínio, entende ser difícil uma definição do conteúdo desta dignidade da pessoa e, portanto, de uma correspondente compreensão (ou definição) jurídica, não sendo inteiramente destituída de qualquer fundamento racional e razoável a posição dos que refutam a possibilidade de uma definição, ou, pelo menos, de uma definição jurídica da dignidade.

O reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa pelo Direito resulta justamente de toda uma evolução de pensamento humano a respeito do que significa este ser humano e de que é a compreensão do que é ser pessoa e de quais os valores que lhe são inerentes que acaba por influenciar ou mesmo determinar o modo pelo qual o Direito reconhece e protege esta dignidade (SARLET, 2013, p. 16).

Para Garcia e Aquino (2011, p. 228), o conteúdo do vocábulo latino *dignitas* exprime aquilo no qual oferece sentido ao Ser humano nas suas inter-retroações diárias: a finitude, ambivalência e precariedade das ações e pensamentos, as quais proporcionam a orientação para se identificar as qualidades que expressam o que significa SER humano.

Sarlet (2013, p. 37) conceitua a dignidade da pessoa humana como uma 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, se por um lado assegurem-lhe contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, por outro como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Verifica-se, a partir dos conceitos acima mencionados, que a dignidade da pessoa humana consiste na razão do ser de direito e fundamento da ordem política e, também, da paz social, consagrando-se como um alicerce da ordem jurídica democrática e justa.

Não obstante a dignidade humana seja igual para todos os seres humanos, os mesmos possuem diferenças substanciais que precisam ser reconhecidas e protegidas para que alcancem a plenitude da sua dignidade.

A propósito, a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente a República Federativa do Brasil e tem a finalidade, na qualidade de princípio fundamental, de assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano.

Sendo a dignidade da pessoa humana um fundamento da República, como afirmado acima, a essa categoria erigido por ser um valor central do direito ocidental que preserva a liberdade individual e a personalidade, portanto, um princípio fundamental alicerce de todo o ordenamento pátrio, não há como ser mitigado ou relativizado, sob pena de gerar instabilidade do regime democrático, o que confere ao dito fundamento caráter absoluto.

Partindo desse pressuposto, no sentido de que a dignidade humana, além de fundamento do Estado Democrático de Direito,

consiste num valor constitucional, o ser humano não pode ser objeto de humilhações ou ofensas, mas se deve reconhecer na sua essência de liberdade, responsabilidade e finalidade em si mesmo. Como consequência, a impossibilidade de degradação do ser humano impede redução do homem a mero objeto do Estado ou de terceiros (ALARCÓN, 2004, p. 253).

Sarlet (2013, p. 25) enfatiza que a dignidade da pessoa, em razão de se tratar do valor próprio de cada um e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade, impondo-se o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, apontando para a dimensão política da dignidade.

Desta forma, em um Estado Democrático de Direito, que tem dentre seus objetivos construir uma sociedade justa, livre e solidária, a dignidade da pessoa humana deverá ocupar posição de destaque no ordenamento jurídico, sendo um norte para todos os ramos do direito.

Para que se preste a observância da dignidade da pessoa humana, não basta apenas existir a previsão dos direitos fundamentais, sendo necessário que o Estado desenvolva políticas públicas ativas e efetivas, por meio das ações afirmativas, para o seu verdadeiro cumprimento, como forma de garantir os direitos humanos e fundamentais das parcelas especificadas da população, como por exemplo a pessoa portadora de deficiência.

3 Garantia do direito fundamental à acessibilidade como meio de assegurar a dignidade humana da pessoa com deficiência

Ao longo dos anos muitas foram as expressões nacionais e internacionais que surgiram e passaram a ser utilizadas para se referir à pessoa portadora de alguma deficiência física, mental ou sensorial,

como “indivíduos de capacidade limitada”, “minorados”, “impedidos” “descapacitados”, “excepcionais”, “minusválidos”, “disable person”, “handicapped person”, “unusual person”, “special person”, “inválido”, além de “deficiente”, que é o termo mais usado (ARAÚJO, 2011, p. 14).

Das expressões acima descritas, a Emenda Constitucional de 1969, usada até 1978, adotou a expressão “excepcional”, que trazia a ideia mais ligada à deficiência mental; e “deficiente”, utilizada de 1978 até antes da Constituição Federal de 1988, sendo mais incisiva, pois se refere diretamente à deficiência do indivíduo (ARAÚJO, 2011, p. 15).

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 passou-se a utilizar a expressão “pessoa portadora de deficiência”, a qual visa caracterizar que a deficiência está na pessoa, mas não é a pessoa, e tem por objetivo diminuir o estigma da deficiência, ressaltando, por outro lado, o conceito de pessoa (ARAÚJO, 2011, p. 15).

No entanto, com o aprofundamento dos estudos na área, principalmente na seara internacional, houve o abandono da expressão “pessoa portadora de deficiência”, passando a ser utilizada a terminologia “pessoa com deficiência”, partindo-se do pressuposto de que a deficiência não se porta, está com a pessoa ou na pessoa (ARAÚJO, 2011, p. 16).

O Decreto nº 3.298/89, que regulamentou a Lei nº 7.853/89, em seu artigo 3º, define deficiência como “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.”

O artigo 4º,² do mesmo Decreto, por sua vez, dispõe que as pessoas com deficiência são as que se enquadram nas categorias por ele elencadas.

² Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia,

Posteriormente, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, assinada em Nova Iorque no ano de 2007, em conceito previsto em seu Artigo 1, estabelece que “as pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, com interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”

O referido conceito foi constitucionalizado pelo Brasil ao ratificar a mencionada Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008, de acordo com o procedimento previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Na atualidade, em que a deficiência não é mais sinônimo de incapacidade, como previsão antiga constante na redação original do artigo 20, § 2º, da Lei Orgânica da Assistência Social,³ o conceito válido é, portanto, aquele trazido pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que, alterando o mencionado dispositivo legal, reproduziu o conceito previsto na Convenção:

hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho;

V - deficiências múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

³ Lei nº 8.742/93:

Art. 20. [...]

[...]

§ 2º Para efeitos de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para o trabalho e para a vida independente.

Art. 20. [...]

[...]

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Verifica-se, a partir dos conceitos acima trazidos, que a deficiência é tida como uma limitação de caráter instrumental, cientificamente qualificada, possibilitando uma real aferição da matéria a ser tutelada pelo Direito e os limites físicos, fisiológicos, sensoriais ou mentais que deverão merecer suplementação por intermédio de instrumentos ou ações positivas que visem, acima de tudo, a efetivação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a proteção e realização da dignidade da pessoa humana.

Merece destaque, ainda, outro avanço implementado a partir do conceito introduzido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi o de não restringir o conceito de deficiência ao aspecto médico, incorporando, também, o aspecto social.

Até então, vigorava exclusivamente o conceito biomédico de deficiência, que sustentava uma posição discriminatória e não inclusiva da sociedade como um todo. Segundo Leite (2012, p. 46), o modelo médico considera a deficiência como um problema do indivíduo, diretamente causado por uma doença, trauma ou condição de saúde, que requer cuidados médicos, a partir de um tratamento individual, visando conseguir a cura ou uma melhor adaptação da pessoa.

Contudo, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a partir de um novo conceito, traz ao mundo jurídico um modelo social da deficiência, de modo que, a partir desta nova leitura, a deficiência não está restrita exclusivamente a catalogação

das doenças por meio da medicina, estando relacionada, também, com as barreiras impostas pela própria sociedade.

A respeito do aspecto social, incorporado no conceito de deficiência, observa Fonseca (2008, p. 263) que o próprio conceito de pessoa com deficiência inserido pela referida Convenção Internacional carrega forte relevância jurídica, haja vista que incorporou na tipificação das deficiências, além dos aspectos físicos, sensoriais, intelectuais e mentais, relacionados ao aspecto médico, a conjuntura social e cultural em que o cidadão com deficiência está inserido, vendo nestas o principal fator de cerceamento dos direitos humanos que lhe são inerentes.

De acordo com este novo conceito, além da deficiência sob o aspecto médico, que é o impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que está na própria pessoa, há a deficiência da sociedade, cujas barreiras podem impedir a participação em condições de igualdade com as demais pessoas.

A partir desta nova visão acerca do conceito de deficiência, inserindo, além dos aspectos biomédicos, as questões sociais, verifica-se que a deficiência em si não torna a pessoa com deficiência incapacitada, mas, sim, o meio em que ela está inserida, por vezes deficiente, não possibilitando o acesso de forma plena a essas pessoas, deixando, por consequência, de proporcionar equiparação de oportunidades (LEITE, 2012, p. 51).

Seguindo esta mesma linha, o tratamento da pessoa portadora de deficiência ao longo da história passou por diversos paradigmas, sempre se levando em conta os aspectos sociais e culturais da época, quais sejam, o da eliminação, o do assistencialismo, o da integração e, por fim, o da inclusão (CRUZ, 2009, p. 109).

O paradigma da eliminação era dominante na Antiguidade e na Alta Idade Média, onde o Direito, Moral e Religião não se distinguiam, fruto de uma visão filosófica que unia cultura e natureza (CRUZ, 2009,

p. 109), de modo que a herança deixada por esse modelo alia o problema físico ou mental à deformidade de caráter da pessoa, ou seja, deficiência era considerada “expressão de inferioridade em relação aos demais seres humanos, sendo muitas vezes dita como castigo divino (LOPES, 2007, p. 42).

Cruz (2009, p. 110) afirma que na Baixa Idade Média se inicia a transição para o paradigma assistencialista, em que a pessoa com deficiência deixa a condição de objeto ou de animal, típicos da fase de eliminação, e assume a condição humana de dependente, ou seja, de segunda categoria.

Nesse modelo de tratamento a igualdade dispensada era geométrica, “eis que, pela condição do nascimento, ela ficava sujeita a espaço social restrito, consistente em esperar a ajuda alheia.” (CRUZ, 2009, p. 111).

Somente com o fim do período medieval e o surgimento das bases do liberalismo político, com a revolução científica, a germinação da Filosofia da Consciência, a Reforma Protestante e o nascimento do capitalismo, propiciou-se espaço para o paradigma da integração, o qual surge concomitantemente à igualdade aritmética formal, ou seja, de tratamento isonômico a todas as pessoas. A partir deste momento, o modelo caritativo do paradigma assistencialista começa a ceder espaço à visão profissionalizante e integrativa das pessoas com deficiência (CRUZ, 2009, p. 111).

Nesta fase, cabia à própria pessoa com deficiência se ajustar, buscando a sua cura ou, principalmente, se adequar à sociedade, como forma de sua adaptação social (CRUZ, 2009, p. 112).

O paradigma da inclusão surge como tentativa de aprimoramento do tratamento social dispensado à pessoa com deficiência, pautando-se na ideia de que “todos os seres humanos têm idêntico valor e que cada um deles é o autor da sua própria trajetória em busca de sua felicidade

pessoal. Todos somos diferentes e a diferença deve ser elemento de coesão social.” (CRUZ, 2009, p. 112).

Diferentemente do modelo de integração, no qual a pessoa com deficiência deve exclusivamente se adequar à sociedade, na inclusão existe uma inversão de papéis. Neste novo paradigma “a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com deficiência (além de outras) e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade.” (SASSAKI, 2010, p. 39).

Esta nova fase de tratamento da pessoa com deficiência constitui, segundo Sasaki (2010, p. 39), um “processo bilateral, no qual as pessoas, ainda excluídas, e a sociedade buscam, em parceria, equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades para todos.”

Ultrapassada a fase de “mera inclusão”, passou a ser necessário um sistema de leis que fomentassem um real processo emancipatório da pessoa com deficiência. Assim, a necessidade atual é de buscar promover, na prática, a participação efetiva dessas pessoas na sociedade, assegurando o acesso à educação, atenção à saúde, inclusão social e acessibilidade.

A fim de implementar este modelo inclusivo de proteção da pessoa com deficiência, o poder público passou a dar maior atenção aos direitos dessa coletividade e agir ativamente para incluí-los na sociedade, dando origem a diversos tratados e convenções internacionais que assegurem um rol considerável de direitos às pessoas com deficiência.

Por consequência, os Estados passaram a inserir em suas legislações, constitucionais e infraconstitucionais, normas que garantissem às pessoas com deficiência os mesmos direitos garantidos às outras pessoas. Assim, as leis destinadas a proteção desses grupos estabelecem ou deveriam estabelecer medidas para assegurar a efetivação dos referidos direitos.

No Brasil, segundo Piovesan (2010, p. 354), os dispositivos específicos acerca dos direitos das pessoas com deficiência somente puderam ser observados a partir de 1978, com a edição da Emenda Constitucional 12/78, que, apesar de possuir um conteúdo abrangente, uma vez que compreendia os principais direitos das pessoas com deficiência, teve sua eficácia comprometida pelo regime ditatorial, o qual limitou significativamente os direitos e garantias individuais.

A Constituição Federal de 1988, marco da transição entre o regime ditatorial para o democrático, manteve os mesmos direitos que já eram previstos na Emenda Constitucional 12/78, conferindo-lhes mais detalhamento e especificidade, tendo sofrido forte influência dos crescentes movimento de tutela da pessoa com deficiência no âmbito internacional.⁴

A Carta Magna de 1988 possui um perfil eminentemente social, impondo ao poder público, a partir dos direitos inseridos nos dispositivos constitucionais referentes às pessoas com deficiência,⁵ o dever de executar

⁴ A Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou o ano de 1981 como o Ano Internacional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Em 1982, foi aprovado o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Portadoras de Deficiência (pela Resolução n. 37/52) e o período de 1983-1992 (Resolução n. 37/53) foi considerada a Década das Nações Unidas para as Pessoas Portadoras de Deficiência, (PIOVESAN, 2010, p. 355).

⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

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

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

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

políticas públicas que minimizem as desigualdades sociais, promovendo sua inclusão na sociedade.

Os dispositivos constitucionais referentes às pessoas com deficiência devem ser aplicados de modo a consagrar os princípios da dignidade humana, da igualdade, da cidadania e da democracia. Neste contexto, a elaboração legislativa, a interpretação jurídica e o desenvolvimento das atividades administrativas devem se pautar por esses princípios, a fim de alcançar o ideal de uma sociedade mais justa, democrática e igualitária (PIOVESAN, 2010, p. 355).

Partindo, ainda, dessa necessidade de inserir no ordenamento brasileiro normas de proteção aos direitos das pessoas com deficiência é que o Congresso Nacional outorgou *status* constitucional ao ato de ratificação da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da

[...]

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

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

[...]

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

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

[...]

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

Pessoa com Deficiência por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008. Posteriormente, o Governo Federal sancionou-o por meio do Decreto Presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Esta Convenção é a oitava editada pela ONU e a primeira formalmente incorporada à Constituição do Brasil.

Dentre os direitos fundamentais assegurados às pessoas com deficiência, merece destaque neste momento, por ser o tema central deste trabalho, o direito a acessibilidade, que consiste na possibilidade da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida ter acesso, de forma segura e autônoma, a construções, meios de transporte e, também, de comunicação, ultrapassando barreiras e obstáculos existentes.

A acessibilidade plena das pessoas com deficiência é um direito que está assegurado no artigo 227, § 1º, inciso II, e § 2º, da Constituição Federal de 1988. Por constituir uma norma de eficácia contida, foram editadas as Leis n. 10.048, de 08 de novembro de 2000,⁶ e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que tiveram por objetivo estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

A Lei de Acessibilidade (Lei nº 10.098/2000) tornou-se mais uma garantia e mais uma forma de se cobrar a aplicação dos princípios protetores das pessoas com deficiência, não sendo, contudo, o suficiente, dando ensejo à criação de um Decreto de Regulamentação (Decreto nº 5.296/04), o qual, além de regulamentar a Lei de Acessibilidade, estabeleceu os prazos para adaptação dos prédios e estabelecimentos públicos e privados, de modo a garantir o acesso e permanência das pessoas com deficiência.

⁶ Art. 4º Os logradouros e sanitários públicos, bem como os edifícios de uso público, terão normas de construção, para efeito de licenciamento da respectiva edificação, baixadas pela autoridade competente, destinadas a facilitar o acesso e uso desses locais pelas pessoas portadoras de deficiência. ^{Art. 5º} Os veículos de transporte coletivo a serem produzidos após doze meses da publicação desta Lei serão planejados de forma a facilitar o acesso a seu interior das pessoas portadoras de deficiência.

O artigo 2º, inciso I, da Lei da Acessibilidade, com redação atribuída pela Lei nº 13.146/2015, define acessibilidade como a

possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Por sua vez, a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, recepcionada com *status* de Emenda Constitucional a partir do Decreto Presidencial nº 6.949/2009, prevê, também, em seu Artigo 9,⁷ o conceito e objetivo da acessibilidade.

Diante da sua importância para uma efetiva inclusão da pessoa com deficiência à sociedade, a Lei nº 7.853/89,⁸ que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, bem como o Decreto nº 3.289/99,⁹ que regulamenta mencionado texto legislativo, também colacionam regras

⁷ 1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural.

⁸ Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

[...]

V - na área das edificações:

a) a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transporte.

⁹ Art. 19. Consideram-se ajudas técnicas, para os efeitos Deste Decreto, os elementos que permitem compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência, com o objetivo de permitir-lhe superar as barreiras da comunicação e da mobilidade e de possibilitar sua plena inclusão social.

acerca da acessibilidade, com o objetivo de assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência.

O princípio da acessibilidade assegura que, na construção de todos os espaços, na formação de todos os produtos e no planejamento de todos os serviços, deve-se pensar e permitir que as pessoas com deficiência possam ser seus usuários legítimos e dignos. E nenhum serviço pode ser concedido, permitido, autorizado ou delegado sem acessibilidade plena para não impedir o pleno gozo e exercício destes pelas pessoas com deficiência, assim caracterizando discriminação em relação a esse grupo.

Não obstante o regramento constitucional e infraconstitucional existente no Brasil garantido o direito à acessibilidade, em sua plenitude, à pessoa com deficiência, possibilitando-lhe usufruir, de igual forma, das condições de vida resultantes do desenvolvimento econômico e social, o que se verifica, na prática, é uma omissão do poder público e da própria sociedade.

Neste contexto, Cruz (2009, p. 214) afirma que não há como negar a existência de um número expressivo de normas de conteúdo afirmativo em favor das pessoas com deficiência. Contudo, verifica-se diuturnamente que essas normas não têm reconhecimento, pelo Estado, de sua efetividade jurídica.

Verifica-se, assim, que a legislação por si só não é suficiente para extirpar a exclusão social a qual estão sujeitas as pessoas com deficiência, mostrando-se necessária, portanto, uma intervenção do poder público de maneira ativa com a finalidade de implementar ações positivas em favor dessa classe culturalmente excluída e, conseqüentemente, dar efetividade aos direitos fundamentais que lhe são assegurados, dentre os quais o da acessibilidade.

Como demonstrado no item anterior, houve uma superação do conceito formal de igualdade, em que todos são iguais perante a lei, para trazer a ideia de que essa igualdade é material, real e subjetiva, em que os

iguais deverão ser tratados de forma igual e os desiguais serão tratados de forma desigual.

Hoje, o que se busca é a igualdade de condições ou de oportunidades para quem se encontra em condição de desigualdade natural, por motivos alheios à sua vontade. Para Pereira e Silva (2005, p. 202), “a igualdade de oportunidades, ainda que possa se valer de parâmetros legislativos para desigualar as situações desiguais, exige sempre efetiva prestação de serviços públicos.”

A partir desta mudança de concepção da igualdade, as especificidades e as diferenças de determinados grupos, dentre eles destacamos as pessoas com deficiência, até então discriminados e excluídos, passaram a ser respeitados, conferindo-lhes uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Com isso, segundo Piovesan (2010, p. 242), “a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a promoção de direitos.”

Com o propósito de garantir e assegurar essa igualdade, não basta simplesmente proibir a discriminação, mediante legislação repressiva, sendo essenciais a prática de estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão desses grupos à sociedade (PIOVESAN, 2010, p. 245), possibilitando-lhes, no tocante a acessibilidade, condições mínimas para utilização com segurança e autonomia dos espaços mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação.

Apenas a efetiva prática de ações que garantam às pessoas com deficiência o acesso às edificações, vias públicas, meios de transporte e sistemas de comunicação poderá garantir a esse grupo, historicamente excluído e marginalizado, o efetivo exercício dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões.

Tem-se, assim, as ações afirmativas como poderoso instrumento de inclusão social, constituindo medidas especiais que tem por objetivo

remediar um passado discriminatório e, principalmente, acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva, realizando efetivamente os direitos fundamentais e, conseqüentemente, concretizando a dignidade da pessoa humana.

Denota-se, assim, que “o novo modelo de Estado de Direito objetiva uma salvaguarda cada vez maior da dignidade humana e de todos os direitos fundamentais (de todas as dimensões), em vista de uma (re)construção histórica permanente dos seus conteúdos normativos.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 103).

Apesar da dignidade ser igual para todos os seres humanos, os mesmos possuem diferenças substanciais que precisam ser reconhecidas e protegidas para que estes alcancem a plenitude de sua dignidade, porquanto “a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla.” (RANGEL, 2014, p. 155).

Na visão de Sarlet (2013, p. 30), a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa (autodeterminação), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Seguindo esta mesma linha de pensamento, Soares (2010, p. 142) afirma que a dignidade da pessoa humana identifica

um núcleo de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo, relacionando-se tanto com a satisfação espiritual quanto com as condições materiais de subsistência do ser humano, vedando-se qualquer tentativa de degradação ou coisificação do ser humano em sociedade.

Häberle (2013, p. 89) defende, também, a dupla direção protetiva da cláusula da dignidade humana, sendo, de um lado, um direito público

subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado (e contra a sociedade) e, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade.

Sarlet (2013, p. 32) aponta a dupla dimensão da dignidade humana, apresentando-se, simultaneamente, como limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral:

Verifica-se, assim, que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, bem como da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplici esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestação) o devido respeito e promoção.

Partindo-se desse pressuposto, a dignidade da pessoa com deficiência somente será alcançada quando ela tiver a concreta capacidade de decidir livre e racionalmente seu modelo de vida, de conduta e, também, de locomoção (autodeterminação), que no presente estudo traduz-se na possibilidade de livre deslocamento e acesso aos prédios públicos e meios de transporte e comunicação, exigindo-se, ainda, o respeito por parte dos demais.

Quando se fala no direito de locomoção, deve-se ter em mente que neste não deve ser respeitado apenas o direito de ir e vir, mas principalmente o direito de existir com dignidade, o que só é conseguido por meio do respeito ao acesso das pessoas com deficiência.

Assim, a acessibilidade no meio ambiente, em todas as suas dimensões, direito fundamental assegurado à pessoa com deficiência, se

insere no movimento de inclusão, por meio de ações afirmativas, deste grupo de pessoas na sociedade para, dentro de sua desigualdade, se sentir igual aos seus desiguais, alcançando-se, com isso, a igualdade material.

Reconhecer as diferenças das pessoas com deficiência representa, ainda hoje, o grande desafio de todos, no sentido de propiciar uma equiparação de oportunidades para as pessoas, sem privilégios apenas para uma pequena minoria.

Sendo a acessibilidade a chave mestra para a garantia de todos os outros direitos, não seria correto não o ser também para a inclusão da pessoa com deficiência ao meio social, pelo contrário, a acessibilidade é a condição imprescindível para se formar uma sociedade inclusiva. A inclusão passa por diversos segmentos dentre eles o da saúde, educação, lazer, cultura, trabalho e, em todos, a regra básica para a sua concretização é a acessibilidade.

Uma vez garantida à acessibilidade em qualquer desses espaços, está se dando o primeiro passo para a inclusão e, conseqüentemente, a efetivação da dignidade da pessoa com deficiência, já que sem esse acesso, a única coisa que se consegue é a sua segregação.

Em todos os seus ramos a acessibilidade devolve à pessoa especial a sua dignidade, independência, respeito e, principalmente o sentimento de ser útil e não apenas mais um pesado fardo a ser suportado pela sociedade.

A luta para garantir estes espaços de igualdade para os cidadãos com algum tipo de deficiência significa uma luta política, porque estar em sociedade representa ter deveres e direitos que devem ser obedecidos e respeitados no planejamento dos projetos políticos, ressaltando que a reavaliação da questão da cidadania das pessoas com deficiência está associada ao seu lugar dentro da sociedade.

A acessibilidade adequada no meio ambiente deve promover a integração social da pessoa com deficiência. Ao limitar ou excluir

determinados usuários das calçadas ou do livre acesso aos prédios públicos ou meios de transporte, por exemplo, está se descumprindo parte da função social da cidade, colocando os integrantes deste grupo numa situação humilhante e degradante, incompatíveis com a dignidade humana.

A inserção social é indispensável para que todo ser humano seja aceito como um integrante participativo na sociedade. Ter livre acesso ao espaço urbano é de fundamental importância para a pessoa com deficiência física, por ser o acesso ao meio ambiente, direito fundamental constitucionalmente tutelado, meio efetivo de assegurar dignidade humana à pessoa com deficiência.

A acessibilidade compõe um direito dos cidadãos em geral, em razão de que não se restringe a proporcionar o exercício dos direitos humanos e a inclusão apenas de pessoas com deficiência, mas também de pessoas com mobilidade reduzida, idosos, gestantes e outras pessoas em situação vulnerável, respeitando a plena participação destas mesmas pessoas como parte da população brasileira que também edificam nosso país.

Para a inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, permitindo que a mesma viva em condições de dignidade, é essencial que a acessibilidade seja lembrada nos planejamentos escolar, político e empresarial. O princípio da acessibilidade, além de tudo, é um direito da pessoa com deficiência, direito de viver dignamente, da forma mais independente possível, fazendo o uso de um direito fundamental que já foi reconhecido, o direito a acessibilidade a todos os cidadãos.

Conclusão

O presente trabalho procurou demonstrar que a situação de exclusão e marginalização da pessoa com deficiência advém de muito tempo, sendo ela, na antiguidade, até mesmo eliminada.

Após um período de transição e passar pelos paradigmas assistencialista, em que a pessoa com deficiência deixa a condição de objeto ou de animal e assume a condição humana de dependente, e de integração, na qual precisa se adaptar à sociedade, alcança-se a concepção da inclusão, como tentativa de aprimoramento do tratamento social dispensado à pessoa com deficiência.

A mudança de concepção, também, do princípio da igualdade, em que o indivíduo passa a ser tratado especificamente, reluzindo as suas características singulares, com a finalidade de extirpar ou minimizar as desigualdades sociais, foi fundamental para o reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Após uma breve incursão pela teoria dos direitos fundamentais, verificou-se que os direitos de segunda dimensão passaram a demandar uma intervenção direta estatal para a promoção de condutas que buscam reduzir o estado de vulnerabilidade dos grupos sociais em situação de desvantagem.

O Estado, que antes possuía uma posição de neutralidade, passa a atuar ativamente na busca da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais e infraconstitucionais.

Por isso, mostrou-se necessário um sistema de leis que pudessem fomentar um real processo emancipatório das pessoas com deficiência, o que fez surgir no ordenamento jurídico brasileiro um número expressivo de normas de conteúdo afirmativo em favor desse grupo de pessoas, merecendo destaque a “Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência”, assinada em Nova Iorque no ano de 2007, recepcionada com *status* de Emenda Constitucional pelo Brasil.

Contudo, verifica-se que a simples inserção de normas no ordenamento jurídico pátrio não foi suficiente para abolir, de uma vez por todas, a exclusão social a qual estão sujeitas as pessoas com deficiência, mostrando-se necessária uma intervenção do poder público de maneira

ativa com a finalidade de implementar ações positivas em favor dessa classe culturalmente excluída.

Ainda que a Constituição Federal de 1988 elenque, em vários de seus dispositivos legais, os direitos fundamentais inerentes à pessoa com deficiência, dentre os quais o da acessibilidade, o que se verifica é a necessidade de se buscar promover, na prática, a efetividade desses direitos e, por consequência, uma participação efetiva dessas pessoas na sociedade.

O direito à acessibilidade, que possibilita à pessoa com deficiência o livre exercício do seu direito de ir e vir e, principalmente, que viva com dignidade, apesar previsto na Carta Magna de 1988 e legislação própria há mais de uma década, infelizmente não vem sendo respeitado, sendo comum a construção de obras públicas ou particulares sem a observância das regras que possibilitem o acesso da pessoa com deficiência e, conseqüentemente, a sua inclusão no âmbito social.

A fim de remediar este problema, cabe ao poder estatal executar políticas públicas que minimizem as desigualdades sociais, promovendo a inclusão desse grupo historicamente marginalizado na sociedade.

Necessário, por isso, a efetivação pelo Estado, e também pela sociedade, das ações afirmativas, por consistir num poderoso instrumento de inclusão social, constituindo medidas especiais que tem por objetivo, além de remediar um passado discriminatório, acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva, realizando efetivamente os direitos fundamentais e, conseqüentemente, concretizando a dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, assim, que a dignidade da pessoa com deficiência somente será alcançada quando ela tiver a concreta capacidade de decidir livre e racionalmente seu modelo de vida (autodeterminação), de modo que, ao lhe ser assegurado o direito à acessibilidade, por meio de uma atuação positiva do Estado, com a implementação de ações afirmativas,

estar-se-á respeitando não apenas o seu livre direito de ir e vir, mas, sobretudo e principalmente, o seu direito constitucional de existir dignamente.

Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

ARAÚJO, Luiz Albert David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A expansão multicultural dos direitos humanos fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo (Org.). *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa – Desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012, p. 15-71.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBBA, Orides (Org.). *Dimensões Materiais e eficaciais dos direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MARCO, Cristhian Magnus de. O surgimento dos direitos humanos fundamentais nas civilizações não europeias. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 13, n. 54, p. 185-206, out./dez. 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATALHA, Gláucia Fernanda Oliveira Martins. Orientação sexual e discriminação no ambiente laboral. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 369-383, 2013.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BERNARDI, Silvia Waltrick. A dignidade humana e o direito fundamental à saúde. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Org.). *Direitos Humanos em evolução*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*. v. 2, n. 3, , p. 82-93, abr./jun. 2008.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 05 out. 1988.

BRASIL. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 fev. 1993. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8742-7-dezembro-1993-363163-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.048, de 8 de novembro de 2000. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 nov. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10048.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.470, de 31 de agosto de 2011. Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria [...] e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 01 set. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença. As ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 72. n. 3, p. 263-270, mar. 2008.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima. Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade: Cotas para negros em universidades públicas. *Revista Argumenta – UENP*, n. 15, p. 13-19, 2011.

GARCIA, Marcos Leite; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Direitos fundamentais líquidos em Terrae Brasilis: reflexões. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 32, n. 62, p. 223-260, jul. 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas in Ações Afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Políticas Públicas contra as Desigualdades Raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio A. A Desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, J. (Org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15, 1997. p. 233-242.

HÄRBELE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. 2. tiragem. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Meneses. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, Flavia Piva Almeida. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual. *Revista de Direito Brasileiro*, Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 31-53, jul./dez. 2012.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 41-65.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sergio da S. Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil. *Estudos Feministas*, IFCS/UFRJ-PPCIS/Uerj, v. 4, n. I, 1996, p. 202-208.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Paulo Lucena. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. A construção do estado de direito socioambiental a partir da ótica habermasiana: a consolidação do mínimo existencial socioambiental como elemento de afirmação da dignidade da pessoa humana. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 21, p. 135-161, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rveredire11&collection=journals&id=129&startid=129&end=156>>. Acesso em: 07 ago 2017.

RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o "princípio liberdade" na cultura constitucional europeia*. Tradução Carlos Luiz Strapazzon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa. O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a. 33, n. 131, jul./set. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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. 2. tiragem. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 8. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Reflexões sobre a pré-compreensão constitucional: a dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido. *Revista Sequência*, n. 50, Florianópolis, p. 189-223, jul./2005.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. v. I.

VIDA, María Ángeles Martín. *Fundamento y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

