



Apoio:



PUCP

Convenções
Direitos Fundamentais
Segurança Ciência Crime Deficientes Pobreza
Educação Medo Racismo Consumo
Peru Dignidade Chile
Crianças idosos Preconceito
Corrupção Desenvolvimento Presídios Discriminação Constituição
Liberdade Vida
Brasil Igualdade Fome Saúde
América Latina Respeito Argentina Milênio
Direitos Humanos Mulheres Cooperação
Sustentabilidade,

Organizadores

Ingo Wolfgang Sarlet

Carlos Luiz Strapazzon

Eduardo Biacchi Gomes

I JORNADA SUL-AMERICANA

DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:

BRASIL, ARGENTINA, CHILE E PERU

© 2015 Editora Unoesc

Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc

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

Editora Unoesc

Coordenação

Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Adequação metodológica: Bianca Regina Paganini, Giovana Patrícia Bizinela, Gilvana Toniélo

Projeto gráfico e capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

J82 I Jornada Sul-americana de Direitos Fundamentais: Brasil, Argentina, Chile e Peru / Orgs. Ingo Wolfgang Sarlet, Carlos Luiz Strapazzon, Eduardo Biacchi Gomes. – Joaçaba: Editora UNOESC, 2015.

462 p.; 23 cm.

ISBN - 978-85-8422-029-8

Modo de acesso: World Wide Web

1. Direitos Fundamentais. 2. Direitos Humanos. I. Título.

Doris – 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores dos Campi

Campus de Chapecó

Ricardo Antônio De Marco

Campus São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D' Agostini

Campus Videira

Antonio Carlos de Souza

Campus Xanxerê

Genesio Téio

Pró-reitor de Graduação

Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria

Alciomar Antônio Marin

Conselho Editorial

Fábio Lazzarotti

Débora Diersmann Silva Pereira

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Glauber Wagner

Eliane Salete Filipim

Carlos Luiz Strapazzon

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Maria Rita Nogueira

Daniele Cristine Beuron

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 9

PARTE I

DISCUSSÃO E CRÍTICA COM A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

DEFININDO A FUNDAMENTABILIDADE DOS DIREITOS – O CRITÉRIO MATERIAL 13

Daniel Francisco Nagao Menezes, Eduardo Papamanoli Ribeiro

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES À NOÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO 33

Clayton Gomes de Medeiros, Marcelo Paulo Wacheleski

A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO QUE TANGE ÀS RELAÇÕES PRIVADAS 59

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina

A FUNÇÃO DA RAZÃO PÚBLICA NO STF: UMA PERSPECTIVA RAWLSIANA 85

Anny Marie Santos Parreira, Robison Tramontina

A TEORIA DA NORMA JURÍDICA E A RACIONALIDADE CRÍTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA 93

Sandra Mara de Oliveira Dias

TEORIA DA IGUALDADE DE DWORKIN E O SEGURO SOCIAL..... 119

Carlos Luiz Strapazzon, Alexandre Elio Scariot

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA (IN)EFICÁCIA PROCESSUAL..... 127

Raquel Tomé Soveral, Luciano de Araujo Migliavacca

OS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A CONQUISTA DOS DIREITOS SOCIAIS: INCLUSÃO DE NOVOS DIREITOS 143

Andréa Arruda Vaz, Aline Ferreira Montenegro

PARTE II

FLORESCIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA AMÉRICA DO SUL

A CAPACIDADE PROCESSUAL DENTRO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS ... 173

Eduardo Biacchi Gomes, George Rezende Moraes

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS..... 189

Rodrigo Espíuca dos Anjos Siqueira, Rosane Todescatt Nottar

PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO: A INDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: PANORAMA GERAL..... 197

Simone Andrea Schwinn

**DO WORLD PROGRAMME OF ACTION
CONCERNING DISABLE PERSONS AND THE
STANDARD RULES À CONVENÇÃO DE NEW YORK
E AO PLANO VIVER SEM LIMITE: A REVOLUÇÃO DA
INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....221**
Carlos Luiz Strapazzon, Maria Helena Pinheiro Renck

**MISIONES BOLIVARIANAS: UMA ALTERNATIVA PARA
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS229**
Cláucia Piccoli Faganello, Thaís Recoba Campodonico, Aragon Érico
Dasso Júnior

**ALTERNATIVAS AO ANTROPOCENTRISMO NA
DEFESA DO MEIO AMBIENTE: PETER SINGER E A
CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA.....251**
Andrei Ferreira Fredes

**A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS
SOCIAIS NO PROCESSO DE DEMOCRATIZAÇÃO DO
BRASIL FRENTE AOS PNDH'S257**
Silvana Barros da Costa, Carlos Luiz Strapazzon

**PARTE III
VIDA PRIVADA, DIREITOS SOCIAIS E INTERESSES
PÚBLICOS**

**VIDA E DIGNIDADE HUMANAS: RELAÇÕES
COMPLEMENTARES DE PROTEÇÃO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL267**
Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte, Janaína Reckziegel

VINCULAÇÃO INTERPRIVADA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE	273
Silvano Ghisi, Maria Cristina Cereser Pezzella	
A ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO RECONHECIMENTO DE DIREITOS ÀS MINORIAS SEXUAIS	281
Igor Fernando Ruthes, José Osório do Nascimento Neto	
TRANSEXUALIDADE: RETIFICAÇÃO DO PRENOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL	305
André Kompatscher, Sabrina Kompatscher	
A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: INTERCONEXÕES NECESSÁRIAS	329
Fabiane da Silva Prestes, Daniel Rubens Cenci	
RELAÇÃO DE TRABALHO E NOVAS TECNOLOGIAS: A TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA FRENTE À PROIBIÇÃO DO RETOCESSO DOS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHADOR	357
Alexei Almeida Chapper, Gilberto Stürmer	
O ESTADO NA PÓS MODERNIDADE: REFLEXÕES SOBRE AS DESIGUALDADES SOCIAIS E O PAPEL DA TRIBUTAÇÃO	363
Camila Monteiro Machado	
A TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.....	379
Clóvis José Ceretta, Paulo Caliendo Velloso da Silveira	

**O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL
NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS387**

Gustavo Henrique Perin, Hewerstton Humenhuk

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS:
REFLEXÕES SOBRE A DIGNIDADE HUMANA
FRENTE AOS NOVOS CONTORNOS DA TEMÁTICA
AMBIENTAL.....395**

Dênis Silvano Domingues, Thaís Janaina Wenczenovicz

LIMITES À JURISDIÇÃO EM QUESTÕES AMBIENTAIS ..403

Marcelo Garcia da Cunha, José Maria Rosa Tesheiner

**AS DIFICULDADES PROCEDIMENTAIS NAS
DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS: NECESSIDADE DA
APLICAÇÃO DE REGRAS PROCESSUAIS QUE DEEM
EFETIVIDADE AO DIREITO.....411**

Carlos Luiz Strapazzon, Adilso Antônio Santin

**A FUNDAÇÃO ESTATAL DE ATENÇÃO À SAÚDE
(FUNEAS) E A FUGA DO REGIME JURÍDICO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO – UMA VIOLAÇÃO AO
DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO.....417**

Camila Sailer Rafanhim de Borba, Ludimar Rafanhim

**ABERTURA, COOPERAÇÃO E INTEGRAÇÃO NA
CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE VOLTADA AOS
DIREITOS SOCIAIS.....441**

Scheila Barbosa dos Santos

APRESENTAÇÃO

A I Jornada Sul-Americana de Direitos Fundamentais, realizada entre 22 e 26 de abril de 2014, que deu origem à presente coletânea, abarcou duas áreas temáticas: a) Relações entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais Sociais na experiência Sul-Americana; b) Os Direitos Fundamentais na perspectiva do constitucionalismo latino-americano. O evento teve como finalidade reunir pesquisadores de quatro PPGDs do Brasil (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS; Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc – SC; Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil – PR; Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc – RS), de duas Instituições de Ensino Superior do Chile (Universidad de Talca e Universidad Valparaíso), bem como uma do Peru (Pontificia Universidad Catolica de Lima), além de contar com a participação de um pesquisador argentino, Cristhian Courtis, vinculado à Universidade de Buenos Aires (UBA) que, atualmente, atua como Officer do Alto Comissariado das Nações Unidas. Todos são doutores e especialistas na seara dos direitos fundamentais.

O evento, no seu conjunto, foi um circuito de conferências e discussões que se realizaram consecutivamente em três Estados da Federação (PR, RS e SC), versando a respeito de inovações normativas e institucionais, sobre a literatura científica relativa ao tema da efetividade dos direitos fundamentais e direitos sociais no âmbito dos países envolvidos, bem como na esfera das relações entre o sistema internacional e regional de proteção dos direitos humanos e as ordens jurídicas internas dos Estados abarcados pelo simpósio. Quanto ao seu impacto, o evento propiciou ampla difusão de conhecimento entre mais de 30 professores doutores, além de mais de 100 mestrandos e doutorandos e outros 600 estudantes de graduação das três IES onde o evento acabou sendo realizado.

Trata-se, além disso, de um projeto que representa mais uma etapa de um ambicioso plano de formação de uma Rede Brasileira de Pesquisa em

direitos fundamentais no Brasil e na América Latina. Diz respeito, portanto, a um tema central da pesquisa específica dos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* com Áreas de Concentração ou linhas de pesquisa em direitos fundamentais, razão pela qual o que se pretendia era propiciar amplo diálogo e aproximação entre pesquisadores (docentes e discentes) brasileiros e estrangeiros, ademais de uma revisão da literatura técnica sobre o objeto das diversas conferências e comunicações científicas, assim como o amplo compartilhamento de informações técnicas no âmbito legislativo e jurisprudencial, de metodologias de pesquisa e de interesses investigativos convergentes.

Aqui o leitor vai encontrar dois tipos de trabalhos: artigos científicos e resumos expandidos. Foram trabalhos apresentados, aprovados pela comissão organizadora e discutidos durante o seminário. Há três tipos de temas em discussão. Há crítica e revisão de teorias clássicas, há resultados parciais de pesquisas em direitos humanos e direito estrangeiro, sobretudo, de países da América do Sul e, por fim, há resultados parciais de pesquisas sobre direitos fundamentais no contexto da ordem jurídica do Brasil.

Tanto a Jornada nas suas diversas etapas quanto a publicação da presente coletânea apenas se tornaram viáveis em virtude do fundamental apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), da Itaipu Binacional, da OAB-PR e da Editora da Unoesc – EdUnoesc.

A comissão organizadora espera, sinceramente, que os textos ora levados ao público possam fazer por merecer todo o suporte obtido e estimular novas jornadas.

Porto Alegre/ Curitiba/Chapecó, maio de 2015.

Ingo Wolfgang Sarlet | PUC-RS

Carlos Luiz Strapazon | Unoesc | Universidade Positivo

Eduardo Biacchi Gomes | Unibrasil

PARTE I
DISCUSSÃO E CRÍTICA
COM A TEORIA GERAL DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

DEFININDO A FUNDAMENTABILIDADE DOS DIREITOS – O CRITÉRIO MATERIAL

DEFINING THE FUNDAMENTABILITY OF RIGHTS – THE MATERIAL CRITERIA

Daniel Francisco Nagao Menezes*

Eduardo Papamanoli Ribeiro**

Resumo: O objetivo do presente artigo é contribuir para o debate sobre a definição de fundamentabilidade dos Direitos. A busca por este critério se inicia com a polissemia que envolve a temática, especialmente diante da dificuldade em se verificar os reais critérios que podem ser utilizados para que se determine a fundamentalidade de um direito. Tal equívoco pode gerar uma proliferação da utilização do termo gerando um entrave no desenvolvimento da ciência do Direito em prol da realização do indivíduo em sociedade. Os autores propõem a busca da fundamentalidade do direito a partir de três critérios: a) Formalmente fundamentais; b) materialmente fundamentais e; c) respeito à dignidade da pessoa humana. Este artigo terá ênfase na discussão dos critérios materiais dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Fundamentalidade dos Direito. Critério de Definição.

***Abstract:** The purpose of this article is to contribute to the debate on the definition of fundamentabilidade Rights. The search for this criterion begins with polysemy involving the theme, especially given the difficulty in verifying the actual criteria that can be used in order to determine the fundamentality of the right. This mis-*

* Doutor e Mestre em Direito Político Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie de Campinas e das Faculdades de Campinas; Advogado; Avenida Brasil, 1220, Jardim Guanabara, 13073-148, Campinas, São Paulo, Brasil; 7000545@mackenzie.br

** Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba; Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie de Campinas; Advogado; Avenida Brasil, 1220, Jardim Guanabara, 13073-148, Campinas, São Paulo, Brasil; eduardo.ribeiro@mackenzie.br

conception can lead to a proliferation of the use of the term creating an obstacle in the development of the science of law to support the achievement of the individual in society. The authors propose the pursuit of fundamentality of law based on three criteria: a) Formally fundamental b) materially fundamental and c) respect for the dignity of the human person. This article will focus on discussion of the substantive criteria of fundamental rights.

Keywords: *Fundamental Rights. Fundamentality of Law. Criterion Definition.*

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade é facilmente observável na doutrina e principalmente no discurso forense dos nossos tribunais a atribuição de fundamentabilidade às diversas normas que não as possuem, banalizando o uso do termo para abarcar situações que refletem na vida em sociedade e, por vezes, dificultam a realização da sociedade refletindo no ser humano em interação dialética com o Estado, levando à afirmação de Streck (2012) de que vivemos na era do “Pan-Principiologismo”, era na qual, regras comuns de conduta são transformadas em princípios de direito.

Além da questão polissêmica, a doutrina constitucionalista e também a jurisprudência não possuem um critério claro quanto ao grau de fundamentabilidade de um direito. Em outras palavras, não existe um critério claro de tarifação dos direitos fundamentais. A pergunta que o artigo busca responder é: Qual o critério que torna um direito fundamental?

A classificação de um determinado direito como fundamental é tarefa de grande relevância prática, diante da proteção constitucional e efetividade judicial que ela recebe e seus reais efeitos nos fatos sociais que se desdobram no tempo e no espaço numa determinada sociedade civil, facilmente comprovado pela análise da história.

Desta forma, resgata-se a origem e conceito dos direitos fundamentais, suas principais características, para depois analisar os critérios formais e materiais utilizados pela doutrina como critério de fundamentabilidade de

um direito, buscando contribuir para a criação de um critério de atribuição do adjetivo “fundamental” a um direito específico.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORIGEM E CONCEITO

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).

Por serem inerentes ao homem, os Direitos Fundamentais são universais e a atemporais, não necessitam de positivação jurídica, tanto que são apenas “declarados”. As declarações de direitos no final do século XVIII,¹ e todo o movimento histórico do constitucionalismo que as seguiram, alicerçaram os direitos fundamentais, mas sua larga utilização e ascensão ocorreram após a Segunda Guerra Mundial, com a banalização do mal² em nome do Estado que o mundo acompanhou.

Os julgamentos das atrocidades nazistas pelo Tribunal de Nuremberg³ se distanciaram da prática dominante do Estado legalista elaborada por Kelsen,⁴ e reconheceram a importância e validade de um princípio, no

¹ Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) em 12 de junho de 1776 nos Estados Unidos da América e Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1789 na França.

² Expressão desenvolvida por Arendt (2000). A autora relata o julgamento do nazista alemão Adolf Eichmann, no início dos anos 60, que justificava seus crimes em nome da obediência estrita a normas vigentes.

³ Logo após a Segunda Guerra Mundial, um tribunal se reuniu em Nuremberg, na Alemanha, com o objetivo de julgar os crimes cometidos pelos nazistas durante a guerra. De 1945 a 1949, o Tribunal de Nuremberg julgou 199 homens, sendo 21 deles líderes nazistas. As acusações foram desde crimes contra o direito internacional até de terem provocado de forma deliberada a Segunda Guerra Mundial.

⁴ Hans Kelsen criador da “Teoria Pura do Direito”, que entre outros afirmava que se a norma jurídica fosse válida, deveria ser cumprida independente de justa ou injusta.

caso o princípio da dignidade humana, acima de qualquer sistema jurídico válido e vigente, ou seja, atribuíram-lhe um valor supra positivo.

Assim, o reconhecimento da existência de um valor ético e a sua utilização como norma para integração de um sistema pós-positivista,⁵ alçou o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo para o desenvolvimento da nomenclatura direito fundamental, transformando-o em uma preocupação filosófica, sociológica e política, e não apenas jurídica, locada dentre uma corrente ainda maior que é o “liberalismo”. E, assim, a “Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que por primeiro erigiu a *dignidade da pessoa humana* em direito fundamental.” (SILVA, 2007).

Desde então, a definição do que sejam os direitos fundamentais mostra-se ainda mais complexa quando busca um fundamento absoluto sobre o qual respaldá-los, de modo a garantir sua correta atribuição e cumprimento, mas principalmente como meio de coação para sua observância de maneira universal.

Bobbio (2004, p. 15-24) aponta quatro dificuldades para a busca do fundamento absoluto dos direitos fundamentais. A primeira delas é que a expressão *direitos do homem* é mal definível e desprovida de conteúdo e, quando este aparece, introduz termos avaliativos, os quais são interpretados de modo diverso de acordo com a ideologia assumida pelo intérprete.

Segunda dificuldade é a mutabilidade histórica dos direitos fundamentais, pois para ele reconhecidas as condições históricas determinam as necessidades e interesses da sociedade. Para ele, são direitos relativos, não lhes cabendo assim a atribuição de um fundamento absoluto.

Bobbio (2004) dá continuidade apontando a heterogeneidade dos direitos fundamentais, ou seja, a existência de direitos diversos e muitas vezes até mesmo conflitantes entre si. As razões que valem para sustentar al-

⁵ Corrente jusfilosófica que inseriu na ciência jurídica valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana cedendo espaço para os valores e os princípios.

guns não valem para sustentar outros. Alguns direitos fundamentais são até mesmo atribuídos a categorias diversas, enquanto outros valem para todos os membros do gênero humano.

Por fim, elenca sobre a existência de Direitos Fundamentais que denotam liberdades, em antinomia a outros que consistem em poderes. Os primeiros exigem do Estado uma obrigação negativa, enquanto os segundos necessitam de uma atitude positiva para sua efetividade, eis que “[...] quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos.” (BOBBIO, 2004, p. 21).

Dentro desse contexto, decorre a amplitude que o conceito de direitos fundamentais adquiriu, e as eventuais distorções e até mesmo equívocos cometidos pela doutrina e prática jurídica. Aliás, muito comum constatarmos o uso indiferente das expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais.

A própria 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).

Pelo vocábulo “fundamental”, em seu significado lexical, compreende-se tudo aquilo “[...] que serve de fundamento; o que importa, o essencial.” (FERREIRA, 2004, p. 421). Tal conceito não se afasta do sentido real do termo na esfera jurídica. Assim, o mais usual é entender os direitos fundamentais como o mínimo necessário para a existência da vida humana dignamente.

No tocante à expressão “direitos humanos”, o significado atribuído é o mesmo, ou seja, são direitos essenciais à manutenção de uma vida humana sustentada pelo princípio da dignidade, entretanto, enquanto os direitos fundamentais são aqueles positivados em uma Constituição, os direitos humanos são os provenientes de normas de caráter internacional. Paralelamente os direitos do homem seriam valores éticos não positivados.

Diante disso, Canotilho (1998) sugere um argumento para a distinção dos direitos do homem. Para ele, direitos do homem são aqueles derivados da própria natureza humana, enquanto os Direitos Fundamentais são os vigentes em uma ordem jurídica concreta. Para ele “[...] 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.” (CANOTILHO, 1998, p. 359).

Neste raciocínio, os direitos fundamentais representam a concretização daqueles direitos e garantias reconhecidas como essenciais a todos os indivíduos indistintamente e, por estes, oponíveis contra todos, limitando-se aos próprios direitos fundamentais alheios.

3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

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.

Atualmente a doutrina debate as características dos direitos fundamentais são absolutas ou sofreriam relativização, a exemplo dos direitos autorais em pesquisas científicas e a destituição de paternidade.

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.

- a) **Historicidade:** os direitos fundamentais são frutos do contexto histórico. Os parâmetros de dignidade, as proteções e limites se explicam pela história. As necessidades geram as medidas,

moldam à sua época e delas surgem os direitos fundamentais. É a construção histórica de uma sociedade que explica o direito a que se atribui a fundamentabilidade. Exemplo disto são as conquistas da igualdade entre os sexos na sociedade ocidental, e o que já foi resumido a tríade francesa de liberdade, igualdade e fraternidade, hoje alcança ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

- b) **Relatividade:** os direitos fundamentais não são absolutos. Eles admitem sua relativização não só porque não podem ser usados para a prática de ilícitos, mas também porque podem entrar em conflito. Neste caso, deverá ocorrer o sopesamento, respeitando a razoabilidade e proporcionalidade, porque não se pode limitar um direito fundamental além do estritamente necessário, para aplicabilidade no caso concreto. Como exemplo, a liberdade do pensamento violando a honra ou privacidade de pessoas.
- c) **Imprescritibilidade:** os direitos fundamentais não sofrem prescrição, eles não se perdem pela passagem do tempo. Quem nunca exerceu seu direito a livre manifestação ao pensamento, não o perde ou a ele renuncia. Exceção a característica é o direito de propriedade que no Brasil pode ser perdido pela passagem do tempo no caso do usucapião.
- d) **Inalienabilidade:** os direitos fundamentais não podem ser alienados, ou seja, não pode ser transferida a sua titularidade onerosamente. Exceção novamente o direito a propriedade, que pode ser transferido. O sujeito não pode desinvestir-se de seus direitos fundamentais, embora possa deixar de atuá-los na prática, aplicando-se aqui a clássica distinção entre capacidade de gozo (irrenunciável) e capacidade de exercício (disponível). Ainda por força da inalienabilidade, tem-se que os direitos fun-

damentais não se perdem com o tempo, sendo imprescritíveis inclusive quanto a seu exercício.

- e) **Irrenunciabilidade:** regra geral os direitos fundamentais são indisponíveis principalmente por sua importância coletiva. A doutrina aponta os direitos fundamentais a intimidade e privacidade como exemplos de exceção a indisponibilidade, mas destacando que mesmo assim, só pode ocorrer de forma temporária e se não afetar a dignidade humana. Em tempos de “reality shows” trata-se de referencial teórico pouco respeitado.
- f) **Indivisibilidade:** os direitos fundamentais não podem ser avaliados isoladamente, trata-se de um conjunto. A ofensa a um deles ofende a coletividade. Exemplo a restrição ao direito fundamental à saúde. Assim, pode-se compreender esta característica sob o ângulo de cada direito fundamental, que constitui uma unidade incindível em seu conteúdo elementar, bem como sob o ângulo dos diversos direitos fundamentais, no sentido de que não se pode aplicar apenas alguns dos direitos fundamentais reconhecidos.
- g) **Eficácia vertical e horizontal:**⁶ sua aplicabilidade não é apenas vertical, entre o Estado e o cidadão, sua eficácia também é horizontal, entre particulares, contra terceiros. Como exemplo o direito fundamental a educação das crianças com síndrome de Down *versus* escolas particulares.

⁶ A teoria da eficácia horizontal surgiu na Alemanha nos meados do século XX, também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros. O caso-líder dessa teoria foi o “caso Lutch” julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958, de Erich Lutch crítico de cinema contra Veit Harlam, diretor da época do nazismo. Lutch convocou o povo alemão a boicotar o filme de Harlam, que fora conivente com o regime nazista. Harlam processou Lutch por danos, e chegou a ganhar em primeira instância, contudo em grau de recurso, o Tribunal Alemão reconheceu o direito fundamental de liberdade de expressão de Lutch contra Harlam, ou seja, de particular para particular, originando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

- h) **Conflituosidade (concorrência):** diante do caráter principiológico dos direitos fundamentais que estabelecem diversas obrigações em diferentes graus como assinalado por Alexy (2011), os direitos fundamentais podem entrar em conflito. Muito semelhante a característica da relatividade, no caso de conflito, apenas analisando o caso concreto pode-se definir qual direito deve prevalecer. Como exercício de cedência recíproca, não se pode desprezar totalmente um dos direitos em conflito. Exemplo são os casos de transfusão de sangue em testemunha de Jeová, no conflito entre o direito à vida *versus* o direito à liberdade religiosa.
- i) **Aplicabilidade imediata:** nos termos do art. 5 § 1º da nossa Constituição Federal, todo direito fundamental possui aplicabilidade imediata, vinculando todos os poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário). Os titulares de direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer os seus direitos fundamentais. Se o legislador for omissivo em regulamentar e/ou limitar um direito, este poderá ser exercido imediatamente em toda a extensão que a Constituição Federal define, sendo o Poder Judiciário competente para apreciar casos de sua violação (DIMOULI; MARTINS, 2009). Aplicabilidade não se confunde com eficácia, que poderá ser limitada “na forma da lei”.

4 CRITÉRIOS DE FUNDAMENTABILIDADE

Os direitos fundamentais representam a concretização daqueles direitos e garantias reconhecidas como essenciais a todos os indivíduos indistintamente. Assim, tal reconhecimento não poderá ficar apenas na seara formal (primeiro critério), devendo-se, necessariamente, ocorrer a realização

material de seu objetivo (segundo critério), ou seja, tornar-se concreto na realidade social, para servir de instrumento de realização do ser humano em sociedade, existindo porém, um critério que também garanta a existência das minorias que não se enquadram nos modelos formais e materiais propostos (terceiro critério).

4.1 FUNDAMENTABILIDADE FORMAL

O primeiro critério para definição da fundamentalidade de um direito é o critério formal. Independentemente da existência da existência de garantias fundamentais, devem haver requisitos formais, decorrentes das Constituições, que criem categorias especiais de direito fundamentais, as quais, não podem ser atingidas por leis ordinárias e, especialmente, pelo poder discricionário atribuído ao governante de época.

Sarlet (2005, p. 86-87) afirma que a fundamentalidade formal que decorre da constitucionalização dos direitos, apresenta as seguintes dimensões: a) as normas de direito fundamental têm superior hierarquia em relação às demais normas do ordenamento jurídico; b) estão submetidas aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional, previstos no artigo 60 da CF; c) em virtude do disposto no parágrafo primeiro do art. 5º, têm aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos.

É chamada formal porque trata de garantias que a própria constituição formal já estabelece. Em um primeiro momento a fundamentalidade está baseada no fato de serem direitos consagrados pela constituição. A primeira qualidade da fundamentalidade seria a supremacia normativa desses direitos fundamentais naquela ordem jurídica. Se não houver supremacia normativa, eles não são fundamentais.

Neste cenário, então todo direito consagrado na Constituição possui nota de fundamentabilidade?

Não, só isso não basta. Para que os direitos sejam realmente fundamentais eles devem ter algo a mais, alguma característica que os diferencie dentro da própria constituição, uma fundamentalidade qualitativa entre os direitos fundamentais que os diferencie do restante das normas constitucionais.

Para Alexy (2011, p. 123), essa fundamentalidade se estabelece a partir de dois pilares: em sentido material e sentido formal. A fundamentalidade revela-se pelo conteúdo do direito, o que é dito e a referência aos valores supremos do ser humano e preocupação com a promoção da dignidade humana, mas revela-se também pela posição normativa, ou seja, dentro da Constituição. Assim toda norma para que seja declarada pertencente aos Direitos Fundamentais deve estar inserida no bojo da Constituição Federal ou ter conteúdo constitucional fundamental.

Assim sendo, as Constituições além de estabelecer o critério formal de protetividade dos direitos, estabelecendo explicitamente quais direitos foram reconhecidos como fundamentais por determinada sociedade durante seu processo constituinte; também faz a Constituição, a relação com os direitos fundamentais materiais, isto é, estabelecendo critério materiais para a implementação de direito reputados fundamentais.

4.2 FUNDAMENTABILIDADE MATERIAL

A fundamentalidade material está relacionada à correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição, especialmente os princípios enumerados no Título I da CF, dentre os quais vale destacar a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais representam, sob o aspecto material, as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte a respeito da estrutura do Estado e da Sociedade. Aliás, neste sentido, vale observar as intenções constitucionais manifestadas no preâmbulo da Constituição de 1988, o qual estatui expressamente como “valores supremos” da sociedade

“[...] o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.” (BRASIL, 1988).

Da mesma forma encontramos os primeiros artigos da atual Constituição Federal brasileira informando quais são as diretrizes da atuação do Estado brasileiro, diretrizes de conduta como erradicação da miséria, pleno emprego, integração latino-americana, dentre outras.

O critério material se desdobra em dois. O primeiro determina que todas as ações estatais, independente do nível federativo (união, estados e municípios) bem como as ações dos particulares, sejam direcionais para os fins gerais da nação previsto nos artigos 1º a 4º.

O segundo critério resulta na implementação destes direitos entendidos como fundamentais. Esta implementação depende da atuação do Estado no fornecimento destes direitos fundamentais e, dependerá da discricionariedade do Poder Executivo implementá-los dentro de um cenário de escassez.⁷

Isto é, para eu um direito seja considerado fundamental, sua prestação ou garantia deve ocorrer de fato, não bastando a sua existência no texto da Constituição. Diante de um cenário de escassez de recursos econômico, principalmente em quadro como dos países da América Latina, a efetivação deste direito depende da existência de Políticas Públicas eficazes e que, tenham a participação popular na definição da agenda política de prioridades, bem como, na execução e fiscalização destas Políticas Públicas. Somente com participação popular é possível identificar quais as áreas prioritárias que devem ser alvo de Políticas Públicas, especialmente vinculadas aos denominados Direitos de Segunda Dimensão.

⁷ Este conceito de materialidade não possui relação com o conceito de Jorge Miranda para quem a fundamentalidade material decorre da importância histórica de determinado direito fundamental que o leva a ser “constitucionalizado”. Jorge Miranda vincula o critério material ao critério de valor atribuído a um determinado direito pela sociedade, valor este que o torne fundamental (MIRANDA, 1993, p. 10).

Em síntese, o critério para definição material dos direitos fundamentais é a sua existência real, ou seja, efetiva.

Para se tornar efetiva, os direitos fundamentais elencados nas Constituições, Tratados Internacionais, legislação ordinária, etc., devem ser efetivados pelo Poder Público. Tal necessidade de efetivação dos Direitos Fundamentais acarreta a obrigação de implementação, pelo Poder Público, de Políticas Públicas.

As Políticas Públicas passam a ter um papel estratégico na efetivação (real) dos Direitos Fundamentais, merecendo por tal razão, destaque na Administração Pública⁸ e nas Ciências Jurídicas.

O aspecto material dos direitos fundamentais surge da contradição de sua aparência, representada pela essência do seu conteúdo substancial normativo. Assim, para verificar a materialidade dos direitos fundamentais é preciso investigar qual o conteúdo normativo necessário para caracterizar um direito como fundamental.

Cabe ao Poder Público, no exercício da arte da política, superar as contradições aparentes dos direitos fundamentais e, dentro de um processo de decisão democrático, possuir instrumentos (mecanismos) apto a efetivar estes direitos fundamentais através das Políticas Públicas, mecanismos estes, que devem ser democráticos.

Para melhor demonstrar o papel do Estado – no caso o Poder Público – na efetivação dos direitos fundamentais através das Políticas Públicas, transcrevemos os ensinamentos da Professora da USP e da Mackenzie

⁸ “A administração pública surgiu como instrumento do Estado para defender os interesses públicos ao invés dos interesses privados. Enquanto há aqueles que acham que somente os mercados podem equilibrar os interesses públicos e privados, outros entendem que a administração pública é o meio mais racional de promover o interesse público. Como vimos, é o governo o principal gestor dos recursos e quem garante a ordem e segurança providas pelo Estado. Assim, o governo é obrigado a atender e resolver os problemas e levar adiante o processo de planejamento, elaboração, implementação e avaliação das políticas públicas que sejam necessárias ao cumprimento - de modo coordenado e permanente – dessa função que lhe delegou a sociedade.” (DIAS; MATOS, 2012, p. 11).

Bucci (2013, p. 37) que demonstra que a relação entre ação e governo ocorre em três níveis:

O plano macroinstitucional compreende o governo propriamente. No extremo oposto, plano microinstitucional, considera-se a ação governamental como unidade atomizada da atuação do governo. Na posição intermediária, o plano mesoinstitucional, analisam-se os arranjos institucionais, ação governamental agregada em unidades maiores. Enquanto o plano macroinstitucional tem por objeto a *politics*, os planos meso e microinstitucionais focam as *policies*, distinguindo-se entre eles apenas a chave da análise adotada.

Os diversos níveis propostos na citação acima apontam para um único caminho: O fortalecimento do Estado. Para que exista a interação entre *politics* e *policies* deve existir um Estado estruturado e, com abertura democrática, isto é, aberto à participação populares, transformando o Estado no *locus* de recepção, debate e decisão sobre necessidade sociais.

Após este processo o Estado deve possuir força (e recursos) para a implementação das decisões tomadas na etapa anterior. A etapa de implementação é a mais delicada de todas, vez que, requer estrutura física e econômica do Estado aptas a contrariar interesses (especialmente os econômicos) contrários ao que fora deliberado na etapa anterior.

Ocorre que, diante do atual modelo de Estado (Estado Gerencial) que vem desde as reformas constitucionais liberalizantes da segunda metade da década de 90 do século passado, torna-se tarefa árdua a efetivação material dos Direitos Fundamentais. Isto porque, ao mudar o modelo de gestão de Estado Burocrático para Estado Gerencial, o Estado brasileiro renuncia à gestão do interesse público e se torna um mero gestor dos interesses privados que estão a serviço do Estado.

Sendo mero gestor de interesses privados em conflito o Estado brasileiro atual fica impossibilitado de executar Políticas Públicas, como coloca a doutrina clássica sobre Políticas Públicas e, conseqüentemente prejudica a materialização dos Direitos Fundamentais.

5 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Homem, como ser racional, na teoria kantiana existe como um fim em si mesmo e, não meramente como meio, enquanto os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado, servindo, portanto, a razão como fim de si mesma, que se concretiza e se realiza na pessoa humana.

Por essa razão as pessoas são o cerne dos interesses de produção legislativa, tornando-se necessárias a proteção da pessoa, contudo, mister se faz questionar qual o ponto de partida para esta proteção. A partida seria a dignidade, a teoria kantiana, trata da pessoa com seu atributo de valor, ou seja toda pessoa possui um valor na sociedade, contudo seu valor é absoluto, interno e não admite um substituto equivalente, é, portanto, uma dignidade.

A partir desta individualidade kantiana, sempre haverá, por melhores que sejam os direitos fundamentais, um espaço para a individualidade que não é abrangido pelos direitos fundamentais ou, em alguns casos, gera o conflito entre estes direitos.

Partindo de tal premissa é necessário a existência de um espaço de proteção da individualidade que, em alguns casos não é abrangido pelos critérios formais ou materiais, estes pensados e direcionais para a proteção de maiorias.

Surge então, o critério de proteção à Dignidade da Pessoa Humana, critério que somente atribuirá o adjetivo de fundamental a um direito se este possuir condições de proteger casos excepcionais individuais.

5.1 NATUREZA DA DIGNIDADE PROTEGIDA

A Dignidade da pessoa o acompanha o ser humano por toda a sua existência, tendo em vista sua essência intrínseca com este e “[...] ela não

admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado.” (ALEXY, 1993, p. 345).

O princípio da dignidade da pessoa humana é de natureza racional, considerada pela corrente Kantiana, um valor incondicionado e de essência puramente humana e protegida.

Silva (2007) resume bem a dignidade da pessoa humana com base na teoria Kantiana:

A dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do Homem, em todas as suas dimensões; e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o Homem, é ela que se revela como seu valor supremo, o valor que o dimensiona e humaniza.

A dignidade, portanto, é parte inerente ao Homem devendo ser protegida e difundida por todos da sociedade política para que seja, efetivamente, extensível a todos, fazendo com que se difunda na interação entre a superestrutura política, jurídica e ideológica e, a infraestrutura econômica e social.

Por ser inerente ao homem e, sendo cada homem (indivíduo) diferente dos demais, deve haver uma esfera de proteção individualizada que permita ao homem opor suas diferenças não só frente ao Estado mas também diante dos outros homens.

5.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana, portanto, não é uma criação do constituinte, por ser um conceito de essência humana, preexistente a própria organização política formadora do Estado. A Constituição a reconhece, mas não a cria.

A República Federativa do Brasil a reconheceu e, inclusive, a colocou como parte dos seus objetivos, firmando o entendimento de que a

dignidade é do próprio Homem, acima do Estado e de todos que vivem ou que por ele permaneçam.

Por tal motivo, na execução das Políticas Públicas, a dignidade da pessoa humana deve ser levada em consideração no momento de elaboração da Política Pública e também, respeitar as diferenças no momento da execução.

Além disso, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 3º as metas a serem atingidas pelas Políticas Públicas. Assim sendo, as demais estruturas da Constituição, como por exemplo a Ordem Econômica, a Ordem Social, o Sistema de Proteção do Meio Ambiente, são todos instrumentos colocados à disposição do Estado e da Sociedade Civil para guiarem as Políticas Públicas na consecução das metas colocadas no art. 3º da Constituição.

Defendemos a volta do dirigismo constitucional (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006) afastado nas reformas liberais e inconstitucionais da década de 90.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As limitações do poder do Estado por uma Constituição ou a algo que com ela se assemelhou na história, valeram-se de dois princípios filosóficos jurídicos básicos que justificaram logicamente a existência dos direitos fundamentais: o Estado de Direito e a dignidade humana. Contudo, tal existência, na verdade é coexistência, sendo perceptível a interação entre eles de influência mútua.

Compartilham na ordem jurídico-constitucional, a dupla fundamentalidade formal e material onde estão revestidos os direitos e garantias fundamentais na nossa ordem constitucional, repisando os passos do desenvolvimento da ciência do Direito no caminho de disciplinar a interação mencionada, para a concreção dos indivíduos com o reconhecimento e fortalecimentos dos direitos fundamentais e sua correta utilização.

O presente artigo busca contribuir com o debate sobre direitos fundamentais, estabelecendo três critérios que devam ocorrer concomitantemente para que, um direito seja reputado fundamental. São eles: formalidade; materialidade e proteção à dignidade humana.

O primeiro critério exige o reconhecimento formal da “fundamentalidade” na Constituição Federal; o segundo implica na existência real do direito reconhecido como fundamental pela Constituição e; a existência de critério que permitam dentro desta efetivação respeitar casos excepcionais que envolvam minerais não abrangidas pelo direito fundamental em questão.

A existência conjunta dos três critérios permite a afirmação de um direito é fundamental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica. *Boletim de Ciências Económicas*, v. 49, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

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

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas – Princípios, Propósitos e Processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

DIMOULI, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2004.

MANFRED, Albert. *A Revolução Francesa*. São Paulo: Arcadia, 1972.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

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

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. Do Pan-Principiologismo à Concepção Hipossuficiente de Princípio. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 49, n. 194, abr./jun. 2012.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES À NOÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

FUNDAMENTAL RIGHTS AS LIMITS TO THE NOTION OF THE SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST

Clayton Gomes de Medeiros*

Marcelo Paulo Wacheleski**

Resumo: A finalidade do presente trabalho é examinar a possibilidade de manutenção do princípio da supremacia do interesse público no ordenamento jurídico constitucional brasileiro frente à necessidade de respeito e proteção aos direitos fundamentais. Para tanto a pesquisa principiou com o estudo da evolução do Estado Constitucional identificando a construção histórica dos direitos fundamentais e politização da Constituição. Num segundo momento, buscou verificar as características para o reconhecimento de princípios e regras, suas distinções e o modo de solução de seus conflitos, com vistas a analisar a conformação da supremacia do interesse público aos parâmetros da teoria constitucional na atualidade. Por fim, foram analisados os principais argumentos favoráveis e contrários à manutenção do princípio da supremacia do interesse público e qual roupagem deve integrar sua definição em conformação com os direitos fundamentais constitucionais.

Palavras-chave: Estado Constitucional. Direitos Fundamentais. Supremacia do Interesse Público.

* Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil; Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus; Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado de Mafra e das Faculdades Integradas do Brasil; Advogado; Rua Konrad Adenauer, 442, Tarumã, 82820-540, Curitiba, Paraná, Brasil; claytoncgm@hotmail.com

** Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí; Pós-graduado em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado de Mafra; Advogado; Avenida Presidente Nereu Ramos, 1071, Jardim do Moinho, 89300-000, Mafra, Santa Catarina, Brasil; marcelow@unc.br

Abstract: *The proposed study seeks to examine the possibility of maintaining the principle of the supremacy of the public interest in the Brazilian constitutional law regarding the need for respect and protection of fundamental rights. For this research began with the study of the evolution of the State Constitutional identifying the historical politicization of fundamental rights and the Constitution. Secondly, analyzes characteristics for the recognition of principles and rules, their distinctions and mode of their conflicts, in order to analyze the conformation of the supremacy of public interest to the parameters of constitutional theory today. Finally, we analyzed the main arguments for and against maintaining the principle of the supremacy of the public interest and what the garment should integrate its definition in conformity with the fundamental constitutional rights.*

Keywords: *State Constitutional. Fundamental Rights. Supremacy of the Public Interest.*

1 INTRODUÇÃO

A construção histórica do Estado Constitucional demonstra a evolução das conquistas dos direitos fundamentais inseridos no ordenamento jurídico constitucional. A formação do Estado moderno como resposta ao poder arbitrário do sistema feudal foi marcado pela preservação da liberdade, apoiando-se nos ideais da Revolução Francesa.

Posteriormente, a partir da segunda metade do século XX, crescem as críticas ao modelo de Estado Liberal, especialmente pelo alargamento das diferenças econômicas e a crise social gerada. O novo Estado Social redesenhado a partir desse período é marcadamente garantidor dos direitos fundamentais.

Os traços desse novo Estado é conformado em Constituições de caráter invariavelmente político e construído por forte carga valorativa expressada em princípios.

A textura aberta dos princípios e sua interpretação conforme a Constituição com a finalidade de garantir a proteção dos direitos fundamentais impõe a utilização da ponderação – sopesamento da proporcionalidade

através da solução de sua conflituosidade por meio da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Diante dessa nova formação constitucional com enfoque na proteção dos direitos fundamentais, surgem questionamentos quanto à manutenção e conformação do princípio da supremacia do interesse público frente à proteção dos direitos fundamentais. Dito de outro modo, se o princípio já expressa sua supremacia, imperativo o reconhecimento de que não está identificado com a nova ordem constitucional, onde princípios necessariamente têm textura aberta e permitem o sopesamento. No caso, o caráter *a priori* da supremacia do interesse público afasta a possibilidade de sopesamento já que indica sempre ter supremacia.

As críticas seguem afirmando que a reformulação do Estado com a reforma administrativa – tornando-o gerencial e vinculado à eficiência, retiraram as características de supremacia do interesse público para se conformar com uma ordem planificada dirigida pela processualidade e respeito aos direitos fundamentais.

Neste contexto, a análise promovida no trabalho buscará identificar se há espaço ainda para manutenção do princípio da supremacia do interesse público quando confrontado com a teoria dos direitos fundamentais. Para tanto, o desdobramento do trabalho apresentará a evolução do Estado e a construção dos direitos fundamentais em Constituições principiológicas com normas de textura aberta e, por fim, discutirá os principais argumentos pela sobrevivência ou não do princípio da supremacia do interesse público diante dos direitos fundamentais.

2 O CONTEÚDO POLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO E A ORIENTAÇÃO POR PRINCÍPIOS

As transformações ocorridas pelo Estado Social buscando superar as aporias do Estado nacional (liberal), buscou corrigir as mazelas das extre-

mas diferenças sociais do período com a implementação de direitos sociais como direitos subjetivos exigíveis jurisdicionalmente afastando a titularidade exclusiva do Poder Executivo até então.

A formação no seio do Estado da construção dos direitos sociais evidenciou a necessidade de instituir uma ética pública da atuação estatal com a promoção dos bens sociais e econômicos, preponderando a carga axiológica do texto das novas Constituições. O atendimento das necessidades básicas passa a ser pressuposto para o exercício com liberdade da vida pública e privada (MARTINEZ, 1995, p. 29-30).¹

A conceituação do Estado de Direito, poderá ser tomada num sentido débil ou formal, correspondendo aos ordenamentos em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos segundo os procedimentos estabelecidos na legislação. De modo diverso, o Estado de direito em sentido forte, designa tão somente aqueles ordenamentos jurídicos em que os poderes públicos estão vinculado à lei não somente quanto à forma, mas também, quanto ao conteúdo. São os Estados constitucionais em que o poder legislativo está vinculado aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2005, p. 13).

A filosofia constitucional tem apontado dois caminhos distintos capazes de trazer respostas à legitimidade do Direito após seu fundamento se afastar da metafísica. No primeiro, há necessidade do reconhecimento de um direito positivo ou se tornará exclusivamente instrumental. No segundo caminho, procura-se encontrar um fundamento transcendente ao direito como faziam os antigos e romper com a sistemática racionalista instrumental. Caminho este trilhado tanto pelos liberais quanto pelos comunitários e

¹ “Los derechos económicos, sociales y culturales pretenden, igual que los restantes tipos de derechos fundamentales anteriores, favorecer en la organización de la vida social el protagonismo de la persona, pero no parten de la ficción, en que se basan los restantes derechos, de que basta ostentar la condición humana para ser titulares de los mismos, sino que intentan poner en manos de los desfavorecidos instrumentos para que, de hecho, en la realidad, puedan competir y convivir como personas con los que no tienen necesidad de esas ayudas. En los derechos económicos, sociales y culturales la igualdad como diferenciación es un medio para alcanzar como meta la igualdad como equiparación [...]” (MARTINEZ, 1995, p. 32-33).

crítico-deliberativos,² possuindo, ponto comum, a necessidade da presença da ética no âmbito do direito. Ainda que com contornos distintos as teorias liberais, comunitárias e deliberativas, parecem ter caminhado por dois temas centrais – a Constituição e a interpretação constitucional (CITTADINO, 2004, p. 142).

Contrariando as Constituições anteriores, originadas de um contexto pré-definido onde é possível identificar as forças que originaram a construção de seu texto, a Constituição de 1988 se reinventa ao surgir do seio da Assembleia Constituinte. Essa característica do constitucionalismo moderno, presente na Carta de 1988, promove uma reaproximação do Direito com a ética³ e os valores,⁴ o que havia sido negado pelo positivismo jurídico⁵ consubstanciado no Estado Moderno da separação dos poderes. Sendo estes valores inseridos explicita ou implicitamente no texto constitucional e identificados como princípios e servindo, também, para dar harmonia e unidade ao texto constitucional, bem como, para reduzir as tensões internas das normas. “Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.” (BARROSO, 2003, p. 30).

Na medida em que uma Constituição é evidenciada por princípios, transforma-se claramente em um instrumento interpretativamente aberto e,

² “É exatamente no âmbito desta segunda via, que busca dar um sentido ao direito para além de um positivismo cuja marca fundamental é um ceticismo ético associado à ideia de desencantamento do mundo, que podemos compreender como liberais, comunitários e crítico-deliberativos retornam ao direito nestes últimos anos.” (CITTADINO, 2004, p. 142).

³ “Ethica; Em geral, a ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais dessa ciência: 1ª a que considera como ciência do fim a que a conduta dos homens se deve dirigir e dos meios para atingir tal fim; e deduz tanto o fim quanto os meios da natureza do homem; 2ª a que a considera como a ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar a mesma conduta.” (ABBAGNANO, 1970, p. 360).

⁴ “O uso filosófico do termo começa só quando o seu significado é generalizado para indicar qualquer objeto de preferência ou escolha; e isso aconteceu pela primeira vez com os Estóicos os quais introduziram o termo no domínio da ética e chamaram V. os objetos das escolhas morais.” (ABBAGNANO, 1970, p. 952).

⁵ “Assim Hans Kelsen chamou a sua doutrina formalista do direito e do Estado.” (ABBAGNANO, 1970, p. 746).

ao contrário das anteriores, agora admite a influência de valores externos, deixando aos seus exegetas a função de dar-lhe o seu sentido e direção.

Princípios constituem mandados de otimização com forte carga valorativa e ética, via de regra, derivados de opções políticas que os colocam como direção a seguir. A direta ligação entre princípios e valores é facilmente reconhecida quando a eficácia de princípios e a busca de sua otimização representam diretamente a realização de valores.⁶

Este texto constitucional pautado em princípios necessita para sua efetividade ampla regulamentação, que provocou vasta legislação, criando uma sociedade altamente regulada e normatizada. E a alta carga valorativa dos princípios constitucionais traz a discricionariedade deixada nas mãos dos juízes, o poder para fazer escolhas e impor ideias em assuntos antes reservados ao critério legislativo. A partir desta constatação torna-se necessária a discussão quanto aos limites, a necessidade e a conveniência de um judiciário politizado.

Uma das principais características do sistema constitucional inaugurado pelo Estado Social está no caráter político da Constituição marcadamente de conteúdo normativo com princípios e regras. Tendo alto grau de abstração os princípios estão diretamente vinculados à efetivação dos direitos fundamentais e requerem o balanceamento de seu peso para aplicar ao caso concreto.

A discussão posta neste trabalho permeia justamente aclarar a permanência ou não do princípio da supremacia do interesse público em conformação com o ordenamento jurídico constitucional diante da sua suposta derrota frente aos direitos fundamentais que afastam a imperatividade e a

⁶ “[...] por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de valores.” (ALEXY, 1993, p. 138).

supremacia do ato administrativo e instituem a processualidade como instrumento de legitimação da ação administrativa.

Nesta senda, indispensável para compreensão do âmbito da problemática a definição de norma, princípio e regras.

Para Atienza e Manero (1996, p. 20), Princípios “[...] são enunciados que fazem possível uma descrição econômica de uma determinada realidade (nesse caso, o Direito), e cumprem, portanto uma função didática, *lato sensu*, de grande importância.”

Ao seu turno, “[...] Regras – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo).” (CANOTILHO, 2003, p. 1255).

No escólio de Mello (1992, p. 230), princípio situa-se como

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁷

A distinção necessária entre as funções normativas de regras e princípios pode ser obtida a partir de seu caráter relativizado. A aplicação de regras exige sempre uma postura de “tudo ou nada”, de modo que a resposta dada por uma regra é sempre exata e afasta a percepção de alternativa possível (ZAGREBELSKY, 2011, p. 123-124).

Canotilho (2003, p. 1160) apresenta os critérios utilizados pela teoria constitucional com a finalidade de garantir a distinção clara entre princípios e regras:

⁷ Neste sentido, ainda, Silva (1999, p. 81).

- a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) <<Proximidade>> da ideia de direito: os princípios são <<standards>> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <<justiça>> (Dworkin) ou na <<ideia de direito>> (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Importante contribuição para a matéria foi apresentada por Ronald Dworkin, segundo o qual as diferenças entre princípios e regras podem ser estabelecidas em dois aspectos:

- a) *distinção* lógica: as duas proposições normativas direccionam a decisão sobre obrigações jurídicas em circunstâncias específicas, contudo dois conjuntos de padrões apontam para decisões

particulares acerca da obrigação jurídica em circunstanciais específicas, contudo com diversa natureza.

As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39).

b) A segunda perspectiva de diferenciação está na *distinção quanto à dimensão*:

[...] os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

Na teoria de Robert Alexy⁸ a distinção entre regras e princípios, ambos decorrentes da definição de norma é uma tarefa a ser realizada a partir de um critério qualitativo e do plano da validade. Os princípios são mandados de otimização que determinam a realização de seu conteúdo na maior medida possível, sendo possível reconhecer que são realizados em gradações distintas. Neste quadro teórico a ponderação aparece como método indispensável para aplicação dos princípios. As regras, ao contrário são normas que apresentam um conteúdo realizável dentro do juridicamente possível e se reconhecidas como válidas devem ser obrigatoriamente aplicáveis.

A compreensão do sistema jurídico exige a presença normativa de regras e princípios, caso contrário a presença de um sistema constituído exclusivamente por regras reduziria a racionalidade prática fomentando a

⁸ “El punto decisivo para La distincion entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen El carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de opitimizacion, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em La mayor medida posible, de acuerdo com las posibilidades jurídicas y fácticas. [...] En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son.” (ALEXY, 1994. p. 162).

produção legislativa e inflacionando desnecessariamente a regulação dos comportamentos.

Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (Zagrebelsky). (CANOTILHO, 2003, p. 1162).

O desejo de um sistema exclusivamente principiológico também quebraria a busca da segurança jurídica e tornaria mais complexa a aplicação do próprio sistema jurídico.⁹

A complexidade deste sistema normativo de regras e princípios exige a concepção da solução de conflitos a partir de uma busca de coerência no sistema normativo o que faz com que Dworkin conceba a figura do juiz Hércules. As convicções do juiz integram o processo interpretativo e decisório jurisdicional, contudo deve-se levar em conta a história jurídica e expectativas da sociedade onde será aplicado. Essa é a concepção do direito com integridade pressuposto para sua eficiência reconhecendo sua pluralidade e a integração do processo decisório.¹⁰

⁹ “O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: Prinzipien-Modell des Rechtssystems) levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.” (CANOTILHO, 2003, p. 1162).

¹⁰ “A integridade também contribui para a eficiência do direito no sentido que já assinalamos aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõe, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de Cada um dos possíveis pontos de conflito. [...] uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria.” (DWORKIN, 2009, p. 229).

Ainda que haja o reconhecimento da interferência das convicções pessoais do juiz no processo decisório, a integridade permitiria um freio a esta intromissão diante da exigência de adequação excludente de deliberações que expressem o histórico de uma comunidade sob um prisma negativo como uma esfera que não respeita seus próprios princípios (BRANCO, 2009, p. 152).

Conforme visto, os princípios são marcados pela textura aberta implicando na teoria da argumentação jurídica. Os direitos fundamentais, como também já visto, são princípios e, em decorrência disto apresentam abertura de interpretação a partir de uma racionalidade construída pela argumentação jurídica.

A estrutura da ponderação na doutrina de Alexy importa no cumprimento dos passos necessários para alcançar a solução ideal para a colisão de princípios. Neste caminho importante analisar a Conformação ou Idoneidade de Meios ou Adequação, a Necessidade ou Exigibilidade ou, ainda, Menor Ingerência Possível, e a Proporcionalidade em sentido estrito.

A ponderação realizada a partir da proporcionalidade subdivide-se em subprincípios denominados como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Os subprincípios da adequação e da exigibilidade ou indispensabilidade (*Erforderlichkeit*), por seu turno, determinam que, dentro do *faticamente* possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, 'adequado'. Além disso, esse meio deve se mostrar 'exigível', o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais. (GUERRA FILHO, 2003, p. 70-71).

A estrutura da ponderação 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.

No último passo do controle da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se se a importância da satisfação do princípio que opera em sentido contrário justifica o dano ou a não-satisfação do outro. Há, portanto, um co-tejo da vantagem para o princípio preferido com o custo que se carrega para o princípio relegado. (BRANCO, 2009, p. 180).

3 AINDA É POSSÍVEL FALAR EM SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO?

A definição de interesse público é tormentosa e situa-se na própria legitimidade da ação estatal. Em regra, busca-se situar o interesse público como contraposição ao direito privado, o que reduz a construção própria do Direito Administrativo. É certo que interesse público é o interesse do todo ou do próprio conjunto social e não se constitui na soma dos interesses individuais, contudo tais características não são suficientes para sua definição (MELLO, 2009, p. 181).

Em outra perspectiva se procura fazer a definição do direito pela sua titularidade. Assim, classificam-se normalmente entre direitos individuais, estatais e interesse público, este último como representativo da coletividade. Essa noção de interesse público é a finalidade do exercício da função e o poder soberano do Estado. É de se observar que a obrigatoriedade de que o Estado promova a concretização do interesse público não o coloca na condição de titular que na forma de interesse primário será da coletividade. A administração pública, quando o interesse for próprio do aparato administrativo titulariza o interesse público secundário.

É possível, neste escólio, observar a colisão entre o interesse público primário e o secundário, quando as pretensões da coletividade não são coerentes com os interesses do aparato administrativo. “Daí a necessidade de instrumentos que garantam o vínculo entre ação administrativa e realização do interesse coletivo primário.” (BACELLAR FILHO, 2010, p. 92).

Acima dessas distinções interesse público está relacionado à face pública dos interesses individuais enquanto partícipes de uma sociedade. Segundo Mello (2009, p. 187-188, grifo nosso):

Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais – ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos *enquanto partícipes da sociedade* (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses -, põe-se a nu a circunstância de que não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de direito público.

Nesta senda que Bacellar Filho (2010, p. 95) define interesse público “[...] como o interesse coletivo primário – resultante da parcela coincidente dos interesses dos indivíduos enquanto membros da coletividade [...]”

Fato é que não se pode confundir o nascimento da noção de interesse público com a fundação do Direito Administrativo. A noção de interesse geral diverso do interesse individual é datado do período greco-romano precedendo historicamente o surgimento do Direito Administrativo que tem suas raízes no séc. XVIII.¹¹

A superação do liberalismo através do Estado Social de Direito e a institucionalização dos direitos prestacionais exige atuação pró-ativa do Estado, o que se faz também pelo reconhecimento do interesse público ainda no seu postulado máximo da supremacia sobre o interesse individual (particular).

No entanto, cresce a linha teórica que propugna a revisão do conceito de interesse público, especialmente quando se fala de sua supremacia. A necessidade de rediscussão do interesse público estaria relacionada justamente na sua origem e postura autoritária, exigindo que a legitimação da

¹¹ “Embora possa parecer que o princípio da supremacia do interesse público tenha sido criado no âmbito do Direito Administrativo, na verdade ele antecede em muitos séculos o nascimento desse ramo do direito, que somente começou a se formar como ramo autônomo em fins do século XVIII, com a formação do Estado de Direito. Com efeito, a ideia da existência de interesses gerais diversos dos interesses individuais encontra suas origens na antiguidade greco-romana.” (DI PIETRO, 2010. p. 204).

atuação estatal para que seja reconhecida deva ser demonstrada em concreto não somente pelo conteúdo do ato administrativo, mas pela avaliação do procedimento que levou a sua definição (MIRAGEM, 2013, p. 51).

Esta nova releitura do interesse público é criticada por outra corrente que a coloca como uma mentalidade antiestatista (GABARDO, 2009, p. 292). As refutações ao conceito de interesse público enquanto princípio são baseadas na sua colocação apriorística. O que se afirma é a impossibilidade de realizar a ponderação do interesse público quando sua própria locução o coloca com supremacia induzindo a compreensão de que sempre deverá prevalecer. Ora, é característica própria dos princípios a possibilidade de ponderação e a definição do peso e valor como métodos de harmonização do sistema constitucional no caso concreto, como já discutido nas teorias de Alexy e Dworkin.

A resistência aos posicionamentos que rechaçam a manutenção do interesse público como categoria aplicável com supremacia ou mesmo reconhecido como princípio, aponta o que indicam como incongruência da doutrina. Primeiro, a existência de supremacia do interesse público, colocado como *a priori*, seria apenas a indicação de uma tendência para solução de uma conflituosidade, não exigindo sua imposição autoritária de forma necessária. O mesmo raciocínio é encontrado em outros princípios constitucionais como a publicidade. Todos os atos administrativos devem ser públicos, *a priori*, e nem por isso a publicidade deixa de ser reconhecida como princípio.¹²

Di Pietro (2010, p. 203) afirma que a crítica à supremacia do interesse público é resultante da tentativa de garantir a prevalência dos direitos econômicos sobre outros igualmente protegidos constitucionalmente fato que justificaria a tentativa de substituição do princípio da supremacia do

¹² “Estas colocações indicam que a adoção de um *a priori* apenas fornece um ‘ponto de partida’ preferencial. Não é adequado atribuir um conteúdo dogmatista ao próprio conceito de ‘princípio’. E, ainda, discorda-se da proposição de que uma norma de preferência só pode ser uma norma individual e concreto, algo bem diverso de uma tendência abstrata.” (GABARDO, 2009, p. 292).

interesse público pelo princípio da razoabilidade, fator que superaria a indeterminação do conceito de interesse público e se mostraria mais adequado à proteção dos direitos fundamentais e à ponderação dos interesses.

Não é recusada pelos autores a constatação de que o Direito Administrativo incorporou a noção de interesse público a partir de seu nascimento no Estado Liberal. Nas condições de seu surgimento havia clara imposição do interesse coletivo sobre o individual desenvolvendo-se no seio do Estado Social com o objetivo de superar as mazelas sociais geradas pelo liberalismo (DI PIETRO, 2010, p. 209).

Visto sob este prisma o interesse público como princípio marcado pela supremacia não colocaria os direitos fundamentais em risco e sim, promoveria sua eficácia para o que as prerrogativas da administração são indispensáveis. “Por isso mesmo, o Direito Administrativo se caracteriza pelo binômio autoridade-liberdade. A Administração Pública tem que ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público. Ao mesmo tempo, o cidadão tem que ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra o abuso do poder.” (DI PIETRO, 2010, p. 216).

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES À NOÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A divergência surgida quanto à permanência ou não do princípio da supremacia do interesse público a partir da Constituição Federal de 1988 é reforçada pela própria indeterminação do conceito de interesse público. Para melhor compreensão dos posicionamentos que apontam a sua impossibilidade de manutenção no sistema constitucional vigente, importante analisarmos o contexto constitucional atual.

A reforma administrativa operada na década de 1990, é em parte resposta ao influxo das diversas teorias que exigiam a democratização do

aparelho estatal marcadamente burocrático e hermético (SCHIER, 2010, p. 377). A reforma administrativa se estabeleceu em duas características importantes: a influência do modelo norte-americano de agencificação provocando a estruturação dos pressupostos regulatórios e a aproximação do Estado com a sociedade civil estreitando os laços de colaboração com o Estado (MIRAGEM, 2013, p. 23).

A reforma administrativa operada neste período buscou transpor as marcas de um Estado autoritário para o novo modelo democrático. Com isso a reformulação do texto constitucional, aprimorado com a reforma, foi justamente com a finalidade de revisar os pressupostos do Direito Administrativo marcado pela relação jurídica de poder para um modelo de gestão, onde são reconhecidas as prerrogativas do Estado, contudo limitadas pela própria finalidade para qual são instituídas (MIRAGEM, 2013, p. 27).

Já nessa ruptura com o modelo anterior é possível apontar importantes giros teóricos na esfera do Direito Administrativo que buscam adequá-lo à nova ordem constitucional:

[...] (i) deslocar o eixo da vinculação administrativa à juridicidade¹³ em relação à Constituição e não mais à lei; (ii) vincular juridicamente o conceito de interesse público a um juízo de ponderação; (iii) estabelecer balizas principiológicas para a discricionariedade, definindo-se em graus de vinculação à juridicidade, e (iv) admitir um espaço próprio para autoridades independentes, de modo a limitar o exercício do poder pelo Chefe do Executivo. (BINENBOJM, 2006, p. 23).

A reforma administrativa altera o modo de intervenção do Estado no espaço privado, econômico e social. Essa alteração cria a administração

¹³ “A consagração do princípio da juridicidade não aceita a ideia da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito, o que inclui as regras e princípios previstos na Constituição. [...] O princípio da juridicidade dá maior importância ao Direito como um todo, daí derivando a obrigação de se respeitar, inclusive, a noção de legitimidade de Direito.” (OLIVEIRA, 2010, p. 74).

consensual estabelecida por técnicas negociais entre os órgãos estatais ou entre estes e a própria participação da sociedade civil (MIRAGEM, 2013, p. 29).

O resultado de crise de suficiência da administração pública é a criação de um sistema repartido de competências entre os entes federados que exigem esforços comuns para gestão associada da prestação de serviços públicos (art. 241 da CF/88) (MIRAGEM, 2013, p. 31).

Essa gestão associada buscada pela superação da burocracia estatal para o modelo gerencial implica no reconhecimento da necessidade de maior diálogo do Estado com a sociedade, conciliando a democracia representativa com novos espaços públicos que permitam a democracia direta (NOHARA, 2011, p. 79).

A partir da reforma e a instituição do Estado-administração necessário reconhecer que o Estado além do dever inerente de planejar deve garantir que essa gestão seja eficiente significando não o atendimento integral de uma determinada demanda e sim, a otimização na aplicação dos recursos disponíveis (MIRAGEM, 2013, p. 35).

Quando se fala do novo perfil da administração pública está se referindo a dois pressupostos importantes: a sua adequação à nova ordem constitucional e o novo modelo de sua legitimidade relacionada à processualidade ou procedimento. Essa legitimidade é estabelecida pela exigência de um procedimento e pelo máximo acesso às informações e participação nos modelos de tomada de decisões (MIRAGEM, 2013, p. 41).

A processualização do aparato administrativo garante maior força normativa à Constituição, especialmente na reafirmação do compromisso político democrático ampliando os espaços de participação e exercício da cidadania, fatores indispensáveis para concretização dos direitos fundamentais.

O fenômeno da processualização da burocracia em si gera maior democratização do agir administrativo, pois substitui a reiterada manifestação unilateral e impositiva da Administração Pública, por meio de atos administrativos imperativos, por uma gestão de interesses públicos

mais transparente, dialogada e respeitadora dos direitos e garantias fundamentais. (NOHARA, 2011, p. 81).

Notadamente, a ideia é que o ato está numa perspectiva estática enquanto o processo garante dinamismo à administração pública na busca de suas decisões de acordo com o interesse público.

São instrumentos da governança no setor público a procedimentalização e a contratualização. A procedimentalização institucionaliza a processualidade administrativa permitindo o correto sopesamento dos interesses apresentados e a escolha do mais adequado ao interesse público. Ao seu turno a contratualização insere a abordagem consensual da ação pública (MIRAGEM, 2013, p. 53).

As críticas que advogam a impossibilidade de permanência do princípio da supremacia do interesse público apontam a indeterminabilidade de seu conceito como um dos óbices a sua permanência e compatibilidade com o ordenamento jurídico constitucional. Em defesa da ainda existência do princípio da supremacia do interesse público Gabardo (2009, p. 287) refuta as críticas ao princípio afirmando que sua definição, ainda que apresente dificuldades não é maior do que a pretensão de delimitar o conteúdo de justiça, eficiência ou mesmo moralidade, este último que ganhou considerável relevo nos debates atuais.

Em crítica à permanência da supremacia do interesse público Schier (2009, p. 289) afirma que os interesses públicos e privados não se contradizem, negam ou excluem. Em resposta, Gabardo (2009, p. 292)¹⁴ disserta baseado em sólida doutrina que não se trata de colidir o direito público com o direito privado, ou o interesse público com o direito subjetivo privado e sim, contrapor os interesses públicos aos interesses privados justificado como pré-requisito da sobrevivência social e pelo princípio da felicidade.

¹⁴ No mesmo sentido Raquel Melo Urbano de Carvalho, Clémerson Mérlin Clève e Celso Antonio Bandeira de Mello.

Outra crítica à permanência da supremacia do interesse público está na impossibilidade de sua manutenção diante da existência semântica de que sempre terá supremacia na sua aplicação impedindo a ponderação de valores como exigido pela teoria constitucional. Nessa perspectiva o elemento de ponderação somente poderia ser o interesse público e nunca sua supremacia, ideia defendida por Schier. Parte da doutrina afirma serem insubsistentes as críticas tendo em vista que a sua aceitação implicaria em considerar em igual patamar o princípio da legalidade e da autonomia; publicidade e sigilo dos atos administrativos, etc., tendo em vista que o interesse público e o interesse privado estariam em condições de igualdade (GABARDO, 2009, p. 296).

A superação das aporias semânticas destacadas pelo princípio da supremacia do interesse público, especificamente quanto ao seu conteúdo e imperatividade diante da necessidade de respeito aos direitos fundamentais, parece possível que sua manutenção seja defendida justamente como garante dos direitos fundamentais.

Nesta compreensão importantes consequências são indicadas:

- a) os direitos fundamentais formam parte do interesse público e constituem as metas que direcionam a atuação dos poderes públicos e da administração em especial;
- b) os privilégios e prerrogativas da administração pública somente se justificam quando utilizadas para conformação dos direitos fundamentais e nunca como poder arbitrário do Estado;
- c) o possível confronto entre direitos fundamentais e prerrogativas e privilégios estatais penderá em favor daqueles, considerando que decisão em contrário tiraria a legitimidade da atuação do Direito Administrativo já que não repousaria o conceito de interesse público no ordenamento jurídico constitucional. (GIL, 2010, p. 73).

Deste modo, não se trata de negar a existência do princípio da supremacia do interesse público e sim de adequá-lo à nova ordem constitucional de respeito integral aos direitos fundamentais. Nisso importa dizer que o interesse público passa a ter seu conteúdo extraído do próprio texto constitucional, de onde também saem os limites de atuação da ação administrativa na consecução do interesse público, sob pena de controle judicial que terá como parâmetro os direitos individuais, econômicos e sociais reconhecidos pela nova identidade estatal.

Os direitos fundamentais são princípios no âmbito de constante otimização, e a atuação administrativa na concretização do interesse público somente se legitima na medida em que tenha como limite e objetivo a sua promoção eficaz.¹⁵

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção histórica do constitucionalismo buscou ao mesmo tempo limitar o domínio do poder estatal e exigir deste uma atuação com vistas à promoção dos direitos fundamentais.

O fundamento clássico de definição do interesse público baseado na existência de prerrogativas e imperatividade na atuação e imposição de seus atos, exige uma releitura a partir da ordem constitucional garante dos direitos fundamentais.

A compreensão do princípio da supremacia do interesse público e sua conformação com a textura aberta e política da teoria principiológica permite ver uma tendência em promoção do direito coletivo com precedência ao direito individual como necessário para preservação da esfera pública.

¹⁵ “De esta manera, en términos de Carbonell, La legitimidad de los poderes públicos no depende ya solamente de que no **entorpezcan o limiten** El disfrute de los derechos, sino también de que **los promuevan eficazmente.**” (MARTÍNEZ, 2010, p. 148-149).

Não se trata, pois, de extirpar do ordenamento jurídico constitucional a construção teórica e prática do princípio da supremacia do interesse público diante do seu caráter apriorístico. O ideal é sua releitura constitucional interpretando sua textura aberta para condicionar sua legitimidade processual pela aplicação do sopesamento sempre na busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Antes, portanto, de negar a permanência do princípio do interesse público diante dos direitos fundamentais que limitam a atuação da ação administrativa, é possível reconhecer o interesse público como próprio garante da promoção dos direitos fundamentais – seu objetivo e critério de sua legitimidade quando do sopesamento frente aos direitos fundamentais conformado com a ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ALEXY, Robert. *El concepto y La validez Del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdiccion y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho, 1996.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Noção Jurídica de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 11. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva: 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público – Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Ed. Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Positivismo crítico, derechos y democracia*. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/>>. Acesso em: 10 abr. 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 1988.

GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GIL, José Luis Meilán. Intereses Generales e Interés Público desde La Perspectiva Del Derecho Público Español. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*. The origins and consequences of the New Constitutionalism. Cambridge; London: Harvard University Press, 2004.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos Prestacionales e Interés Público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Los derechos econômicos, sociales y culturales: su gênesis y su concepto*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

NOHARA, Irene Patrícia. Participação Popular no Processo Administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes. *Processo Administrativo: Aspectos Polêmicos da Lei n. 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve dos Servidores Públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Petrópolis, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Tradução Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO QUE TANGE ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

THE IMPACT OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PRIVATE RELATIONS

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina*

Resumo: O respectivo manuscrito tem por objetivo específico, realizar ampla análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, procedendo, por meio de pesquisas bibliográficas, bem como de jurisprudências acerca da temática, utilizando-se do método indutivo. Destarte, primeiramente serão especificadas as definições introdutórias, conduzindo-se então, com a normatividade dos direitos fundamentais, posteriormente, decorrendo acerca da Teoria de Jellinek, findo este item, passar-se-á a expressar sobre as dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais, e suas especificidades. Por conseguinte, expressar-se-á a filtragem do direito constitucional, como também, a interpretação vinculada do sistema normativo às suas garantias, abordando-se então, a “eficácia horizontal dos direitos fundamentais no que reporta as relações privadas”, apresentando-se neste instante, as teorias respectivas a temática, resultando na afirmativa de que realmente é possível um efeito direto e imediato dos direitos fundamentais, teoria a qual será reforçada através de jurisprudências acerca do “direito à vida”.

Palavras-chave: Direito fundamental. Relações privadas. Efeito direto e imediato.

Abstract: *The manuscript is its specific purpose, carry out extensive analysis of horizontal effect of fundamental rights in private relations, proceeding through literature*

* Graduanda de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Pesquisadora do Grupo de Estudos Direito Fundamental ao Trabalho Digno; Pesquisadora da área de Políticas Públicas e Direito Militar; linny.mendes@hotmail.com

searches, as well as case law on the subject, using the inductive method. Thus, first the introductory definitions are specified, then conducting themselves with the normativity of fundamental rights, subsequently, happening on the Theory of Jellinek, ended this item, will spend up to express on subjective and objective dimensions of fundamental rights and their specificities. Therefore will express themselves – filtering of constitutional law, but also the interpretation of the regulatory system linked to their guarantees, then approaching it, the “horizontal effect of fundamental rights in private relations reports,” presenting this instant, the respective thematic theories, resulting in the assertion that it is really possible a direct and immediate fundamental rights theory effect which will be reinforced by jurisprudence about the “right to life”.

Keywords: *Fundamental law. Private relations. Direct and immediate effect.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade, fazer uma ampla análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, desse modo, enfatiza-se que a Constituição Federal/88 é uma constituição prolixa, que regulamenta todas as relações entre a sociedade e o Estado, formulando diretrizes para a harmonia da vida social no país, nesse sentido, os valores consagrados em seu texto, devem ser considerados como prerrogativas em todas as relações jurídicas existentes, nisso impondo, às relações privadas. Essa incidência ocorre de forma direta, posto que, não limita a autonomia privada, porém, realiza uma posição da mesma, em concordância com os princípios constitucionais, comportada pela atividade da ponderação.

O objetivo do respectivo trabalho, é demonstrar a necessidade e a possibilidade de incidência das prerrogativas fundamentais na esfera privada, de forma a dirimir conflitos e impossibilitar ameaça de direitos, tanto por parte do Estado, quanto por parte de terceiros. Assim, para realizar este estudo, foram efetuadas pesquisas bibliográficas acerca do assunto, neste sentido, o método utilizado na presente pesquisa, é o indutivo.

Inicialmente esta pesquisa apresenta os direitos fundamentais como um sistema de normatividade, passando em um segundo momento,

para as dimensões subjetivas e objetivas de tais prerrogativas, dimensões estas, que resultam na filtragem constitucional elaborada sob a ótica objetiva dessas normativas jurídicas. Em consequência, voltando-se, para a necessidade de interpretar as legislações sob a luz dos direitos fundamentais, de forma a tornar as leis efetivas e claras em concretude com a harmonia dos princípios constitucionais, de maneira a atender as necessidades da dignidade da pessoa humana.

Finalizando então, através da temática do respectivo trabalho, ou seja, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, abordando de forma ampla, a presente teoria, abarcando desde, a doutrina do *state action*, ou seja, a negação da aplicação dos direitos fundamentais à esfera privada, e suas ponderações, partindo em seguida para a teoria da eficácia mediata e indireta desses direitos, bem como, suas prerrogativas, encerrando na eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, teoria esta, seguida pelo Brasil.

Findo o intróito, proceder-se-á por meio da explanação do respectivo trabalho.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM SISTEMA DE NORMATIVIDADE

De forma ampla, no que se reporta a democracia, Moraes (2013) afirma sobre a existência de um governo escolhido por meio do povo, o qual será incumbido de representá-los, ocorre que, este poder delegado, através, da sociedade não é absoluto, obtendo limitações por intermédio dos direitos fundamentais. Nesta acepção, assevera Canotilho (apud MORAES, 2013), no sentido de que, a função dos direitos de defesa do cidadão, abarca uma dúplici perspectiva, por influência da categorização do direito, por status (negativo e positivo), desdobrado por Jellinek. Sendo esta, na esfera jurídica objetiva, os direitos civis e políticos (direitos de liberdade), os quais, teriam competência negativa aos poderes públicos, pois que, proíbem a intervenção

dos mesmos no âmbito jurídico individual, e, porém, implicam intervenção na esfera jurídica subjetiva.

Ou seja, os direitos sociais e econômicos, (direitos de igualdade), possuem o poder de exercer a liberdade positiva, isto é, a influência positiva do Estado no que concerne aos direitos fundamentais, bem como, a liberdade negativa, qual seja, a possibilidade de exigir omissões dos poderes públicos, com vistas a evitar lesões por parte dos próprios. Neste aspecto, Ekmekdjian (1993) sintetiza que, para viver em sociedade o homem deve ceder parte de sua liberdade em benefício do próximo, essas frações de liberdade cedidas por seus integrantes, se unificam convertendo-se em poder, o qual será exercido através do representante da sociedade. Resultando no fato de que, o poder e a liberdade, tendem a confrontar-se, necessitando, para tanto, de positivação jurídica, de maneira, a impedir a anarquia e a arbitrariedade.

Pois que, surge então, a Constituição Federal, que no parecer de Moraes (2013), organiza a forma de Estado, e conseqüentemente, as atribuições que exercerão os órgãos estatais, além de prestigiar os direitos e garantias fundamentais positivados aos indivíduos. Desta forma, Baez (2010) preleciona em referência à Carta Maior, no sentido de que não se trata de um “[...] amontoado inorgânico de artigos ou dispositivos legais”, pelo contrário, se reporta a um conjunto em harmonia de “[...] diretrizes e definições políticas fundamentais, que compõe um corpo sistemático de escolhas, por um caminho possível na história de seu povo, com o fim de transformar a realidade posta.”

Por conseguinte, na concepção de Marmelstein (2013), os direitos fundamentais são possuidores de força jurídica efetiva, posto que, os mesmos são direitos positivados, gerando, conseqüentemente, vantagens aos seus possuidores (sujeito ativo), e de forma automática, obrigações para seus designados (sujeito passivo). Destarte, ainda no posicionamento do mencionado autor, ao considerar-se a localização de tais normatividades, que

se encontram no nível mais alto do ordenamento jurídico (na Constituição Federal), perceptível se faz, a potencialidade de suas prerrogativas.

Nesse entendimento, enaltece Mello (1958), acerca da impossibilidade de separação entre os direitos individuais e a democracia, e ainda, sobre a vinculação da democracia com as origens cristãs e com os princípios do Cristianismo, posto que, tais conjunturas resultaram no entendimento de que, o valor transcende a criatura e a capacidade do Direito de limitar o poder, e nesse aspecto, a limitação do Direito por meio da justiça, pois que, nas palavras do mencionado autor: “[...] sem respeito à pessoa humana não há justiça e sem justiça não há Direito.” Em concordância, dispõe Marmelstein (2013), no sentido que, ao Estado encarrega-se o dever de respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais, em decorrência, como atitude de respeito, o Estado obriga-se, a agir em conformidade com o direito fundamental, estando para tanto, impedido de violá-lo, ou mesmo, de adotar medidas que possam de qualquer forma ameaçar o bem jurídico garantido pela norma constitucional.

Portanto, através da garantia do dever de proteção aos direitos fundamentais, na concepção de Sarmiento (2006), o legislador se obriga a editar normas que tutelem tais direitos, assim como, o administrador se obriga a agir de forma material, em prevenção e reparação das lesões praticadas contra os peculiares direitos, e no que concerne ao judiciário, o próprio, fica obrigado, por meio da prestação da jurisdição, à voltar-se em defesa dos direitos fundamentais em suas prerrogativas, por fim, como dever de promoção, mencionado por Marmelstein (2013), culmina na obrigação ao Estado, de adotar medidas concretas, com vistas a possibilitar o gozo dos direitos fundamentais, para as pessoas que se encontrem em desvantagem econômica.

Isto posto, verificar-se-á sobre a necessidade de estar efetuando um breve destaque, sobre a diferenciação e aplicabilidade da dimensão subjetiva e dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual se fará no próximo título.

3 A TEORIA DE JELLINEK

Destarte, “[...] no final do século XIX, Jellinek desenvolveu a doutrina dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado. Dessas situações, extraem-se deveres ou direitos diferenciados por particularidades de natureza”, de acordo com Mendes e Branco (2012), neste sentido, Pinho (2011) define tais *status* como sendo:

a) passivo (*status subjectionis*) – o indivíduo mantém um vínculo de subordinação com o Estado, por meio de mandamentos e obrigações; b) negativo – o indivíduo, por ser dotado de personalidade, desfruta de uma esfera de liberdade individual, que exclui o poder de império do Estado; c) positivo (*status civitatis*) – o indivíduo pode exigir do Poder Público que atue em seu favor; o Estado concede ao indivíduo prestações jurídicas positivas; e d) ativo – a denominada cidadania ativa; o indivíduo fica autorizado a exercer direitos políticos.

Destarte, através do conceito de Jellinek (apud BODO; SCHLINK, 2012), define-se, como *status* negativo (*status negativus*), a liberdade que o indivíduo tem em face do Estado, que possui harmonização e garantia através dos direitos fundamentais, na forma em que, como direitos de defesa, garante-se a liberdade dos cidadãos e seus bens jurídicos, contra a arbitrariedade estatal. Esta prerrogativa decorre segundo Mendes e Branco (2012), da característica intrínseca à personalidade do indivíduo, ou seja, a mesma exige que o ser humano tenha condições de exercer sua liberdade, isto é, tenha âmbito de ação, frente aos Poderes Públicos, posto que, a autoridade estatal somente pode ser “exercida sobre homens livres”.

Ocorre também, que o indivíduo pode encontrar-se em situação de subordinação aos Poderes Públicos, localizando-se por tanto, como sujeito detentor de deveres relacionados ao Estado, é o que ocorre, no *status* passivo ou *status subjectiones*, na acepção dos citados autores, em vistas de que, o poder estatal possui competência, neste instante, de vincular o cidadão por meio de mandamentos ou proibições, em concordância, Bodo e Schlink

(2012), acrescentam que neste momento, a liberdade do ser humano, depende de ação estatal para se concretizar.

Esta forma estatal encontra fundamento basilar nos direitos fundamentais, na forma em que, conforme as palavras dos referidos autores, “[...] quando e na medida em que sejam direitos de reivindicação, de proteção, de participação, de prestação e de procedimento.” (BODO; SCHLINK, 2012). Neste sentido, esses direitos se dão por meio dos denominados “[...] direitos *derivados*, isto é, derivados dos direitos já existentes”, e ou, através dos direitos *originários*, ou seja, “[...] direitos que produzem algo que ainda não existe.”

Sendo que, na direção dos referidos autores, tal status confere ao indivíduo um direito a prestação, isto é, garante a concretude do efeito jurídico do direito de defesa, por meio da reparação e da compensação pelo ônus ou omissão causados.

Existem também, algumas situações, em que a pessoa é detentora do direito de exigir do Estado uma atuação positiva, ou seja, que o próprio realize uma prestação. Neste caso, em conformidade com Mendes e Branco (2012), o indivíduo se encontra com capacidade de pretender “que o Estado aja em seu favor. O seu *status* é, assim, positivo (*status civitatis*)”.

Como quarto status, Jellinek (apud MENDES; BRANCO, 2012), adiciona o Status Ativo, cujo qual, “[...] o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado”, neste sentido, exemplificativamente, têm-se o direito ao voto, onde o cidadão exerce seus direitos políticos. Fora a partir desta teoria, que emergiram direitos fundamentais, como, os direitos de defesa (ou direitos de liberdade), bem como, os direitos às prestações (ou direitos cívicos).

A essas duas espécies, alguns doutrinadores acrescentam os direitos de participação. No conceito de Bodo e Schlink (2012), “[...] é o estado em que o particular exerce a sua liberdade no e para o Estado, isto é, o ajuda a construir e nele participa. É conformado e assegurado pelos direitos cívicos”, situação em que, a liberdade do sujeito e a ordem estadual, coadunam-se em

uma relação funcional de reciprocidade. Consequentemente, o suporte textual deste status, insere ao ser humano, o direito a suportar e harmonizar um Estado Democrático de Direito em seu status ativo, da mesma maneira que, em seu status negativo com suas opiniões expressas por meio de reuniões e manifestações, ou também, através da mídia, ou meios de telecomunicações.

Isto posto, conclui-se que o diferencial entre os quatro status, diferencia-se apenas no que refere-se, a liberdade do indivíduo e sua forma de prevenir arbitrariedades e garantias de proteção, assim como também, a garantia de cooperação na conformação e harmonização do Estado. Nesta medida, passar-se-á ao próximo tópico do respectivo artigo, qual seja, a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

4 DIMENSÃO SUBJETIVA E DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme já exposto no título anterior, a doutrina reconhece a duplicidade de dimensões dos direitos fundamentais, estando, na compreensão de Marmelstein (2013), de um lado os direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva, servindo como fonte de direitos subjetivos, concebendo para seus titulares uma pretensão individual de buscar a sua consumação, por meio do Poder Judiciário. De outra forma, com base em sua dimensão objetiva, esses direitos assumem um sistema valorativo com capacidade para legitimar todo o ordenamento jurídico, vinculando toda a interpretação jurídica, a força axiológica decorrente de tais direitos.

Ainda no entendimento do referido autor, como dimensão subjetiva, diz-se, que “[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas”, e em sua dimensão objetiva, considera-se, “[...] que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.” (MARMELSTEIN, 2013). Não se aterá de forma abrangente a estas diferenciações, pois que, o referido trabalho possui como núcleo basilar, a perspectiva objetiva

dos direitos fundamentais, bem como, a necessidade da normatização e seguimento dos referidos princípios, com base na disposição da Constituição Federal, o que denominaremos de “filtragem”, ou seja, a seleção de leis apenas no que for compatível com os direitos fundamentais, sendo negada, a positivação de normas que encontrem-se em desfavor das garantia fundamentais, assunto o qual, abarcar-se-á, no tópico a seguir.

5 A FILTRAGEM CONSTITUCIONAL NA ÓPTICA OBJETIVA

Em conformidade com Sarmiento (2003), “[...] a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, liga-se, ao reconhecimento de que, tais direitos, além de, imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram, também, valores mais importantes em uma comunidade política”, construindo, como afirmou Hesse (apud SARMENTO, 2003), “[...] as bases de ordem jurídica da coletividade.” Em consequência, conforme a dimensão objetiva, de acordo com Marmelstein (2013), implica no fato de que “[...] qualquer interpretação jurídica deverá ser feita à luz dos direitos fundamentais, que se transformam no fundamento axiológico de todo o sistema normativo.” Assim, concorda Dworkin (2006), no sentido de que, os juízes devem interpretar a Constituição através de uma “leitura moral”, como meio de transcreever o espírito ético que nela subsiste.

Destarte, conforme preleciona Andrade (2004), a dimensão objetiva (positiva), dos direitos fundamentais, exige mais que o simples respeito às garantias fundamentais, posto que, determinam por parte do Estado dois aspectos de proteção, quais sejam, em primeiro sentido determinam uma proteção vertical, a qual resulta na garantia de segurança no que concerne aos atos estatais, e em outro âmbito determina em uma proteção horizontal, a qual acarreta em, um amparo contra ameaças de lesões por parte de terceiros. Consequentemente aponta Sarlet (2008), que os direitos fundamentais, consonantes com a dignidade da pessoa humana, “[...] fornecem impulsos e

diretrizes para a aplicação e interpretação dos direitos infraconstitucionais”, isto evidencia, a “[...] necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais”, de maneira a validar a unicidade do sistema jurídico.

Em conformidade, Sarmiento (2006) desponha que, “todos os ramos do Direito, com suas normas e conceitos, devem sujeitar-se a uma verdadeira “filtragem” constitucional, para que se conformem, com a tábua axiológica dos direitos fundamentais”. De forma ampla, denota Marmelstein (2013), que por meio da “filtragem constitucional”, os direitos fundamentais passam a ocupar, uma função estratégica de fundamentação e de legitimação do sistema normativo como um todo.

Ou seja, eles seriam como um filtro necessário à interpretação das demais normas jurídicas, “Que depurará o conteúdo do texto legal, permitindo que apenas o que for compatível com os valores constitucionais seja aproveitado pelo operador de direito.” (MARMELSTEIN, 2013). Sendo assim, “[...] todo o ato de poder está condicionado à observância dos valores constitucionais”, para tanto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais resulta na necessidade de vincular a interpretação das prerrogativas jurídicas em conformidade com os direitos fundamentais, como se demonstrará no próximo item.

6 INTERPRETAÇÃO VINCULADA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que reporta a interpretação das normativas jurídicas, explana Ráo (1952), que a hermenêutica, possui como finalidade, “[...] investigar e coordenar, por modo sistemático, os princípios científicos e leis decorrentes que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico de direito [...]” ainda nesse aspecto, “[...] a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nela contidos, assim interpretados, às situações de fato que lhes subordinam.”

Nesta extensão, no que reporta a interpretação vinculada diretamente aos direitos fundamentais, Barroso (1998) assevera que, a hermenêutica exige que, em meio às possibilidades de interpretação existentes, a que deve prevalecer é a que se mantenha em harmonia com a Constituição Federal, para que, se encontre um sentido para a norma, o que automaticamente, resulta na exclusão da linha interpretativa, que se mostre, em discordância com a norma constitucional, de maneira automática. Em conformidade com esta linha de raciocínio, consiste dizer que a hermenêutica, funciona para além de, uma simples técnica interpretativa, mas principalmente, como um mecanismo de controle da constitucionalidade.

Nesta direção, esclarece Horta (1995), acerca de que, este posicionamento, não enfatiza uma “hierarquia entre as normas constitucionais”, pois que, todas se vestem de garantia fundamental, sendo assim,

[...] a precedência serve a interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador.

Neste alcance, Moraes (2013), denota que, a Constituição Federal, precisa sempre ser interpretada, pois, somente, considerando a letra do texto da referida norma, em conformidade com as “[...] características históricas, políticas e ideológicas” da situação, será constatado, o sentido que mais favorece a norma jurídica, com vistas a sua plena eficácia. Bem como, em conformidade com Miranda (apud MORAES, 2013), propõe-se, duas principais regras, acerca da interpretação da Constituição, sendo elas, no sentido de que, uma interpretação, deve-se partir da ideia de que “[...] todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhes suprima ou diminua a finalidade”, em seguida, ter-se-á como segunda regra, a premissa de que, “[...] os preceitos constitucionais, deverão ser interpretados da forma que melhor evidencie seu verdadeiro significado.”

Basicamente, a aplicação da interpretação das normas, deverá abarcar a harmonia da Constituição, com suas finalidades intrínsecas, de maneira, a adequar-se, à realidade atual e buscar uma “[...] maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas”, conforme assevera Miranda (apud MORAES, 2013). Assim, exposto, adentrar-se-á ao objetivo deste documento, ou seja, ao plano da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, qual seja a eficácia dos direitos fundamentais no que tange as relações privadas.

7 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO QUE REPORTA ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

Na concepção de Marmelstein (2013), os direitos fundamentais, foram “[...] concebidos como instrumentos de proteção dos indivíduos contra a opressão estatal.” Assim, o particular que encontrava-se no patamar de titular de direitos, localizando-se em posição de sujeito ativo da relação, passa então, para a posição de sujeito passivo desta relação, cuja mesma, denominar-se-á, eficácia vertical dos direitos fundamentais, onde o Estado ocupa uma posição de superioridade, em relação ao indivíduo. Nesse sentido, Sarmiento (2006), assevera, *in verbis*:

No contexto da economia capitalista, o poder crescente de instâncias não estatais, como as grandes empresas e associações, tornara-se uma ameaça para os direitos do homem, que não poderia ser negligenciada, exigindo que a artilharia destes direitos, se voltasse, também, para os atores privados. Estes, que até então eram apenas titulares de direitos humanos, oponíveis em face do Estado, assumem agora, em determinados contextos, a condição de sujeito passivo de tais direitos [...] Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo, também, nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que, entender a estes domínios, o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles lastreiam.

Assim, também, pondera Mill (2006), no que reporta a capacidade de tyrannizar, que a sociedade possui, de forma tão determinante e cruel, quanto o próprio Estado, pois que, segundo o referido autor, ao executar suas determinações, a sociedade pode praticar uma tirania social, violando os princípios basilares dos direitos do ser humano, pois que, a mesma deixaria poucas formas de evasão, “[...] penetrando muito mais profundamente nos pormenores da vida, e escravizando a própria alma.”

Em consequência, destaca Queiroz (2002), no sentido de que

[...] os direitos fundamentais são direitos constitucionais, que não devem, em primeira linha, ser compreendidos numa dimensão técnica de limitação do poder do Estado. Devem antes, ser compreendidos e inteligidos, como elementos definidores e legitimadores de toda ordem jurídica positiva.

Destarte, Marmelstein (2013) especifica acerca da afirmativa do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de forma pioneira, no ano de 1958, através do Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso Luth, tornando-se símbolo do compromisso da interpretação jurídica de tais direitos. Trata-se de um filme, que passou por um boicote por parte do Sr. Luth, que, por via de sua influência na condição de presidente do Clube de Imprensa, pediu para que os “alemães decentes” não assistissem a tal filme alegando que seu diretor apoiou o antissemitismo durante o regime nazista.

Ao que, a Corte Constitucional alemã, decidiu que “o boicote seria uma manifestação do direito de liberdade de expressão do pensamento, razão pela qual, não poderia ser proibido, mesmo que estivesse causando prejuízo a produtora e a distribuidora de vídeo.” Abaixo um pequeno trecho, retirado da referida decisão, em conformidade com Sarmiento (2006), *in verbis*:

Este sistema de valores, que centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para a

aferação e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais, também, influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve, ainda, ser interpretado à luz de seu espírito... o conteúdo das normas em vigor, também, deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando sua interpretação.

Nesse sentido, existem três possibilidades doutrinárias de entendimento, no que reporta a este assunto, as quais se aludirão, nos tópicos a seguir.

7.1 A NEGAÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DOCTRINA STATE ACTION

Este entendimento doutrinário nega completamente a incidência dos direitos fundamentais, no que reportam as relações privadas, enumera-se neste caso, exemplificativamente, a esfera norte-americana, referente à teoria State Action, onde as maiorias da doutrina e da jurisprudência negam o direito a particulares atuarem como sujeito passivo, prestando-se, então, a impor limitações apenas ao Poderes Públicos, com exceção da 13^a emenda da Constituição que vetou a escravidão, como, dispõe Sarmiento (2006).

Assim, sob a égide de Bello Filho (2007), faz-se perceptível que a doutrina do *State Action*, aproxima-se da teoria de eficácia mediata, pois que a 14^a emenda assim denota:

É vedado aos Estados, fazer ou executar leis que, restrinjam as prerrogativas e garantias dos cidadãos dos Estados Unidos, privarem alguma pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem observância dos limites legais ou recusar a qualquer pessoa sob sua jurisdição, a igualdade perante a lei.

Ainda neste ponto, a doutrina justifica sua posição com base na literalidade do texto constitucional norte americano, posto que o mesmo, faz referência apenas aos poderes públicos, bem como, reforça essa idéia

com base, principalmente, na autonomia privada, instrumentalizadas nas normas de Tribe (apud BELLO FILHO, 2007), o qual remete à importância da imunidade das ações privadas, no que refere-se a Constituição, posto que, caso os indivíduos fossem obrigados a agirem em conformidade com a mesma, eles perderiam sua capacidade de se auto determinar, tendo então, seu direito de liberdade restrito, de forma grotesca.

Por tanto, como dito, prestam apoio a tal ideologia, o sistema federalista vivenciado nos Estados Unidos, onde a legislação acerca de direito privado é de competência dos Estados, excepcionando-se, apenas, nos casos, em que tratar-se, de comércio interestadual ou internacional. Nessa concepção, tal teoria, estaria atuando, como forma, de preservar o espaço de autonomia dos Estados, de modo, a impossibilitar que as cortes federais, intervenham no condicionamento das relações privadas, sob a alegação de aplicação da Constituição.

Convém destacar, como assevera Bello Filho (2007), que atualmente, na Alemanha, onde as “[...] teses de absoluta ineficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas nasceram e se desenvolveram a Corte Constitucional já admite a eficácia horizontal.” Bem como na jurisprudência constitucional da Suíça, que tal como a Alemanha, se apresentava de maneira reservada, por ora, passou a admitir a incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois que, a própria Constituição, abordou o instituto através do artigo 35, sob o título “Execução dos Direitos Fundamentais”.

No entanto, como destacado pelo mencionado autor, em decisão da Suprema Corte Americana, foi resolvido que os Tribunais “[...] não podem ser utilizados para dar cumprimento a cláusulas discriminatórias provenientes de contratos ou acordos particulares.” Nessa acepção, as cláusulas ofensivas aos direitos fundamentais possuem total validade, desde que, cumpridas de forma voluntária pelas partes. Exposto tal posicionamento, passar-se-á para a teoria que aceita os direitos fundamentais como produtores de efeito imediato e indireto nas relações privadas, abordada por meio do próximo item.

7.2 TEORIA DO EFEITO MEDIATO E INDIRETO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No parecer de Marmelstein (2013), essa teoria abarca a idéia de que, as normas constitucionais não têm aplicabilidade direta nas relações entre particulares, servindo apenas para clarear a interpretação do direito infraconstitucional. Segundo Sarmento (2006), tal teoria foi desenvolvida por Gunter Durig através da doutrina alemã, publicada em 1956, cujo qual destaca a necessidade de submeter os valores do direito privado, aos valores constitucionais, através das quais, os juízes devem interpretar a ordem vigente, em conformidade com os valores advindos dos direitos fundamentais. Por tanto, a Constituição seria uma ordem de valores, com base nos direitos fundamentais, *sui generis* na dignidade da pessoa humana.

Os adeptos dessa conjectura acolhem-se ao fato de que, tal hipótese, extingiria a autonomia de vontade, princípio basilar do direito privado, convertendo o mesmo, a mero material do Direito Constitucional, importando um poder ilimitado por parte do judiciário, no entender de Munch (apud SARMENTO, 2006), reafirmado por Hesse (1995), que remete ao sentido de que a Constituição apenas “[...] contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação levam a impregnação das leis civis por valores constitucionais.” Neste sentido, Mendes e Branco (2012), afirmam:

[...] compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este, garantir as diversas posições fundamentais relevantes, mediante a fixação de limites diversos.

Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas, seriam as cláusulas gerais (*Generalklauseln*), que serviriam de porta de entrada (*Einbruchstelle*), dos direitos fundamentais, no âmbito do direito privado.

Para Sarmento (2006), os defensores dessa teoria, subentendem que os direitos fundamentais são garantidos na esfera privada, através, dos

próprios mecanismos do Direito Privado, ou seja, a coercitividade dos preceitos fundamentais se amplificaria aos particulares, de forma mediata, por meio da atuação do legislador. Sendo assim, em um possível conflito entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, atribuiria-se à lei, solucionar tal conflito, em virtude de que, esta preferência pela atuação do legislador, que a do juiz, no âmbito da área privada, garante maior segurança jurídica e concilia-se aos princípios da democracia e da separação dos poderes.

Ainda estabelecido pelo referido autor, ao Judiciário, incumbiria à tarefa de preencher as lacunas originadas pelo legislador, bem como, o ofício de controlar a constitucionalidade das normas privadas incompatíveis com a Carta Maior. Então, apenas de forma excepcional, os adeptos de tal ideologia “admitem a aplicação direta pelo Judiciário em litígios privados”, ou seja, apenas quando o litígio privado desconsiderar de forma crucial a efetividade dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado, é que o recurso constitucional se faria admissível.

Tal teoria tem sido criticada por diversos doutrinadores alegando à degradação do princípio da legalidade, assim como, a falha na teoria, em prestar efetividade completa aos direitos fundamentais na esfera privada, que ficam à mercê das legislações adotadas pelo legislador ordinário. Ademais, na percepção de Sarmiento (2006), na doutrina nacional a teoria majoritária se vincula, na anuência da relação direta e imediata dos indivíduos aos direitos fundamentais, a qual nos reportaremos no próximo item.

7.3 A TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA

Tal teoria teve seu marco inicial na Alemanha em 1950, através de Nipperdey (apud SARMENTO, 2006), cujo qual, justificava tal ideologia, na direção de que, como os nobres que ameaçavam os direitos fundamentais não provinham apenas do Estado, mas sim, de terceiros em geral, decorria

na necessidade de estender essas prerrogativas, também, no que revestiam as relações particulares, produzindo efeito *erga omnes*.

Consequentemente, Leisner (apud SARMENTO, 2006), adotou e desenvolveu esta doutrina na esfera germânica, cuja mesma, apesar de ser minoritária em tal circunscrição, ainda assim, produziu ampla penetração em Estados europeus, como a Itália, a Espanha e Portugal, por exemplo. No parecer do autor Pedro Lenza (2011), a teoria da aplicação horizontal dos direitos fundamentais encontrou êxito, em especial, no que refere-se, às relações privadas, revestidas de cunho público, por exemplo, as matrículas escolares, as relações trabalhistas, etc.

Neste sentido, Sarmiento (2006), afirma que tal atuação (horizontal), engloba uma ponderação de interesses, entre a autonomia privada e a relação em concreto. Nesta direção, Mello (2004) assegura a necessidade da proteção dos direitos fundamentais para a garantia de um bom desempenho da democracia, extinguindo a idéia de incompatibilidade com o poder democrático, alegada pela teoria opositora. Neste ponto, Vasconcellos (2009), esclarece que, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais tem como prerrogativa, ponderar a aplicação de tais direitos em harmonia com os demais princípios. Assim, destaca e indaga Novais (2007):

[...] O direito fundamental só cede, se o Estado for capaz de encontrar uma justificação de peso, intrínseco, indiscutível; a simples vontade da maioria democrática, não é suficiente para justificar a restrição. Mas quando se pretende opor o mesmo direito a outro particular... encontramos... outro direito fundamental. Ao nosso trunfo, responde a outra parte, com outro ou até, o mesmo trunfo. Porque razão deve ser o meu, a prevalecer?

Neste sentido, Pereira (2006) assegura que, a especialidade da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, encontra-se, no fato de que, ambas as partes compreendidas, são titulares de direitos constitucionalmente abarcados, enredando um complexo sistema de direitos e deveres, que se limitam e condicionam entre si.

Nesse espírito, abarca Mendes (2004), no entendimento de que, “[...] é lícito indagar em que medida podem as entidades privadas deixar-se influenciar nas suas relações jurídicas, por esses elementos de distinção ou de discriminação.” Desencadeando na necessidade de se refletir e manusear tais direitos de forma cautelar, sob o risco de, sacrificar de forma irreversível o direito privado. Em consequência Fancchini Neto (2003), destaca que este curso de confusão entre o público e o privado, pode ser verificado no Estado de bem-estar social, que tem migrado dos primórdios até a atualidade.

No que concerne a esta questão, Alexy (2008) esclarece que, frente a uma colisão entre direitos fundamentais particulares, deve-se proceder de forma, que seja feita uma ponderação entre os valores discutidos, entendimento este, coadunado ao de Lenza (2011), no sentido de que:

[...] poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia de vontade privada e da livre iniciativa de um lado... e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, inc. III), de outro. Diante dessa ‘colisão’, indispensável será a ‘ponderação de interesses’ a luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá que avaliar qual dos interesses deverá prevalecer.

Ou seja, nesta questão se faz necessário a incidência direta e imediata de tais prerrogativas, de forma a equilibrar as relações jurídicas materialmente assimétricas, garantindo proteção aos hipossuficientes. Além de que, outro alicerce a esta teoria, consiste da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais, visto que, a partir da difusão de seus efeitos, surge uma nova prerrogativa subjetiva, que seja, a capacidade de exigir do Estado à proteção dos direitos fundamentais contra toda ameaça, abrangendo consequentemente, as intentadas contra particulares.

Convém destacar, que não se trata, nesse momento, de uma aplicação irrestrita e absoluta dos direitos fundamentais, no que reporta as relações privadas, posto que, tal aplicação não ocorre, de forma descabida, nem

ao menos, no que concerne, em relação ao Estado, nesta direção, também, adverte Pereira (2006), acerca de que “[...] o caráter relativo e limitado dos direitos fundamentais, decorre da própria noção de unidade da constituição e da conseqüente necessidade de coordenação e harmonização dos valores constitucionalmente protegidos.” Destarte, também, predispõe Tepedino (apud BELLO FILHO, 2007), *in verbis*:

[...] novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil, à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se, ainda uma vez, os valores não patrimoniais e em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento, deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

Nesse contexto, Sarlet (2007), subdivide os direitos fundamentais, em direitos prestacionais e direitos de defesa, cujos direitos prestacionais, fracionam-se em direitos à proteção em sentido estrito, convém, porém, salientar que, a aplicabilidade de tais normas, depende de um procedimento específico, limitado por meio da “reserva do possível”. Já os direitos de defesa (direitos negativos), encontrados no campo dos direitos individuais, consistem, na proteção da liberdade individual, inicialmente, no que reporta as prerrogativas estaduais, finalizando, nas práticas particulares, para que os bens jurídicos fundamentais sejam protegidos de ameaças e lesões, por parte destes sujeitos. Com tal característica, preleciona Mendes (2004), *in verbis*:

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos, legítima a idéia de que, o Estado se obriga, não apenas, a observar os direitos de qualquer indivíduo, em face das investidas do Poder Público (direito fundamental, enquanto direito de proteção ou de defesa - *abwehrrecht*), mas, também, à garantir os direitos fundamentais, contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht Staats*).

Destarte, como meio de efetivar os fundamentos constitucionais, ou seja, promover uma sociedade justa e igualitária, objetivando a redução das

desigualdades sociais, é que se faz necessário, ao menos, mínimas condições materiais de liberdade, para que, o indivíduo possa, então, manifestar sua autonomia de vontade. Por conseguinte, pondera Barroso (2001), sobre a necessidade de ater-se a fatores como, a igualdade ou desigualdade material entre os sujeitos, a manifestação de injustiça ou falta de razoabilidade de critérios e riscos para a efetivação da dignidade humana, assim como, a preferência pelos valores existenciais, em desvantagem aos meramente patrimoniais.

Em consequência, quanto maior for o grau de desigualdade social entre os indivíduos, maior será a incidência da proteção jurídica fundamental, e inferior será a proteção da autonomia privada. Assim, um parâmetro a ser considerado, para a aplicação dos direitos fundamentais na esfera individual, que deverá ser apreciado em conjunto aos demais já mencionados, consiste na maior ou menor proximidade da esfera pública na relação jurídica entre os indivíduos, visto que, quanto menor esta proximidade, maior será a tendência de um domínio de um direito fundamental frente à autonomia privada.

Desta feita, como meio de justificar a tese expressa, isto é, a possibilidade/necessidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas de forma direta e imediata, far-se-á o uso de uma decisão jurisprudencial, onde se discute o direito a vida, cujo mesmo encontra-se assegurado constitucionalmente, como “o mais fundamental de todos os direitos”, já que, sua garantia é pré-requisito, para a existência e exercício das demais normativas jurídicas, em conformidade com Moraes (2013), cujo mesmo determina:

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido, como direito, a um nível de vida adequado a condição humana [...] O Estado deverá garantir esse direito [...] respeitando, os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, (consistentes) na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.

Neste sentido, conclui-se, acerca da inviolabilidade do direito à vida, o que conseqüentemente, faz com que, este direito entre em conflito com a pena de morte, bem como, com as práticas abortivas, e a eutanásia. No entanto, em conformidade com a ADPD do STF, o direito à vida torna-se questionável frente à admissão da pena de morte em casos de guerra declarada, assim como também, decide o mesmo, que o aborto ético ou humanitário encontra cláusula excludente de ilicitude e tipicidade penal em certos casos em que, a decisão prioriza os direitos da mulher em detrimento dos direitos do feto, decisão esta, que abaixo transcreve-se:

Reputou inquestionável o caráter não absoluto do direito à vida ante o texto constitucional, cujo art. 5º XLVII, admitiria a pena de morte no caso de guerra declarada na forma do seu art. 84, XIX. No mesmo sentido, citou previsão de aborto ético ou humanitário como cláusula excludente de ilicitude ou antijuricidade do Código Penal, situação em que o legislador teria priorizado os direitos da mulher em detrimento dos do feto. Recordou que a proteção ao direito a vida comportaria diferentes gradações, consoante o que estabelecido na ADI 3510/DF. (BRASIL, 2012 apud MORAES, 2013).

Verifica-se então, claramente acerca da possibilidade e em alguns casos, até mesmo, a necessidade da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas como meio de elucidar conflitos e garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

8 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais possuem como escopo, a proteção dos sujeitos hipossuficientes dos hipersuficientes, que atualmente engloba não apenas o Estado, mas também, particulares que possuem um poder econômico cada vez maior, resultando em uma autonomia privada concentrada,

de forma a abater os grupos sociais mais frágeis, caracterizando desigualdades e injustiças.

Ocorre, porém, que a proteção dos direitos fundamentais não pode impor-se de forma imoderada, visto que o núcleo de direitos fundamentais serve de barreira à liberdade privada, cuja qual, nunca deve intentar sobre os mesmos, sob pena de, estar cometendo injustiças, pois, é necessário buscar compatibilizar tais princípios com a autonomia privada, de forma a dar validade e efetividade à dignidade da pessoa humana.

Assim, ocorrendo uma colisão entre esses direitos e a autonomia privada, considerando tais valores como norteadores das relações particulares, e subentendo esses direitos como expressão de igualdade, torna-se verificável, que os mesmos (direitos fundamentais), deverão se sobrepor a autonomia de vontade, posto que, a igualdade possui maior conteúdo valorativo, que a liberdade.

Finaliza-se, para tanto, por meio da afirmação de que, os direitos fundamentais incidem nas relações de desigualdade, sendo claro que, se tal relação se materializar na esfera privada, essas prerrogativas terão completa liberdade para agirem em proteção aos hipossuficientes, salvaguardando, em primazia, a dignidade da pessoa humana, um dos princípios norteadores do direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Affonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, 2001.

BELLO FILHO, Ney de Barros. A eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente. In: SHAFER, Jairo (Org.). *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

BODO Pieroth; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte- Americana*. São Paulo: Martins Fortes, 2006.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

FANCCHINI NETO, Eugenio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FRANCO, Arinos de Mello. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HORTA, Raul Machado. *Constituição plástica: Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILL, Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Escala, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos para a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUEIROZ, Cristina Maria Machado. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VASCONCELLOS, Armando Cruz. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de subordinação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2107, abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12595>>. Acesso em: 16 dez. 2013.

VASTRO, Matheus Felipe de. A ordem econômica na constituição de 1988 e a efetivação dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides. *Dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

A FUNÇÃO DA RAZÃO PÚBLICA NO STF: UMA PERSPECTIVA RAWLSIANA

Anny Marie Santos Parreira*

Robison Tramontina**

Resumo: O presente trabalho pretende examinar a função da razão pública nas decisões do STF a partir do marco teórico de John Rawls. Tem como propósito identificar um modelo de justificação de decisões compatível com Estados democráticos de direito. A tese central é que a ideia de razão pública fornece um enquadramento de justificação deliberativa viável para a discussão jurisdicional de questões políticas fundamentais. Por tal motivo, buscar-se-á, articular algumas ideias fundamentais relativas à teoria rawlsiana a partir, sobre tudo, das obras *O Liberalismo Político* e *A ideia de razão pública revisitada*. O estudo está arranjado da seguinte maneira: 1. O liberalismo político: breve esboço; 2. A razão pública em John Rawls e; 3. A função da razão pública no STF.

Palavras-chave: Democracia. Justificação pública. Razão Pública. STF.

1 INTRODUÇÃO

A constatação de que em regimes democraticamente constitucionais a coexistência plúrima de juízos razoáveis e incompatíveis entre si é legítima, mas obsta uma base de acordo comum referente a temas políticos controversos sinaliza que o uso público da razão como procedimento de justificação pública, por suas características, oferece uma plataforma satisfatória para a resolução dos desafios inerentes a sociedades complexas.

* Especialista em Direito Público pela Fundação Escola do Ministério Público, RS; Mestranda em Direitos Fundamentais na Universidade do Oeste de Santa Catarina

** Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; robison.tramontina@unoesc.edu.br

Partindo dessa irrefutável verificação pretende-se lançar no presente artigo um panorama em torno das ideias centrais da razão pública se guiando pelo tema “A função da razão pública no Supremo Tribunal Federal: uma perspectiva a partir de Rawls”.

Da temática proposta extrai-se a seguinte problemática: a razão pública na matriz rawlsiana pode oferecer ao Supremo Tribunal Federal um procedimento racional e normativo apropriado nas resoluções de questões políticas fundamentais?

No intuito de alcançar uma resposta satisfatória ao problema tem-se por objetivo apresentar, de forma não exaustiva, um retrato geral de algumas das ideias apresentadas em *O Liberalismo Político (LP)*, para na sequência, depois de reproduzida a estrutura da razão pública rawlsiana, analisar o papel de tal ideia no Supremo Tribunal Federal.

A escolha do tema exposto justifica-se, fundamentalmente, nas seguintes razões:

- a) é juridicamente relevante, pois oferece um critério de reflexão e aferição da legitimidade de decisões políticas em sociedades democrática;
- b) fornece diretrizes para a identificação, racional, das ações políticas que defendem ou violam os princípios de justiça de um Estado democrático de direito.

2 METODOLOGIA

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

3 DISCUSSÃO

A concepção de justiça elaborada por Rawls é uma concepção política: traz em seu bojo social instituições básicas (principais instituições políticas, sociais e econômicas) reguladas, essencialmente, por dois princípios de justiça: liberdade e igualdade. Tais princípios, na visão de Rawls, são aqueles que seriam escolhidos na posição original por representantes racionais sob o véu da ignorância. Assim, quando uma sociedade tem em seu interior instituições que realizam de forma satisfatória aqueles dois princípios de justiça, ela se torna um sistema equitativo de cooperação.

Rawls busca responder em sua obra a duas perguntas:

- a) qual concepção de justiça é mais adequada para especificar, em uma sociedade democraticamente constitucional, os termos de uma cooperação social justa ao longo das gerações?
- b) quais são as bases da tolerância em sociedades plurais. A resposta para Rawls repousa na existência de uma concepção política de justiça, fruto de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis, que regule tanto a estrutura básica da sociedade, quanto as discussões sobre questões políticas fundamentais.

Rawls adverte que uma correta compreensão da concepção política de justiça demanda a identificação de três de suas características: objetivo, modo de apresentação e conteúdo: a) o objetivo de tal concepção é orientar a estrutura básica das instituições na organização de seus princípios e critérios e preceitos; b) seu modo de apresentação é o de uma visão autossustentada, de um módulo que não deriva de nenhuma doutrina abrangente, mas é harmoniosa com todas; c) seu conteúdo expressa ideias fundamentais implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática: instituições políticas, tradições públicas de interpretação, textos e documentos históricos

de conhecimento. A religião, a filosofia e a moral são denominadas por Rawls de doutrinas abrangentes e constituem a cultura de fundo da sociedade e, portanto, é considerada social e não política.

Na justiça como equidade, o razoável e o racional são duas ideias complementares e independentes, uma não deriva da outra e cada uma conecta-se com uma faculdade moral distinta. O razoável com a capacidade de ter senso de justiça e o racional com a capacidade de ter uma concepção do bem.

Outro tema apresentado no *LP* que interessa ao presente trabalho tem a ver com os limites do juízo. Para o filósofo americano indivíduos razoáveis e racionais ao julgarem podem chegar a conclusões diferentes por conta de tais limites. Rawls aponta seis fontes para tais limites:

- a) evidências;
- b) discordância quanto a relevância das considerações apresentadas;
- c) conceitos vagos e controversos;
- d) a totalidade das experiências pessoais;
- e) dificuldade de se fazer avaliações globais;
- f) dificuldade para ajustar ou restringir valores pessoais.

A ideia rawlsiana de razão pública, também, é formulada a partir de, e para solos constitucionalmente democráticos. Isso significa que sua forma, conteúdo e exercício adotam alguns pressupostos inerentes à ideia de democracia. Rawls considera que, nesse tipo de ambiente, em prevalecendo a liberdade das instituições, o pluralismo é elemento estruturante da democracia e leva ao reconhecimento da dificuldade de se estabelecer, para questões morais controversas, uma base de acordo comum.

Partindo de sua concepção política de justiça e da ideia de uma sociedade bem-ordenada o filósofo político assume que, nessa conjuntura, os cidadãos além de aceitarem e saberem que todos aceitam os mesmos

princípios de justiça buscam realizá-los. Uma sociedade constitucionalmente democrática, no mesmo sentido, seria aquela em que seus cidadãos são capazes de ponderar e rever suas decisões para além de seus interesses particulares quando estiverem em jogo questões políticas fundamentais específicas. Nessa moldura as razões levadas ao debate público são, ou deverão, ser aquelas cuja base de justificação seja capaz de lograr o acordo livre de todos os cidadãos. Dessa exigência decorre a importância de outra ideia rawlsiana, qual seja, a do consenso sobreposto como base de acordo comum e, portanto em última instância, de legitimação das decisões políticas fundamentais pelo procedimento da razão pública.

As concepções de justiça que determinam o conteúdo da razão pública, segundo Rawls, integradas pelo critério da reciprocidade, têm as seguintes características:

- a) possuem uma lista de certos direitos, liberdades e oportunidades básicas;
- b) conferem prioridade especial a esses direitos;
- c) oferecem medidas que assegurem a todos os meios sociais mínimos para o uso efetivo de seus direitos.

Ocorre que, para não esvaziar e, por conseguinte enfraquecer a concretização da razão pública, Rawls faz um recorte em seu âmbito de incidência defendendo sua utilização apenas em questões políticas fundamentais: elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica.

Jungida à ideia de razão pública está o ideal da razão pública que se realiza quando os atores políticos, seguindo a ideia de razão pública, explicam aos outros cidadãos suas razões para defender posições políticas, que nos moldes de uma concepção de justiça, possam ser consideradas razoáveis por todos.

Depois de assentada as restrições de conteúdo da razão pública, Rawls, fazendo um recorte na esfera de aplicação de tal ideia, informa que sítio de sua aplicação é o fórum político público que, por sua vez, se divide em três espaços de discussão:

- a) nas decisões dos juízes, especialmente os da Suprema Corte;
- b) dos representantes de governo, especialmente chefes do executivo e legislativo;
- c) dos candidatos a cargos públicos e seus administradores de campanha, especialmente em oratórias públicas.

Essa segmentação, segundo o filósofo, tem o escopo de demonstrar que a ideia de razão pública se aplica de forma diferente em cada um dos três espaços por conta das diferenças no grau de exigência de suas justificações públicas.

Desses três círculos de aplicação Rawls destaca o judiciário como sendo a sede exemplar da razão pública e o motivo apontado pelo filósofo para tal distinção advém da necessidade das decisões judiciais serem fundamentadas na Constituição e precedentes, o que não corre com os outros dois espaços.

4 CONCLUSÃO

Rawls preconiza que em regimes constitucionais com controle de constitucionalidade a expressão máxima da razão pública é a razão do Supremo Tribunal. O filósofo pretende com essa distinção lançar luz sobre o importante encargo conferido a esse Poder, qual seja o de manter a coerência entre as prescrições normativas e a Constituição ao conformar o ordenamento jurídico aos princípios e valores da justiça como equidade mantendo o

espírito da lei maior, de certa forma, imune às distorções de maiorias legislativas transitórias.

Mas, por que o Supremo Tribunal ocupa esse lugar de relevo na ideia de razão pública de John Rawls? O filósofo americano responde informando que tal destaque decorre da obrigatoriedade dos ministros, em justificando suas decisões, invocarem em suas reflexões apenas valores políticos que julgam serem parte de um entendimento mais razoável de uma concepção política de justiça e de razão pública. Do dever de preservar os elementos constitucionais essenciais e de justiça básica associada à maneira pela qual a Corte pondera suas deliberações é que a torna, segundo Rawls, o único ramo do Estado no qual se pode visivelmente perceber a criação da razão pública.

As decisões do Supremo Tribunal Federal representam, muitas vezes, um alto impacto político e social, na vida da população brasileira, por tal motivo o uso da razão pública como exigência deliberativa se mostra apropriado para a promoção e defesa dos princípios de justiça coerentes com um Estado democrático de direito. Ela tem o papel de formular uma moldura a partir da qual questões políticas fundamentais passam a ser analisadas.

Nesse cenário, a razão pública desponta como sendo o campo de argumentação que melhor representa os compromissos culturais compartilhados, pois ao oferecer uma visão de justiça, cujos princípios assentam no consenso dos cidadãos, ela se torna mais razoável e adequada para guiar as deliberações políticas na esfera jurisdicional. Ela sinaliza quais são ou, quais deveria ser o substrato argumentativo quando estiver em jogo questões políticas fundamentais criando um modelo de argumentação pública que ao prestigia a capacidade racional dos cidadãos na criação de uma nova estrutura social.

Por fim, assume-se que, um Tribunal cujo exercício jurisdicional pauta-se na ideia de razão pública contribui com o Estado democrático de direito nos seguintes termos: a) assegura a legitimidade das instituições políticas e das leis e, b) pavimenta o caminho sobre o qual outras pessoas ao

seguir-lo serão capazes, ao final, de reconhecerem os princípios de justiça adequados para regularem suas vidas políticas, evitando dessa forma grande parte das violações de liberdade, igualdade ocorridas em todos os tempos.

REFERÊNCIAS

RAWLS, John. A ideia de Razão Pública Revisitada. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (Org.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007.

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

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

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

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

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Robison Tramontina pela excelente orientação e paciência. Ao CNPq pelo financiamento e apoio ao dispêndio durante a realização desse projeto. À Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó pelo apoio institucional e infraestrutura.

A TEORIA DA NORMA JURÍDICA E A RACIONALIDADE CRÍTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA

THE THEORY OF THE LEGAL RULE AND THE CRITICAL RATIONALITY OF THE LEGAL DECISIONS IN THE POST-POSITIVIST CONTEXT

Sandra Mara de Oliveira Dias*

“E o efeito da Justiça será a paz, e a operação da Justiça, repouso e segurança para sempre.” (Isaías, Capítulo 32, Versículo 17) (BÍBLIA, 2008).

Resumo: O presente artigo discorre sobre teoria da norma jurídica e a racionalidade crítica das decisões judiciais no contexto pós-positivista. A norma ideal no pós-positivismo, especialmente no Brasil que se constitui em Estado Democrático de Direito deve ser formada por um sistema aberto de regras e princípios que observam os valores axiológicos da Constituição que penetram em todo o ordenamento jurídico, impondo uma filtragem na releitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do direito sob a ótica da Constituição Federal. O modelo exclusivo de princípios ou regras pode ensejar um “déficit” de racionalidade no direito e permitir uma abertura para arbitrariedade judicial ou justiça lotérica.

Palavras-chave: Teoria da norma Pós-positivismo. Filtragem constitucional. Estado Democrático de Direito. Racionalidade crítica nas decisões judiciais.

Abstract: *This article discusses the theory of rule of law and critical rationality of judicial decisions in the post-positivist context. The ideal norm in post-positivism, particularly in Brazil which constitutes a democratic state should be formed by an open system of rules and principles that adhere to the Constitution axiological values that*

* Especialista em Direito do Trabalho pelas Faculdades Integradas do Brasil; Mestranda em Direito pelas Faculdades Integradas do Brasil; Juíza do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 9a Região, 2a Vara do Trabalho de Ponta Grossa; Rua Valério Ronchi, 150, Uvaranas, 84030-320, Ponta Grossa, Paraná, Brasil.

penetrate throughout the legal system, imposing a filter on new reading concepts and institutions of the most diverse branches of law from the perspective of Federal Constitution. The unique model of principles or rules can give rise to deficit of rationality in law and allow an opening for judicial arbitrariness or lottery justice.

Keywords: *Theory of norm Post-positivism. Constitutional filtering. Rule of Law. Critical rationality in judicial decisions.*

1 INTRODUÇÃO

O pós-positivismo, segundo a doutrina contemporânea reconhece a força normativa dos princípios jurídicos, a constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento jurídico, enseja reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia e outras disciplinas na interpretação do direito.

Para melhor compreensão do tema discorreremos sobre a teoria da norma no positivismo e no pós-positivismo e as razões que determinam essas diferenças.

Neste contexto, pretendemos demonstrar que o modelo de norma ideal no pós-positivismo deve ser um sistema aberto constituído de regras e princípios que adotam os valores axiológicos constitucionais através de uma filtragem de releitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do direito sob a ótica da Constituição.

A adoção do modelo de princípios não é excludente do modelo de regras, um complementa o outro.

Na prática a adoção do modelo de regras desempenha o papel referente à segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade nas relações sociais. O modelo de princípios enseja realização da justiça no caso concreto. Ambos contribuem para a pacificação social com Justiça.

Um sistema que supervaloriza a segurança pode se tornar injusto. Em contrapartida, uma ordem jurídica insegura pode ensejar a incerteza jurídica e instabilidade social.

O modelo mais adequado para o Brasil que se constitui em Estado Democrático de Direito é o sistema aberto composto de regras e princípios que adotam os valores axiológicos constitucionais de igualdade, liberdade, democracia, dignidade humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, defesa dos direitos fundamentais das minorias, tem como escopo assegurar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais, construção de uma sociedade mais justa e solidária, nos termos dos artigos 1º, 2º, e 3ª da CRFB. O modelo exclusivo de Princípios pode o ensejar um “déficit” de racionalidade no direito e permitir uma abertura para o decisionismo ou justiça lotérica.

Por fim, impende ressaltar que o juiz que fundamenta suas decisões com sólidos argumentos objetivos de racionalidade calcado na ideologia presente no conjunto de regras, princípios e valores axiológicos da Constituição decide com justiça os conflitos de interesse submetido a sua apreciação, promove a pacificação social e traz segurança jurídica para os jurisdicionados e cumpre sua nobre missão na concretização do Estado Democrático de Direito.

2 CONCEITO DE PÓS-POSITIVISMO

O Pós-positivismo é um movimento do Direito que garante, preserva e promove os direitos fundamentais, e a reestruturação do ordenamento jurídico, que deixou de ser alicerçado no estrito respeito à lei para ser, influenciado pelos princípios e valores da Constituição que penetram em todo o ordenamento jurídico, impondo uma filtragem constitucional do ordenamento, vale dizer a releitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do direito à luz da CRFB.

O sistema de interpretação do Direito, não mais adstrito ao método silogístico, mas voltado para a análise valorativa das normas em face da Constituição. Seus efeitos são: supremacia do texto constitucional, promoção dos direitos fundamentais, força normativa dos princípios constitucionais, a constitucionalização do Direito e a ampliação da jurisdição constitucional, restando superado o Estado de Direito que cede lugar para o Estado Democrático de Direito.

Para o Ilustre constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Barroso (2007, p. 22), o pós-positivismo supera a legalidade estrita e busca interpretação baseada na teoria da justiça:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto, procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

No pós-positivismo surge a força normativa e preponderante dos princípios para o ordenamento jurídico, retomando a racionalidade prática no Direito. Sobre essa nova realidade, afirma o professor de Direito Constitucional Daniel Sarmento:

Na verdade, os princípios constitucionais encarnam juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade, escancarando a Constituição para uma 'leitura moral', pois é, sobretudo, através deles que se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores do antigo direito natural, tornando impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da Constituição. (SARMENTO, 2004, p. 79).

O Direito é formado por uma ligação entre valores, princípios e regras. Essa relação tem origem nos valores, centralizando no papel dos princípios e na extremidade têm-se as regras. Todo princípio contém um valor e toda regra, um princípio e um valor, formando a verdadeira deontologia jurídica.

O pós-positivismo consiste em conceber o ordenamento jurídico como um conjunto de regras e princípios, espécies do gênero norma jurídica, que não possuem hierarquia entre si, apenas diferentes meios de aplicação. Inclui “a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica”. (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 336).

O pós-positivismo segundo a doutrina contemporânea prima pela argumentação jurídica que garanta racionalidade as decisões judiciais com prevalência dos princípios e valores constitucionais em todos os ramos do direito.

El constitucionalismo está impulsando una nova teoría de Derecho, cuyos rasgos más principios que reglas; mas ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos minimamente relevantes, en lugar de espacios extensos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica. (CARBONELL, 2005, p. 131-132).

O constitucionalismo moderno é um método, com o resgate de valores promove uma reaproximação do Direito com a ética, superando o conhecimento convencional que vigorou no positivismo legalista. Esta aproximação é exercida pelos princípios constitucionais, especialmente os versam sobre os direitos fundamentais.

Hoje se fala em normatividade dos princípios, que dando unidade e harmonia ao sistema, de forma a atenuar tensões normativas. Assim, a interpretação nessa nova metodológica faz extensa investigação valorativas dos elementos fáticos, jurídicos e sociais.

Nesse sentido, trazemos à luz o entendimento do Professor Italiano Comanducci (apud CARBONELL, 2005 p. 87).

El neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario – al menos respecto a situaciones de Derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales, constituirían un puente entre Derecho y moral – la tesis

de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral.

Segundo Sarmiento (2010, p. 233), o pós-positivismo envolve vários fenômenos diferentes, que podem ser assim sintetizados:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre Direito e Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

O Pós-positivismo tem por escopo atribuir força normativa aos princípios e reconhecer a alta carga axiológica dos valores a Constituição que passa a ocupar um papel central, principalmente, no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais, edificada sob a ideia de dignidade da pessoa humana.

3 TEORIA DA NORMA NO POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo legalista do século XIX e início do século XX, seguido pela Escola da Exegese, teve como o marco o Código Napoleônico de 1804, a qual reduziria o Direito à letra da Lei escrita, cujos códigos civis eram considerados como centro do mundo jurídico.

Na visão do filósofo francês Charles Montesquieu o juiz era “*bouche de la loi*”. No positivismo os princípios eram considerados fontes meramente subsidiárias, com a função integradora ou programática, o que oca-

sionou um esvaziamento da sua função normativa e provocou a separação entre Direito e Moral.

Hans Kelsen, um dos representantes do positivismo jurídico, elaborou sua teoria pura compreendendo o direito como uma ciência, ou seja um saber exato, objetivo, atribuindo um caráter extremamente formalista. O direito deveria ser entendido como norma, estando livre de qualquer concepção social ou valorativa, e ligação com outras disciplinas como a filosofia, psicologia, sociologia, política e moral.

Quando a si própria se designa “Pura” teoria do Direito, isto significa que a ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quando não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isso quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (KELSEN, 2013, p. 1).

Para os positivistas e os princípios eram considerados fontes meramente subsidiárias, sem força normativa, a saber:

No contexto positivista, os princípios são os “tapa-buraco” do sistema. Ou seja, apenas na ausência de lei, na ausência de costume, na ausência da analogia, na ausência da interpretação analógica, na impossibilidade de incidência de critérios de equidade, é que os princípios gerais de Direito poderiam ser aplicados [...] (SCHIER, 2009, p. 99).

No sistema positivista clássico, os princípios não eram considerados normas; quando muito, fórmula integradora do sistema ou critério de hermenêutica, o direito é um modelo de regras, desprovido do caráter normativo dos princípios, impera a supremacia da lei ordinária sobre a Constituição, evidencia-se a aplicação do direito de forma mecânica, enquanto sistema fechado está imbuído da lógica formal dedutiva e neutralmente pautado em métodos reducionistas de fenômenos jurídicos, acaba sinalizando como paradigma simplório e carente que termina não alcançando toda a realidade fática.

3.1 TEORIA DA NORMA NO PÓS-POSITIVISMO

No início do século XX, com as grandes guerras mundiais, revoluções e regimes totalitários, notadamente o nazismo na Alemanha, o positivismo foi insuficiente para tutelar os direitos fundamentais, razão pela qual o constitucionalismo moderno e a teoria dos direitos fundamentais são reflexos dessa virada teórica no estudo do direito para atender a demanda da sociedade globalizada.

O ilustre constitucionalista Canotilho (2000, p. 1100), nos ensina que este novo sistema não é formado exclusivamente por princípios, mas por um conjunto de regras e princípios que passam a ser considerados espécie do gênero Norma.

Para Alexy (2001, p. 88) as regras e princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios, são tanto quanto as regras, razões para juízos concretos e deve-ser, ainda que de espécie muito diferente. (ALEXY, 2001, p. 88).

O pós-positivismo, que serviu de cenário para a teoria dos princípios de Robert Alexy, tem importância fundamental na consolidação da normatividade dos princípios, considerando-os, assim como as regras, espécies do gênero norma jurídica. A Constituição brasileira é um complexo de regras e princípios com funções e eficácia diferentes e complementares.

O Jurista alemão Muller (2005, p. 55,61, 126, 147, 202 e 265) caracteriza sua teoria como uma “[...] *teoria da norma que supera o positivismo jurídico.*”

O enunciado central de sua “teoria estrutural pós-positivista da norma jurídica” consiste na tese da “não identidade entre norma e texto normativo”. Com esta tese, MULLER pretende dizer “que uma norma jurídica é mais que o texto”. A concepção da norma jurídica como “constituída apenas linguisticamente “seria a “ilusão de

uma concepção puramente formalista do Estado de Direito”. Uma teoria pós-positivista – que para MULLER significa uma teoria adequada – da norma jurídica teria, por oposição, que a partir do pressuposto de que “a norma jurídica é determinada também pela realidade social, pelo âmbito da norma”. Segundo Muller, o texto normativo “expressa o programa da norma, tradicionalmente entendido como o comando jurídico”.

Para a corrente pós-positivista, o texto normativo não se confunde com a norma jurídica, esta deverá ser concretizada por meio de regras da hermenêutica ou por um conjunto de elementos dispostos de forma estruturada com racionalidade pelos magistrados, o que enseja segurança jurídica e justiça as decisões judiciais.

3.2 DISTINÇÕES ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Este modelo parece estar presente em Dworkin (2002, p. 104), quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo ou nada, enquanto que os princípios apenas contem razões que indicam uma direção, mas não tem como consequência necessária uma determinada decisão. Esse modelo é, contudo, muito simples. Um modelo diferenciado é necessário. Mas também no âmbito desse modelo diferenciado o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido.

Portanto as regras submetem-se a padrões de validade e vigência submetendo-se a lógica do “tudo ou nada”, eis que não deixam espaço para qualquer outra solução: se a regra vale, deve ser cumprida na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Não por outra razão, ensina Dworkin (2002, p. 75) que:

[...] No podemos decir que una norma sea mas importante que otra dentro del sistema, de modo que cuanto dos de ellas entran en conflicto, una de las dos substituye a la outra em virtude de

su maior peso. Si se da unconflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisionrespecto de cual es válida y cualdebe ser abandonada o reformada, debe tomar-se apelando a consideraciones que trasciendenlas normas mismas. Um sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieranla norma impuesta por la autoridade superior, o la posterior, o la mas especial o algo similar. Um sistema jurídico también puede preferir la norma fundada em los principios mas importantes.

Os princípios, em contraposição, as regras por constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses consoantes o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Por isso, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou standards, que, em primeira linha devem ser realizados.

Nos ensina Dworkin (2002, p. 77):

Los principios tienen una dimension que falta em las normas: ladimensiondel peso o importância. Cuandolos principios se interferem (lapolitica de proteccion a los consumidores de automoviles interfiere com los principios de liberdade de contratacion, por ejemplo), quiendebe resolver el conflicto tiene que tener em cuentael peso relativo de cada uno. Enestorespecto de si um principio o directriz em particular es más importante que outro será com frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es part esencial del concepto de principioel que tengaestadimension, que tenga sentido preguntar que importancia o que peso tiene.

Corroborando este argumento, preleciona o Constitucionalista Canotilho (2000, p. 1011) que:

[...] o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Muller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); [...] mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um ‘domínio normativo’, isto é, um ‘pedaço de realidade social’ que o programa normativo só parcialmente contempla.

O pós-positivismo busca a reabilitação da argumentação jurídica com a formação de uma nova hermenêutica constitucional que se promove uma reaproximação entre o Direito e Ética.

Robert Alexy vislumbra uma diferença qualitativa entre os princípios e regras, fora do alcance da visão mais comum de que a distinção entre ambos está relacionada ao grau de generabilidade, abstração ou de fundamentabilidade. Sobre o assunto, é interessante o seguinte esclarecimento de Silva (2003, p. 609).

Tanto o Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção de ambas as espécies de normas e de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambos é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentabilidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil. Por fim, há aqueles que, por diversas razões, rejeitam a possibilidade ou utilidade da distinção entre regras e princípios.

4 MODELO DE NORMA NO PÓS-POSITIVISMO

O modelo de norma ideal para o pós-positivismo é um sistema aberto constituído por um conjunto de regras e princípios explícitos e implícitos que incorporam opções valorativas asseguradas na Constituição que assumem o compromisso com a dignidade humana, direitos fundamentais, igualdade, a democracia e com uma sociedade mais justa e solidária.

5 A ADOÇÃO DE UM MODELO DE DIREITO FUNDADO EM PRINCÍPIOS É ALGO NECESSÁRIO E SE EVENTUALMENTE EXCLUDENTE DO MODELO DE REGRAS

O pós-positivismo fulcrado na normatividade dos princípios é importante e necessário no Estado Democrático de Direito, contudo não é excludente do modelo de regras, pois na concepção dos doutrinadores ame-

ricos, Dworkin e Alexy, “[...] tanto as regras quanto os princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser.”

O jurista Português, Canotilho (p. 1162-1163, 2000), sobre este tema nos ensina que o sistema de regras e princípios possibilita a compreensão da CRFB como um sistema aberto de regras e princípios:

A existência de regras e princípios, [...] permite a descodificação em termos de um “constitucionalismo adequado” [...] Contudo o sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Os princípios têm uma função normogénica e uma função sistémica: são o fundamento de regras jurídicas e tem uma idoneidade radiante que lhes permite-se, assim, que as “regras” e os “princípios” para serem ativamente operantes, necessitem de procedimentos e processos que lhes deem operacionalidade prática. o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativa dos cidadãos passa de uma *law in the books* para uma *law in action* para uma “*living constitution*”.

A aplicação do modelo de supremacia de princípios não significa necessariamente uma falta de racionalidade ou impossibilidade de controle das decisões, pois, ao contrário, a aplicação de princípios e o próprio procedimento da filtragem constitucional trazem consigo a necessidade de fundamentação e justificação das decisões judiciais. O Ilustre Professor Doutor em Direito Constitucional Schier (1999, p. 77) esclarece que:

Se o predomínio dos princípios em detrimento das regras emergiu como tentativa de se buscar, dentre outros fins, a afirmação da força normativa das novas constituições, dotadas de cargas axiológicas bem mais elevada em relação às constituições liberais, de se buscar uma solução mais adequada para os *hard cases*, de reconhecer a inevitável proximidade entre direito e moral para, com isso, demandar-se, em dadas decisões, um ônus argumentativo ou justificação maior para conferir legitimidade a aplicação do direito, este processo todo, em sua outra face, tem proporcionado também uma fuga

da normatividade da Constituição. Os excessos da chamada dogmática constitucional principialista, inerente a este tipo constitucionalização do direito, se por um lado tem a virtude de fazer com que a constituição se torne o ponto de partida de toda e qualquer interpretação, se tem a virtude de fazer com que os princípios se tornem na expressão de Bonavides, o coração das Constituições, ao tornar tudo uma questão de princípio, torna também tudo, diante da falta de limites, manipulável, relativizável, dúctil, aberto a voluntarismos.

O professor de Direito Constitucional Sarmento (2007, p. 200) reconhece o decisionismo judicial fundado nos princípios que é prejudicial ao Estado Democrático de Direito, porque substitui o governo das leis pelo governo dos juízes:

[...] e a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios, e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes.

A utilização de princípios segundo a doutrina dominante deve sempre observar argumentos objetivos e não se fundamentar em critério subjetivos do juiz no momento de decidir o caso concreto.

[...] as convicções pessoais do juiz não podem se impor no momento da decisão, e muito menos se impor de forma camuflada pelos princípios. Não se pode “criar” um princípio para justificar pretensões pessoais do julgador, que é o que vem ocorrendo hoje. Decidir é diferente de escolher. O julgador não é um protagonista nesse sentido [...] Na verdade, a discricionariedade a ser combatida é aquela em que os juízes se revestem dos poderes dos legisladores e confeccionadores de princípios como se fossem donos do sentido. Lembrando: também não se quer dizer que os princípios devem estar em catálogos, mas o que se enfatiza é que o juiz não pode decidir qualquer coisa sobre qualquer coisa e dizer que decidiu assim em razão de determinado princípio, que ele mesmo (ou um grupo equivocado de seguidores) criou. Nesse ritmo toda e qualquer argumentação utilizada nas decisões judiciais torna-se-á um princípio. (STRECK, 2009a, p. 488).

No contexto pós-positivista embora tenha prevalência a doutrina de princípios o modelo ideal seria baseado num sistema aberto composto de regras e princípios, um não exclui o outro, mas se completam. As regras são indispensáveis porque geram maior previsibilidade, segurança jurídica e objetividade de conduta para os seus destinatários. O modelo de princípios em razão de sua dinâmica e flexibilidade dão margem a realização da justiça no caso concreto.

6 MODELO EXCLUSIVO DE REGRA OU SOMENTE DE PRINCÍPIOS PODE TORNAR UM SISTEMA JURÍDICO INSEGURO E INJUSTO

Se adotarmos um modelo exclusivo de regras pode se tornar um sistema jurídico inseguro e instável porque o principal valor subjacente as regras é a segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade nas relações jurídicas.

O modelo baseado na adoção imprecisa de princípios vai ensejar discricionariedade, tirania, decisionismo e arbitrariedade judicial. Não tem

justiça na decisão porque pode ensejar um ativismo judicial prejudicial baseado nas convicções pessoais do juiz, a justiça lotérica, o governo de juízes, uma afronta a Democracia da separação dos Poderes da República Federativa do Brasil que exige a participação dos demais poderes para o equilíbrio e bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. A harmonia de um sistema jurídico reside no equilíbrio entre segurança jurídica e justiça com pacificação social.

A propósito, a professora Ana Paula Barcellos, nos ensina que a ordem jurídica é junção de dois valores interdependentes, segurança e justiça que contribuem para bem estar humano, a saber:

[...] a harmonia de um sistema jurídico reside no equilíbrio eficiente entre segurança e justiça. Princípios e regras desempenham cada qual um papel diferenciado, porém de maior importância para manter esse equilíbrio [...] as regras contribuem para maior previsibilidade do sistema jurídico. ..Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que ligam de modo mais direto a ideia de justiça ou, ao menos, são instrumentos mais capazes de produzir justiça no caso concreto. Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor segurança, para que a justiça possa ser alcançada. Naturalmente, o equilíbrio do sistema jurídico não depende apenas da existência adequada de princípios e regras; é preciso também que eles funcionem e sejam manipulados pelos operadores jurídicos dentro de suas características próprias. (BARCELLOS, 2005, p. 185, 187).

Sobre a dinâmica entre segurança jurídica subjacente as regras e atuação integrativa dos princípios apontando o caminho para realização da justiça no caso concreto, eis trechos da obra do Ilustre Ministro do STF, Barroso (2011, p. 208-209):

[...] Regras, portanto, tornam o Direito mais objetivo, mais previsível e, conseqüentemente, realizam melhor o valor segurança jurídica. Princípios, por sua vez, desempenham papel diverso, tanto do ponto de vista jurídico como político-institucional. No plano jurídico, eles funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos.

De fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos. “Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça.

O modelo exclusivo de regras ou somente de princípios pode tornar o sistema jurídico inseguro e injusto. A harmonia de um sistema jurídico esta fundada no equilíbrio entre adoção de regras que traz segurança jurídica e nos princípios o ideal de justiça.

7 O MODELO IDEAL PARA O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A atividade jurídica não deve restringir-se a lei e aplicação de leis, havendo de se almejar uma razão prática, imbuída de incessante busca da decisão justa, carregada de instrumentos jurídicos como proporcionalidade, ponderação de valores e razoabilidade, fazendo-se prevalecer a efetiva operabilidade de um sistema garantista. Essa epistemologia retrata a busca por uma aplicação mais justa do Direito, exercendo o intérprete um trabalho de permanente construção jurídica, de modo que o homem (enquanto sujeito de direito) protagonize todas as atenções do sistema jurídico.

O aplicador do direito, principalmente o juiz, já não está adstrito a uma atividade meramente silogística, de simples exegese, mas a um papel construtivo, cujo norte é a tutela e a efetividade dos direitos fundamentais, igualdade, democracia, meio ambiente equilibrado, sociedade mais justa e solidária, cumprindo os objetivos previstos no artigo 3º da CRFB.

[...] Os sistemas jurídicos nos quais essa discussão se desenvolve – de que é exemplo o brasileiro – são sistemas abertos, compostos de princípios e regras, explícitos e implícitos que incorporam opções valorativas e professam compromisso com a dignidade humana, com os direitos fundamentais, com a igualdade de todos e com a democracia. (BARCELLOS, 2005, p. 100).

Neste diapasão, a doutrina aponta que o modelo de norma ideal para a República Federativa do Brasil é um sistema aberto, constituído por regras e princípios, observando-se sempre os direitos fundamentais e a democracia.

O poder judiciário no Estado Democrático de Direito deve motivar suas decisões judiciais com argumentação objetiva que considere os valores axiológicos da Constituição.

[...] Com efeito, em um país como o Brasil, onde tem-se uma Constituição Federal dirigente, compromissária e normativa, mas que, de plano, muitas vezes é desrespeitada e não efetivada, evidente que deve haver um judiciário que trate e se manifeste sobre discussões sociais. Todavia, isso tem que se dar por meio de um juízo democrático, que fundamente suas decisões, acolhendo ou rejeitando justificadamente as razões das partes, e não por meio de arbitrariedades, ativismos que nada mais são do que apostas no solipsismo. (STRECK, 2009a, p. 475).

8 O MODELO DE PRINCÍPIOS REALMENTE POSSIBILITA UM “DÉFICIT” DE RACIONALIDADE NO DIREITO E NECESSARIAMENTE PERMITE UMA ABERTURA PARA O DECISIONISMO

O modelo de princípios pode permitir uma abertura para o decisionismo quando o juiz sem qualquer racionalidade utiliza do ativismo judicial baseado em suas convicções pessoais. O julgador que fundamenta suas decisões com base em critérios subjetivos mascarando em princípios para impor sua ideologia aos jurisdicionado sem qualquer compromisso com os valores constitucionais atua com arbitrariedade.

[...] o que importar destacar é que o dever de motivar não decorre apenas de uma regra formal contida no texto constitucional (art. 93, IX) ou de uma exigência do direito de defesa das partes. Ele está vinculado à própria necessidade republicana de justificação das decisões do Poder Público. Quando o juiz emprega a técnica da ponderação, essa necessidade é potencializada: se há uma variedade de soluções possíveis nesses casos, é preciso demonstrar o motivo de se escolher uma delas em detrimento das demais. Em suma: em um Estado de Direito, Republicano e Democrático, as decisões judiciais devem

vincular-se ao sistema jurídico da forma mais racional e consistente possível, e o processo de escolhas que conduz a essa vinculação deve ser explicitamente demonstrado. (BARCELLOS, 2005, p. 47-48).

O pós-positivismo não admite decisões discricionárias dos magistrados, mas sim vinculadas a Constituição Federal, suas regras, valores e princípios. A coerência e integridade do direito são necessárias para se evitar a justiça lotérica e a insegurança jurídica.

[...] Aceitar que os princípios sejam usados como álibi de decisionismos e aceitar a discricionariedade é continuar preso ao positivismo exegético, que vai permitir inúmeras respostas, e em consequência, respostas contraditórias. Afinal, se em nome do protagonismo ou da discricionariedade, como se queira chamar, deve-se deixar que o juiz decida como quiser, de acordo com sua consciência (melhor ainda se ele conseguir criar um princípio para fortalecer essa consciência) e, como nem todos pensam iguais, o mais lógico é que as decisões comecem a ser contraditórias. Novamente, ter-se-á outra figura monstruosa brotando no Direito Brasileiro: a justiça lotérica. O problema que eu chamo de justiça lotérica é outro: a desatenção e falta de comprometimento dos julgadores com as determinações constitucionais e, ainda, com a integridade e a coerência do Direito. O que ocorre é que, a partir da desculpa dos termos vagos, ambíguos ou de textura aberta, tomam-se decisões de conveniência com base em argumentos de política, de moral ou de economia. (STRECK, 2010).

O cidadão tem o direito fundamental de obter uma resposta adequada a Constituição, que não é a única e nem a melhor, mas simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição. Cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou de convicções pessoais. “Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. Aí sim estará assegurada a integridade do Direito.” (STRECK, 2010).

Escreve Rawls (2002, p. 235-236): “A ordem jurídica é um sistema de regras publicas endereçadas a pessoas racionais, no qual os preceitos de justiça são associados ao Estado de Direito.”

Essas considerações levam a conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se a generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da Justiça (Preambulo e art. 3º da CF). (ÁVILA, 2006, p. 142).

O direcionamento da atividade do juiz à resposta correta deve estar agregado às noções de coerência e integridade do Direito.

Esses conceitos estão diretamente ligados à ideia do “romance em cadeia” de Ronald Dworkin em que, como romancista que recebe um livro para ser continuado, acrescentando-lhe capítulos sem perder de vista o fio condutor de sua história, na atividade interpretativa, o juiz tem de dar continuidade a história desenvolvida pela ordem jurídica, reconstruindo racionalmente o sistema, verificando a comunidade de princípios fundamentais que dão sustentáculos às instituições políticas, para obtenção de respostas adequadas (justas) aos casos concretos.

Eros Grau admitiu que no Supremo, os princípios e valores devem ser ponderados para evitar a tirania. A segurança jurídica estará sendo “despedaçada” se houver uma formulação arbitrária sobre juízos de valor quando se ponderam princípios. O reconhecimento de que o abuso dos princípios pode levar ao arbítrio faz recordar a “*teoria da katchanga*”, explicada por Medina (2011, p. 1 apud LIMA, 2012):

No fundo, a ideia do sopesamento/balanceamento/ponderação/proporcionalidade não está sendo utilizada para reforçar a carga argumentativa da decisão, mas justamente para desobrigar o julgador de fundamentar. É como se a simples invocação do princípio da proporcionalidade fosse suficiente para tomar qualquer decisão que seja. O princípio da proporcionalidade é a *katchanga* real! Não pretendo, com as críticas acima, atacar a

teoria dos princípios em si, mas sim o uso distorcido que se faz dela aqui no Brasil. Sarmiento tem razão. Esse oba-oba constitucional existe mesmo. E não é só entre os juízes de primeiro grau, mas em todas as instâncias, inclusive no Supremo Tribunal Federal [...] Abaixo a katchangada! Corretíssimo. E concluo este post destacando um outro trecho do texto de George Marmelstein Lima: O que deve ser feito é tentar melhorar a argumentação jurídica, buscando dar mais racionalidade ao processo de justificação do julgamento, através de uma fundamentação mais consistente, baseada, sobretudo, em dados empíricos e objetivos que reforcem o acerto da decisão tomada [...]

Nestes termos a decisão judicial deve estar baseada em argumentos objetivos com integridade, coerência e ponderação observando os valores axiológicos através de uma filtragem constitucional buscando sempre a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo observamos que no pós-positivismo a Constituição que durante algum tempo obteve um papel de mera carta política, passa a assumir um papel central no ordenamento jurídico. Portanto, os princípios são importantes para que possamos ter decisões mais justas que efetivem os direitos fundamentais assegurados na CRFB. Por outro lado, as regras jurídicas, possuem igual relevância, pois são elas que permitem uma segurança jurídica as partes envolvidas na lide, e uma previsibilidade nas decisões judiciais.

Os princípios não podem ser utilizados pelos juízes de forma arbitrária, irracional de acordo com suas idiossincrasias, de forma solipsista para atender interesses pessoais e impor suas ideologias ao jurisdicionado sem qualquer compromisso com os valores constitucionais.

No pós-positivismo é necessário que haja uma racionalidade nas decisões judiciais, com a observância de argumentação objetiva que demons-

trem o motivo da escolha de determinado princípio na decisão para decidir aquele caso concreto, nunca desprezando as regras jurídicas, a fim de que tragam segurança jurídica e pacificação social com justiça na solução da lide.

O pós-positivismo, apresenta novas formas de aplicar e interpretar o direito, principalmente aquelas envolvendo os chamados “casos difíceis”, que muitas vezes, não eram abrangidas pela corrente positivista, pois as regras não eram suficientes para dar uma resposta satisfatória a cada caso concreto, de forma mais justa e equânime. O pós-positivismo tenta superar o positivismo, trazendo para o direito, regras hermenêuticas que busquem uma melhor decisão e, sobretudo, decisões embasadas na pacificação social com justiça.

O modelo de norma ideal no pós-positivismo, notadamente no Brasil que se constitui em Estado Democrático de Direito deve ser constituído por um sistema aberto de regras e princípios que observam os valores axiológicos da Constituição que penetram em todo o ordenamento jurídico, impondo uma filtragem na releitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do direito sob a ótica da CRFB/88.

O modelo exclusivo de princípios fundado em critérios subjetivos do magistrado pode incorrer em discricionariedade, tirania, decisionismo e arbitrariedade judicial. Não há justiça na decisão porque pode ensejar um ativismo judicial prejudicial baseado nas convicções pessoais do juiz, justiça lotérica, governo de juízes, Katchanga uma afronta a Democracia e a separação dos Poderes da República Federativa do Brasil que exige a participação dos demais poderes para o equilíbrio e bom funcionamento do Estado Democrático de Direto.

Não podemos olvidar que a harmonia de um sistema jurídico reside no reside no equilíbrio entre segurança jurídica e justiça com pacificação social.

A racionalidade crítica das decisões judiciais deve ser no sentido de que o magistrado ao examinar cada caso concreto deve fundamentar em argumentos objetivos com integridade, coerência e ponderação observando os

valores axiológicos através de uma filtragem constitucional para construção do Estado Democrático de Direito assegurando os direitos fundamentais das minorias, democracia, igualdade, uma sociedade mais justa, solidária, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais. No país onde há justiça, há paz e segurança jurídica para todos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Petrechos Fundamentals*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucional es, 2001.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BÍBLIA. Português. 2008. *Bíblia Sagrada*. Tradução em português por João Ferreira de Almeida. São Paulo: King’s Cross, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico Contemporâneo: Lições de filosofia de direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRANCO, Mauricio Saliva Alves. *Princípios ganham importância no ordenamento jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-04/mauricio-branco-principios-ganham-importancia>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Portugal: Edições Almedina, 2000.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

CARVALHO, Nathalie de Paula. *A Normatividade dos Princípios no Pós-Positivismo: uma análise à luz da teoria de Robert Alexy*. Disponível em: <http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/anormativedosprincipios.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DOLME, Daniela. Insegurança Jurídica. *Abuso dos princípios constitucionais ameaça jurisprudência, dizem especialistas*. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/43259/abuso+dos+principios+constitucionais+ameaca+jurisprudencia+dizem+especialistas.shtml>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Safe, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Afonso, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 9. ed. Tradução Agnes Cretella e J. Cretella Junior. São Paulo: RT, 2013.

LIMA, George Marmelstein. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3222, 27 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21646>> <http://olibat.com.br/documentos/Teoria_da_Katchanga.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Abusos dos princípios e teoria da Katchanga*. 2011. <<http://professormedina.com/2009/10/03/abuso-dos-principios-e-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

MULLER, Friederich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MULLER, Friederich. *Tesis acerca de La estructura de las normas jurídicas*. Madrid: CEPC, 1989.

PINHEIRO, Aline. Justiça Lotérica. *Ativismo Judicial não é bom para a Democracia*. <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trota: Madrid, 2003.

RAWLS, Jonh. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARMENTO, Daniel (Coord.). Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://umdireito.tumblr.com/post/80982014636/neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. In: NETO, Claudio Pereira de Souza (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicação Específica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1, p. 43-60, 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito Constitucional Anotações Nucleares*. Curitiba: Juruá, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional. Teoria & Direito Público*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, p. 607-630, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?* Disponível em: <www.univalli.br/periódicos>. Acesso em: 02 jun. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

STRECK, Lênio Luiz. *Justiça Lotérica. Ativismo Judicial não é bom para a Democracia*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. O papel da Constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: MIRANDA, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; MORAES, José Luiz Bolzan de (Org.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

WEBBER, Suelen da Silva. O Pampricologismo como propulsor a Arbitrariedade Judicial e Impossibilitador da Concretização de Direitos Fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba: Unibrasil, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/368/31>>. Acesso em: 02 jun. 2104.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicial, traduccion de Marina Gascón*. Madrid: Trotta, 2007.

TEORIA DA IGUALDADE DE DWORKIN E O SEGURO SOCIAL

Carlos Luiz Strapazon*

Alexandre Elio Scariot**

Resumo: O texto aborda, sob a ótica filosófica política de Dworkin, a concepção de seguro social. Ao desenvolver um novo modelo de justiça distributiva, calcado especialmente na sua concepção de “igualdade de recursos”, Dworkin traça um modelo de seguros que compensaria certas ausências de recursos que as pessoas poderiam ter em função, por exemplo, de deficiências físicas, problemas de saúde ou falta de maiores talentos profissionais. Esse seguro faria retornar, então, uma situação inicial e hipotética de igualdade de recursos, na qual cada pessoa poderia utilizar-se da melhor forma possível em proveito próprio. A criação desse tipo de seguro hipotético, proposto pelo filósofo, pode ser considerado algo muito próximo do que o Estado fornece em termos de assistência médica, social e previdenciária, e se encaixa na sua intenção de criar-se uma teia de proteção na qual todas as pessoas estariam cobertas por intermédio do pagamento de prêmio compulsório (imposto).

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Igualdade de recursos. Seguro Social.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto foi desenvolvido em função da necessidade de ampliação do horizonte teórico a respeito das concepções de seguro social em diferentes correntes de pensamento filosófico para, com isso, subsidiar a produção de dissertação cuja temática envolve o estudo de mecanismos de

* Pós-doutor em Direitos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Doutor em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e pesquisador do Programa de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; strapazon.carlos.luiz@gmail.com

** Graduando do Curso de Mestrado em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; alexandre.elio.scariot@gmail.com

integração de ações no âmbito da seguridade social. Nessa linha de pensamento, buscou-se a visão de Ronald Dworkin sobre seguro social, que é tratada em sua teoria contratualista. A base dessa teoria é a igualdade entre as pessoas e nela o filósofo buscou resolver problemas de distribuição de recursos àqueles que, vítimas do acaso e de vicissitudes da vida, não conseguem atingir ou manter uma igualdade material, com a qual poderiam atingir um ideal individual de bem-estar.

2 DISCUSSÃO

2.1 A TEORIA DA IGUALDADE E O CONCEITO DE SEGURO SOCIAL EM DWORKIN

Em seus estudos sobre filosofia política, Dworkin argumenta em favor da necessidade de uma igualdade entre as pessoas, tendo como meta construir, dentro de uma teoria da justiça, a concepção de que é dever do Estado tratar todas as pessoas como iguais. Nesse sentido, defende a existência de um liberalismo igualitário, onde seja possível conciliar igualdade com responsabilidade e liberdade de agir individual.

Essa teoria da igualdade entre as pessoas tem correlação com os recursos materiais disponíveis, e, na visão de Dworkin, é a melhor alternativa à igualdade de “bem-estar”, já que neste tipo de igualdade é possível a ocorrência de resultados injustos (além de outros problemas), isso porque não haveria, por exemplo, um entendimento acerca do que seria o “bem-estar” ou como ele seria atingido em certo nível para cada pessoa (GUEST, 2010, p. 247).

A igualdade de recursos poderia ser alcançada por meio do que o autor chama de “leilão” (leilão hipotético igualitário inicial). Ele pede-nos que imaginemos que alguns imigrantes vão para uma ilha desabitada, mas economicamente rica e ingressam nesse leilão em que todos os recursos da sociedade estão à disposição para venda. Todos chegaram até a ilha com a

mesma quantidade de recursos para realizarem os lances pelos recursos que se ajustam melhor a seu plano de vida. Tudo é definido no leilão: valor e tamanho dos bens ou até dos terrenos. Ao final dos lances, tendo transcorrido tudo de forma perfeita, todos estarão satisfeitos com o resultado de suas compras, no sentido de não preferirem o pacote de bens de nenhuma outra pessoa (teste da cobiça ou teste da inveja) (DWORKIN, 2013, p. 81-84).

O filósofo pondera, porém, que no mundo real as pessoas não começam suas vidas rigorosamente em patamares iguais. Alguns iniciam em formidável vantagem em função de fortunas familiares, ou melhores condições de acesso à educação, ao passo que outros podem sofrer com revezes ou com situações como a discriminação racial. A sorte, portanto, desempenha um papel adicional que pode alterar (para melhor ou pior), a igualdade inicial (DWORKIN, 2005, p. 308).

Em razão disso tudo há, então, o que se chamou de “impacto da sorte” pós-leilão hipotético inicial que deve ser levado em consideração para um (re) equacionamento dos os recursos em momento posterior.

Dworkin distingue dois tipos de sorte: uma seria a “sorte por opção” e a outra a “sorte bruta”. Ao explicar a ideia de Dworkin e Guest (2010, p. 255) destaca que “sorte por “opção” é o tipo de sorte que podemos ter ao apostar ou ao jogarmos no mercado de ações, pela qual assumimos um risco deliberado em relação a algo. Já a “sorte “bruta”, por outro lado, é meramente uma questão de como os riscos caem, como a má sorte que teríamos se um meteorito caísse sobre nós.

Para Dworkin, a sorte por “opção” é compatível com a igualdade de recursos, de modo que não seria vedado que as pessoas assumissem riscos de certos tipos, colhendo bons ou maus resultados. Já a sorte “bruta” não seria compatível com a igualdade de recursos, uma vez que ela não se trata de uma questão de escolha deliberada pelas pessoas (GUEST, 2010, p. 255-256).

Acerca dos revezes da vida, Dworkin (2013, p. 402) pondera que:

Quando e até que ponto é correto que os indivíduos carreguem sozinhos os fardos das desvantagens e infortúnios de suas próprias situações, e quando é correto, pelo contrário, que outros – os outros membros da comunidade em que vivem, por exemplo – os aliviem das consequências dessas desvantagens, ou as atenuem?

É aqui que surge, então, a ideia de “seguro social” na concepção de Dworkin, já que o problema da má sorte bruta poderá ser resolvido por meio da cobertura securitária. É um mecanismo que compensa a má sorte bruta.

O problema é que a má sorte bruta ocorre antes que qualquer pessoa tenha a possibilidade de estar coberta por um seguro, a fim de transformá-la em má sorte de opção. Aqueles que já nasceram com um grave problema de saúde, por exemplo, não poderão participar do seguro porque não haveria nenhum risco que pudesse ser segurado, ademais, mesmo que houvesse, não poderiam pagar o prêmio (GUEST, 2010, p. 256).

Dentro de uma justiça econômica e de distribuição dos recursos, as pessoas não deveriam, então, receber diferentes quantias de riqueza pelo fato de terem sido desfavorecidas pela má-sorte bruta, devendo ocorrer uma correção nessa distribuição para que essas pessoas se aproximem mais da parcela de recursos que teriam se não tivessem sido vítimas do acaso (DWORKIN, 2005, p. 309).

Aliás, importante ponderar que, para essa teoria utilizada por Dworkin, as faculdades físicas e mentais dos imigrantes da ilha também devem ser consideradas como parte de seus recursos, de maneira que pode-se considerar que o deficiente assim nascido inicia com menos recursos do que os outros (DWORKIN, 2013, p. 99). No mesmo trecho, conclui o autor que “[...] as faculdades físicas e mentais são recursos, realmente, pois são utilizados em conjunto com os recursos materiais para tornar a vida algo de valor.” (DWORKIN, 2013, p. 99).

A solução para essa desigualdade não provocada em função das escolhas seria, então, retomando a ideia dos imigrantes na ilha, instituir um seguro compulsório, de modo que aqueles que forem para a ilha com defici-

ências, ou que posteriormente as desenvolvam, serão compensados pela sua má sorte bruta.

Assim, em termos de igualdade, essas compensações os deixariam na mesma situação que os demais em termos de acesso aos mesmos recursos (ou pelo menos bastante semelhante em razão da compensação financeira dos recursos) e seria moralmente justificado no sentido de que o Estado deve respeitar os direitos de cada pessoa em ser tratada como igual (GUEST, 2010, p. 257).

A intenção é prover um esquema de seguros que daria conta das desvantagens naturais, antes do leilão, àqueles desfavorecidos, compensando-os por sua desigualdade não escolhida de bens naturais. E na impossibilidade de conduzir as pessoas em desvantagens a uma vida em mesmo patamar que a vida das demais, essa teoria busca, ao menos, a maior igualdade possível de recursos.

Ultrapassada essa etapa inicial (posição fundamental ideal) da teoria da igualdade de Dworkin, onde todos – em igualdade – puderam escolher seus recursos, tal situação certamente iniciará uma gradual alteração.

É que algumas pessoas podem, por exemplo, ter mais talentos que outras na produção daquilo que os demais desejam e vão barganhar para obter. Também alguns poderão gostar de trabalhar ao passo que outros optarão por não fazê-lo ou em realizá-lo em atividades menos lucrativas. É possível ainda que alguns se mantenham saudáveis e outros adoçam, ou que as fazendas de uns sofram com intempéries, etc., de modo que, por tudo isso, é esperado que em pouco tempo algumas pessoas tenderão a preferir os recursos/parcelas de outros (DWORKIN, 2013, p. 81-84).

Ele destaca que nessas situações de desvantagem “pós-leilão”, o seguro proporcionaria as circunstâncias nas quais é justo atribuir às pessoas a responsabilidade pela condução da própria vida, já que não seriam decorrentes de escolha (DWORKIN, 2013, p. 402).

Ou seja, a existência de um mercado de seguros, que compensaria problemas de saúde como a perda de um membro em acidente ou uma doença grave, possibilitaria a manutenção da igualdade de recursos.

Por fim, o filósofo engloba nessa proteção securitária hipotética também aqueles que saem perdendo relativamente no mercado de trabalho, propondo uma forma de seguro para o problema da diferença de talentos (que pode gerar o desemprego ou uma renda extremamente baixa).

Dentro da ideia hipotética já apresentada, seria possível, por exemplo, que os imigrantes da ilha conhecessem seus talentos, mas não conhecessem os recursos disponíveis e, com isso, os níveis de rendimento prováveis. Desta forma, como medida de proteção, eles fariam um seguro contra não conseguirem ter o trabalho que acreditavam que seus talentos justificariam (GUEST, 2010, p. 258-259).

Isso não quer dizer que todas as pessoas deveriam objetivamente almejar possuírem talentos extraordinários e, em não os tendo, considerarem-se desiguais. Ainda que sob o ponto de vista pessoal possa haver certa decepção ou “desigualdade” em relação a não ser um desportista famoso ou um grande cientista, por exemplo, isso não autorizaria uma compensação na forma imaginada pelo seguro.

A intenção do seguro, em termos de proteção de renda, não visa, então, eliminar as diferenças entre as pessoas e tampouco desestimular a busca por sustento próprio, mas sim, dentro do modelo proposto, tratar as pessoas com equidade, a fim de acrescentar, às escolhas que cada um possui, outras possibilidades que teriam se as circunstâncias fossem mais iguais (DWORKIN, 2013, p. 471).

3 CONCLUSÃO

É possível observar que para Dworkin uma concepção de justiça deve tratar as pessoas como iguais, pressupondo, para tanto, a existência de condições mínimas e igualitárias na distribuição dos recursos que cada um terá à disposição para, dentro de escolhas pessoais, buscar o melhor rumo de sua vida.

Em sua teoria igualitária, o filósofo trabalha, então, a ideia de um seguro (cujo prêmio seria financiado com impostos sobre a renda) que serviria como maneira compensar os infortúnios e as situações adversas que não foram resultado de escolha das pessoas.

Sem embargo da necessidade de uma abordagem mais detalhada e profunda dos vários tipos de seguro, coberturas hipotéticas e respectivos problemas levantados na teoria estudada, e que não foram objeto de aprofundamento na proposta do presente trabalho, pode-se dizer com certa precisão que os esquemas de assistência médica, social e previdenciária, atualmente existentes, se encaixam de uma maneira ou outra no sentido de seguro proposto pelo filósofo.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Campus, 2010.

Agradecimento

Em razão da inestimável orientação pedagógica, e, também, pela paciência e principalmente pelos incentivos nos momentos mais atribulados, sincero agradecimento deve ser dirigido ao Prof. Carlos Luiz Strapazzon.

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA (IN)EFICÁCIA PROCESSUAL

OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND PROCEDURAL (IN)EFFECTIVE- NESS

Raquel Tomé Soveral*

Luciano de Araujo Migliavacca**

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo realizar um estudo acerca dos direitos fundamentais e sua relação com a eficácia processual. Assim, primeiramente estudar-se-á sobre os direitos fundamentais e sua função no constitucionalismo contemporâneo, por meio de desenvolvimento de conceitos e compreensões indispensáveis ao estudo. Após será realizada uma análise acerca da questão da eficácia dos direitos fundamentais quando das resoluções judiciais, ou seja, será realizado um estudo a fim de verificar a (in)eficácia processual frente a asseguuração e concretização dos direitos fundamentais sejam eles materiais ou formais. Busca-se, por meio de pesquisa bibliográfica – consulta em livros, artigos, decisões, doutrinas e jurisprudências –, analisar a questão dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, bem como, a analisar a (in)eficácia processual frente a concretização destes direitos. Salienta-se que o presente ensaio não objetiva chegar a conclusões estanques, uma vez que a sociedade está em constante evolução, mas almeja trabalhar e refletir acerca de como melhor efetivar todos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia. Processo.

* Pós-graduada *lato sensu* em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Meridional; Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, vinculada à linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo; Mestranda em dupla titulação do Curso de Mestrado em Direito Direitos Humanos da Universidade do Minho; Advogada; raq_tome@yahoo.com.br

** Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Pós-graduado *lato sensu* em Direito Tributário pela Universidade de Passo Fundo; Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá; em Direito Público e Evolução Social; Professor de Direito Processual Civil na Faculdade Meridional; Advogado; Rua Senador Pinheiro, 304, Cruzeiro, 99070-220, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil; lucmig@imed.edu.br

Abstract: *The present study aims to conduct a study on fundamental rights and their relation to procedural efficiency. So, first on the fundamental rights and their role in contemporary constitutionalism through development of concepts and understandings essential to the study will be studying. After a review will be held on the question of the effectiveness of fundamental rights when the court rulings, ie, a study will be conducted in order to verify (in)procedural efficiency front fastening and realization of fundamental rights whether substantive or formal. Searching up through bibliographic research – consultation on books, articles, decisions, doctrines and jurisprudence – to analyze the issue of fundamental rights in the contemporary constitutionalism, as well as to analyze the (in)procedural efficacy for the realization of these rights. It is noted that the present study aims not reach watertight conclusions, since society is constantly evolving, but aims to work and reflect on how to best accomplish all fundamental rights.*

Keywords: *Fundamental rights. Effectiveness. Process.*

1 INTRODUÇÃO

O tema referente aos direitos fundamentais assume papel relevante na conformação do Estado e do texto constitucional, razão pela qual seu estudo torna-se essencial para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo e o atual Estado moderno. Além de se fazer latente quando se quer alcançar uma justiça processual que assegure estes direitos dentro de um processo efetivo.

Assim, o novo constitucionalismo está direcionado para a normatização e efetivação dos direitos fundamentais a todas as pessoas, exigindo uma atuação consciente e razoável dos três Poderes. Sendo que uma das principais mudanças de paradigma no direito constitucional é o reconhecimento de que os efeitos dos direitos fundamentais atingem Estado-indivíduo e também indivíduo-indivíduo e o Estado deve fazer o possível para assegurar a concretização destes direitos, independente da relação que esteja em litígio.

A efetividade dos direitos fundamentais deve ser assegurada e concretizada, ou seja, deve existir no mundo dos fatos para além das previsões

legislativas, pois não bastam tais direitos existirem em sentido formal, mas a sua eficácia é latente na sociedade, a fim de garantir que o Estado Constitucional atual se faça presente e exista materialmente, assegurando, inclusive, o Estado democrático de Direito.

Para tanto, o presente ensaio realiza um estudo acerca da função dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, perpassando por diversos conceitos e assuntos imprescindíveis à compreensão do tema.

Após, realiza uma análise sobre a eficácia ou ineficácia processual frente à concretização destes direitos, uma vez que quando existe um processo discutindo um direito assegurado constitucionalmente, mas que no mundo dos fatos não ocorre, coloca em evidencia a concretização ou não dos direitos fundamentais materiais e, também, dos direitos fundamentais processuais, os quais asseguram um justo desenvolvimento processual.

Atentos à ideia de que todos estes direitos devem ser respeitados e, acima de tudo, concretizados, a fim de que se consiga dar eficácia ao processo e concretude aos direitos fundamentais pleiteados nas demandas judiciais é que se justifica este trabalho.

2 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O constitucionalismo só é o que é atualmente graças aos direitos fundamentais nele inseridos, “[...] *se da un estrecho nexo de interdependencia , genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales.*” (PÉREZ LUÑO, 2013, p. 15).

Historicamente os direitos fundamentais se relacionam diretamente com o surgimento do moderno Estado constitucional, marcado essencialmente pelo reconhecimento e pela proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem (SARLET, 2007).

No tocante ao novo modelo jurídico do Constitucionalismo do Estado contemporâneo há que se ter a noção de que ele tem a função primordial de diminuir as complexidades de maneira que cause o menor trauma, no sentido de adaptar-se às mudanças da infraestrutura econômica, cultural, política e social garantindo a segurança jurídica. Além disto, este modelo é eficiente na gestão democrática compartilhada – algumas políticas públicas são realizadas pelos particulares, não sendo apenas responsabilidade do Estado (BREITENBACH; KIPPER, 2011).

Pode-se dizer que o novo constitucionalismo está para a promoção e asseguuração dos direitos fundamentais a todas as pessoas, direcionado à dignidade da pessoa humana e à atuação consciente e razoável dos Poderes Legislativo, Executivo e, sobretudo, Judiciário. Percebe-se uma real preocupação em fazer com que o ordenamento jurídico consiga dar suporte suficiente para os fatos, sendo permissivo na sua amplitude interpretativa. Corroborando a isto, tem-se que:

[...] independentemente de rótulos, não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta apenas em um modelo de regras e de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo de juízes e tribunais. Tão intenso foi o ímpeto das transformações que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções. (BARROSO, 2011, p. 289).

Destarte, o constitucionalismo contemporâneo aparece como uma nova forma de interpretar o ordenamento jurídico baseada nos valores e nos princípios trazidos na Constituição Federal, além de vincular as normas infraconstitucionais aos seus parâmetros.

O constitucionalismo atual, justamente em razão da proteção dos direitos fundamentais, guarda vinculação direta com o Estado de Direito, pois pela teoria axiológica “[...] *el orden jurídico es visto como un orden de valores*

y debe ser presentado como tal, al entenderse que sólo así puede ser verdadero Derecho y no simplemente un orden arbitrario de la fuerza.” (CRUZ, 2006, p. 63).

Ainda, a positivação dos direitos fundamentais, neste contexto, consegue espaço culminando com a afirmação: “[...] do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira (geração) destes direitos.” (SARLET, 2007, p. 53).

Notório que os direitos fundamentais representam um conjunto de valores objetivos e básicos que marcam a proteção de situações jurídicas subjetivas. Sendo que, na sua significação axiológica objetiva eles representam o acordo básico das diversas forças sociais que advém das relações de tensão e dos esforços cooperativos, ou seja, os direitos fundamentais, neste sentido, são legitimadores das forças constitucionais do Estado de Direito, inclusive porque sistematizam o conteúdo axiológico do ordenamento democrático, não sendo mais meros limitadores do exercício do poder político, são, na verdade, representantes de valores e princípios universais (PÉREZ LUÑO, 2013, p. 15).

Além disto, “[...] os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.” Seriam aqueles direitos humanos reconhecidos e positivados no plano constitucional (CANOTILHO, 2000, p. 259).

Em sentido subjetivo, os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos, nas relações interpessoais ou entre o indivíduo e o Estado, como, por exemplo, a liberdade, a autonomia, a segurança e igualdade – que muitas vezes acaba sendo apenas formal. Havendo, pois bem, uma ampliação da eficácia dos direitos fundamentais da esfera privada em relação a terceiros, e não mais somente em relação ao Estado. Isto faz

[...] necesaria la actuación de los poderes públicos encaminada a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales

y efectivas, así como a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. (PÉREZ LUÑO, 2013, p. 19).

Assim sendo, uma das principais mudanças de paradigma no direito constitucional é justamente o reconhecimento que os efeitos dos direitos fundamentais atingem Estado-indivíduo e também indivíduo-indivíduo, “não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si.” E esta relação horizontal entre particulares significa uma relação entre dois titulares dos mesmos direitos, diferente da relação vertical onde o Estado não é titular de direitos fundamentais (SILVA, 2005, p. 52).

Realizando um aparato sobre o que foi exposto, pode-se colacionar que:

En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo há assumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados. (PÉREZ LUNO, 2013, p. 21).

Assim, os direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo ganham relevância ímpar na asseguuração das garantias individuais e coletivas, funcionando como propulsor da democracia e garantidor do Estado de Direito.

Denota-se, aqui, a importância de conceituar tais direitos, afinal a divergência existente entre direitos humanos e direitos fundamentais, por vezes, acarreta dúvidas, veja-se que por:

[...] direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. (MIRANDA, 2000, p. 7).

Desta forma, os direitos fundamentais são aqueles direitos naturais assegurados constitucionalmente, ou seja, os direitos humanos que o legislador constituinte achou por bem positivizar (SARLET, 2007).

Considerando a positivação dos direitos fundamentais, todos aqueles valores assegurados constitucionalmente, há que se falar na sua concretização, pois não bastam existirem em sentido meramente formal, a sua eficácia é latente na sociedade, a fim de garantir que o Estado de Direito se faça presente e exista materialmente.

Deve-se, neste ponto, fazer referência à Constituição brasileira de 1988, quanto à proteção destes direitos, uma vez que é um dos documentos que mais trouxe para o plano normativo os direitos humanos. Assim, é também chamada de Constituição Cidadã, e “se apresenta como a mais extensa, democrática e preocupada com a concretização dos direitos humanos e fundamentais de toda a história nacional”, transportando como referência a todo Estado contemporâneo (GORCZEWSKI, 2009, p. 198).

Neste sentido a fundamentalidade dos direitos fundamentais, em conformidade com Alexy, está na dignidade e na proteção dos direitos em sentido formal e material (CANOTILHO, 1992).

Avanços significativos foram percebidos na concepção dos direitos fundamentais, pois eles não são mais considerados como meras declarações de princípios, sendo, na verdade, normas jurídicas que conferem direitos subjetivos aos indivíduos. Além disto, também não são mais compreendidos somente como direitos a serem exigidos em face do Estado – tanto no sentido de abstenção como de prestação – mas como expressão de um sistema de valores válidos para todo o ordenamento jurídico (SILVA, 2005).

Diante da necessidade de eficácia dos direitos fundamentais, a fim de que eles existam no plano formal, bem como, existam no plano material, é preciso estudar acerca da efetividade do processo, buscando analisar sobre a inefetividade processual que acaba por acarretar na falta de concretização dos direitos fundamentais.

3 UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN)EFICÁCIA DO PROCESSO FRENTE A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os cidadãos quando não tem a asseguaração ou quando tem a violação de seus direitos fundamentais socorrem-se do Poder Judiciário, afinal inúmeras vezes o próprio Estado deixa de concretizar estes direitos ou até mesmo um indivíduo acaba por desrespeitá-los perante outro indivíduo.

De imediato salienta-se que “[...] processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.” (BEDAQUE, 2010, p. 49).

Outrossim, como fonte das normas jurídicas devem ser considerados dois grupos de direitos fundamentais, quais sejam, a efetividade, despontando o acesso à jurisdição, e a segurança jurídica, pois são valores instrumentais em relação à finalidade última do processo, qual seja a realização da justiça ao caso concreto. Esse acesso à jurisdição refere-se a prestá-la de maneira eficiente, efetiva e justa, por meio de um processo sem dilações indevidas ou formalismos excessivos (OLIVEIRA, 2003).

Deste modo, pode-se dizer que quando um processo existe coloca em jogo diversos direitos fundamentais, não somente aquele postulado pelo autor da demanda, como também os direitos que regulam a tramitação processual. Devendo, assim, todos estes direitos serem observados, sob pena de estar-se ferindo valores, princípios e normas constitucionais.

Diante do novo modelo de Estado – qual seja, o Democrático de Direito – existe a necessidade de concretização dos direitos. Destarte, o papel que era da política passa para o Judiciário, pois a Teoria da Constituição foi sendo tomada pelos Tribunais (LEAL, 2007).

Destarte que, como fonte das normas jurídicas devem ser considerados dois grupos de direitos fundamentais, quais sejam, a efetividade, despontando o acesso à jurisdição, e a segurança jurídica, pois são valores

instrumentais em relação à finalidade última do processo, qual seja a realização da Justiça ao caso concreto. Esse acesso à jurisdição refere-se a prestá-la de maneira eficiente, efetiva e justa, através de um processo sem dilações ou formalismos excessivos (OLIVEIRA, 2003).

Sendo que, a preocupação com temas processuais constitui condição favorável para identificar posturas que se revelam inadequadas, favorece também o formalismo de modo a empregar devidamente a técnica processual, pois não é certo desviar a atenção da real situação de direito material para o modo de como se comportam processualmente. Onde “[...] o que se postula é, portanto, a colocação do processo em seu devido lugar de instrumento que não pretenda ir além de suas funções; instrumento cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais do que instrumento.” (DINAMARCO, 2009, p. 318).

Ocorre que “[...] muitas vezes se dá mais importância ao formalismo que ao próprio direito, e esse formalismo desmedido serve mais para restringir os direitos do cidadão do que para salvaguardá-los.” (GORCZEVSKI, 2007, p. 42) e isto acaba por acarretar na inefetividade tanto do direito fundamental postulado quando do direito fundamental de ter-se um processo solucionado em segurança jurídica, celeridade e justiça.

Aparentemente pode surgir um conflito entre a concretização do direito postulado frente as garantias processuais, mas deve-se estar atento que ideia de que “[...] não há “valor” importante bastante, num ambiente democrático, para que se negue o direito de quem efetivamente o tem.” (MOTTA, 2010, p. 220).

Cumprе salientar ainda que, a efetividade não tem só registro na finalidade de tornar prestadio, mais rápido e eficaz o instrumento processual, pois que em razão das notórias deficiências da administração da Justiça brasileira, atormentada cada vez mais pela intensificação dos litígios, após o processo de redemocratização iniciado com a promulgação da Constituição de 1988, é que

[...] [se] está longe de terminar a dissonância entre o fortalecimento do contraditório pela cooperação e o seu enfraquecimento determinado pela urgência” inclusive porque “numa época em que não se pode mais aspirar a certezas, impõe-se preservar em busca do ponto de equilíbrio, porque tanto a colaboração dos sujeitos do processo quanto a efetividade mostram-se realmente importantes para que o Poder Judiciário melhor se legitime junto à sociedade civil. (OLIVEIRA, 2003, p. 241).

Infelizmente o que se percebe, e não é de hoje, é uma ineficácia como órgão de solução de conflitos justamente “[...] pela incapacidade de compreensão por parte dos magistrados no que tange à aplicação do direito, do significado e implicações da força normativa da Constituição” e isto pode acarretar uma perda de legitimidade (HESSE, 1991).

Nesta seara cabe referir a afirmação de que

[...] uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia. (HÄBERLE, 1997, p. 49).

Assim, deve haver a consideração do direito constitucional processual, a fim de conseguir dar efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, inclusive os que trazem a necessidade de concretização de um processo judicial efetivo.

Outrossim, se não há uma precisão exata quanto à norma, tem-se uma ampliação do Poder Judiciário, pois eles acabam atuando em matérias que seriam reservadas às competências dos demais poderes. Mas isto é feito a fim de garantir a concretização dos direitos e serve, deste modo, como um instrumento democrático de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente na efetividade na prestação jurisdicional, sem significar uma quebra na ordem democrática (CITTADINO, 2002).

O que se entende por efetividade do processo é eliminar as insatisfações com justiça e cumprimento do direito utilizando-se do processo como

um meio para obter-se a tutela e a concretização dos direitos fundamentais, neste sentido:

Processo efetivo não é apenas o que rigorosamente atue a vontade concreta do direito, mas o que seja capaz de cumprir bem os escopos do sistema, vistos em conjunto e compensadas certas deficiências por outras vantagens. O processo que chegue ao ideal de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto-de-vista jurídico (DINAMARCO, 2009, p. 338).

Atentos às novas exigências da sociedade moderna, bem como, observando a sobrecarga de trabalho que o Judiciário tem para solucionar uma comissão de juristas foi formada e um Projeto para ter-se um novo Código de Processo Civil, que consiga abarcar todas, ou ao menos quase todas as novas situações da sociedade brasileira, de maneira mais justa e eficaz, foi realizado e o Novo Código de Processo Civil está para ser colocado em prática. Salienta-se que “[...] o modelo de processo civil proposto pelo Projeto é indubitavelmente um modelo de processo civil cooperativo. No Estado Constitucional, o direito fundamental ao processo justo implica direito à colaboração no processo civil.” (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 72).

Há muitos anos é que se afirma a necessidade de uma nova legislação processual que consiga dar respaldo suficiente aos direitos fundamentais dos cidadãos, afinal “[...] a efetividade do processo é outro ponto fundamental nas preocupações do processualista contemporâneo.” (GRINOVER, 1998, p. 10).

E este anteprojeto corrobora com o sentido do processo, que seja: de assegurar e concretizar os direitos fundamentais, sejam eles de ordem processual ou material, uma vez que

[...] o Projeto desempenha o relevante encargo de patrocinar efetivo diálogo entre as fontes normativas do processo, sempre visando à otimização da interpretação das normas para consecução de um processo realmente idôneo para tutela dos direitos (MARINONI, MITIDIERO, 2010, p. 52).

Finalmente, pode-se concluir que:

[...] a integralidade das suas disposições e instituições (não raro, de inspiração liberal-individual-normativista) devem ser submetidas a uma sincera (e radical) filtração constitucional, de molde a permitir que o processo “atue” como aquilo que é: direito e garantias fundamentais, condição de possibilidade de acesso a uma ordem jurídica justa (constitucional e principiologicamente íntegra). É por intermédio do processo, pois, que o cidadão não só “pede jurisdição” (sic), mas verdadeiramente dela participa, concorrendo efetivamente para a adequada concretização dos seus próprios direitos (tomados em conjunto, repita-se, com a integridade do ordenamento jurídico). (MOTTA, 2010, p. 220).

Assim sendo, o processo deve atuar e servir para a garantia e a efetividade dos direitos fundamentais, afinal é por meio da atuação jurídica (resolução dos processos) que o cidadão consegue ter seus direitos concretizados e o Estado de Direito se fazer presente e efetivo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo alhures realizado cumpre tecer algumas breves considerações finais sobre este tema que a cada dia ganha maior relevância, uma vez que trata com os direitos mais inerentes dos seres humanos dentro do atual Estado, justificando, desta forma, a realização deste ensaio e a necessidade de refletir para a concretização dos direitos fundamentais.

Considerando que o constitucionalismo contemporâneo exige, e ainda bem que exige, a garantia e a efetividade dos direitos fundamentais deve-se ter em mente que o sistema jurídico deve trabalhar para que consiga dar respaldo as exigências modernas, atentos a democracia e ao Estado de Direito.

Notório os avanços relevantes na concepção dos direitos fundamentais, justamente porque eles não são mais considerados como meras declarações de princípios, são considerados como normas jurídicas que conferem direitos subjetivos aos indivíduos, sendo direitos de extrema importância para a asseguuração de uma vida digna. Além disto, são direitos a serem exigidos em face do Estado, seja por meio de abstenções ou de prestações, mas são vistos, igualmente, como expressão de um sistema de valores válidos para todo o ordenamento jurídico.

Papel de destaque ganha o Poder Judiciário, pois eles, muitas vezes, atuando em matérias que seriam reservadas às competências dos demais poderes. Mas isto é feito a fim de garantir a concretização dos direitos e serve, assim sendo, como um instrumento democrático de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente na efetividade na prestação jurisdicional.

Desta forma, a concretização destes direitos se faz latente na sociedade atual e um dos instrumentos capazes de dar respaldo a isto é o processo judicial, o qual é capaz de concretizar os direitos fundamentais postulados.

Porém, existem garantias fundamentais processuais que devem ser asseguradas e efetivas, sob pena de incorrer-se em ineficácia processual. Por isto, o processo deve atuar e servir para a garantia e a efetividade dos direitos fundamentais sem esquecer de concretizar as garantias fundamentais de um processo justo e eficaz.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BREITENBACH, Camila; KIPPER, Tatiane. A construção do constitucionalismo contemporâneo: o Estado e seus mimetismos. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *Constitucionalismo contemporâneo: desafios modernos*. Curitiba: Multideia, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direitos Constitucional. 3. ed. In: PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ; FAPERJ, 2002.

CRUZ, Luiz M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos*. Conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

GORCZEWSKI, Clovis. *Jurisdição paraestatal: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos direitos humanos na sociedade multicultural*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegirni. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais Alemã e Norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010. (Coleção Lenio Luiz Streck).

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

OS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A CONQUISTA DOS DIREITOS SOCIAIS: INCLUSÃO DE NOVOS DIREITOS

1988 BRAZILIAN CONSTITUTION'S 25 YEARS AND THE ACHIEVEMENT OF SOCIAL RIGHTS: INCLUSION OF NEW RIGHTS

Andréa Arruda Vaz*

Aline Ferreira Montenegro**

Resumo: As Emendas Constitucionais se apresentam como instrumento de reforma da Constituição, além de se apresentar como instrumento de adequação do texto constitucional à realidade brasileira. A Emenda Constitucional n. 72 de 2013 possibilitou a ampliação dos direitos e garantias dos trabalhadores domésticos, valorizando-os junto ao mercado de trabalho nacional. Esta alteração ocorreu em razão da Convenção 189 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que ao observar os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, valorizou esta relação de emprego.

Palavras-chave: Constituição Federal de 1998. Emenda Constitucional. Convenção n. 189 OIT. Trabalhador doméstico.

Abstract: Constitutional Amendments are presented as an instrument of reform of the Constitution, as well as a tool to present the adequacy of the constitutional text to the Brazilian reality. Constitutional Amendment No. 72 · 2013 allowed the expansion of the rights and guarantees of domestic workers, valuing them along to the national labor market. This change occurred because of Convention 189 of the

* Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes; Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil; Professora de Prática Real e simulada em Direito e Processo do Trabalho, Direito e processo do Trabalho; Advogada; Avenida Vereador Toaldo Túlio, 3411, São Braz, 82300-332, Curitiba, Paraná, Brasil

** Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil; Advogada; alinef_fm@hotmail.com

International Labour Organization - ILO, which to observe the principles of equality and human dignity, appreciated this employment relationship.

Keywords: *Federal Constitution of 1998. Constitutional Amendment. Convention n. 189 OIT. Domestic worker.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo apresentar uma breve análise a respeito dos direitos sociais elencados na Constituição Federal de 1988 e o Trabalho doméstico, bem como apresentar um paralelo entre a Convenção n. 189 da Organização Internacional do Trabalho – OIT e a Emenda Constitucional n. 72, promulgada em 02 de abril de 2013 (BRASIL, 2013).

A Emenda Constitucional n. 72/2013, mais conhecida pela denominação de “PEC das Domésticas”, entrou em vigor no ano em que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) completa setenta anos. Nesse viés, o presente estudo expõe uma trajetória histórica dos trabalhadores domésticos que por muitos anos permaneceu à margem da proteção legislativa, inclusive sem a participação nos direitos e garantias os trabalhadores urbanos e rurais, que contiveram seus direitos regulados pela Constituição Federal de 1988 no artigo 7º, especialmente.

Os empregados domésticos ao longo destes 70 anos de exclusão, preconceito e discriminação, que constantemente foram submetidos aos serviços mais humildes em favor das famílias, finalmente conquistam a normatização e direitos reconhecidos. A Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Arantes (2013), defende que “[...] a igualdade seria implementada de forma plena com a alteração da alínea ‘a’ do art. 7º da CLT, incluindo os trabalhadores domésticos junto aos urbanos e rurais, e a revogação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal.”

Diante da promulgação da Emenda Constitucional 72/2013 que reconheceu novos direitos aos trabalhadores domésticos, destaca-se que nada obsta o reconhecimento e deferimento de outros direitos que visem

à melhoria das condições sociais dos trabalhadores, além daqueles que já existem expressamente. O Brasil atualmente sofre certa pressão pela OIT, para a ratificação da Convenção n. 189 da OIT, o que certamente fará na sequência.

Nesse contexto, importante perceber que a adequação constitucional do Brasil vem ao encontro de uma longa lacuna constitucional e normativa, dívida essa que a nação brasileira, possui com relação aos trabalhadores dessa categoria, na sua maioria negros, semianalfabetos, enfim, uma parcela marginalizada da sociedade. Há que se ponderar que o atual contexto legislativo desenhará o futuro laboral dessa classe de trabalhadores de primordial importância ao desenvolvimento social e familiar. Trabalhadores esses que simplesmente lutavam pelo direito a igualdade de direitos, ademais a Convenção da OIT n. 100/1951 assegura que o Trabalho tem igual valor para todos, enquanto instrumento de pacificação social e relacionada à dignidade da pessoa humana.

2 DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Os direitos sociais são reconhecidamente como direitos fundamentais do homem, sendo caracterizado como liberdades positivas, ademais exige uma conduta positiva por parte do Estado, podendo realizá-las direta ou indiretamente, visando uma igualdade social entre os cidadãos.

Direitos sociais para Alexy (2008) são direitos que se o seu titular dispusesse de condições financeiras para a sua efetivação, adquiri-los-ia pelos seus próprios meios. Assim segundo o entendimento do mesmo autor, quem possuir tais meios, não seria o destinatário dos direitos sociais. Contudo, existem direitos que não se encaixam nesta teoria, como por exemplo, o direito à segurança.

Por esta razão é que o professor Silva (2010) afirma que a Constituição Federal de 1988 colocou em destaque à ordem social, que juntamente com o título dos direitos fundamentais forma o núcleo substancial do regime democrático.

Contudo, o grande problema dos direitos sociais é a sua efetividade. A Constituição de 1988 representa uma grande ruptura com o regime autoritário militar instaurado em 1964, uma vez que a mesma esta edificada sob o princípio da dignidade humana, eis que este valor se apresenta como fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição.

Visando uma maior efetividade aos trabalhadores domésticos, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 72/2013, sob o argumento de se reparar “uma “injustiça histórica” e “o fim de um resquício escravagista” (VIEIRA, 2013), nos argumentos relatora da proposta da denominada “PEC das Domésticas”, a Senadora Lídice da Mata (PSB-BA).

Nesse contexto de efetividade aos trabalhadores domésticos, estes tiveram seus direitos igualados aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, conforme análise subsequente.

2.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO E LEGISLATIVO DO EMPREGADO DOMÉSTICO NO BRASIL

A Pesquisa nacional por amostragem de domicílios (PNAD), realizada no ano de 2005 demonstrou que a categoria profissional dos trabalhadores domésticos representava 6,9% da população economicamente ativa, o que naquela época correspondia a 6,65 milhões de brasileiros.

Comparativamente, a PNAD realizada em 2011 apresentou dados parecidos, porém com uma redução de 5.627 empregados domésticos e o aumento da formalidade em 4,41% entre esse período das duas pesquisas (PESQUISA, 2011).

Os direitos e garantias do empregado doméstico ao longo do tempo foram marcados por uma separação na forma de exclusão. Ademais se percebe que embora conste do atual texto constitucional os direitos do trabalhador doméstico, este possui um tratamento diferenciado e pautado na inexistência de direitos e garantias mínimas, se comparados às demais categorias profissionais.

Ao longo do contexto histórico do trabalho doméstico se verifica uma relação de tratamento diferenciado e até mesmo discriminatório quanto ao empregado doméstico. Esse contexto de tratamento de forma diferente se estende ao trabalho, ao tratamento e por certo, a remuneração.

O Brasil, um país escravagista possuiu por muito tempo um tratamento denominado Senhorio e criados, conforme se verifica na obra de Graham, que esclarece que:

[...] embora essas categorias fossem reconhecidas por senhores e criados, os significados convencionais podiam ser revertidos ou se tornar ambíguos: para os criados, a casa podia ser um local de injustiça, punição, ou trabalho excessivo, enquanto a rua podia ser procurada como um local de maior liberdade. (LAUDERDADE, 1992).

Nesse contexto escravagista relatado pela autora, os trabalhadores domésticos possuíam como características a obediência e fidelidade. Tais para o trabalhador eram formas de dominação e os mesmos tinham o local de trabalho como um centro de injustiças. Aqui há que se ressaltar a inexistência de regulação legislativa, ou seja, período marcado por excesso de trabalho, jornadas e subordinação demasiada e uma escassez de proteção.

Já os empregadores possuíam outras preocupações relacionadas à segurança da sua prole, e enfrentavam problemas pela irresponsabilidade dos empregados, o que a mesma autora esclarece como “[...] os riscos inescapáveis de trazer criados desordeiros para os espaços ordenados da casa.” (GRAHAM, 1992).

Percebe-se que desde esse período o trabalho doméstico sempre foi pouco valorado, com traços de discriminação social. Ademais tal atividade sempre foi desempenhada por negros, analfabetos, e em geral por pessoas desprovidas de instrução e sem qualificação profissional.

A categoria dos trabalhadores domésticos, uma vez formada por pessoas conforme de classes exploradas e prejudicadas socialmente, o que no contexto laboral não é diferente, é facilmente explorada com a percepção de remunerações ínfimas e sem uma regularidade. Os empregadores sem uma legislação que lhe obrigue a garantir um mínimo necessário agem da forma que melhor lhe convém. Cabendo ao empregado tão somente trabalhar, ainda que em troca de migalhas.

As primeiras legislações vieram no ordenamento civil, a exemplo da edição do Código Civil Brasileiro de 1916 que apresentou a regulamentação de locação de serviços, o que esclarecem Pamplona Filho e Villatore (2009) que “[...] apesar da denominação civilista de locação de serviços, esse diploma legal regulou todos os contratos trabalhistas, inclusive os domésticos, até o advento da Consolidação das leis do trabalho em 01 de maio de 1943.”

Ainda nesse mesmo sentido o decreto-lei n. 16.107/1923 e decreto-lei n. 3.078/1941, com a instituição de regras atinentes a locação de serviços e com a instituição de alguns direitos, a exemplo de remuneração, período de experiência de seis meses, o que após o cumprimento o empregado teria direito ao aviso prévio de oito dias (BRASIL, 1923; BRASIL, 1919).

O último decreto ainda previa a possibilidade de rescisão do contrato de trabalho em função de atentado a honra ou integridade física, inadimplemento salarial ou ainda se houvesse descumprimentos obrigacionais pelo empregador, essas obrigações eram relacionadas ao oferecimento de local para alimentação e habitação em condições mínimas de higiene. Este último gerava o direito a uma indenização de oito dias de remuneração.

Em 1º maio de 1943 foi editada a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, regulamentada pelo Decreto-Lei n. 5.452/1943 onde em seu

artigo 7º, alínea “a”,¹ excluiu de sua incidência, o trabalhador doméstico, precarizando ainda mais o contexto laboral dessa categoria (BRASIL, 1943).

O trabalho doméstico após quase dez anos de pura ausência legislativa, voltou a ser assunto no ordenamento jurídico, em 1972, quando da edição da Lei n. 5.859, regulamentada pelo Decreto n. 71.885/1973 (BRASIL, 1972, 1973).

Em seu artigo 1º, a lei considera trabalhador doméstico como aquele prestador de serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa, à pessoa ou à família, em seu âmbito residencial.

A Lei n. 5.859/1972 assegura o direito a férias e aos direitos e benefícios previdenciários, na qualidade de segurado obrigatório. Essa lei com as alterações sofridas por meio da Lei n. 10.208/2001 (BRASIL, 2001) apresentou dispositivos que facilitam o acesso do empregador doméstico ao fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS) e seguro desemprego.

Conforme esclarece Nascimento, em 2000 o decreto n. 3.361 facultou ao empregador doméstico inscrever o empregado no regime de FGTS, o que uma vez inscrito o empregado faz jus ao benefício e o empregador tem o dever de recolhimento, inclusive da indenização quando da demissão sem justo motivo (NASCIMENTO, 2004).

Da mesma forma, a Lei n. 11.324/2006, que entre outras alterações agraciou os empregados domésticos com o reconhecimento de direitos previdenciários e trabalhistas.

A categoria de trabalhadores domésticos, com o advento da Constituição de 1988 teve seus direitos elásticos, porém ainda não em caráter de igualdade aos demais empregados, diferentemente do que aconteceu com o empregado rural, o qual foi equiparado ao trabalhador urbano.

¹ Artigo: 7º. Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando for em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: (Redação dada pelo Decreto-lei n. 8.079, 11.10.1945) a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas (BARROSO; ARAÚJO JÚNIOR, 2012, p. 821).

A Constituição social de 1988 estabelece em seu artigo 7º, parágrafo único os seguintes direitos: salário mínimo; irredutibilidade salarial, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado; férias anuais remuneradas, acrescidas do terço constitucional; licença gestante sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias, licença paternidade, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e aposentadoria.

Atualmente, fruto de longos anos de lutas da classe pela equiparação dos direitos, em 2013 foi promulgada a emenda constitucional n. 72, a qual será abordada em tópico próprio.

2.2 DIREITOS SOCIAIS CONSTANTES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A construção da proteção aos direitos e garantias fundamentais, ao longo do tempo assumem funções importantes e significativas, não só no âmbito interno dos países como internamente, face a edição de convenções e tratados internacionais que asseguram e ampliam direitos relacionados a um centro de atenções, qual seja, o ser humano.

Morais (2003) ensina que:

Os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um estado social de direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.

No Brasil a Constituição de 1988, segundo explica Mendes (2011), “[...] atribuiu significado ímpar aos direitos fundamentais.” O mesmo autor complementa que a intenção do Constituinte foi justamente atribuir esse “significado especial” aos preceitos e garantias fundamentais, o que resta demonstrado no artigo 5º da carta magna.

A Constituição da República Federativa de 1988, atual e vigente carta constitucional brasileira possui preceitos voltados ao alcance social e

fundamental. Tanto que tal carta magna é conhecida como a carta constitucional social. A Constituição de 1988 destinou um capítulo específico aos direitos sociais, conforme se observa no Capítulo II, do Título II, e, ainda apresenta um capítulo próprio aos *Direitos Sociais*. Esta separação da matéria possibilita ao jurista o estudo e visualização dos direitos sociais em ambos os capítulos (SILVA, 2010).

Para o constitucionalista e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, no que se relaciona aos direitos sociais “[...] é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão.” (MENDES, 2011).

Por sua vez, o professor Silva (2010) vai mais além ao conceituar os direitos sociais; para ele, os direitos sociais são

[...] dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Percebe-se que a Constituição brasileira no que diz respeito aos direitos fundamentais e sociais inovou quando apresenta conforme se verifica um capítulo integralmente voltado à ordem social e os qualificou como direitos fundamentais, conteúdo este do artigo 6º.

Nesse contexto, o artigo 6º quando apresenta originariamente como direitos sociais o direito a saúde, ao trabalho, ao lazer, a moradia e na forma da emenda constitucional n. 26 no ano 2000, incorporados o direito a educação, previdência e a proteção à maternidade.²

Para Alexy (2008), “[...] a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de so-

² Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 2010).

pesamento entre princípios”, ou seja, há que ponderar as necessidades do indivíduo e a disposição para assegurar tal princípio pela entidade pública.

A efetivação desses direitos demanda procedimentos institucionais e até mesmo quando da omissão remédios constitucionais. Ademais nem todos os direitos sociais descritos na Constituição e seus desdobramentos são autoexecutáveis.

Os direitos sociais, enquanto preceitos fundamentais inerentes à dignidade humana merecem atenção especial, tanto que se aborda de forma breve cada um dos itens enunciados no art. 6º, a seguir.

No que se relaciona ao direito social à Saúde ou a proteção à saúde conforme esclarece Mendes (2011): “[...] a Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde.”

Ainda o mesmo autor ensina que a Constituição brasileira de 1988 proporcionou na forma de prestação outros artigos, a exemplo dos artigos 196 e 201, dentre outros, que proporcionam efetividade ao direito à saúde. Nesse contexto, percebe-se que a saúde recebe atenção especial e uma maior valoração, e ainda assim, é assunto que demanda discussões não só legislativas, quanto judiciais em função de sua importância e amplitude.

A Constituição de 1988 também trata do Direito à Saúde nos artigos 196 e seguintes. Verifica-se nestas disposições que o Direito à Saúde é um direito positivo, uma vez que se exige do Estado e entes públicos a prestação de certas tarefas, razão pela qual o seu descumprimento dá ensejo à proposição da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista nos artigos 102, inciso I, alínea “a” e 103, parágrafo 2º, ambos da Constituição de 1988. Ainda se destaca, que a falta de efetivação pela ausência de regulamentação, autoriza o cidadão a impetrar Mandado de Injunção, conforme artigo 5º, inciso LXXI, também previsto na Constituição de 1988.

Quanto ao direito social à Alimentação incluída no rol dos direitos sociais pela Emenda Constitucional nº 64/10, decorrente de campanhas governamentais, como por exemplo, aquela liderada pelo Conselho Nacional

de Segurança Alimentar e Nutricional (Consa). Tal preceito tem como objetivo, conforme esclarece Mendes (2011) fortalecer o conjunto de políticas públicas de segurança alimentar em andamento, bem como colocar o Brasil em harmonia com os tratados internacionais dos quais é signatário.

Posteriormente à criação do Consa, publicou-se a Lei n. 11.346/2006 que estabeleceu o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN. Por esta lei o poder público juntamente com a sociedade civil organizada poderá elaborar e implementar políticas, planos, programas e ações com a finalidade de garantir o direito humano à alimentação adequada, conforme se infere do artigo 1º da presente Lei.

A adoção de programas de renda mínima, como por exemplo, o proposto pelo Senador Eduardo Suplicy no ano de 1991, o programa adotado no governo de Fernando Henrique Cardoso e, principalmente, o Bolsa Família instituído no governo de Luiz Inácio Lula da Silva, visam à satisfação deste mínimo vital.

Quanto ao direito de moradia decorrente em especial do reconhecimento da função social da propriedade, direito esse consagrado internacionalmente pelas constituições de direito em especial, as socialistas a exemplo da Constituição de Weimar de 1919 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em 1948.³

No direito constitucional brasileiro, o direito à moradia só recebeu maior relevância quando da promulgação da Emenda Constitucional 26/2000, que ampliou as competências conferindo de forma comum à União, Estado e Distrito Federal e Municípios para a promoção de progra-

³ Conforme artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: “Todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, estuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o 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.” (PORTAL BRASIL, 2009).

mas para a construção de moradia e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.⁴

Destaca-se que o direito à moradia vai além da necessidade de se ocupar uma habitação. Ademais como direito social que é o direito à moradia encontra normas e princípios que se conjugando ao princípio da dignidade da pessoa humana, juntamente com os princípios da intimidade e privacidade, prescreve que esta moradia tenha higiene e conforto, além de se preservar a intimidade pessoal e a privacidade familiar, como observa a Constituição portuguesa em seu artigo 65. Deste modo, o direito à moradia, vai além de um simples teto, mas deve ser digna e adequada proporcionando bem estar familiar.

Diante das diretrizes internacionais, as políticas sociais em geral estão voltadas ao atendimento de necessidades básicas ao ser humano, como efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, dentre elas a moradia, que no conteúdo constitucional atual, além das disposições anteriormente expostas encontra tutela constitucional e medidas de efetivação e de proteção, a exemplo da possibilidade de usucapião, declaração de domínios e outros meios assecuratórios da propriedade privada.

Inicialmente cumpre esclarecer que o direito ao Lazer, pela primeira vez tratado como direito social pela Constituição Federal em 1988, ganha novas formas de acordo com o contexto social e a época.

Atualmente o lazer está vinculado com a questão de bem estar social e qualidade de vida, tanto que diretamente relacionado à ideia de boa produção e rendimento no trabalho, além de ser uma qualidade de vida.

O lazer, segundo Gomes (2008), na antiguidade era tido como “[...] preguiça, pouca vontade de trabalhar.” Conceito esse que segundo a

⁴ A Emenda Constitucional n. 26/2000 alterou o artigo 23, IX da Constituição Federal, que passou a vigorar da seguinte maneira:

“Artigo 23: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.”

mesma autora permeou toda a idade medieval, sendo a construção e importância que o tema possui atualmente, construído ao longo dos séculos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o direito social ao lazer ganha outro enfoque e deixa efetivamente de ser considerado um elemento humano supérfluo. Neste sentido, o artigo 217, parágrafo 3º da Constituição dispõe que o Poder Público incentivará o lazer como forma de promoção social.

O conteúdo constitucional não é fruto do acaso, mas sim de demandas da sociedade na luta por políticas públicas e ações estatais que proporcionem ao ser humano a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Ao longo dos tempos percebe-se que o direito social ao lazer vai muito além de mera falta de vontade de trabalhar ou até mesmo preguiça, mas uma necessidade fisiológica e psicológica do ser humano, como medida de saúde e bem estar físico e mental.

Consequência dessa evolução dos direitos sociais “[...] tornou-se impossível analisar a concepção de lazer apresentada nos trabalhos, sem relacioná-la com outros conceitos essenciais para o entendimento acerca das políticas públicas como respostas às demandas provenientes dos direitos sociais.” (AREIAS, 2011).

Inicialmente cumpre distinguir as terminologias, quais sejam, o direito a segurança social e segurança jurídica, ademais esta se refere ao objeto de controle estatal legislativo. Tal impõe determinadas condições e requisitos para alterações legislativas, de acordo com a hierarquia e relevância do tema, assunto que não será abordado no presente artigo, conforme previsão originária do artigo 5º. XXXVI da Carta social de 1988.⁵

O direito social a Segurança é conteúdo estrutural do Estado de Direito do Brasil, ademais, conforme se verifica tal terminologia consta no

⁵ Artigo 5º. Inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

preâmbulo da Constituição Federal, logo base fundamental do Estado democrático.⁶

A segurança enquanto direito social e de medidas prestacionais pelo Estado, nos ensina Santin (2004),

[...] o Estado deve tomar medidas ativas, prestações positivas, para garantir e concretizar a ordem pública e proteção à incolumidade da pessoa e o seu patrimônio, numa obrigação de fazer, para a realização do bem-estar social, finalidade cobrada no Estado Democrático de Direito.

A constituição Federal de 1988 consagrou a seguridade social como um gênero que engloba a saúde, assistência e previdência social. Ademais nas constituições anteriores a previdência social estava inserida no bloco de direitos econômicos.

Uma vez que inserido no artigo 6º da Constituição vigente, o Direito social a previdência é autoaplicável, conforme previsão do artigo 5º, parágrafo 1º da CF, bem como se trata de cláusula pétrea conforme artigo 60, parágrafo 4º da mesma Constituição.

O direito social a Previdência é uma fonte de manifestação e concretização da dignidade da pessoa humana. Ademais é o direito social que assegura, num primeiro momento ao cidadão que verte contribuições, amparo quando em função de algum incidente sua capacidade laborativa for reduzida em função de doença ou acidente de trabalho.

Ainda tal direito social assegura o amparo à pessoa na velhice, após período de contribuições, idade e outros requisitos previstos em lei.

⁶ Constituição Federal de 1988, Preâmbulo: 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 internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

O Direito social ao Trabalho constitui um dos fundamentos do estado de direito, uma vez que o artigo 1º da Constituição Federal assim o hierarquiza.⁷ Nesse contexto, o direito social ao trabalho atualmente é para além de um simples direito social, mas constitui verdadeira expressão de Direitos fundamentais e humanos.

Embora o artigo 7º da Constituição Federal de 1988 estabeleça em seu *caput* que os direitos ali enumerados dizem respeito apenas aos trabalhadores urbanos e rurais, seu parágrafo único estende alguns direitos aos trabalhadores domésticos, que serão analisados oportunamente.

Em que pese tanto o artigo 6º quanto o artigo 7º não apresentarem normas específicas quanto ao direito do trabalho, verifica-se que aquele trata o trabalho como direito social, enquanto este apresenta normas da Constituição sobre o trabalho.

Assim, analisando os dois preceitos conjuntamente se verificam o “[...] *direito social ao trabalho* como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento também, da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III).” (SILVA, 2010).

O direito social a Proteção a maternidade e a infância decorrem em especial das lutas da mulher para assegurar a igualdade. Atualmente ainda que do ponto de vista formal, homens e mulheres são iguais perante a lei, tanto em direitos como em obrigações, conforme consta do artigo 5º, inciso I da CF/1988.⁸

Para Silva (2009), a “[...] proteção a maternidade e ao recém-nascido são formas diretas de proteção ao trabalho da mulher.” Nesse contexto a

⁷ Art. 1º, parágrafo 4º da CF/1988: 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: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

⁸ 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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

proteção à maternidade e a infância enquanto preceitos constantes dos artigos 225 e 226 da constituição federal possuem total e integral proteção do Estado.

Finalmente, quanto à assistência aos desamparados, direito social destinado a garantir o sustento de forma provisória ou permanente a quem se encontra desprovido de condições mínimas de sobrevivência.

Conforme ensina Mendes (2011), os objetivos desse direito social, citando o artigo 203⁹ da Constituição de 1988, é a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, complementando que se inclui a proteção a crianças e adolescentes carentes e assim como a integração e promoção do mercado de trabalho, em especial as minorias.

Nesse contexto percebe-se que a atual constituição federal do Brasil possui um vasto rol de direitos sociais, que em tese possuem aplicabilidade imediata, não obstante, os desafios na prática da sua efetivação, são imensos e demandam na maioria das vezes complemento legislativo, o que por vezes gera a falta de concretização de Direitos e garantias mínimas.

2.3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DO TRABALHO DOMÉSTICO

O empregado doméstico conforme se verifica, no Brasil possui uma grande discussão nos tribunais trabalhistas. Tal judicialização do tema é em função da falta de legislação para tal categoria, bem como a luta pelo

⁹ Artigo 203: A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

reconhecimento de direitos fundamentais ao ser humano e em especial aos trabalhadores.

A exemplo uma das grandes discussões a respeito da dignidade da pessoa humana, isonomia e igualdade é o direito às horas extraordinárias pelo trabalho além da oitava hora diária, direito esse previsto no artigo 7º da CF/1988 para todos os trabalhadores urbanos e rurais.

Nesse sentido a interpretação a respeito da jornada de trabalho da empregada doméstica os Tribunais brasileiros têm entendido de forma restritiva a omissão constitucional até o advento da emenda constitucional n. 72. Vejamos o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da nona região:

TRT-PR-03-12-2010 TRABALHO DOMÉSTICO. JORNADA REDUZIDA. SALÁRIO MÍNIMO PROPORCIONAL. LEGALIDADE. [...] Assim, partindo-se da premissa de que o salário mínimo é devido para quem trabalha 220 horas mensais e que a Constituição Federal determinou que o empregado doméstico deve receber o salário mínimo, mas, no mesmo dispositivo legal, excluiu-o da limitação de jornadas, não lhe concedendo o direito ao recebimento de extras, impõe-se entender que lhe foi fixada a remuneração pelo cumprimento de uma jornada mínima, sem limitação máxima, porém. Portanto, trabalhando a Obreira em jornadas reduzidas, não faz jus ao recebimento do salário mínimo integral. Recurso da Reclamante a que se nega provimento. (BRASIL, 2010).

Percebe-se do julgado acima, esse aqui utilizado como modelo para o posicionamento até então adotado pelos Tribunais no que se relaciona a jornada de trabalho do empregado doméstico.

No Brasil essa interpretação sempre foi realizada de forma restritiva e sem considerar os Direitos e garantias fundamentais ao Trabalhador, especialmente as normas de saúde e segurança do trabalho.

Aqui a ponderação que se impõe é a interpretação contrária normas mínimas de saúde e segurança as pessoas em face de uma limitação constitucional e legislativa.

Ainda a jurisprudência se manifesta da mesma forma, até a aprovação da emenda constitucional n. 72 a respeito da liberdade concedida pela Lei n; 5859/1972, no que se relaciona ao FGTS.

O Superior Tribunal do Trabalho, a respeito desse assunto, assim se manifestou em recente julgado:

RECURSO DE REVISTA. 1. FGTS. DEPÓSITOS. REGIME JURÍDICO. MUDANÇA. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS - trata-se de direito trabalhista assegurado constitucionalmente (art. 7º, III, da CF), devido pelo empregador, de forma imperativa, a todo empregado urbano ou rural (excetuando-se os empregados domésticos), inclusive quando for empregadora pessoa jurídica de direito público da Administração Pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seus serviços como empregados (art. 15, § 1º, da Lei 8.036/90). Recurso de revista não conhecido. Recurso de revista conhecido e provido no aspecto 192CL. (BRASIL, 2011).

3 A CONVENÇÃO 189 DA OIT E A EMENDA CONSTITUCIONAL NÚMERO 72

Em Junho de 2011 na 100ª Conferência Internacional do Trabalho, que aconteceu em Genebra, se avançou nas discussões a respeito do trabalho decente para a categoria dos empregados domésticos, o que culminou na elaboração da Convenção nº 189 da OIT e da Recomendação n. 201 da OIT. Cujos temas para ambas são *Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos* (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011a, p. 1).

A OIT possuía como objetivo, quando da elaboração dos instrumentos acima, a ampla e irrestrita divulgação dos mesmos, como forma de incentivar a adoção de tais medidas, uma vez que tal tema, para tal instituição é um dos grandes desafios do ponto de vista da “ação pública” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011a, p. 2).

Para a Organização Internacional do Trabalho, a nível mundial, o trabalhador doméstico está exposto a condições precárias de trabalho assim como são vítimas de violações de direitos humanos, com frequentes práticas aquém do mínimo necessário a preservação da dignidade da pessoa humana, assim como a discriminações decorrentes de raça sexo, cor, entre outras questões, que inclusive, na maioria das vezes envolve as mulheres, que de forma predominante ocupam as vagas para o trabalho doméstico.

A convenção n. 189 da OIT cita inclusive medidas adotadas pelo escritório da mesma no Brasil em 2009, em parceria com instituições de promoção a igualdade da mulher e organizações que fomentam a proteção a mulher. A exemplo de medidas a convenção em questão cita a reunião de representantes de ministérios, empregados e empregadores domésticos, como forma de se evoluir na discussão e estudo para uma melhor adequação desse segmento de trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011a, p. 3).

A convenção n. 189 da OIT busca a promoção e implementação, em suma, da igualdade dos trabalhadores domésticos com os demais trabalhadores, no contexto mais amplo possível, e com a maior quantidade de ratificações possíveis do citado instrumento.

Tal instrumento propõe entre outros princípios, à igualdade salarial, direitos a limitação de jornada, descanso semanal remunerado, proteção e medidas de saúde e segurança no trabalho, garantiam de salário mínimo, entre outros direitos fundamentais a um trabalho digno e decente (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011a, p. 9-11). Nesse sentido a recomendação n. 201 da OIT dispõe a respeito de medidas para efetivação dos preceitos contidos na Convenção n. 189 da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011b, p. 14-20).

Vale ressaltar que o Brasil embora tenha participado dos eventos promovidos pela OIT na divulgação da Convenção e promoção dos direitos nela contidos, ainda não ratificou a citada convenção.

Nesse contexto, após muitos anos de luta da classe e até mesmo, pode se dizer, de pressões no contexto internacional, ainda que o Brasil não tenha ainda ratificado a Convenção n. 189 da OIT, o Brasil, historicamente, após inúmeras discussões e até mesmo após inúmeros projetos de leis e emendas, aprovou a Emenda Constitucional n. 72 em abril de 2013. Tal emenda em suma, promove a igualdade dos trabalhadores domésticos com as demais categorias de trabalhadores.

Em 02 de abril de 2013, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 72, que estabelece a “[...] a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.” (BRASIL, 2001).

Nesse contexto e com objetivos de igualar os trabalhadores domésticos às demais categorias, a emenda constitucional n. 72 inclui aos direitos dos trabalhadores domésticos, direitos como a irredutibilidade salarial, salário mínimo nacional, jornada de trabalho, direitos a remuneração pelo trabalho extraordinário, férias acrescidas do um terço, licença e garantia de emprego a gestante, licença paternidade.

Ainda a emenda constitucional assegura o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sujeição a normas de proteção ao trabalho seguro, aposentadoria, não discriminação em critérios admissionais de pessoas portadoras de deficiência, reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho, proibição a discriminação por idade, sexo, cor ou estado civil.

Ainda, a emenda constitucional n. 72 assegura o direito a proteção ao emprego, seguro desemprego, fundo de garantia por tempo de serviço, adicional noturno, salário família, assistência gratuita aos filhos até seis anos de idade, seguro contra acidentes de trabalho e previdência social, de acordo com lei específica, conforme consta do texto agora constitucional.

A Emenda Constitucional n. 72 de 2013 é uma resposta a anos de luta da categoria de trabalhadores, pela igualdade de condições aos demais

trabalhadores. Ademais há que se ponderar que o trabalhador doméstico ao longo da história do Brasil, sempre foi tratado de forma a ser excluído do ordenamento, com poucos direitos, tanto que certamente esta emenda é um dos maiores passos da Nação brasileira, no que concerne a proteção do Trabalho doméstico.

Tal emenda não possui tão somente a capacidade de implantar e assegurar novos direitos, mas também desenhará um novo modelo de organização familiar e de admissão de empregados domésticos.

A emenda constitucional n. 72 de 2013 promoverá uma ruptura no cenário até então de exclusão e de quase que inexistência de direitos a essa categoria, para um novo momento, agora com direitos e garantias fundamentais, como qualquer outro trabalhador. Não obstante o texto constitucional apresentar um rol de direitos e garantias há que se analisar como se dará no futuro a efetivação de tais direitos e garantias.

Ao que se espera haverá um momento de transição e até mesmo de repúdio a emenda constitucional pelos empregadores, porém com o tempo e com a implementação de medidas governamentais que permitam aos empregadores a redução dos custos, por certo que a categoria de empregados domésticos encontrará o reconhecimento que necessita e merece e os empregadores, a adequação necessária para que continuem a oferecer vagas para trabalhadores domésticos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse contexto da inclusão de novos direitos e garantias constitucionais a classe de trabalhadores domésticos o Brasil permeia um momento de transição e adequação, tanto dos trabalhadores, quanto dos empregadores. Na linha de pensamento de que “[...] a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais de todas as

dimensões” (SARLET, 2012), não havendo portanto, motivação para uma diferenciação da categoria.

O estado brasileiro de um período de inexistência e lacunas legislativas imbuído num contexto social e até mesmo internacional, promovido pela OIT por meio da convenção n. 189 e da Recomendação n. 201 de 2011 aprova emenda constitucional para equiparar os trabalhadores domésticos às demais categorias profissionais.

A aprovação da emenda constitucional n. 72 de 2013 apresenta um grande avanço do Brasil na proteção a direitos e garantias fundamentais aos Trabalhadores, ademais a exclusão de determinadas categorias já não se sustenta. Essa exclusão da categoria doméstica não é exclusiva do Brasil, mas de muitos países do mundo.

A aprovação da emenda, ante ao cenário de poucos direitos, entendimento jurisprudencial pautado no texto legal escrito, ou seja, na quase que inexistência de proteção, causou impactos no contexto do empregador doméstico e na categoria de empregados, que possuem agora o medo do desligamento.

Tais conflitos sociais são inerentes a um momento de transição. Momento em que o empregado tem que aprender a ter direitos e garantias, até então presente somente em seus sonhos para um mundo melhor. Já o empregador enfrenta a crise do aumento de despesas com o empregado doméstico e as ações afirmativas no sentido de que tal normatização inviabiliza a manutenção das vagas de emprego.

Por certo que a sociedade brasileira necessita de um tempo para que cada um se acostume com o que possui no momento, qual seja, empregados a reivindicar e receber direitos e garantias e empregadores a se ajustar aos recolhimentos fiscais e previdenciários, entre outras obrigações, para que evite problemas futuros.

A emenda constitucional em questão possui ainda muitos impasses e questões que demandam maturidade social e ajustes legislativos, porém

tais podem contar com os moldes da jurisprudência que em breve delineará o futuro de uma categoria, cujo Brasil é um dos maiores do mundo em quantidade de trabalhadores domésticos empregados.

Enfim, há que se entender que direitos e garantias fundamentais não podem ser acessíveis a algumas categorias, raças ou povos, mas sim a todos os seres humanos e no Brasil não pode ser diferente. Ademais o Brasil é signatário da Convenção n. 100/1951 que assegura que o Trabalho possui igual valor a todos as pessoas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 6, 2005. Disponível em: <<http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

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

ARANTES, Delaíde Alves. Trabalho Decente para os Trabalhadores Domésticos do Brasil e do Mundo. *Revista Eletrônica – Tribunal Regional do Paraná*, v. 2, p. 43, abr. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/04/01/relatora-da-pec-das-domesticas-preve-mudanca-cultural-na-relacao-entre-empregado-e-patroao>>. Acesso em: 01 maio 2013.

AREIAS, Keni Tatiana Vazzoler. Direito social ao lazer no Brasil: análise das contribuições da produção acadêmica difundida no campo da educação física. Da constituição federal de 1988 aos dias atuais. 2011. 146 p. Dissertação (Mestrado em Educação Física)–Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2011. Disponível em: <<http://www.cefd.ufes.br/sites/www.cefd.ufes.br/files/Direito%20social%20ao%20lazer%20no%20Brasil%20an%C3%A1lise%20da%20produ%C3%A7%C3%A3o%20acad%C3%AAmica%20-%20Keni%20Areias.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2013.

BARROSO, Darlan; ARAÚJO JÚNIOR, Marco Antonio. *Vade Mecum legislação selecionada para concursos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 72, de 02 de abril de 2013. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 abr. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm>. Acesso em: 25 maio 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 64, de 04 de fevereiro de 2010. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 fev. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm>. Acesso em: 25 jun. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.078, de 10 de janeiro de 1919. Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. *Diário oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 1919. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/7AB1B857CD9B-7629032569FA0061701C?OpenDocument>>. Acesso em: 20 maio 2013.

BRASIL. Decreto n. 16.107, de 30 de julho de 1923. Aprova o regulamento de locação dos serviços domésticos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 jul. 1923. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/b2394d7e1ab9a970032569b9004e148d/fa0aacf54b-25054032569fa00760741?OpenDocument>>. Acesso em: 20 maio 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 25 jun. 2013.

BRASIL. Decreto n. 71.885, de 09 de março de 1973. Aprova o Regulamento da Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 mar. 1973. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/C416EEB68F1E1AEF-032569FA0058B83B?Opendocument>>. Acesso em: 21 maio 2013.

BRASIL. Lei n. 5859, de 11 de dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 dez. 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15859.htm>. Acesso em: 20 maio 2013.

BRASIL. Lei n. 10.208, de 23 de março de 2001. Acresce dispositivos à Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico, para facultar o acesso ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e ao seguro-desemprego. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 mar. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10208.htm>. Acesso em: 21 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de revista. 1. Fgts. Depósitos. Regime jurídico. Mudança. 6ª Turma. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Decisão em 08 jun. 2011. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19748948/recurso-de-revista-rr-84007520085090089-8400-7520085090089/inteiro-teor-104539849>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Ementa n. 1073201024900. Relator: Ubirajara Carlos Mendes. Órgão julgador: 1ª Turma. Decisão em 03 dez. 2010. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, 05 dez. 2010. Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18886630/1073201024900-pr-1073-2010-24-9-0-0-trt-9>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

GOMES, Christianne Luce. *Laser, Trabalho e Educação*. Relações históricas, questões contemporâneas. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

GRAHAM, Sandra Lauderdade. *Proteção e obediência: criadas e seus patrões no Rio de Janeiro – 1860-1910*. São Paulo: Cia das letras, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos*, n. 189, p. 1, 2011a. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/housework/doc/trabalho_domestico_nota_5_565.pdf>. Acesso em: 25 maio 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos*, n. 201, p. 14-20, 2011b. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/housework/doc/trabalho_domestico_nota_5_565.pdf>. Acesso em: 25 maio 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito do Trabalho Doméstico: doutrina, legislação, jurisprudência, prática*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2009.

PESQUISA Nacional por amostra de domicílios - 2011. IBGE. 2011. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=40>. Acesso em: 20 maio 2013.

PORTAL BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos garante igualdade social*. 2009. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/cidadania/direitos-do-cidadao/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 25 de junho de 2013.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho aplicado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

VIEIRA, Anderson. Relatora da PEC das Domésticas prevê mudança cultural na relação entre empregado e patrão. *Senado Federal*, Brasília, DF, 01 abr. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/04/01/relatora-da-pec-das-domesticas-preve-mudanca-cultural-na-relacao-entre-empregado-e-patrao>>. Acesso em: 01 maio 2013.

PARTE II

FLORESCIMENTO DOS

DIREITOS HUMANOS

E FUNDAMENTAIS NA

AMÉRICA DO SUL

A CAPACIDADE PROCESSUAL DENTRO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

Eduardo Biacchi Gomes*

George Rezende Moraes**

Resumo: O presente artigo tem por objeto a análise do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sob a perspectiva processual, de forma a questionar sobre a reforma do acesso à jurisdição dentro da Corte, com a finalidade de se possibilitar que a vítima tenha acesso direto, com a finalidade de se buscar a melhor concretização dos direitos tutelados dentro do Pacto de San José da Costa Rica, 1969. O presente artigo parte de uma análise da revisão bibliográfica, de forma a apontar para a importância de os Estados que integram o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos de garantirem a eficácia dos direitos ali tutelados e, de outro lado, a real importância atribuída à Corte Interamericana, como última intérprete do Pacto, de garantir a efetiva proteção dos Direitos Humanos, como forma de se buscar a concretização dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Corte interamericana de direito humanos. Concretização de direitos.

1 INTRODUÇÃO

A internacionalização dos direitos humanos se materializou após a Segunda Guerra Mundial, de forma a concretizar os anseios da humani-

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Estágário Pós-doutoral pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona, Espanha; Professor do Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil; Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Rua Konrad Adenaur, 442, Tarumã, 82820-540, Curitiba, Paraná, Brasil; eduardobiacchigomes@gmail.com

** Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia nas Faculdades Integradas do Brasil; Graduado em direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil; Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior; moraesr.george@gmail.com

dade, no sentido de se criar um sistema jurídico internacional para a sua proteção, especialmente nos casos da prática de crimes de crime de guerra, genocídio e lesa humanidade ou mesmo, em sentido geral, nos casos de violação aos tratados de direitos humanos.

Ante a existência da diversidade de correntes em relação aos direitos humanos, questões ideológicas e a própria polêmica (já superada) no que diz respeito ao indivíduo como sujeito de direito internacional, torna-se necessário repensar a concepção de soberania do Estado, que, em face da nova realidade mundial encontra-se relativizada, tendo em vista o surgimento de Organizações Internacionais, tratados e os próprios sistemas regionais de proteção aos direitos humanos e que, neste caso, atuam de forma a buscar a concretização dos referidos direitos.

Importante destacar que a República Federativa do Brasil ratificou do Pacto de San José da Costa Rica, assim como aceita a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por outro lado, a Comissão interamericana de Direitos Humanos é responsável pela análise e monitoramento dos casos de descumprimento das disposições contidas no Pacto de San José da Costa Rica. Igualmente, é de sua competência, receberas denúncias de indivíduos ou grupos não governamentais que o representam quanto às violações dos aludidos direitos, de forma a encaminhar e representar a vítima perante a Corte Interamericana, desde que atendidos os seus pressupostos de admissibilidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos guarda em si a função contenciosa (que é o que nos interessa abordar) com poder jurisdicional para dirimir as controvérsias que envolvam as vítimas e os Estados. Nesta problemática que o presente artigo irá se ater, de forma a examinar o acesso à esta jurisdição dentro do sistema interamericano, o qual pelo sistema atual torna-se limitado, vez que a vítima obrigatoriamente deverá ser representada pela Comissão.

O artigo questiona a possibilidade de aperfeiçoar o sistema interamericano de direitos humanos, com o intuito de garantir o acesso direto da vítima à Corte Interamericana, com o intuito de se buscar a concretização dos direitos humanos.

2 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O ACESSO À JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

Na atualidade doutrinária, não se busca mais justificar e definir o que necessariamente são os direitos humanos. Este problema recaiu basicamente no campo do direito, que busca como regulamentar e proteger tal área já devidamente orientada, estruturada e definida (SILVA, 2002, p. 105). Neste sentido, afirma Bobbio (1992):

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual sua natureza e seu fundamento, se são naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Na conceituação contemporânea dos direitos humanos, abarcada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, existe uma real necessidade de se rediscutir a sua conceituação, isso a partir da perspectiva de uma maximização na implementação e possibilidades de acesso aos direitos já positivados.

Parte-se da justificativa histórica e de uma evolução natural e necessária de se proceder uma revisão dos fatos ocorridos na 2ª Guerra Mundial, oportunidade na qual surgiu a necessidade de responder aos regimes totalitaristas de forma a coibi-los futuramente, vez que não mais poderia se preponderar frente à igualdade de todos, igualdade esta que necessitava ser formal e material.

Da concepção de proteção dos direitos humanos do pós guerra, tornou-se necessária a busca de um sistema que, cada vez mais, busque a tutela dos direitos humanos e de acordo com Comparato (1999), “As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana.”

Ressalta ainda Piovesan (2010, p. 122):

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que a lógica da destruição, em que a crueldade se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de reestruturar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte de direito. Nesse cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos.

Complemente-se com os dizeres de Lafer (1991, p. 111): “É, por essa razão, que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece.”

Dentro do contexto histórico, especialmente com a criação da Organização das Nações Unidas, materializa-se a nova realidade do direito internacional, ou seja: o indivíduo enquanto sujeito de direitos e deveres no plano internacional e detentor de personalidade jurídica internacional (TRINDADE, 2003a, p. 16).

Bobbio (1992, p. 23) categoriza a atividade internacional nos direitos humanos em três aspectos: na promoção de atividades para fomento e aperfeiçoamento dos direitos humanos no âmbito dos Estados; no cobrança e observâncias do cabal cumprimento das obrigações contraídas pelo Estado no âmbito internacional; e, por fim, quanto à criação de um sistema garan-

tista via jurisdição internacional se impondo contra a jurisdição nacional em defesa dos cidadãos.

A atividade jurisdicional é um avanço necessário para a ordem internacional, como explica Kelsen (1967, p. 327-328):

To the extent that international law penetrates areas that heretofore have been the exclusive domain of national legal orders, its tendency toward obligation or authorized individuals directly increases. To the same extent collective and absolute liability is replaced by individual liability and liability based on fault. This development is paralleled by the establishment of central organs for the creation and execution of legal norms - a development that up to now is observable only in particular international communities. This centralization applies, in the first place, to jurisdiction; it aims at the formation of international courts. In this respect the evolution of international law is similar to that of national law. Here, too, centralization begins with the establishment of tribunals.

Como visto acima, o direito internacional dos direitos humanos supera as velhas tradições do direito internacional que não reconhecia o indivíduo internacional, visto que a personalidade jurídica somente poderia ser atribuída aos Estados e organizações internacionais.

Todavia, leve-se em consideração que: “[...] *son sujetos de derecho todas las criaturas humanas, como sociedad de la ‘sociedade universal’, siendo ‘inconcebible’ que el Estado venga a negarles esta condición.*” (TRINDADE, 2003c, p. 11).

Nas palavras de Fachin (2009, p. 58),

Esse processo de internacionalização apoia-se, por sua vez, em base dual: de um lado, a restrição da soberania estatal que é justamente o Estado que passa a ser mirado como um dos principais violadores de direitos humanos; e, por outro lado, a concepção universal acerca desses direitos que deveriam ser estendidos a todos.

Essa aludida capacidade de reivindicar direitos na seara internacional, por meio de sua capacidade processual é a força motriz da realização concreta da proteção dos direitos humanos.

Con la consolidación de estos mecanismos, concediendo acceso directo a los individuos a las instancias internacionales, tornábase patente el reconocimiento, también en el plano procesal, de que los derechos humanos, inherentes a la persona humana, son anteriores y superiores al Estado y a toda otra forma de organización política, y emancipábase el ser humano del yugo estatal, siempre y cuando se mostrase éste arbitrario. (TRINDADE; VENTURA, 2003, p. 63).

Deve-se enfatizar a experiência concernente ao Tribunal de Nuremberg, 1945 e que consagrou o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional, retirando-se o confinamento da jurisdição ao exclusivo âmbito estatal, de forma a ensejar a limitação da soberania frente aos crimes cometidos por um Estado em relação aos seus jurisdicionados (COELHO, 2008, p. 50-51).

Cumprе salientar que na limitação da soberania estatal não há a prevalência ou obediência de um Estado perante outro, mas sim respeito à dignidade das pessoas como princípio fundamental e elementar da vida, tendo em vista a aplicação do princípio *pacta sunt servanda* e o primado do direito internacional frente o direito interno (artigos 26 e 27 da Convenção de Viena, 1969) (FRENEDA, 2006, p. 74).

Nas palavras de Trindade (2003b, p. 659):

Os próprios Estados vieram a reconhecer que, ademais de sua obrigação de preservar as gerações futuras do flagelo das guerras (dados que foram originalmente concebidos para a realização do bem comum), não mais podiam exercer determinadas funções públicas individualmente. [...] [Surge a necessidade] de promover maiores cooperação e coordenação internacionais, inclusive para desempenhar suas funções públicas com mais eficácia.

Destaque-se que a criação da Organização das Nações Unidas, no ano de 1945 e suas agências especializadas instaura-se um novo modelo na ordem internacional. Tem-se como meta a manutenção da paz e a segurança, estabelecendo-se também como o *standard* na proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 130).

Nas palavras da Piovesan (2010, p. 135):

A Carta das Nações Unidas de 1945 consolida, assim, o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional.

Vale destacar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Piovesan (2010, p. 142) explica que: “Busca delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais.” Afirma ainda que: “Desde seu preâmbulo [da Declaração de 1948], é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana titular de direitos iguais e inalienáveis.”

Na concepção contemporânea de direitos humanos introduzida pela Declaração de 1948, há duas características principais: a universalidade, pois a existência da pessoa é o único requisito para a aplicabilidade e

[...] podemos finalmente crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens. (BOBBIO, 1992, p. 28).

E indivisibilidade, pois todos os direitos anteriormente conquistados foram conjugados, ou seja, os direitos civis e políticos se coadunam com os direitos sociais e culturais.

Para atender as contingências e complexidade de cada cultura e povo em um âmbito espacial mais delimitado, emergem os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. O Sistema Regional de proteção dos direitos e criam um corpo normativo próprio para reger e garantir sua aplicabilidade (FACHIN, 2009, p. 249, 252).

Logo, a importância dos sistemas regionais de proteção torna-se evidentes, reafirmando-se pelas bem colocadas palavras de Trindade (1997,

p. 30): “A universalidade, no entanto, não equivale à universalidade total; ao contrário, é enriquecida pelas particularidades regionais. Cada sistema vive seu próprio momento histórico.”

3 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O ACESSO À JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos estabeleceu um aparato para o monitoramento, implementação e proteção dos direitos por ela enunciados.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos prima pela observância e proteção dos direitos humanos no continente; sejam em petições encaminhadas individualmente, grupo de indivíduos, ou ainda, entidades não governamentais (PIOVESAN, 2000, p. 28). O requisito de admissibilidade da petição conforme leciona a autora é “[...] o esgotamento de todos os recursos internos – salvo no caso de injustificada demora processual, ou legislação doméstica não prover o devido processo legal.” (PIOVESAN, 2000, p. 261).

Quanto à questão acima, Trindade (1997, p. 39-40) afirma que a Comissão tem usado técnicas processuais, a fim de evitar a pronta rejeição das petições que contenham alegações de direitos humanos, visando a presunção mais favorável a favor do reclamante. Tais técnicas incluem desde solicitações adicionais de informações, aditamento das decisões e possibilidade de posterior reabertura do caso.

Ao receber a petição, a Comissão tentará uma solução amistosa, e não o conseguindo dentro de um período de três meses, encaminhará um relatório para a Corte Interamericana de Direito Humanos. Também encaminhará se considerar que o Estado não cumpriu as recomendações proferidas pela Comissão (DULITZKY; GALLI, 2000, p. 65).

Se dentro de tal período não houver solução e não encaminhado à Corte, a comissão poderá por maioria absoluta dos membros emitir sua

opinião e conclusão, fazendo recomendações, o qual fixará ao Estado um prazo para remediar a situação. Após o prazo a comissão verificará se as recomendações foram adotadas e publicará o relatório em seu boletim anual (PIOVESAN, 2014, p. 154).

A Corte Interamericana de Direito Humanos apresenta competência consultiva e contenciosa. No plano consultivo qualquer membro da OEA pode solicitar uma opinião consultiva (parecer) da Corte quanto a interpretação do Pacto de San José da Costa Rica ou qualquer outro tratado de direitos humanos. A interpretação que a corte efetua não é imutável, mas tende-se a alterar-se conforme a mudanças e evolutivas da sociedade, o que permite a expansão dos direitos (PIOVESAN, 2014, p. 267).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) desempenha papel fundamental na proteção dos direitos humanos no âmbito do sistema Interamericano. Em 2009, havia na CIDH 14 casos em trâmite pendente análise. Em 2010 este número passou a ser de 21, demonstrando assim o aumento de grau de importância da corte, com novos casos submetidos.

Conforme artigo 61 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, os casos somente são passíveis de apreciação pela Corte se apresentado por um Estado ou pela Comissão, retirando assim do indivíduo a capacidade autônoma de apresentação perante a corte, cujas decisões têm caráter vinculante.

Cumprir destacar o avanço na possibilidade de participação da vítima no processo perante à Corte. No ano de 2001 houve uma revisão no seu regulamento e que passou a permitir (após a submissão do caso pela Comissão), que “[...] as vítimas, seus parentes ou representantes podem submeter de forma autônoma seus argumentos, arrazoados e provas perante a Corte” (PIOVESAN, 2014, p. 160), nos termos do artigo 23.1 no que segue: “Depois de admitida a demanda, as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente acreditados poderão apresentar suas petições,

argumentos e provas de forma autônoma durante todo o processo.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2003).

O artigo 44 do Regulamento da Comissão, adotado em 1º de maio de 2001, foi alterado de forma a conferir legitimidade à Comissão para submeter casos para a Corte, na hipótese de o Estado descumprir as recomendações exaradas pela Comissão.

Essa evolução merece destaque, pois, se antes a comissão poderia de maneira discricionária e com fundo decisório político não submeter os casos a corte, esta apresentação deve ser de maneira direta, dando maior tônica jurídica ao sistema (PIOVESAN, 2014).

Sem pretender debruçar sobre os diversos desafios a serem superados pela Corte, o que este trabalho presente abordar é a real necessidade de haver uma democratização do acesso do indivíduo à sua jurisdição de maneira particular e autônoma.

Nesse sentido, assim afirma Trindade e Ventura (2003, p. 8-9):

El derecho de acceso a la justicia en el plano internacional es aquí entendido lato sensu como configurando un derecho autónomo del ser humano a la prestación jurisdiccional, a obtener justicia, a la propia realización de la justicia, en el marco de la Convención Americana. En efecto, el acceso directo de los individuos a la jurisdicción internacional constituye, en nuestros días, una gran conquista en el universo conceptual del Derecho, que posibilita al ser humano vindicar los derechos que le son inherentes contra las manifestaciones del poder arbitrario, dando así un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional.

Acrescentando ainda:

[...] al reconocimiento de derechos debe corresponder la capacidad procesal de vindicarlos, debiendo el individuo peticionario estar dotado de locus standi in iudicio en todas las etapas del procedimiento ante el Tribunal [...] la cristalización del derecho de acceso directo (jus standi) de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana (o sea, a la justicia en el plano internacional) mediante la adopción de un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos con este propósito. (TRINDADE; VENTURA, 2003, p. 28).

Frise-se, porém, que não foi alterado nesta dita reformulação a possibilidade de propositura direta de uma demanda pela vítima, devendo esta ainda depender da apreciação pela Comissão e somente esta autorizada (ou um Estado parte) a demandar perante a corte.

É neste enfoque que o item seguinte pretende debruçar verificando a necessidade de reconhecimento da postulação autônoma do indivíduo tendo em vista sua condição de sujeito do direito internacional.

4 A NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA INTER-AMERICANO DOS DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos envolve Estados marcados pela e exclusão social, e que, somam-se a esse cenário, democracias em fase de consolidação, resquícios de regimes ditatórias, e uma cultura marcada pela violência e impunidade. Tais fatores impõe à América Latina um duplo desafio: romper com um legado ditatorial e consolidar o regime democrático (PIOVESAN, 2014, p. 148-149).

O acesso à jurisdição internacional sem barreiras pode ser entendido como um passo para a democratização da justiça dos direitos humanos. Se a comissão pode ser considerada com um papel levemente jurisdicional ao receber casos de indivíduos ou entidades, pode-se então concluir que a Corte ao limitar seu acesso, não possui uma função completamente jurisdicional, ensejando o déficit democrático.

Gomes (2013) constata que há um *déficit democrático mitigado*, quando não é assegurado o acesso do indivíduo nacional a tribunais internacionais.¹

¹ Em seu artigo, é feita referência aos tribunais internacional não abrangendo os protetivos dos direitos humanos, porém, negando acesso direito à corte o mesmo déficit democrático é verificado (GOMES, 2013, p. 130).

Sempre que o Estado ratifica a Convenção Americana de Direitos Humanos sua obrigação não é limitada ao âmbito de proteger e promover no âmbito interno os direitos humanos, mas sim, no escopo internacional, promover e ampliar a possibilidade de acesso dos indivíduos ao sistema (CAMBIAGHI; VANNUCHI, 2013).

Ao se reconhecer a possibilidade de petição individual, os direitos humanos podem ser concretizados quanto à sua concepção primária de proteger direitos inerentes do fato da pessoa ser humana e não subsidiários ao Estado.

O direito de petição individual deve ir além do que ocorre na sistemática americana, para reconhecer o direito de ação do indivíduo sem antes necessitar de diálogos políticos e informes de órgãos internacionais.

La cláusula pétrea de la protección internacional de los derechos humanos atinente al acceso de los individuos (derecho de petición individual, bajo el artículo 44 de la Convención Americana) a la justicia a nivel internacional, es complementada por otra cláusula pétrea, a saber, la de la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria del tribunal internacional - la Corte Interamericana - de derechos humanos.

É de se verificar os avanços alcançados pelo sistema interamericano quanto ao reconhecimento da proteção do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional, destacando os seguintes fatos presentes na convenção americana:

En lo que concierne a las disposiciones convencionales relevantes, podría destacar las siguientes: a) los artículos 44 y 48(1) (f) de la Convención Americana se prestan claramente a la interpretación en favor de los individuos peticionarios como parte demandante; b) el artículo 63(1) de la Convención se refiere a “parte lesionada”, la cual sólo puede significar los individuos (y jamás la CIDH); c) el artículo 57 de la Convención señala que la CIDH “comparecerá en todos los casos ante la Corte”, pero no especifica en qué condición, y no dice que la CIDH es parte; d) el propio artículo 61 de la Convención, al determinar que sólo los Estados Partes y la CIDH pueden someter un caso a la decisión de la Corte, no habla de “partes”; e) el artículo 28 del Estatuto de la Corte señala que la CIDH “será tenida como parte ante la Corte” (o sea, parte en un sentido puramente procesal), pero no determina que efectivamente “es parte”.

A possibilidade de acesso direito da vítima à uma jurisdição internacional não é somente necessária, mas imprescindível para dar as partes equilíbrio de armas no âmbito processual:

El derecho de acceso a la justicia internacional debe hacerse acompañar de la garantía de la igualdad procesal de las partes (equality of arms/égalité des armes), en el procedimiento ante el órgano judicial, elemento esencial a cualquier mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos, sin el cual estará el mecanismo en cuestión irremediamente mitigado. (TRINDADE, 2003c, p. 35).

A evolução aqui demonstrada como necessária, aponta para a necessidade de reconhecimento do acesso direito do indivíduo à jurisdição internacional, qual seja, a Corte Interamericana de direitos humanos.

Em comparação ao Sistema Europeu, esse esperou 48 anos desde a adoção e entrada em vigor da Convenção Europeia de Direitos Humanos, até a superação de dogmas arcaicos e o reconhecimento via protocolo facultativo n. 11 para o reconhecimento do acesso direito do sujeito à Corte (TRINDADE, 2003c, p. 21).

Não se deve, entretanto, deixar de lado a consequência do aumento da possibilidade de acesso à jurisdição internacional no âmbito da SIDH, qual seja o aumento de número de casos. Uma mudança desta natureza afetaria sobremaneira a acumulação de demandas levando à barreira na concretização eficiente da promoção da justiça, refletindo a Corte os problemas experimentados pelos países: a demora do procedimento (CAMBIAGHI; VANNUCHI, 2013, p. 68).

A possibilidade de participação da suposta vítima, dos seus familiares e dos interessados em todo o processo na Corte é consequência lógica do procedimento adotado neste sistema, porém, um passo à frente no reconhecimento da capacidade processual autônoma é o necessário para garantir de melhor efetividade na proteção dos direitos humanos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início, cumpre destacar que apesar da perspectiva aqui apresentada quanto a necessidade de aprimoramento do sistema quanto ao peticionamento individual, não se deve qualificar o referido sistema como falho ou incompleto, ao contrário, a comissão e a corte atuam de maneira incontestavelmente eficiente quanto a proteção dos direitos humanos.

O Sistema Interamericano vem ao longo da sua existência observando a proteção do sujeito desde sua criação, aprimorando seu regulamento para garantindo ao menos a participação da suposta vítima ou familiares, do curso do processo, podendo se manifestar e fazer requerimentos, abrangendo então um tripé de partes processuais.

Contudo, o que resta demonstrado aqui é que os avanços ainda são insuficientes quando está em jogo a proteção do indivíduo em sua dignidade, no momento em que para ter acesso à uma jurisdição internacional de proteção, deve-se passar anteriormente pelo crivo deliberativo da Comissão.

O reconhecimento da jurisdição internacional como instancia apta a resolver conflitos se dá medida que há uma democratização no acesso à justiça internacional.

Mais do que a observância da pessoa enquanto sujeito internacional no âmbito dos direitos humanos, o aperfeiçoamento da sistemática regional de proteção é de grande valia principalmente para a consolidação da democracia e da cidadania no espaço latino.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMBIAGHI, Cristina Timponi; VANNUCHI, Paulo. Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer. *Lua Nova*, São Paulo, n. 90, set./dez. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000300006>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DULITZKY, Ariel E.; GALLI Maria Beatriz. A Comissão Interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos In: GOMES, Luiz de; PIOVESAN, Flávia (Org.). *O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FRENEDA, Eduardo Gomes. Da internacionalização dos Direitos humanos e da Soberania compartilhada. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Tradução Max Knight. Los Angeles: University of California Press, 1967.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos In: GOMES, Luiz de; PIOVESAN, Flávia (Org.). *O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Fundamentando os Direitos Humanos: um breve inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección*. 2. ed. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003a.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003b.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Las Cláusulas Pétras de la Protección Internacional del ser Humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intagibilidad de la jurisdicción oblgigatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos*. In: *El Sistema Interamericano de protección de Los Derechos en el umbral del siglo XXI*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003c.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; VENTURA Robles, Manuel E. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Rodrigo Espíuça dos Anjos Siqueira*

Rosane Todescatt Nottar**

Resumo: Este artigo aborda o rol de direitos assegurados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, dentre eles, os direitos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos. No decorrer do estudo, apresenta-se o posicionamento de alguns autores em relação aos direitos conferidos em Acordos e Tratados Internacionais, bem como a falta de proteção desses direitos pelo Estado. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, analisa-se a prática da proteção indireta dos direitos humanos fundamentais sociais através do caso concreto julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito de redução no valor de pensão devido a cidadãos peruanos. Este estudo indica ainda os caminhos práticos para a interposição de petição perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Justiça Internacional. Direitos Fundamentais Sociais.

1 INTRODUÇÃO

O sistema Interamericano de Direitos Humanos, com base nos direitos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, procura assegurar e garantir a dignidade da pessoa humana. Esses direitos protegidos pela Convenção Interamericana são meios de assegurar às pessoas que

* Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Advogado Militante; Professor de Graduação e Pós-graduação nas Faculdades Anglicanas de Erechim e Tapejara, RS; Avenida Sete de Setembro, 44, Centro, 99700-000, Erechim, Rio Grande do Sul, Brasil; espiuca@yahoo.com

** Mestranda em Direitos Fundamentais Sociais na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Integrante do Grupo de Pesquisa Mecanismos de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Getúlio Vargas, 956 S, Centro, 89812-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

sofreram violação em seus direitos a garantia de seu gozo e reparação dos danos sofridos. O amparo legal para garantia de tais direitos encontra-se nos Acordos e Tratados Interamericanos de Direitos Humanos. Quando lesados os direitos humanos, o acionamento jurídico internacional devera ser utilizado, principalmente diante da ineficiência do Estado em garantir a defesa perante a ação de particulares, ou mesmo pelas violações perpetradas pelo próprio Estado ou por seus agentes (BENVENUTO; SILVA, 2011, p. 483).

Nem todos os direitos estatuídos nos Tratados Internacionais são acolhidos, da mesma forma que os direitos humanos, bem como protegidos internamente no sistema jurídico dos países membros. Neste estudo, será apresentado um caso concreto, apesar da negação do Direito pelo Estado Peruano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece o direito à Previdência, especialmente, em relação a pensões negadas aos peticionantes, em recursos judiciais internos, em última instância do Poder judiciário.

Em virtude de alguns direitos não estarem especificamente previstos nos acordos, a Corte, por vezes, baseia-se em direitos semelhantes, portanto, fundamentais para assegurar a dignidade da pessoa humana, utilizando-se da analogia. Como a reivindicação do direito à previdência (pensões) enquadra-se na categoria de direitos sociais e está presente no ordenamento jurídico como direito fundamental, tanto em âmbito nacional como internacional, justifica-se a sua proteção. Nesse sentido, Hohnerlein (2003, p. 264) enfatiza que, mesmo com a obrigatoriedade jurídica de alguns instrumentos, no caso das declarações, estas não possuem caráter juridicamente vinculante, pois não têm o condão de impor aos países adotantes dos acordos nenhum dever de ação imediata.

Assim, torna-se necessário acionar outros órgãos competentes quando negados tais direitos pelo Estado, especialmente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esta tem a função de avaliar o caso e, se necessário, encaminhar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, para julgar o litígio. Portanto, serão demonstrados passos para o encaminha-

mento à Justiça Internacional, bem como, apresentadas formas que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem utilizado para proteger os direitos dos cidadãos, sob a égide da Convenção Americana dos Direitos Humanos. Esta por sua vez, considerada a principal e mais importante fonte de direitos Humanos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por reconhecer inúmeros direitos dentre eles, o direito à vida; o direito à integridade pessoal; o direito à liberdade pessoal; o direito às garantias judiciais; o direito à proteção da honra e da dignidade da pessoa, entre outras (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos deve promover a observância e proteção dos direitos humanos na América Latina. No exercício de sua função, compete à Comissão fazer recomendações aos Estados-Partes, estimulando a adoção de medidas para a proteção de direitos, e solicitando aos governos informações relacionadas com a implementação dos direitos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Enquanto a Corte Interamericana como um órgão judicial autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), tem como objetivo interpretar e aplicar a Convenção Americana e outros Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Tem competência consultiva e contenciosa (PIOVESAN, 2012, p. 130-146).

Para o ingresso de uma petição na Corte Interamericana, é necessário o esgotamento dos meios internos de satisfação dos direitos, ou a comprovação de que os instrumentos jurídicos nacionais são incapazes de prover à prestação jurisdicional contra a violação de direitos humanos contidos nos instrumentos internacionais de proteção e garantia de direitos. Em caráter procedimental, qualquer petição deve primeiro ser apresentada à Comissão, que exercerá o juízo de admissibilidade, em conformidade com o artigo 46 da Convenção, sendo possível que Estados ou particulares apresentem petições à Comissão. Dentre os principais requisitos de admissibilidade estão o esgotamento prévio dos recursos internos ou injustificada demora

processual, e a inexistência na legislação interna do Estado-Parte da previsão do devido processo legal.

Após o recebimento da petição, a Comissão exerce o juízo de admissibilidade e, se considerada admissível, a Comissão buscará informações com o Estado denunciado, ouvirá os denunciantes, testemunhas, bem como, o próprio Estado denunciado. Considerando pertinente a denúncia, fará recomendações ao Estado denunciado, caso este Estado não cumprir as recomendações a Comissão poderá encaminhar a petição à Corte, para fins de julgamento. Assim, para que denúncias cheguem à Corte, torna-se necessário que sejam esgotados os recursos judiciais internos, quer dizer, ter uma decisão em última instância do Poder judiciário, com a comprovação do descumprimento de proteção ao direito ou violação perpetrada pelo Estado. Não há necessidade de representação por advogado, para apresentação da petição à Comissão. Porém, é exigida a redação em idiomas oficiais: espanhol, francês, inglês ou português. Todos os procedimentos são efetuados sem custas judiciais (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2003).

Para entendimento e compreensão sobre o funcionamento do Sistema Interamericano e seus órgãos de proteção aos direitos humanos, será analisado o caso que ficou conhecido como “*Cinco Pensionistas*” Vs. Peru foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 28 de fevereiro de 2003, tendo sido protocolado sob o número 12.034, em 16 de julho de 1998. Dentre os pedidos estavam: Indenização, a título de danos morais, pela violação dos Direitos Humanos através de drásticos cortes nas pensões dos autores, chegando até 80% (oitenta por cento) de redução; efetividade no cumprimento de sentenças emitidas pela Suprema Corte de Justiça do Peru, em 1994; efetividade no cumprimento de sentenças emitidas pelo Tribunal Constitucional do Peru, em 1998 e 2000; O pagamento das diferenças dos valores das pensões não pagas desde 1992; e, a anulação retroativa do artigo 5º do Decreto-Lei 25.792, de 23 de outubro de 1992 que efetuava os cortes em até 80% (oitenta por cento) nos valores das pensões pagas aos

autores até então (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2003).

Os fundamentos jurídicos dos pedidos foram violações aos artigos 1º, 2º, 21, 25 e 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Os juízes reconheceram as violações aos direitos humanos dos denunciantes e condenaram o Estado Peruano a restituir os valores não pagos, bem como concederam indenizações pela violação sofrida. Os principais argumentos utilizados pela Corte, para afirmar a violação dos direitos humanos foram: a) o Direito à propriedade privada (item 90, “a” e “b”); b) o Direito à proteção judicial (item 122, “e”); e, c) o Direito ao desenvolvimento progressivo (item 142, “a”, “b” e “c”), pois os juízes entenderam que os valores concedidos a título de pensão passaram a integrar o patrimônio jurídico dos denunciantes, constituindo-se em verdadeiro direito adquirido e, por isso, não poderia o Estado, de maneira arbitrária e injustificada, realizar cortes drásticos nos valores percebidos por eles, sob pena de violar o direito à propriedade privada, à proteção judicial e ao desenvolvimento progressivo, uma vez que reduzir seu *status* financeiro adquirido constituiria em verdadeiro retrocesso no desenvolvimento pessoal (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2003).

2 CONCLUSÃO

Entende-se que os direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos devem ser respeitados. Diante disso, independente de os direitos não estarem contemplados em leis internas, devem contar com proteção. Ao ratificar a Convenção Americana, o Estado do Peru assumiu o compromisso de respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana. Percebe-se que mesmo sendo os direitos humanos universais, sua proteção necessita de mecanismos procedimentais para sua implementação, seja em âmbito nacional

ou internacional. Portanto, na falta de proteção pelo Estado, o acionamento jurídico internacional deverá ser utilizado para intervir nas violações.

Neste caso, “Cinco Pensionistas Peruanos”, evidenciou-se resistência por parte do Estado no comprometimento com normas relativas à proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Mesmo assumido o compromisso de proteção quando na ratificação de instrumentos internacionais, não levou a sério a importância desses direitos que, conforme exposto, feriu o princípio da dignidade humana reconhecido pela Convenção Americana, a qual é considerada a principal e mais importante fonte de Direitos Humanos no âmbito do Sistema Interamericano.

Nesse sentido, a Corte Interamericana, através da utilização de hermenêutica, garantiu a proteção dos direitos sociais, uma vez que o direito à previdência não está consagrado na Convenção. Em específico no caso dos pensionistas peruanos, utilizou-se dos direitos à proteção judicial, à propriedade privada e ao desenvolvimento progressivo. Desta forma, a Corte pôde restituir às vítimas seus direitos e ainda conceder indenização pela violação sofrida. A partir do caso, conclui-se que, para a efetivação e concretização dos direitos humanos, é necessário o uso de todas as armas legais e hermenêuticas à disposição, na direção do reconhecimento da dignidade humana e garantia dos direitos fundamentais a todas as pessoas.

REFERÊNCIAS

BENVENUTO, Jayme; SILVA, Rodrigo Deodato de Souza. Normas e decisões do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: aproximações comparativas em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglass (Org.). *A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais – desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sistema de Petições e Casos*. Folheto Informativo – OEA, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentença do processo 12.034*. 2003. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia#>>. Acesso em: 18 set. 2013.

HOHNERLEIN, Eva Maria. A proteção internacional dos direitos fundamentais sociais na Europa: a carta social e a convenção de direitos humanos do conselho da Europa. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

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

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena*. 1993. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento 1986*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://unicrio.org.br>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRINDADE, José Damião de Lima. *Anotações sobre a história social dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 22 mar. 2011.

PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO: A INDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: PANORAMA GERAL

PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM: INDUCTION OF PUBLIC POLICY BY INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: OVERVIEW

Simone Andrea Schwinn*

Resumo: A história do Estado moderno, com a adoção de Constituições democráticas, que privilegiam direitos considerados fundamentais para os indivíduos, traz consequências práticas para o mundo político. Nesse momento, surgem as discussões acerca da intervenção dos Poderes constituídos nas competências e searas operacionais, e porque não, políticas, uns dos outros. Os Tribunais Internacionais têm protagonizado uma experiência concreta de relativização da soberania estatal, uma vez que suas decisões têm servido para impor aos Estados deveres que vão além reparação financeira direta às vítimas e/ou seus familiares, fazendo com que implementem políticas públicas que beneficiem a toda uma coletividade. Dúvidas sobre se esta atuação é ativista ou extrapola as atribuições dos Tribunais vem à tona. Assim, o presente trabalho em um primeiro momento, fará alguns apontamentos sobre a evolução estatal e a soberania enquanto conceito que se encontra relativizado, para, posteriormente abordar a criação e atuação

* Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul; Membro dos Grupos de Pesquisa: “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Professora Pós-doutora Mônia Clarissa Hennig Leal, “Direitos Humanos”, coordenado pelo Professor Pós-doutor Clóvis Gorczewski e “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela Professora Pós-doutora Marli M. M. da Costa, todos vinculados ao Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul; Av. Independência, 2293, 96815-900, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil; ssimoneandrea@gmail.com

da Corte Interamericana de Direitos Humanos e finalmente, traçará um panorama geral sobre a indução de políticas públicas a partir das decisões da Corte. Trata-se de um trabalho de natureza bibliográfica, resultado das primeiras pesquisas sobre o tema.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Sistema Interamericano. Soberania estatal. Tribunais Internacionais.

***Abstract:** The history of the modern state, with the adoption of democratic constitutions that privilege rights considered fundamental to individuals, has practical consequences for the political world. Right now, there are discussions about the intervention of the Powers made operational skills and cornfields, and why not, policies, each other. International Tribunals has played a concrete experience of relativization of state sovereignty, since its decisions have served to impose on States obligations that go beyond direct financial compensation to victims and / or their family members, causing implement public policies that benefit all a collectivity. Doubts about whether this action is an activist or surpasses the powers of the courts comes up. Thus, this paper at first, make some notes about the evolution and state sovereignty as a concept that is relativized to subsequently address the creation and performance of the Inter-American Court of Human Rights, and finally will provide an overview on the induction of public policies from the Court's decisions. This is a bibliographic nature, a result of the early research on the subject.*

***Keywords:** Inter-American Court of Human Rights. Fundamental Rights. Public Policy. Inter-American System. State sovereignty. International Tribunals.*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A humanidade, ao logo de sua história, tem passado por processos de conquista de direitos, que alteram a própria concepção de Estado, democracia e justiça. Uma vez que no Estado moderno é o contrato social – representado pela Constituição - que compromete politicamente Estado e sociedade civil, a função desempenhada pelo Estado perante a sociedade também se transforma. Da preocupação com a segurança pública e a defesa externa, passa a ter como finalidade também a promoção

do bem estar social, sendo que para tanto, precisa ampliar seu campo de ação, atuando em diferentes áreas, como educação, saúde, direitos das minorias, meio ambiente.

O Estado Democrático de Direito está de tal forma organizado que passa aos cidadãos a ideia de uma maior aproximação da população com os governantes, o que pode se efetivar de diferentes maneiras, na participação direta de entidades, junto ao parlamento, ou por meio da democracia representativa. No entanto, não raro, esta forma de organização carece de efetividade, uma vez que o processo de construção e desconstrução é permanente.

Diante do fenômeno de “remodelação” constante do Estado e do seu papel junto à sociedade, vem à tona a questão da proteção aos direitos humanos e fundamentais dos indivíduos, que acaba por ultrapassar os limites dos Estados nacionais, alcançando uma dimensão internacional. Assim, para promoção e proteção destes direitos, surgem organizações internacionais, com poderes de ação naqueles Estados que se submetem a sua jurisdição. Neste sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, tem obtido sucesso em vários momentos, quando, impõe aos Estados um dever de reparação às vítimas de abusos aos direitos fundamentais, além de induzir estes mesmos Estados a criarem políticas públicas que atendam a uma coletividade.

Diante destas notas introdutórias, tem o presente trabalho por objetivo, em um primeiro momento, tratar da evolução do Estado e de sua responsabilidade para com seus nacionais, seguido de uma breve análise acerca da noção de soberania estatal que caminha ao lado desta evolução. Ainda, analisará a criação e evolução dos Tribunais Internacionais, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para, finalmente, apontar de que forma as decisões emitidas por esta Corte, tem o condão de induzir a criação de políticas públicas em âmbito nacional.

2 EVOLUÇÃO ESTATAL E SOBERANIA: ALGUNS APONTAMENTOS

Diferente dos modelos estatais do passado, o Estado moderno, que, segundo Streck e Moraes (2001, p. 24) surge na Europa no século XV, apresenta autonomia e soberania plenas, onde sua autoridade independe de outra autoridade. Outra característica desta nova fase estatal aparece no século XVII, na Inglaterra, com a “distinção entre o Estado e a sociedade civil”, quando “[...] o Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja a expressão desta.” (STRECK; MORAIS, 2001, p. 25). Por fim, os autores chamam a atenção para uma terceira característica do Estado moderno em oposição ao estado medieval: enquanto este era essencialmente patrimonial, aquele apresenta uma identificação entre estado e monarca, que é quem representa a soberania estatal.

Leal, Gorczewski e Silva Júnior (2007) observam que a evolução da história estatal deriva de diferentes teorias, como a *Teoria da Origem Contratual do Estado*, que, presente nas obras de filósofos como Aristóteles e Epicuro, ganha relevo com o iluminismo. Esta teoria deriva da ideia do *estado de natureza*, onde, mesmo sendo o homem o legítimo detentor de sua vida e liberdade, ele não possuía de segurança para proteção pessoal e patrimonial. “Assim, o Estado é criado, por força da razão, através de um ‘contrato’ entre os homens.” (LEAL; GORCZEWSKI; SILVA JÚNIOR, 2007, p. 15).

Já a *Teoria da Origem Violenta do Estado*, traz que o Estado é fruto da violência e da força, onde os mais fortes dominam os mais fracos. Destacam-se aqui pensadores como Ward e Oppenheimer, para quem o Estado é fruto da conquista de um grupo sobre outro, com vistas a seu domínio. Ainda, há a *Teoria da Formação Natural do Estado*, onde a origem do Estado teria início nas sociedades antigas, “onde a autoridade de um chefe ou de um conselho de anciões se consolidou e começou a dirigi-la permanentemente, ali se formou originariamente um Estado (LEAL; GORCZEWSKI; SILVA JÚNIOR, 2007, p. 15).

Autores modernos defendem teorias como a *Teoria da Formação Histórica do Estado* e a *Teoria da Formação Jurídica do Estado*. No primeiro caso, historicamente os Estados se formam a partir de três modos: o *Modo Originário*, quando a formação do Estado “se confunde com sua própria formação social”, efetivando-se quando um território não pertencente a nenhum Estado, através de sua população se organiza politicamente, de forma espontânea ou por forças sociais, como no caso de Roma e Atenas (LEAL; GORCZEWSKI; SILVA JÚNIOR, 2007, p. 16).

O *Modo Secundário*, que pode surgir a partir da divisão de um Estado, permitindo a formação de outros Estados, “[...] ou quando dois ou mais Estados se unem para formar um novo Estado.” O terceiro modo, é o *Modo Derivado*, fruto da colonização por outros Estados (caso dos Estados americanos e africanos, colonizados por países europeus). No que tange a Teoria da Formação Jurídica, para os adeptos dessa corrente, o Estado tem origem no “momento em que é provido de uma constituição.” Assim, é a partir do reconhecimento do Estado pelos demais Estados, que ele nasce juridicamente (LEAL; GORCZEWSKI; SILVA JÚNIOR, 2007, p. 17).

Seja qual for a teoria utilizada para explicar a evolução do Estado, é preciso reconhecer que não há uma perfeita, uma vez que todas trazem elementos importantes, mas desconsideram outros. Assim, uma teoria somente, não explicaria o surgimento do Estado, mas sim, os diferentes elementos de cada uma.

Outro tema relevante, que sempre vem à tona em estudos sobre a evolução estatal e sobre o papel do Estado, é a soberania. Dallari (1987, p. 63) lembra que o conceito de soberania é teoricamente afirmado desde o século XVI, sendo uma das bases da ideia de Estado Moderno.¹ Observa ainda o autor que, não há uma unicidade teórica no que diz respeito ao

¹ A soberania é tratada teoricamente pela primeira vez por Jean Bodin, na obra *Les Six Livres de La République*, em 1576.

conceito de soberania, sendo que algumas teorias a classificam enquanto um “poder do Estado”, ao ponto em que outras a entendem como uma “qualidade do poder do Estado” (DALLARI, p. 67).

Procedendo a uma síntese de todas as teorias formuladas, o que se verifica é que a noção de soberania está sempre ligada a uma concepção de poder, pois mesmo quando concebida como o centro unificador de uma ordem está implícita a idéia de poder de unificação. O que nos parece que realmente diferencia as concepções é uma evolução do sentido eminentemente político para uma noção jurídica de soberania. Concebida em termos puramente políticos, a soberania expressava a plena eficácia do poder, sendo conceituada como *o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências*. [...] Uma concepção puramente jurídica leva ao conceito de soberania como *o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas*, vale dizer, sobre a eficácia do direito. (DALLARI, 1987, p. 67-68, grifo do autor).

Pela primeira concepção apontada, a política, Dallari (1987, p. 68) afirma que a soberania é baseada apenas no poder do mais forte, o que estimula um “verdadeiro egoísmo entre grandes Estados”, uma vez que estes se consideram soberanos, mas só agem como tais, os que tem força para impor sua soberania. Já na segunda concepção, a jurídica, o autor observa que, mesmo sendo uma expressão de poder, este poder é usado para fins jurídicos, onde se parte do pressuposto de que todos os atos dos Estados estão submetidos a um “enquadramento jurídico”, sendo que não há Estados mais fortes ou fracos, uma vez que a noção de direito é a mesma para todos.

Dallari (1987, p. 68) aponta para a concepção de Estado defendida por Miguel Reale, que é a política, onde a soberania se apresenta como “o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência.” Desta forma, a soberania é a expressão dos fenômenos sociais, políticos e jurídicos do Estado, com vistas ao bem comum.

Streck e Morais (2001, p. 130) asseveram que a soberania se caracteriza historicamente como um poder

[...] juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível.

Inobstante a essas características, observam os autores que, com o desenvolvimento dos Estados e do próprio direito internacional, o conceito de soberania como poder absoluto do Estado, acaba se relativizando. Assim, atualmente, falar em soberania como um poder irrestrito, é algo ultrapassado, uma vez que a própria noção de democracia estatal implica em uma vinculação do Estado ao conteúdo da democracia e às implicações decorrentes, como “[...] controles públicos, limites procedimentais, garantias cidadãs, etc.” (STRECK; MORAIS, 2001, p. 131).

Cabe recordar que, a história do Estado é a história dos homens, sendo que

[...] dos poderes humanos o maior é aquele que é composto pelos poderes de vários homens, unidos por consentimento numa só pessoa, natural ou civil, que tem o uso de todos os seus poderes na dependência de sua vontade. É o caso do poder de um Estado. (HOBBS, 2003, p. 76).

Mas este Estado deve ser instituído pela vontade soberana do conjunto do povo, que atribui a um homem, ou conjunto de homens, o direito de representar a todos. Assim, instituído o Estado, cabe a ele a busca pela paz e a proteção dos homens uns contra os outros (HOBBS, 2003, p. 148-149).

Wolkmer (2000, p. 76) lembra que na concepção de Kelsen, o Estado apresenta-se enquanto organização política, com vistas à “[...] regulamentação da força em uma formação social determinada”, papel que vai além da manutenção e coesão, cuja força está amparada em uma ordem repressiva apoiada pela incidência jurídica. Assim, “[...] o Estado legitima

seu poder pela segurança e pela validade oferecida pelo Direito, que, por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado pelo Estado.”

Böckenförde (2000, p. 47) alerta que a democracia, como forma de Estado e de Governo, vincula-se ao princípio da soberania popular, onde o poder do Estado deve estar de tal forma articulado, que tanto sua organização, quanto seu exercício provenham sempre da vontade do povo, ou possam a ele ser atribuídos. Neste sentido, o Estado, enquanto *res publica*, deve estar a serviço do interesse comum de todos os indivíduos, sendo este seu fundamento (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 19).

Hodiernamente, o Estado está de tal forma organizado que passa aos cidadãos, a ideia de uma maior aproximação da população com os governantes, o que pode se efetivar de diferentes maneiras: seja na participação direta de entidades representativas (associações, entidades, profissionais ou órgãos sociais) junto ao parlamento, seja em eleições para escolha de representantes do Poder Executivo e Legislativo. A esse fenômeno, denominado democracia ou Estado Democrático de Direito, faltam elementos que o tornem efetivo, uma vez que ainda se encontra em construção (NUNES, 2004, p. 104).

Uma das discussões que vem à tona é a questão da efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que se trata de um conjunto de garantias aos indivíduos, cuja finalidade principal é a dignidade humana, através de sua proteção contra abusos do Estado, além do estabelecimento de condições mínimas, porém essenciais de vida e desenvolvimento humano.

Assim, a partir da ideia de que todas as pessoas fazem jus a um conjunto de direitos políticos, civis, sociais, econômicos e culturais por parte do Estado, sendo estes direitos inalienáveis e imprescritíveis, cabe o questionamento sobre a efetividade desses direitos. Esta, na maioria das vezes, se dá pela criação e implementação de políticas públicas, mas, não raro, o Estado não garante a seus nacionais a garantia integral desses direitos, e aí, entram em cena, os tribunais internacionais, cujo objetivo é “forçar” os Estados a efetivar tais direitos.

É o caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos, adotada pelo Pacto de São José da Costa Rica e, em conjunto com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, constitui-se como um dos principais mecanismos de monitoramento de implementação de direitos humanos das Américas.

2 OS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS: A CRIAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Desde a mais remota antiguidade, a guerra esteve presente entre os povos, como forma de defesa de seus interesses. A regulamentação de um direito de guerra pode ser tida como um dos marcos do desenvolvimento do Direito Internacional, uma vez que, seus princípios e normas, estabelecidas ao longo do tempo, compuseram o marco inicial disciplinar na esfera internacional, de relações entre diferentes Estados (ANDRADE, 1990, p. 230).

Einstein, certa feita, em carta enviada à Freud, fez a seguinte pergunta:

Existe alguma forma de livrar a humanidade da ameaça de guerra? Ao que Freud responde, de forma talvez pessimista- que, é da natureza humana resolver os conflitos pelo uso da violência, o que, com o decorrer do tempo se agravou, na medida em que a força muscular foi substituída pelo uso de instrumentos, como as armas. (EINSTEIN; FREUD, 2014).

Mas, para além de uma tentativa de regulamentação de um direito de guerra, cabe a reflexão sobre como a humanidade tem lidado com as consequências das graves violações a direitos humanos, patrocinados tanto em tempos de guerra, quanto em tempos de “paz”.

Mesmo ante todo um aparato legal, criado especialmente após a Segunda Guerra Mundial, iniciado com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, conflitos não deixaram de ocorrer, muito menos as violações aos direitos humanos e fundamentais dentro dos Estados. Assim, para maior efetividade dos Direitos Humanos, reconhecidos na esfera inter-

nacional, que também integram o rol legislativo interno dos Estados, foram criados sistemas de proteção a esses direitos, tanto na esfera global, quanto regional, possibilitando o exercício de uma jurisdição supraestatal, com atuação complementar e subsidiária à jurisdição interna dos Estados (SANTOS, 2013, p. 233-249).

Leal (2012, p. 40) aponta que a ordem jurídica internacional surge em forma de sociedade, caracterizada por relações horizontais de coordenação, da natureza contratual, onde se está diante de uma distinção entre o direito repressivo, caracterizado por uma solidariedade mecânica, sendo o indivíduo diretamente ligado à sociedade, e o direito restitutivo, baseado em uma noção de solidariedade orgânica, cujo pressuposto é a diferenciação entre os indivíduos.

Assim, as relações entre os Estados pautam-se justamente nesse direito restitutivo, pautado não por sentimentos comuns, mas pelo respeito as diferenças e a autonomia de cada um dos sujeitos, que se obrigam por meio de Tratados Internacionais (contratos), respeitadas as prerrogativas de autodeterminação das partes. No entanto, na órbita do direito internacional, a partir do surgimento de organizações e tratados internacionais, quando as relações passam de bilaterais e associativas para um pacto de sujeição, se está diante da consolidação do direito repressivo, na esfera internacional, o que limita cada vez mais a soberania do Estado, tanto interna, quanto externamente (LEAL, 2012, p. 42-43).

Com vistas a proteção dos direitos humanos, surgem as Cortes Internacionais de Direitos Humanos, que correspondem, na ordem externa, à função de vinculação e restrição da esfera da soberania desenvolvida na ordem interna dos Estados, com a consolidação do Estado de Direito, da Constituição e dos Tribunais Constitucionais, responsáveis pela sua guarda (LEAL, 2012, p. 43).

Regionalmente, foram criados sistemas de proteção aos direitos humanos, como o sistema europeu, criado em 1950 a partir da Convenção

Europeia de Direitos Humanos e, segundo Mazzuoli (2010, p. 33), o que mais evoluiu até o momento; o sistema africano, cuja matriz é a União Africana, criada em 2002 e o sistema interamericano. Relativamente ao sistema interamericano, Seitenfus (2008, p. 259) observa que as tentativas de organização continental passaram por três diferentes etapas:

- 1) a fase do voluntarismo (do Congresso de Panamá de 1826 até a Primeira Conferência Internacional das Américas de 1889);
- 2) a fase das guerras mundiais, que se estende até 1948 com a criação da OEA;
- 3) a fase da organização institucional, que prossegue atualmente.

Em 30 de abril de 1948, a IX Conferência dos Estados Americanos adotou três textos: a *Declaração dos Direitos do Homem*, que trata dos princípios; a *Carta de Bogotá*, de caráter organizacional e o *Pacto de Bogotá*, texto jurídico que trata dos processos decisórios. “Eles entraram em vigor a 13 de dezembro de 1951 e fizeram surgir a Organização dos Estados Americanos (OEA).” (SEITENFUS, 2008, p. 262).

Em 1959, no Chile, durante a 5ª Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores da OEA, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, que tinha como função promover os direitos humanos. Em 1965, a II Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, ampliou as competências da CIDH, transformando-a em um instrumento de controle, passando a ter autorização para receber e examinar petições e comunicações individuais, sobre violações de direitos previstos na Declaração Americana (GORCZEWSKI, 2009, p. 170-171).

Já em 1967, o Protocolo de Buenos Aires, emendou a Carta da OEA, e modificou a condição jurídica da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o que fortaleceu seu caráter normativo. A Comissão passou a ser o principal órgão da Organização com a função de promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da organização nessa matéria (GORCZEWSKI, 2009, 171). Ela é integrada por sete

membros, eleitos pela Assembleia Geral por um período de quatro anos, podendo ser nacionais de qualquer Estado-membro da OEA, devendo ter alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 259).

A reforma da Carta também previu, em seu artigo 106, “Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.”

A Convenção Americana de Direitos Humanos é o instrumento mais importante no sistema interamericano de proteção e é chamada de Pacto de San José da Costa Rica, assinado em San José, Costa Rica em 1969, tendo entrado em vigor em 1978 (PIOVESAN, 2010, p. 255). “Dos 35 países-membros da OEA, 25 assinaram o Pacto, entre eles o Brasil” (CORREIA, 2008, p. 100). Cabe destacar que estados Unidos, que firmou compromisso, porém não ratificou, e Canadá, que sequer assinou o Pacto, não se submetem à Convenção. O Brasil ratificou o Pacto em 1992 (COELHO, 2008, p. 60).

A Convenção Americana é o documento-base do sistema interamericano e pode ser dividida em três partes: a primeira parte estabelece os direitos dos indivíduos e os deveres dos Estados; a segunda cria o sistema de proteção e os mecanismos de monitoramento da Convenção; e, por fim, a terceira trata das regras gerais de ratificação, reservas e denúncia. (PIOVESAN, 2008, p. 1140).

Dois mecanismos de monitoramento e implementação de direitos humanos foram adotados pela Convenção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos-CIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conforme já referido, o Protocolo de Buenos Aires reformou a Carta da OEA, reformulando as competências e as funções da Comissão, que de órgão consultivo, passa a ter a função de “[...] promover a observância e a defesa dos direitos humanos”, sendo que os “Estados - partes, obrigatoriamente,

reconhecem a competência da Comissão para a consideração de queixas individuais.” (GORCZEVSKI, 2009, p. 174).

Relativamente ao acesso através de petições individuais à Comissão, alguns requisitos são necessários, a saber: o prévio esgotamento dos recursos internos; apresentação no prazo de seis meses da notificação interna definitiva; ausência de litispendência internacional (a escolha do procedimento deve ser ou o do sistema regional ou do sistema internacional); ausência de coisa julgada internacional (petição já analisada pela Comissão não pode ser reproduzida); descrição dos fatos que caracterizaram a violação de direitos protegidos pela Convenção Americana; a qualificação do autor da petição (não necessariamente a vítima) e violação dos direitos previstos na Convenção Americana ou em outras convenções interamericanas (PIOVESAN, 2008, p. 1148-1149).

Existem, no entanto, algumas situações em que são abertas exceções aos critérios de esgotamento interno dos recursos e apresentação no prazo de seis meses da sentença definitiva, que são as seguintes: “quando não existir na legislação interna do Estado o devido processo legal para a proteção do direito violado” (não se trata apenas de existir previsão legal, os meios de proteção tem de ser eficazes); quando houver impedimento ao acesso ou ao esgotamento dos recursos internos para a vítima da violação ou em caso de demora injustificada na decisão sobre os recursos internos. Existe ainda o caso de exceção quando o foro militar é o único competente para o julgamento, nesse caso, a Comissão tem optado pela desnecessidade de esgotamento dos recursos internos² (PIOVESAN, 2008, p. 1149).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o outro mecanismo de monitoramento e implementação de direitos humanos adotados

² Como no caso do massacre de Eldorado dos Carajás, quando trabalhadores rurais foram mortos e feridos por policiais militares em confronto no estado do Pará. Mesmo tendo sido aprovada uma lei, em 1996, estabelecendo a competência da justiça ordinária para julgamento de crimes contra civis, a investigação desse e de outros casos continuou sendo realizada pela polícia militar. Esse caso foi admitido pela Comissão em 2003, que entendeu não ser necessário o esgotamento dos recursos internos à disposição.

pela Convenção, além da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A Corte é composta por sete juízes dos Estados da OEA, eleitos pela maioria absoluta da Assembleia Geral da OEA, “[...] dentre os juristas da mais alta autoridade e reconhecida competência em matéria de direitos humanos indicados pelos Estados.” (GORCZEWSKI, 2009, p. 177).

Sendo assim, a competência consultiva da Corte é ampla, prevendo que qualquer Estado da OEA, mesmo não sendo parte da Convenção, pode consultar a Corte sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros Tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, bem como emitir parecer sobre a compatibilidade de suas leis internas e os instrumentos jurídicos internacionais (GORCZEWSKI, 2009, p. 178).

Em relação à competência contenciosa, prevista nos artigos 61 a 63 e 66 a 69 da Convenção, a Corte fica limitada aos Estados-partes que reconheçam sua competência. Sua decisão tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento.

Assinala Correia (2008, p. 122) que as competências que dizem respeito à promoção e proteção dos direitos humanos foram distribuídas pela Convenção Americana entre a Comissão e a Corte. A diferença é que a competência da Comissão é mais ampla que a da Corte, pois integra tanto a promoção quanto a proteção dos direitos humanos. A Comissão pode agir de ofício, sem a provocação de terceiros. A natureza da Corte é estritamente judicial, enquanto a Comissão tem atribuições de natureza política e diplomática.

Embora a Corte não receba petições individuais, sendo que estas somente podem ser apresentadas pela Comissão ou pelos Estados, de acordo com o novo regulamento da Corte, adotado em 2001, “[...] as vítimas ou seus representantes ou familiares poderão fazer uso da palavra durante as audiências públicas para apresentar suas provas e argumentos”, demonstrando que são também, partes no processo (CORREIA, 2008, p. 127).

Cabe salientar que o sistema interamericano de direitos humanos está inserido em uma região marcada pelas desigualdades sociais, que passou

por um período de ditaduras, onde os regimes democráticos ainda estão se consolidando. Assim, o processo de universalização dos direitos humanos, tanto políticos, quanto civis, sociais, econômicos e culturais ainda está em fase de implementação, sendo este o maior desafio enfrentado para a consolidação desses direitos na região (PIOVESAN, 2007, p. 86-87). Nesse sentido, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos têm sido importantes indutores para criação de políticas públicas, com vistas a reforçar a promoção e proteção aos direitos humanos.

4 SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A INDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PANORAMA GERAL

O Sistema Interamericano de proteção- tanto a Comissão de Direitos Humanos, quanto à Corte não são mecanismos que pretendam substituir os Estados no que diz respeito à jurisdição interna. Esses mecanismos somente agem quando o Estado é omissivo, não garantindo àquelas pessoas, sujeitas à sua jurisdição, a efetiva proteção aos seus direitos humanos fundamentais.

O artigo 1º do Pacto de San José da Costa Rica estabelece o compromisso dos Estados-partes em respeitar os direitos e liberdades reconhecidos no Pacto, bem como a garantia do exercício desses direitos, sem discriminação de qualquer tipo. Neste sentido, a Corte emitiu a Opinião Consultiva OC 18/03 de 17 de setembro de 2003, que traz que a obrigação imposta ao respeito e garantia dos direitos humanos frente a terceiros se baseia também em que são os Estados que determinam seu ordenamento jurídico, que regula as relações entre particulares e, por tanto, o direito privado, razão pela qual devem também zelar para que essas relações privadas entre terceiros respeitem os direitos humanos, caso contrário, o Estado pode ser responsabilizado pela violação desses direitos (PIOVESAN, 2008, p. 1162).

Já o artigo 2º da Convenção, trata do dever dos Estados em adotar, em seus ordenamentos internos, os direitos elencados no artigo primeiro. Neste sentido, traz a Sentença de 2 de setembro de 2004, no caso “Instituto de Reeducação del menor” do Paraguai: No direito das gentes, uma norma consuetudinária universalmente aceita, prescreve que um Estado que tenha ratificado um tratado de direitos humanos, deve inserir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. A Convenção Americana estabelece a obrigação para cada Estado-parte de adequar seu direito interno às disposições da Convenção, para garantir os direitos por ela consagrados. Este dever do Estado-parte implica que as medidas de direito interno devem ser efetivas, o que significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o que foi estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, como requer o artigo 2º da Convenção (PIOVESAN, 2008, p. 1164).

Nas decisões da Corte da OEA, pode-se perceber que, além da reparação financeira, existe uma preocupação no sentido de exigir outras medidas reparatorias por parte dos Estados, inclusive, salientando a responsabilidade destes na violação aos direitos consagrados em âmbito internacional. Tendo em vista que a OEA conta com um sistema de monitoramento da execução de suas sentenças e recomendações, os Estados acabam por implementar políticas para dar respostas à demanda internacional.

Como exemplo, no Brasil, com a primeira condenação do país frente à Corte da OEA, no caso Damião Ximenes Lopes, esta serviu para acelerar o processo de aprovação da Lei n. 10.216/2001, que tramitava a doze anos no Congresso Nacional. A referida lei trata da reformulação da Política Nacional de Saúde Mental e

[...] dispõe “sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial de saúde mental” responsabilizando o Estado e a sociedade pela superação do modelo assistencial até então vigente baseado, exclusivamente, na internação tradicional. Sob o advento dessa nova política

se identifica o paradigma da corresponsabilidade da sociedade e do Estado, a partir de ações intersetoriais que não se limitam, portanto, à área da saúde. (ROSATO; CORREIA, 2011, p. 105).

Outro caso no qual o Brasil foi condenado pela Corte da OEA é o caso denominado “Guerrilha do Araguaia” (Gomes Lund e outros) onde a sentença de 24 de novembro de 2010 condenou o Brasil a ter que conduzir investigação penal pelos fatos descritos na denúncia, determinando as responsabilidades e aplicando as sanções cabíveis; realizar esforços para localizar o paradeiro das vítimas e identificar e entregar os restos mortais a seus familiares; oferecer tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico às vítimas; realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional sobre os fatos descritos; realizar ações de capacitação e implementar um programa permanente e obrigatório sobre direitos humanos para as Forças Armadas, em todos os seus níveis hierárquicos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 114-115).

Dispõe ainda a sentença que “O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma nos termos do parágrafo 292 da presente Sentença.” Essa decisão abriu caminho para implementação da Comissão da Verdade no país, assim como a publicação da lei 12.527/2011, a nova lei de acesso à informação.

Assim como no Brasil, outras condenações de países que se submetem à jurisdição da Corte, também tem tido êxito com relação à criação de políticas de reparação, promoção e defesa dos direitos humanos no âmbito da OEA, mesmo que por vezes, se encontre resistência dos Estados na implementação satisfatória dessas decisões.³

³ Ver casos “Velasquez Rodrigues”, sobre o desaparecimento forçado de pessoas em Honduras; o caso Aloeboetoe contra o Estado do Suriname e o caso Barrios Altos contra o Peru, que

Para Piovesan (2008, p. 1157),

[...] o sistema interamericano apresenta, portanto, um processo elaborado de proteção a direitos, aberto a quaisquer pessoas que tenham sofrido violações no continente americano. Embora tenha uma feição em grande parte política, tanto por abordar temas transnacionais quanto por se dirigir a Estados soberanos, atingiu certo grau de judicialização ao ter regras de imparcialidade para membros da Comissão Interamericana, ao adotar em certa medida o princípio do devido processo e ao criar uma Corte jurisdicional apta a proferir decisões definitivas e juridicamente vinculantes.

A Corte entende ainda que, a Convenção Interamericana possui força vinculante *erga omnes*, o que significa que os Estados parte não somente tem o dever de executar as sentenças da Corte pronunciadas nos casos em que são parte, mas também devem ter em consideração as possíveis implicações que as sentenças pronunciadas em outros casos podem ter em seus próprios ordenamentos jurídicos e práticas legais (HITTERS, 2013, p. 11).

Leal (2012, p. 44) questiona sobre os limites da atuação da Corte da OEA: pode a Corte determinar ao Estado que implemente determinadas políticas públicas? Sendo as condenações referentes a fatos que envolvem a violação a direitos constitucionalmente previstos, a competência da Corte não ficaria restrita a reparação financeira das vítimas e/ou suas famílias? O fato é que, tanto os limites quanto as competências dos diferentes poderes, cortes nacionais e internacionais, e a noção de soberania são conceitos abertos, que demandam interpretação. “*Además, la extensión de hasta dónde pueden ir los Tribunales em términos interpretativos depende y es variable de acuerdo com la propia concepción de interpretación adoptada.*”

tratam do assassinato de civis pela polícia, sendo que este último consolida o entendimento da Corte de que leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana; e ainda, o caso “A última tentação de Cristo”, contra o Chile, que trata da liberdade de expressão e pensamento. Sentenças disponíveis na página eletrônica da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Diante do atual cenário de atuação dos tribunais, seja domésticos ou internacionais, cabe a reflexão sobre o protagonismo alcançado pela jurisdição constitucional, no Estado Democrático de Direito. Os Tribunais internacionais têm desempenhado, no contexto internacional, o mesmo papel de limitação da soberania da Constituição em âmbito interno. Esse protagonismo está ligado e á resultado, entre outros aspectos, da supremacia da Constituição e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, cujo caráter é marcadamente principiológico, dependente da interpretação e concretização integrativa da realidade concreta (LEAL, 2012, p. 45).

De toda sorte, o que se observa hoje, é que os Tribunais Internacionais têm atuado de forma a não só condenar os Estados violadores de direitos humanos e fundamentais na seara pecuniária, de reparação financeira direta às vítimas e/ou seus familiares, mas no sentido de que sejam implementadas políticas públicas que beneficiem a toda a sociedade, em seu conjunto.

Em sendo este um fenômeno recente, cabem ainda estudos sobre a efetividades de tais decisões, e sobre se esta atuação extrapola ou não os limites jurisdicionais desses tribunais. No caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível perceber alguns resultados exitosos no que tange a criação de políticas públicas. Resultados mais concretos porém, ainda terão que ser analisados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo analisar a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos como indutora de políticas públicas para promoção e proteção dos direitos humanos e fundamentais. Assim, primeiramente analisou alguns elementos referentes a evolução e a soberania estatais, para, posteriormente, abordar a criação a atuação do sistema interamericano de direitos humanos, em especial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Dentro do sistema da OEA, a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, instituiu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, responsável pela defesa dos direitos humanos, servindo como órgão consultivo nessa matéria. Os Estados-membros obrigatoriamente reconhecem sua competência para o recebimento de queixas individuais, podendo esta emitir recomendações que, quando não atendidas pelos Estados, são encaminhadas para a Corte Interamericana de Direito Humanos, cuja competência é consultiva e contenciosa.

Em relação às sentenças emitidas pela Corte, diversos países latino-americanos já sofreram sanções impostas por ela, que vão desde a indenização às vítimas de violação dos direitos elencados na Convenção Americana, e/ou suas famílias, até a imposição aos Estados para que adotem medidas que façam cessar as violações de direitos aos seus nacionais.

Por fim, ao tratar da indução de políticas públicas a partir das sentenças da Corte, procurou demonstrar que se trata de uma realidade, com exemplos concretos no Brasil e em outros países que estão sob sua jurisdição. Resta saber quais os limites dessa atuação, se pode ser considerada ativista (conceito aberto, carente de maiores interpretações), ou se está, dentro dos limites permitidos por uma nova soberania hoje relativizada, atuando apenas na proteção de direitos fundamentais violados pelos Estados.

A evolução do constitucionalismo enquanto fenômeno de amadurecimento da sociedade deve ser visto como positivo, na medida em que hoje, a sociedade está muito mais consciente de seus direitos e de onde buscá-los, especialmente quando não estão garantidos nos textos legais, ou quando não efetivados pelas políticas estatais vigentes.

O fato é que, com a evolução jurídica, política e social do Estado, novas demandas surgem a cada dia. Com a adoção de Constituições pelos Estados que privilegiam os direitos humanos e fundamentais, os Tribunais Internacionais, responsáveis pela “intervenção” em caso de omissão estatal, e dos próprios Tribunais Constitucionais, acabam por ampliar sua atuação:

já não basta apenas apontar aonde o Estado falhou, impor a ele que indenize as vítimas, uma vez que esta acaba por ser uma ação isolada, quando suas decisões podem atingir um contingente maior de pessoas.

Eis aí a importância de decisões que imponham a implementação de políticas públicas, uma vez que estas atingem a uma coletividade e, em tese, não permitirão que as violações se repitam. Cabe, no entanto, a ressalva, de que devem ser observados alguns limites para esta atuação, uma vez que estas decisões não podem atacar o Estado de Direito e a democracia e, a soberania, mesmo estando relativizada, não deixou de existir.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1990.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

CORREIA, Theresa Rachel. *Corte interamericana de direitos humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas*. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”)*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1987.

EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. *Por que a guerra?* Disponível em: <<http://areas.fba.ul.pt/jpeneda/FreudEinstein.htm>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad: el efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana. *Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Natal, v. 1, n. 1, set. 2013.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma República eclesiástica e civil*. Organizado por Richard Tuck. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La inducción de políticas públicas por los tribunales constitucionales y por los tribunales internacionales: judicialización x activismo judicial. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; GORCZEWSKI, Clóvis; SILVA JÚNIOR, Edison Botelho. *Introdução ao estudo da ciência política, teoria do estado e da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba: Unibrasil, v. 1, n. 13, p. 32-58, 2010.

NUNES, Rizzato. *Manual de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, n. 15, dez. 2011.

SANTOS, Alberto Silva. Tribunais Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos: teoria geral e histórico. In: ANNONNI, Danielle; VIGGIANO, Juliana. *Conflitos armados & Jurisdição Internacional*. Curitiba: Multideia, 2013.

STRECK, Lênio; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Estado, poder e ideologia*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DO WORLD PROGRAMME OF ACTION CONCERNING DISABLE PERSONS AND THE STANDARD RULES À CONVENÇÃO DE NEW YORK E AO PLANO VIVER SEM LIMITE: A REVOLUÇÃO DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Carlos Luiz Strapazzon*

Maria Helena Pinheiro Renck**

Resumo: Este artigo considera a hipótese de uma evolução positiva na proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil, a partir de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos, especialmente traduzida pelo Programa Viver sem Limite, uma política pública de inclusão social de Pessoas com deficiência. O texto pretende analisar aspectos da evolução dos instrumentos internacionais de direitos humanos voltados à proteção das pessoas com deficiência até a Convenção de New York e verificar, sob este enfoque, as características essenciais do Plano Viver sem Limite. O método de abordagem utilizado na elaboração do texto foi o analítico conceitual, embasado em pesquisa teórico-conceitual. A conclusão alcançada é de houve uma evolução significativa em termos de previsão normativa, internacional e nacional, quanto à proteção dos direitos das pessoas com deficiência. A maior expressão, a Convenção de New York, rompeu paradigmas especialmente quanto à concepção de pessoa com deficiência e determinou a adoção de políticas públicas para que estas pessoas possam alcançar seus direitos humanos. O Plano Viver sem limite, especialmente conectado aos objetivos e à linguagem contida na Convenção mostra-se como uma promessa à inclusão

* Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor da Universidade Positivo; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

** Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Sociais do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; mhpinheirorenck@gmail.com.

social, principalmente quanto ao rompimento das barreiras e criação de oportunidades à inclusão social e à materialização da participação social.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Inclusão. Política pública.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tomou por tema a questão da proteção dos direitos da pessoa com deficiência, tendo em destaque instrumentos do direito internacionais importantes à esta questão. O destaque é atribuído à Convenção Internacional sobre os Direitos das pessoas com deficiência, considerada o instrumento de maior importância para a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência. Noutras palavras, o problema que instiga a discussão é a evolução e a efetividade dos direitos previstos em instrumentos internacionais, referentes a um grupo bem definido, as pessoas com deficiência. Assim, o objetivo é analisar a evolução da proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência previstos em tratados internacionais e em instrumentos nacionais, bem como se disso decorreria alguma efetividade em termos de políticas públicas no Brasil. O artigo trata inicialmente do dever de proteção da pessoa com deficiência, a partir da sua condição humana, traz uma abordagem acerca do tratamento que lhe foi tradicionalmente destinado pelas sociedades e pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Em seguida volta-se ao ordenamento jurídico nacional, especificamente ao Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver sem limite uma política pública para as pessoas com deficiência está sendo implementado e executado. Quanto ao dever de proteção das pessoas com deficiência, o artigo parte da constatação de que embora a Declaração Universal de Direitos Humanos estabeleça que todas as pessoas nasçam livres e iguais em direitos, esta não é uma realidade de efetiva preservação de direitos às pessoas com deficiência. Dados da ONU mostram que 15% da população mundial tem alguma deficiência, e que 80% delas estão nos países em desenvolvimento, e mais, que 20% das pessoas mais pobres do pla-

neta tem alguma deficiência, o que mostra uma relação entre a pobreza e a deficiência (UNITED NATIONS ENABLE, 2014). Aí a relevância da questão da proteção destas pessoas, que estiveram e, podem estar ainda, expostas a desvantagens e à desigualdade nas oportunidades de participação social.

A história testemunha a situação nefasta a que foram submetidas as pessoas com deficiência ao longo dos tempos, mostrando-se tanto pior quanto mais se alonga o caminho ao passado, submetidas a tratamentos que pendulavam entre a segregação, a exclusão e o assistencialismo (SILVA, 2010, p. 210). A alteração do paradigma da exclusão para o paradigma da inclusão das pessoas com deficiência foi inaugurada após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento da Organização das Nações Unidas em 1945 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, quando a pessoa passa a ser considerada na sua individualidade (SILVA, 2010, p. 210; SILVA, 2009, p. 116; SILVA, 2013, p. 75-76). Foi a partir disso que a promoção da inclusão e a garantia plena dos direitos das pessoas com deficiência, além da prevenção das deficiências, passou a mobilizar esforços dos Organismos internacionais de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos. Vários documentos foram aprovados pelas Nações Unidas no intuito de orientar os Estados na garantia e promoção dos direitos das pessoas com deficiência: a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, de 20/12/1971, seguida da Declaração dos direitos das pessoas deficientes de 09/12/1975, o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência (*World Programme of Action Concerning Disabled Persons*) (UNITED NATIONS ENABLE, 2014) de 03/12/1982 – que previa ações a serem efetivas na Década das Nações Unidas para as Pessoas com Deficiência, entre 1982 a 1992 (GUGEL, 2006, p. 2). Paralelamente às ações das Nações Unidas houve a mobilização doutros organismos de direito internacional em volta das garantias dos direitos das pessoas com deficiência. Um exemplo foi a OIT, através da Convenção 159 da OIT sobre a reabilitação e o emprego da Recomendação 168 (LOPES, 2009, p. 39). Quanto aos trabalhadores das Nações Unidas, embora as me-

didadas pretendidas até então fossem urgentes, não alcançavam a efetividade pretendida, o que conduziu à pressão dos Estados e da sociedade civil para que fosse elaborado um instrumento com maior força para garantir os propósitos escritos no Programa de 1982: uma Convenção específica às pessoas com deficiência. Os trabalhos alcançaram inicialmente as “Normas sobre a equiparação de oportunidades para as pessoas com deficiência”, aprovadas em 1990 e adotadas em 1993 (LOPES, 2009, p. 81), recomendações para políticas públicas destinadas às pessoas com deficiências. A continuidade dos trabalhos alcançou, em 13/12/2006, a aprovação da Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com deficiência, fruto da mobilização internacional, especialmente da sociedade civil (LOPES, 2009, p. 43-44), passou a vigorar em 03.05.2008. Com o objetivo de promover, proteger e assegurar às pessoas com deficiência o exercício real de seus direitos e o respeito pela sua dignidade (CORDE, 2008), visa a eficácia aos direitos materializados nos Tratados anteriores (FONSECA, 2013, p. 98-100). O diferencial paradigmático da Convenção reside na perspectiva social da deficiência, superando o prisma meramente clínico. Essa alteração permite que a pessoa com deficiência não seja vista mais apenas pela lente da sua funcionalidade na sociedade, mas pela lente dos direitos humanos: dignidade da pessoa humana, autonomia, equiparação, solidariedade (LOPES, 2009, p. 50-51; CORDE, 2008). Foi recepcionada pelo Sistema Constitucional brasileiro com status de Emenda Constitucional, consoante o estabelecido no § 3º do artigo 5º Constitucional (FONSECA, 2013, p. 97). Assim, a Constituição reconheceu a necessidade de mudanças, a responsabilidade da sociedade e do Estado pela situação vivenciada por estas pessoas e exigência de medidas, políticas públicas, para que sejam removidas as barreiras sociais, econômicas, físicas, que impedem estas pessoas de acessarem seus direitos e que implicam na deficiência. Sem desconsiderar os Tratados que antecederam a Convenção de New York, mas movido principalmente pela força cogente deste Tratado de *status* constitucional, e pela mobilização de

movimentos representantes das pessoas com deficiência, o Brasil tem promovido políticas públicas para promover a cidadania destas pessoas. Uma das recentes políticas públicas destinadas às pessoas com deficiência é a que foi denominada “Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver sem limite”, lançada em 17 de Novembro de 2011, como decorrência do compromisso do Brasil com a ONU em relação à Convenção de New York (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2013, p. 7). Trata-se de um conjunto de políticas públicas, centradas em quatro eixos interdependentes: “Acesso à Educação; Inclusão social; Atenção à Saúde e Acessibilidade.” (ROSÁRIO, 2013). Foi instituído com o fim de possibilitar a efetivação plena e equitativa dos direitos das pessoas com deficiência através de políticas, programas e ações, em consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (BRASIL, 2011). O Viver sem limite pretende romper os paradigmas da precariedade das medidas meramente assistenciais para uma atuação ampla, integrada, sistêmica, permitindo que as pessoas com deficiência alcancem, de fato, a igualdade e a inclusão social.

2 DISCUSSÕES

A hipótese vislumbrada pelo artigo é a de uma evolução positiva na proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil, a partir de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos, especialmente traduzida no Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência. O artigo analisa aspectos da evolução dos instrumentos internacionais de direitos humanos voltados à proteção das pessoas com deficiência até a Convenção de New York e verificar, sob este enfoque, as características essenciais daquele Plano. Neste prisma verifica-se que às pessoas com deficiência tradicionalmente não foram dadas condições de plena participação e inclusão social, apesar da previsão da proteção e promoção de seus direitos. A Convenção

de New York veio com a missão de alterar esse quadro. Recepcionada pelo Constitucionalismo pátrio com *status* de Emenda Constitucional tem guiado o sistema de proteção dos direitos das pessoas com deficiência, dentre o que a elaboração e efetivação de políticas públicas, como é o caso do conjunto de políticas públicas reunidas no Plano Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência – Viver sem limite. Este Plano deixa transparente o papel da sociedade e do Estado na remoção das barreiras que impedem a inclusão social, e a responsabilidade pela proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência, através de medidas que materializem o princípio da Isonomia.

3 CONCLUSÃO

O que se pode concluir é que houve uma evolução significativa em termos de previsão normativa, tanto no direito internacional quanto nacional, quanto à proteção dos direitos das pessoas com deficiência a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo que a maior colaboração ao atual estágio deve-se à Convenção de New York, que rompeu paradigmas, especialmente quanto à concepção e conceituação de pessoa com deficiência, e determinou a adoção de políticas públicas para que de fato estas pessoas possam alcançar seus direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n. 7.612, de 17 de novembro de 2011. Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limite. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-014/2011/Decreto/D7612.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013.

COORDENADORIA NACIONAL PARA INTEGRAÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. *A Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência - versão comentada*. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, p. 93-116, 2013.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos – administração pública direta e indireta*. Goiânia: Ed. UCG, 2006.

LOPES, Lais Vanessa Carvalho de Figueiredo. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

ROSÁRIO, Maria do. *Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/viver-sem-limite-0>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

SILVA, Diego Nassif da. *Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Eduardo Jannone da. *Tutela jurídica do direito à saúde da pessoa portadora de deficiência*. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Juliana Luciani da. A pessoa com deficiência e o sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; IKAVA, Daniela (Coord.). *Direitos Humanos na Ordem Contemporânea: Proteção Nacional, Regional e Global*. Curitiba: Juruá, 2010.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Viver sem limite*: plano nacional dos direitos da pessoa com deficiência. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2013.

UNITED NATIONS ENABLE. Development and Human Rights for all. *Factsheet on Persons with Disabilities*. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=18>>. Acesso em: 10 maio 2014.

UNITED NATIONS ENABLE. Development and Human Rights for all. *World Programme of Action Concerning Disabled Persons*. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=23>>. Acesso em: 10 maio 2014.

MISIONES BOLIVARIANAS: UMA ALTERNATIVA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

BOLIVARIAN MISIONES: AN ALTERNATIVE TO REALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS

Cláucia Piccoli Faganello*

Thaís Recoba Campodonico**

Aragon Érico Dasso Júnior***

Resumo: O artigo apresenta o direito fundamental à alimentação e a política de combate à fome e à desigualdade social exercidos na Venezuela. Tais problemas são decorrentes do avanço de políticas econômicas ultraliberais que aumentam a pobreza e revelam os problemas do sistema social, econômico e jurídico da Venezuela. O objetivo do trabalho é analisar as medidas adotadas pela Venezuela a fim de cumprir com as metas da ONU (2000), as quais estabeleceram o denominado “Objetivo do Milênio”, que contou com o apoio de 191 nações, entre elas a Venezuela, como responsáveis em combater os males que afetam as populações mundiais, tais como a fome, a miséria, a pobreza. O método de abordagem utilizado nesta pesquisa é o estudo de caso, com a utilização das técnicas de pesquisa documental, normativa e bibliográfica.

Palavras-chave: Alimentação. Direito fundamental. Desigualdades sociais. Venezuela. ONU.

Abstract: *This article presents the fundamental right to food and the policy of combating hunger and social inequality exercised in Venezuela. Such problems are due*

* Integrante do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Administração Pública da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; claucia.f@gmail.com

** Integrante do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Administração Pública da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; threcoba@gmail.com

*** Integrante do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Administração Pública da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Rua Washington Luiz, 855, Centro, 90010-460, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil; dassojr@hotmail.com

the ultraliberal economic policies that raises the poverty and reveal the problems on the social, economic and legal systems of Venezuela. The objective of this work is to analyze the measures adopted by Venezuela in order to fulfill the goals set by UN (2000), which establish the called “Millennium Goal” that counts with the support of 191 nations, including Venezuela, as responsible for combating the ills that affect the world population, such as hunger, misery and poverty. The method of approach in this research is the case study, using the documental, normative and bibliographic research techniques.

Keywords: *Alimentation. Fundamental rights. Social inequality. Venezuela and UN.*

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta as *Misiones Bolivarianas*, políticas públicas de gestão social idealizadas pelo governo venezuelano a partir de 2003, com destaque para as duas *misiones* que tem como foco a questão alimentar. A Venezuela teve uma mudança significativa a partir de 1999, quando Hugo Chávez chegou à presidência, nesse ano foi referendada uma nova Constituição, a qual garante uma série de direitos fundamentais. O problema estava posto, como efetivar esse rol de direito com uma máquina pública desorganizada e sem ferramentas disponíveis para colocar em prática políticas públicas de abrangência nacional. É nesse contexto que surgem as *missiones*, as quais foram pensadas para atender demandas garantidas constitucionalmente. O texto está estruturado da seguinte forma: apresentação do direito à alimentação como um direito fundamental; contextualização da revolução bolivariana, instaurada na Venezuela, a partir de 1999; apresentação das *Misiones bolivarianas*, com ênfase a *Misión Alimentacion e a Gran Misión AgroVenezuela*. O método de abordagem utilizado nesta pesquisa é o estudo de caso, com a utilização das técnicas de pesquisa documental, normativa e bibliográfica. Este trabalho se justifica pela necessidade de efetivação do rol de direitos fundamentais garantidos na Constituição da Venezuela e a

necessidade dos países comprometidos com a ONU de garantir os Objetivos do Milênio firmados no ano 2000.

2 A VENEZUELA ATUAL

A Venezuela, assim como os demais países latino-americanos, teve uma ditadura que durou de 1948 a 1958. Após esse período, durante 40 anos dois partidos se revezaram no poder, o social-democrata e o democrata-cristiano, realizando poucas mudanças na condução política do país. Esses anos estiveram marcados por uma política hegemônica, voltada principalmente para os propósitos do ultraliberalismo, no qual os interesses dos cidadãos não foram priorizados e as necessidades mais básicas, como alimentação, saúde e educação foram negligenciadas em prol da implantação de programas ultraliberais que dessem atenção às demandas das oligarquias e dos grandes empresários nacionais e internacionais, com interesse principalmente no petróleo venezuelano.

Essa situação começou a gerar inúmeras insatisfações populares, as quais levaram a tentativa de golpe ocorrida em 1992, por um grupo liderado pelo então paraquedista militar Hugo Chávez, que cumpre dois anos de pena privativa de liberdade pelo ocorrido, muitos acreditam que “[...] *el discurso de la derrota fue el primero de la campaña electoral que lo llevó a la presidencia de la República menos de nueve años después.*” (MÁRQUEZ, 2007).

Após esse ocorrido, as insatisfações populares foram aumentando e em 6 de dezembro de 1998 foi eleito como presidente Hugo Rafael Chávez, com a proposta de modificar os beneficiados pela riqueza do país. Declarou que se trata “[...] *de una victoria de todos aquellos que, em América Latina, construyen alternativas al neoliberalismo.*” (OUALALOU, 2008).

Em 1999 as mudanças começam a ocorrer, sendo nesse ano, a principal delas a convocação de uma assembleia constituinte a fim de pensar um novo marco constitucional, o qual resultou na aprovação da atual Constitui-

ção da Republica Bolivariana da Venezuela mediante referendo no dia 15 de dezembro 1999 (DUPRET, 2007). Esse texto trouxe diversas inovações garantindo à liberdade econômica (artigo 112), a propriedade privada (artigo 115), a responsabilização do Estado pelas políticas comerciais e pela defesa das indústrias nacionais (artigo 301), a reserva ao Estado da atividade petrolífera e outras de caráter estratégico (artigo 302), atribuiu ao Estado o papel de dirigir e desenvolver uma agricultura sustentável e garantir a segurança alimentar (artigo 305), além de garantir direitos econômicos e sociais, como a saúde, a educação e a seguridade social (artigos 76, 83, 84 e 85). O texto constitucional também se mostrou abrangente no que tange aos direitos humanos, pois além de escolher como idioma oficial o castelhano (artigo 9º), preocupa-se com os povos indígenas nos artigos 119, 120, 122, 123, 124 e 125. Como principal mudança apresenta várias formas de participação popular em um regime que consegue combinar formas tradicionais de democracia (modelo hegemônico) com mecanismos de participação direta (democracia contra hegemônica) (VENEZUELA, 1999). Em 2009, pela segunda vez o governo de Hugo Chávez propôs uma mudança na Constituição da Venezuela, mas dessa vez obteve sucesso na sua proposta, que em 2007 não foi aprovada. Com 54,9% dos votos a favor, foi aprovado por referendo à reeleição indefinida para todos os cargos eletivos (COSTA, 2009).

São aproximadamente 15 anos de mudanças e os resultados positivos são visíveis, a taxa de pobreza caiu de 44% para 28% da população, e a população entende isso como um dever do Estado e não um presente do governo Chávez como denuncia a oposição e a mídia conservadora. Como programas sociais, são criadas as *misiones* em 2003 e os Conselhos Comunitários em 2006, esses últimos que reúnem entre 200 a 400 famílias, com o propósito de possibilitar a comunidade interessada escolher as suas prioridades para o futuro, pois no modelo de governo venezuelano se entende que ninguém melhor do que o povo para conhecer suas necessidades. O modelo de

democracia implementado na Venezuela, em 2010 teve apoio de 84% dos venezuelanos (LATINOBARÓMETRO, 2010).

3 DIREITOS HUMANOS E A GARANTIA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO

Direitos Humanos são as liberdades básicas de todos os seres humanos tal como o direito a vida, a saúde, a moradia, e a alimentação. Está diretamente vinculado à condição de dignidade de cada indivíduo, de maneira indivisível, devendo ser assumidos pelos países e garantidos em suas cartas políticas, a fim de que sejam efetivados por políticas públicas de acesso universal.

Os direitos humanos representam um grande avanço no processo de desenvolvimento do gênero humano, para efetivar as ações humanas conscientes à luta contra a desigualdade (BARROCO, 2014).

Ele é reconhecido como um direito humano imprescindível que visa estabelecer garantias de acesso universal a todos os seres humanos, a fim de combater e impedir a proliferação da pobreza e da fome no mundo.

Para Arendt (1979), “[...] os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma inversão humana em constante processo de construção e reconstrução.” Nesse contexto, é que o direito à alimentação é reconhecido como um direito fundamental imprescindível que visa estabelecer garantias de acesso universal a todos os seres humanos, a fim de combater e impedir a proliferação da pobreza e da fome no mundo.

A obrigação e o reconhecimento do Estado em proteger os direitos humanos inclui a iniciativa dos governos em efetivar o acesso ao direito humano à alimentação como prioridade do combate a fome e a pobreza.

O direito à alimentação encontra-se reconhecido internacionalmente por diversos instrumentos jurídicos, tais como a Declaração Universal do Homem e do Cidadão e o Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais (PIDESC).

A Declaração Universal do Homem e do Cidadão desde 1948 estabeleceu no parágrafo 1º do artigo 25 o direito à alimentação e saúde alimentar, determinando que o direito à alimentação necessita de proteção e garantia de acesso, definindo que:

Todos têm o direito a um padrão de vida adequado à saúde e ao bem-estar próprio e de sua família, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais necessários, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1948).

Os direitos fundamentais transmitem a ideia de democracia, segundo refere Sarlet (2003), o qual os considera como instrumentos democráticos que são:

[...] considerados pressupostos, garantias e instrumentos do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei de oportunidades) de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação - com liberdade e igualdade.

Os direitos do homem por natureza são destinados a todos, pois constituem uma condição generalizadora aos seres humanos, não se admite que tais direitos sejam destinados a uma classe ou categoria de pessoas. Por isso, são marcados pela universalidade e indivisibilidade, pois considera os seres humanos dotado de unicidade e dignidade (PIOVESAN, 2005).

Entende-se o quanto é importante à constituição expressar a vontade de garantir os direitos fundamentais, mas de pouco adianta virem expressos como princípio constitucional se não forem respeitados.

Os direitos humanos fundamentais deveriam ser reconhecidos em qualquer Estado, grande ou pequeno, pobre ou rico, independentemente do sistema social e econômico que cada nação adote. Apesar dos vários tratados e declarações internacionalmente assumidas, a triste reali-

dade é que nenhum dos direitos declarados é respeitado uniformemente no mundo inteiro. Mas o que se deve recordar é que a própria ação estatal perde legitimidade se os direitos básicos da pessoa humana não servirem de baliza para as decisões tomadas em nome da coletividade. Mais do que argumentos lógicos e acadêmicos, o que está por trás da luta pela afirmação dos Direitos Humanos é a elevação do ser humano ao patamar de fonte última do exercício do poder estatal. (SARLET, 2003).

Inúmeras são as tentativas do constituinte em resguardar os princípios fundamentais, sejam eles na esfera interna ou internacional.

Estabelecer uma reflexão sobre o combate à fome colocando-se em questão o direito à alimentação versus o problema da fome é um problema mundial, pois com o avanço de políticas econômicas ultraliberais a pobreza e a fome aumentam e revelam os problemas decorrentes do sistema social, econômico e jurídico vigentes nos países (em sua maioria subdesenvolvida) que adotam o sistema capitalista em sua ordem de Estado.

Assim, na tentativa de priorizar os direitos humanos, reconhecendo-os e assumindo-os, a Constituição Venezuelana define em sua carta política, no artigo 2º que a Venezuela é um Estado democrático e social de direito e justiça, que tem como valores superiores de seu ordenamento jurídico e de sua atuação a vida, a liberdade, a justiça, a igualdade, a solidariedade, a democracia, a responsabilidade social e, em termos gerais, a primazia dos direitos humanos, ética e pluralismo político (VENEZUELA, 1999).

Estabelecer como prioridade a efetivação dos direitos do homem à alimentação se inclui nos princípios que norteiam a Constituição Venezuelana. Desta forma, estabeleceu conforme as metas da ONU/FAO a busca pela efetivação do direito a alimentação e segurança alimentar como prioridade, estabelecendo políticas de segurança alimentar e de efetivação do direito humano à alimentação por mecanismos de acesso.

A Venezuela assumiu o direito humano à alimentação em seus textos legais e reconheceu a necessidade de garantir o acesso à alimentação com o intuito de erradicar a fome no seu país.

A Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO) destacou na data do dia 03 de abril de 2014 que os esforços da Venezuela para erradicar a fome servem como exemplo mundial a ser seguido (OPERA MUNDI, 2014).

4 OBJETIVOS DO MILÊNIO - OITO MANEIRAS DE MUDAR O MUNDO

Objetivos do milênio é uma proposta de metas estabelecidas pela ONU em 2000 (FAO, 2000), a qual contou com o apoio de 191 nações, uma delas a Venezuela, como corresponsáveis em combater os males que afetam as populações mundiais, pois verificaram que há problemas tais como a fome, a miséria, a pobreza que impedem o progresso destas populações. Com objetivos específicos de tornar o mundo um lugar mais justo e sustentável foi estabelecido oito metas, sendo a primeira o combate à fome e a miséria e a sétima garantia da qualidade de vida e respeito ao meio ambiente.

Imbuída por este objetivo de alcançar a meta do combate à fome, a Venezuela, desde o governo de Hugo Chávez, tem como desafio a produção de alimentos com acesso universal aos venezuelanos, principalmente os mais incapacitados financeiramente.

Para tanto, estabeleceram *misiones* (políticas públicas) de combate à fome, as quais foram reconhecidas pela ONU como eficazes e que servem de modelo para muitos países no combate à fome e na garantia à qualidade de vida.

As medidas adotadas pela Venezuela, a curto e em longo prazo, foram fundamentais, não apenas para colocar um prato de alimentos na mesa, mas por fazer isso de maneira sustentável. Também houve o destaque das Nações Unidas à Venezuela como um dos países da América Latina que mais lutam para a dura realidade da desigualdade social por meio de distribuição de renda (FELIPE, 2014).

5 AS MISIONES BOLIVARIANAS

A revolução democrática bolivariana, como são conhecidas as reformas ocorridas de 1999 até dos dias atuais, tem inúmeras experiências inovadoras na forma de condução da Administração Pública. Merece destaque a modalidade de gestão das *misiones bolivarianas*, que são programas sociais implementados no governo Chávez e seguidos pelo atual presidente Nicolas Maduro, que tem como objetivo enfrentar as causas da pobreza e da exclusão, com a participação protagônica do povo, conforme previsto no preambulo da Constituição Bolivariana. Para o governo venezuelano:

Las misiones pasaron a constituir las bases del nuevo Estado socialista, de derecho y de justicia. En tal sentido se dirigieron todos los esfuerzos a fin de satisfacer las principales necesidades en salud, educación, capacitación para el empleo productivo y alimentación. Áreas que conforman la columna vertebral de cualquier país del mundo. (VENEZUELA, 2007).

Conforme o mesmo documento, as *misiones* tem o objetivo de garantir os direitos básicos ao cidadão, garantidos na Constituição, enquanto o governo implementa um processo de modernização de adequação das instituições estatais para os novos marcos propostos. É através desses programas que vários direitos fundamentais chegam ao alcance dos cidadãos.

As *misiones* começaram a ser implementadas no ano de 2003 e uma primeira avaliação foi realizada em 2007, a qual constatou que:

Las misiones bolivarianas han transformado, de manera radical, el mapa social del país. Entre los logros que se pueden evidenciar, están: la alfabetización de más de un millón 500 mil venezolanos y el acceso a la educación primaria, secundaria y superior de casi dos millones más. En el área de salud, las misiones han facilitado atención a más de 18 millones de venezolanos mediante la creación de una red primaria de salud pública. En el campo de la alimentación, se ha garantizado la seguridad alimentaria y se le ha dado un impulso productivo a la revolución agraria mediante el financiamiento de la producción agrícola y pecuaria (Ministerio de Comunicación e Información, 2007).

As *misiones* foram um fator de extrema importância na implementação das políticas mais radicais no Estado venezuelano e impactaram diretamente nos altos índices de aprovação dos últimos governos nacionais.

No ano 2011 o governo lançou cinco grandes *misiones*, com o objetivo de ampliar as melhorias sociais já implementadas e atender os objetivos específicos da saúde, emprego, moradia, seguridade social e agricultura, as quais podem ser melhor visualizadas no seguinte quadro:

Quadro 1 – *Misiones*

MISIÓN:					
OBJETIVO:	Acabar con la pobreza extrema	Acabar con el desempleo y el sub-empleo	Resolver el déficit de viviendas y garantizar el derecho a la vivienda digna	Proveer una vida digna a adultos y adultas mayores	Lograr la soberanía alimentaria
MÉTODO:	Proveer beneficios mensuales a familias que perciben menos del salario mínimo con hijos pequeños o discapacitados	Capacitación laboral y colocación de trabajadores calificados en campos diversos de empleo	Construir dos millones de viviendas en seis años para aquellas familias que carecen de hogares adecuados.	Asegurar beneficios de pensión para todos los adultos mayores, incluyendo aquellos que no pudieron pagar sus cotizaciones de seguridad social	Proporcionar apoyo agrícola y en la distribución de los alimentos a agricultores para reducir la dependencia de las importaciones
LOGROS:	Más de un millón de familias registradas para recibir ayudas, al 27 de febrero de 2012	Más de 700 mil desempleados registrados en las dos primeras fases, de los cuales 40% están por debajo de los 30 años	Un total de 146.022 familias necesitadas han recibido viviendas permanentes	Más de 1.1 millón de ciudadanos y ciudadanas se han registrado para recibir pensiones	650.000 personas se han registrado y se han aprobado 123.679 créditos para proyectos de agricultura ³

Fonte: Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en EEUU (2012).

Após um ano desses programas, os objetivos das cinco *misiones* já foram em parte atingidos e os avanços sociais percebidos, conforme o documento da Embaixada da Venezuela nos Estados Unidos.

Atualmente, são 37 *misiones* ocorrendo concomitantemente no Estado venezuelano, sendo elas: *Misión Fiesta del Asfalto*; *Gran Misión Agro-Venezuela*; *Gran Misión A Toda Vida Venezuela*; *Gran Misión en Amor Mayor*; *Gran Misión Hijos e Hijas de Venezuela*; *Gran Misión Saber y Trabajo*; *Gran Misión Vivienda Venezuela*; *Misión Alma Máter*; *Misión Barrio Adentro Deportivo*; *Misión Barrio Nuevo, Barrio Tricolor*; *Misión Madres del Barrio “Josefa Joaquina Sánchez”*; *Misión Nevado*; *13 de Abril*; *Alimentación*; *Árbol*; *Barrio Adentro*; *Che*

Guevara; Ciencia; Cristo; Cultura; Guaicaipuro; Identidad; José Gregorio Hernández; Milagro; Miranda; Música; Negra Hipólita; Niño Jesús; Niños y Niñas del Barrio; Píar; Revolución Energética; Ribas; Robinson I; Robinson II; Sonrisa; Sucre e Zamora (VENEZUELA, 2014).

Segundo a Unesco, as *misiones* realizadas desde 2003 são um dos elementos importantes na consecução por parte da Venezuela dos Objetivos do Milênio (VENEZUELA, 2014).

Ainda, de acordo com Lacruz (2006, p. 171), as *misiones*

[...] se han convertido en el símbolo de los programas de acción e ayuda social del Gobierno Bolivariana por varias razones: se naturaleza diversa, su extección nacional, su caracter simbólico en momento políticos determinantes y, en algunos casos, las particularidades en su ejecución.

Para tanto, as *misiones* representam um grande avanço na esfera da intervenção estatal para a garantia de direitos previstos na Constituição da Venezuela e além disso, apresentam uma modelagem inovadora, pois incorporam os setores populares na execução da política pública, motivo pelo qual foi muito criticada pelos setores conservadores.

6 MISIÓN ALIMENTACIÓN E GRAN MISIÓN AGROVENEZUELA

A *Misión Alimentación*, também conhecida como *Misión Mercal*, foi criada em 2004 com o objetivo de “[...] *comercializar y mercadear productos alimentarios de primera necesidad. Persigue garantizar la seguridad alimentaria de la población venezolana de escasos recursos económicos.*” (VENEZUELA, 2014).

Segundo Puente, López e Samper (2011), políticas de alimentação não representavam uma novidade na Venezuela. Anteriormente as *Misiones*, já houveram as iniciativas *Corporación de Abastecimiento y Servicios Agrícolas* (CASA) e o *Programa de Alimentación Estratégica* (Proal) ambos criados no governo de Carlos Andrés Pérez, em 1989. Para os autores, o governo de Hugo Chávez deu continuidade a políticas similares “[...] *mediante el Plan Bolívar*

2000 y los ‘Megamercados’, creados para contrarrestar los problemas de desabastecimiento y reforzar los planes sociales.”

É a partir do *paro petrolero* (ocorrido entre dezembro de 2002 e março de 2003), que o governo Chávez, em função das dificuldades de transporte e impossibilidade para atender algumas regiões do país, reavaliou suas iniciativas e resolveu modificar suas estratégias.

Assim, nesse contexto, nasce a *Misión Alimentación*, construída a partir do princípio da Soberania Alimentar, garantido no artigo 305 da *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, de 1999, que prevê: *Garantizar la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor.*

Segundo o sitio eletrônico da *Misión Alimentación*, afirma que ela tem como foco:

1. *Proyectos de organización y participación comunitaria: Conformada por Frentes Comunitarios de Soberanía Alimentaria (FCSA), Programa de Economía Social y de Fortalecimiento Endógeno.*
2. *Establecimientos Mercal: Abastecimientos con un costo de los productos muy por debajo de los precios del mercado. Existen dos tipos de puntos de venta Mercal además de las Bodegas (Mercaditos), Bodegas Móviles, Megamercales a cielo abierto y Centros de Acopio*
3. *Red Social Mercal: Destinado a beneficiar al mayor porcentaje de pequeños productores y comunidades con alta carga familiar, en las áreas rurales y en comunidades indígenas. Esto se logra a través del subsidio a las personas que la comunidad determine más pobres, para venderles siete rubros de la canasta MERCAL al 50% de su precio y los comedores gratuitos que entregan tres veces al día comida para las 150 familias más pobres de la comunidad. (MERCAL, 2014).*

O principal diferencial dessa política pública para as outras iniciativas visando a garantia a alimentação é permitir que o governo tenha o controle da alimentação da população e, a partir disso, garantir que os alimentos cheguem a todo o povo por igual.

O órgão público responsável por coordenar essa iniciativa é o *Ministerio del Poder Popular para la Alimentación*, criado em 2004.

A MERCAL foi criada, então, para garantir o abastecimento e a comercialização permanente de produtos alimentícios e outros produtos de primeira necessidade, de qualidade e oferecidos com preços mais baixos do que a média do mercado. Para isso, a estratégia utilizada foi a seguinte: comprar diretamente do produtor independente ou de cooperativas, retirando o intermediário e, por consequência, diminuindo os custos. Além disso, não há necessidade de gastos excedentes com marketing, o que também colabora para que o preço final seja reduzido.

Para que a política pública tenha êxito, pode-se afirmar que a *Misión Alimentación* tem três focos centrais:

- a) Projetos de Organização e Participação Comunitária: realizados por Frentes Comunitárias de Soberania Alimentar e pelo *Programa de Economía Social y de Fortalecimiento Endógeno*.
- b) Estabelecimentos MERCAL: abastecimento dos produtos alimentícios e da cesta básica com um custo muito abaixo dos preços do mercado.
- c) *Red Social MERCAL*: destinada a beneficiar pequenos produtores e comunidades com alta carga familiar nas áreas rurais e em comunidades indígenas.

O programa é para construir e equipar lojas e supermercados com alimentos e outros produtos básicos a preços baixos para torná-los acessíveis aos mais necessitados. Os alimentos são subsidiados e chegam às prateleiras sem intermediários, de maneira que os preços sejam oferecidos com um desconto entre 30 e 45 por cento daqueles observados em outras redes de varejo. O programa é a construção de instalações de vendas, equipar e facilitar a distribuição.

Os estabelecimentos MERCAL são de diversos tipos:

- a) módulos Mercal tipo I – são pontos de venda ao varejo. Há duas possibilidades: módulo básico (154 m²) e módulo ampliado (274 m²). Devem ter uma capacidade de armazenamento de 40 a 60 toneladas. A grande maioria dos módulos apresentam a variedade “Botica Popular”, coordenada pelo *Ministerio del Poder Popular para la Salud*, com a finalidade de vender medicamentos a preços acessíveis.
- b) módulos Mercal tipo II – são pontos de venda ao varejo que funcionam em espaços públicos e privados. As modalidades de venda dependem das dimensões e da localização. Devem ter uma capacidade de armazenamento de 80 toneladas, e possibilidade de atender a 600 personas diariamente.
- c) SuperMercal – são pontos de venda ao varejo, nos quais se oferece maior diversidade de produtos. Os produtores podem vender diretamente frutas, verduras, legumes, etc. Têm uma dimensão de mais de 600 m².
- d) *Bodegas Mercal* (ou *Mercalitos*) – estabelecimentos menores, localizados em zona de maior densidade populacional.
- e) Móvil Mercal – veículos que vendem alimentos diretamente na rua, encontrados em áreas mais inacessíveis.
- f) *MegaMercal* (ou *Megamercados*) – mercado improvisado ao ar livre, de enormes dimensões em um determinado dia, ampliando o número de alimentos e produtos para venda, em que simultaneamente oferece outros serviços sociais.

Segundo a agência EFE, o representante da FAO na Venezuela, Marcelo Resende, avaliou que os dados da Venezuela no setor da alimentação são “incríveis, fantásticos”. De acordo com Resende, isso se deve a uma política

social “muito forte”. A Venezuela atualmente conta com 23 mil pontos de abastecimento públicos e a *Misión Alimentación* atende a 17,5 milhões de pessoas, com uma cobertura que chega a 61% da população venezuelana e com um subsídio que chega a alcançar 78,7% do total do preço do alimento.

Segundo o EBE (2014), a Venezuela forma parte do grupo de 35 países que realizaram progressos excepcionais, pois reduziram a subnutrição de 13,5% no período 1990-1992 para menos de 5% no período 2010-2012.

Na Venezuela, segundo dados do *Instituto Nacional de Nutrición* (INN), a disponibilidade calórica por pessoa alcança 3182 kilocalorias/por dia. Para a FAO, para que uma pessoa não passe fome ou esteja em uma condição de subnutrição ela deve consumir no mínimo 1800 kilocalorias/por dia.

A *Gran Misión AgroVenezuela* surgiu em 2011 para garantir a segurança e a soberania alimentar do país. Segundo reportagem veiculada no sitio eletrônico do *Ministerio del Poder Popular para la Alimentación – MINPAL*, Chávez, o então presidente: “[...] *informó que esta misión es ‘locomotora fundamental’ del Plan bianual 2011-2012 elaborado por el Gobierno Nacional para atender el tema alimentario y que incluye políticas públicas para la inversión en sectores estratégicos y el incremento de la producción nacional, entre otros elementos.*” (VENEZUELA, 2011). A *misión* tem como um de seus objetivos, proteger o país das atuais crises de falta de alimentos que atingem o mundo. Segundo a Corporación Venezolana de Alimentos - CVAL, a *misión* tem como linhas norteadoras: “*La concentración en rubros específicos; La expansión de las fronteras agrícolas; La creación de la agricultura urbana; y La organización de los productores.*” (VENEZUELA, 2014).

A *Gran Misión AgroVenezuela* tem como objetivos específicos:

Incentivar el registro masivo de todas y todos los venezolanos con posibilidades de producir alimentos. Garantizar el apoyo financiero tanto de la Banca pública como de la privada en la producción de alimentos. Proveer todos los insumos agrícolas y medios de mecanización. Disponer de un batallón de técnicos y técnicas que velen por el buen desarrollo de la producción de alimentos. Incorporar todas las tierras en manos del Estado, a la producción. Fomentar la agricultura urbana como un nuevo esquema de

producción masiva de alimentos en las ciudades acompañamiento técnico para producir alimentos para el país. (GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA, 2014).

A *misión* busca ter abrangência para todos os pequenos e médios produtores, sendo eles individuais ou organizados em cooperativas. Segundo o Agropátria (VENEZUELA, 2014), a *mision* visa atender às “Unidades de Propiedad Social Agropecuarias”, os “Espacios productivos administrados por distintos entes del Estado (Tierras recuperadas, Bases Militares, Liceos, Escuelas Técnicas, Estaciones Experimentales, Centros Penitenciarios, Alcaldías, Gobernaciones, entre otras)”, os “Espacios comunales y/o propios” e os “Espacios disponibles para desarrollar la agricultura urbana y periurbana en las grandes ciudades”.

7 CONCLUSÃO

A Constituição da Venezuela pode ser considerada um avanço em relação às políticas públicas de combate a desigualdade social, bem como, confere a democracia participativa maior espaço para a autonomia dos sujeitos. A Venezuela é um país que historicamente sofreu com a influência do ultraliberalismo, do capitalismo e da exploração de seus povos por uma minoria elitista, fatores que sacrificaram aquelas populações ao longo de décadas, culminando, nos três casos, na insatisfação popular e no ativismo social.

Ao desconsiderar as necessidades da população, os governos ultraliberais estabelecidos acabaram por incitar os movimentos das classes sociais abastadas e discriminadas, possibilitando a conscientização popular, tornando o conceito de democracia formal insatisfatório e acarretando no reclame da população por uma efetiva democracia, uma democracia com conteúdo.

Após anos de exclusão social, baixa qualidade de vida, baixo nível de instrução e alta exploração do proletário, bem como das riquezas naturais deste país, não é estranho que este povo tenha visto na necessidade de

participação popular um mecanismo que obriga os governantes a praticar o debate na tomada de decisões importantes com a própria população, que é quem efetivamente tem interesse na administração pública.

As políticas públicas (misiones) estabelecidas pela Venezuela têm como objetivo garantir os direitos básicos aos cidadãos, expressos na Constituição, enquanto o governo implementa um processo de modernização de adequação das instituições estatais para os novos marcos propostos. É através desses programas que vários direitos fundamentais chegam ao alcance dos cidadãos.

A aplicação de políticas sociais que pretendem erradicar a pobreza e a desigualdade são metas estabelecidas a partir da construção iniciada pelo Governo de Hugo Chávez, o qual, pela legitimação do seu povo, o qual democraticamente participou da elaboração da Constituição que inicia um processo de abertura e desenvolvimento aos direitos fundamentais, inerente ao homem, como universal de acesso aos direitos, civis, sociais, e políticos.

Com isso, as *misiones* atuam como fator de extrema importância na implementação das políticas mais radicais no Estado venezuelano e impactaram diretamente nos altos índices de aprovação dos últimos governos nacionais.

Assim, é importante lembrar, ainda, que as conquistas estabelecidas até então na Venezuela se deram em virtude de uma coletividade, de uma vontade popular, de uma luta acirrada contra o modelo ultraliberal, o qual se manteve durante tantos anos. Nessa esteira, frise-se que os mecanismos de participação popular foram fundamentais para o surgimento de políticas pública de combate as desigualdades sociais. Ainda, há que se referir que foram asseguradas pela própria população, eis que o verdadeiro poder de governar encontra-se na mão da maioria, a qual tratou de proteger estas prerrogativas com o escudo da constitucionalidade.

O processo constitucional da Venezuela caracteriza-se por uma efetiva participação popular, construindo-se de modo hábil, rápido e objetivo,

uma vez que, como já referido, oriunda de uma vontade de reforma verdadeira, tendo como escopo a própria participação cidadã e não se revestindo de um mero projeto político.

Na medida em que a carta constitucional deste país garante à população o poder de participação possibilita o debate de questões atinentes à administração pública (políticas públicas, por exemplo), vivenciando-se uma situação que muito se aproxima do que se entende por democracia, de modo a garantir a todo e qualquer cidadão efetiva importância que deve ter quando se contextualiza um estado democrático.

REFERÊNCIAS

ABRANDH. *Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional*. Disponível em: <http://www.redsanclp.org/uploads/5/6/8/7/5687387/manual_direito_humano__alimentao_adequada.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

ARENDT, H. *As origens do totalitarismo*. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

BARROCO, Maria Lúcia. *A historicidade dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2014-04/fao-qualifica-modelo-venezuelano-de-combate-fome-como-exemplar>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

CNE PODER ELECTORAL. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Disponível em: <http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php>. Acesso em: 11 abr. 2014.

COSTA, Antonio Luiz M. C. *A revolução sou eu. Carta Capital*, São Paulo, fev. 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

DUPRET, Paul-Émile. Fiesta democrática em Venezuela. In: El fenómeno Hugo Chavez La Revolución Venezolana. *Selección de artículos de L'É Monde Diplomatique*. Santiago: Editorial Aún Creemos em los Sueños, 2007.

EBC. *FAO qualifica modelo venezuelano de combate à fome como exemplar*. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2014/04/fao-qualifica-modelo-venezuelano-de-combate-a-fome-como-exemplar>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

EMBAJADA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA EN EEUU. *Las grandes misiones en Venezuela: otorgando ayuda y oportunidades*. 2012. Disponível em: <<http://venezuela-us.org/es/wp-content/uploads/2009/05/03.19.2012-FS-Misiones-ESP-1.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2014.

FAO. *Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura*. 2000. Disponível em: <<http://www.fao.org/post-2015-mdg/home/es/>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. *Agropatria*. Disponível em: <<http://www.agropatria.com.ve/mision-agrovenezuela>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. *Comisión Nacional Venezolana de Cooperación con la Unesco*. Disponível em: <http://www.cncu.gob.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=57&Itemid=57>. Acesso em: 11 abr. 2014.

GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. *Misiones*. Disponível em: <<http://www.gobiernoenlinea.ve/home/misiones.dot>>. Acesso em: 11 abr. 2014.

LACRUZ, Tito. La Propuesta Social del Gobierno Bolivariano: Las Misiones. In: Universidad Católica Andrés Bello. *Una mirada sobre Venezuela*. 1. ed. Caracas, 2006.

LATINOBARÓMETRO. *La imagen de Venezuela*. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>>. Acesso em: 11 abr. 2014.

MÁRQUEZ, Gabriel Garcia. El Enigma Chávez. In: El fenómeno Hugo Chávez La Revolución Venezolana. *Selección de artículos de Le Monde Diplomatique*. Santiago: Editorial Aún Creemos em los Sueños, 2007.

OUALALOU, Lamia. Uma década de Chávez. *Carta Capital*, São Paulo, nov. 2008.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de pesquisa*, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

FELIPE, Leandra. *FAO qualifica modelo venezuelano de combate à fome como exemplar*. 2014. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/noticia/239468-7>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

OPERA MUNDI. *Venezuela reduz pela metade índice de pobreza e cumpre meta da ONU*. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/25334/venezuela+reduz+pela+metade+indice+de+pobreza+e+cumpre+meta+da+onu.shtml>>. Acesso em: 13 abr. 2014.

PUENTE, Raquel; LÓPEZ, Sabina; SAMPER, Henry Gómez. *Asegurar alimentos al pueblo: ¿Todos los caminos conducen a Mercal?* Caracas: IESA, 2011. Disponível em: <ftp://virtualbib.iesa.edu.ve/contenidos/CASOS%20DOCENTES/Asegurar_alimentos_pueblo_Mercal_largo_CD_040.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VASCONCELOS, Yuri; ALVES, Liane; CORREA, Elisa. O que são os objetivos para o milênio? *Vida Simples*, n. 8, 2008. Disponível em: <http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/conteudo_293669.shtml>. Acesso em: 11 abr. 2014.

VENEZUELA. *Corporación Venezolana de Alimentos – CVAL*. Disponível em: <<http://www.cval.gob.ve/descargas/misionAgroVenezuela.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

VENEZUELA. *Ministerio del Poder Popular para la Alimentación*. Disponível em: <http://www.minpal.gob.ve/index.php?option=com_content&task=view&id=972&Itemid=4>. Acesso em: 11 abr. 2014.

VENEZUELA. *Misiones Bolivarianas*. Ministerio de Comunicación e Información, 2007. Disponível em: <http://aristobulo.psuv.org.ve/wp-content/uploads/2008/09/misiones_bolivarianas.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2014.

ALTERNATIVAS AO ANTROPOCENTRISMO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE: PETER SINGER E A CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA

ALTERNATIVES TO ANTHROPOCENTRISM IN THE DEFENSE OF THE ENVIRONMENT: PETER SINGER AND THE ECUATORIAN CONSTITUTION

Andrei Ferreira Fredes*

Resumo: O meio ambiente se tornou um dos temas centrais nos debates jurídicos nas últimas décadas, o avanço econômico e tecnológico acabou criando diversos problemas ambientais, desde mudanças climáticas, passando pela extinção de espécies animais e vegetais bem como pela destruição de ecossistemas naturais. A preocupação do homem com essas questões certamente avançou nos últimos anos, porém o fundamento da proteção do meio ambiente na cultura ocidental continua sendo o de garantir o meio ambiente para o bem estar do homem, das presentes e futuras gerações. Peter Singer oferece uma alternativa ao antropocentrismo ao esboçar que o meio ambiente não serve só ao homem, mas também a outros seres vivos que devem ter seus interesses levados em consideração, por sua vez a Constituição Equatoriana emprega uma outra visão, conferindo valor intrínseco ao próprio meio ambiente, que se torna sujeito de direitos em uma visão holística da natureza.

Palavras-chave: Meio ambiente. Antropocentrismo. Peter Singer. Equador.

Abstract: *The environment has become one of the main points in law arguments in the last decades, economic growth and technological advancement have created many environmental problems, starting with climatic changes, the extinction of species of animals and plants and the destruction of natural ecosystems. The concerns of men regarding these problems has definitely advanced in the last years, but the core of the*

* Mestrando em Direito do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; andrei.fredes@acad.pucrs.br

environmental protection in westerns civilization still remains being about guaranteeing the environment for the well being of men himself, present and future generations. Peter Singers offers na alternative view to the antropocentric conception when writing that the environment server not only men, but all living beings whose will must be take into consideration, on the other hand the Republico of Ecuador Constitution employs another vision, giving intrinsic value to the environment itself, which becomes a subject of rights in a holistic vision of nature.

Keywords: *Environment, Antropocentrism, Peter Singer, Ecuador.*

A proteção do meio ambiente surge a partir da década de 1970 como um dos principais focos do Direito no mundo, neste momento começam a surgir os primeiros estudos importantes demonstrando como a atuação do homem acaba afetando dramaticamente a natureza, começa também a surgir a consciência de que a preservação é necessária sob o risco de não dispormos de diversos recursos naturais em um futuro não muito distante.

Essa proteção ambiental se universalizou principalmente a partir da concepção de que tanto as gerações atuais como as gerações futuras possuem direito a um meio ambiente equilibrado como forma de garantir a qualidade de vida, esta qualidade de vida poderia advir tanto da manutenção de um ar puro, do controle das mudanças climáticas, bem como da preservação de espécies de fauna ou flora para a descoberta de cura para doenças ou da manutenção de áreas naturais protegidas para que o homem pudesse continuar a ter o prazer de experimentar o contato com a natureza. Estes fatores quando levados a sério resultaram em profundas modificações em políticas que agrediam o meio ambiente, entretanto o foco permaneceu em garantir ao homem o direito ao meio ambiente de qualidade, mantendo o valor a ser resguardado apenas na qualidade de vida humana.

Surgem então perspectivas diversas que não mais colocam exclusivamente o homem no centro da proteção ambiental, e sim oferecem concepções distintas para fundamentar a defesa do meio ambiente. Cumpre

destacar então quais são essas novas concepções e de que forma elas podem contribuir para uma maior proteção da natureza pelo Direito.

Na concepção de Peter Singer a moral, que deve guiar o direito, deve buscar ser universal, aplicável a todos os seres de forma justa, a partir da lógica utilitarista empregada pelo autor um resultado ético e racionalmente defensável só poderia ser obtido ao levar em consideração todos os afetados por uma tomada de decisão, estaria fora do campo da ética racional aquele que decidisse baseado apenas nos seus interesses ou no interesse de determinado grupo.

O autor aponta que a cultura ocidental sempre colocou o homem como o centro de sua filosofia, desde a Bíblia onde, no livro Genesis, Deus cria o homem a sua imagem e semelhança e o confere o domínio sobre os mares e a terra, determinando que todas as criaturas a andarem sobre o mundo se submeteriam a vontade do homem que deveria sempre se multiplicar e buscar povoar e controlar a terra. Singer demonstra que esta leitura se repetiu com o passar dos séculos, São Tomas de Aquino afirmou em sua obra Suma Theológica que tudo que existe no mundo tem um propósito e este propósito não é outro senão servir ao homem.

Sendo assim Peter Singer entende que ao basear a proteção do meio ambiente apenas nos interesses dos seres humanos estaríamos arbitrariamente escolhendo um grupo para ter seus interesses atendidos, e estaríamos ignorando os interesses de outros seres que também sentem prazer com a preservação do meio ambiente ou sentem dor e sofrimento com a sua destruição, os animais não-humanos.

Em sua defesa dos animais não-humanos Peter Singer expõe que muitos dos interesses que nós humanos temos são compartilhados pelas demais espécies, se um animal tem a capacidade de sentir e de sofrer então seu interesse em evitar o sofrimento deve ser levado em consideração na tomada de decisão. Ao determinarmos que apenas uma espécie tem o direito a não sofrer estaríamos criando uma divisão arbitrária que não se

sustentaria racionalmente, seria o mesmo que arbitrariamente conferirmos direitos apenas a homens brancos ou do sexo masculino, uma vez que todos possuem as mesmas aptidões básicas. Sendo assim levando em consideração os interesses dos animais não-humanos a proteção do meio ambiente deve ser intensificada em larga escala, já que a questão não poderá ser resolvida apenas colocando na balança os interesses dos homens, evidentemente não se pode olvidar que tal raciocínio só se sustenta a partir da perspectiva utilitarista defendida pelo autor.

Em outro sentido opera a concepção exposta na Constituição da República do Equador, promulgada em 2008, em seu artigo 71 determina expressamente que a natureza é sujeito de direitos. Fala o texto constitucional que a natureza tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais. Neste caso a própria natureza recebeu um valor intrínseco em uma visão holística, a proteção da natureza não se basearia centralmente nos interesses humanos, e sim em um interesse da própria natureza em sua existência e manutenção de seus ciclos. Evidentemente a prática que poderá advir deste texto constitucional poderá depender das cargas de eficácia a serem atribuídas pelo tribunal constitucional, mas sem dúvida que por trás do texto equatoriano se encontra uma concepção diversa da tradicional concepção antropocêntrica.

REFERÊNCIAS

CAMARGO, Roberto Perez de Melo. *Crítica à tradição moral: sobre a fundamentação ética na defesa dos animais*. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia)–Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2010.

ECUADOR. *Constitucion Politica Del Ecuador*. Disponível em: <<http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

LEÃO, Igor Zanoni Constant Carneiro; MAIA, Denise Maria. O valor do meio ambiente segundo Peter Singer. *Revista Economia e Tecnologia*, ano 6, v. 23, out./dez. 2010.

SINGER, Peter. *Practical Ethics*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 1993.

TREVISAN, Ana Flávia; CALDEIRA, Giovana Crepaldi. *Os direitos vivos da natureza (Pachamama) na Constituição do Equador*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1994/2160>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

VIRGÍNIO, Sergio Ricardo de Andrade. *A ética prática no pensamento de Peter Singer*. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia)–Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2011.

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS NO PROCESSO DE DEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL FRENTE AOS PNDH'S

Silvana Barros da Costa*

Carlos Luiz Strapazzon**

Resumo: Este trabalho tem como objetivo geral investigar sobre o contexto onde foram formados os Programas Nacionais de Direitos Humanos no Brasil. O objeto específico de análise serão os resultados que estes Programas trouxeram para o ambiente jurídico de direitos humanos de seguridade social no Brasil. Este será um trabalho focado na compreensão dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e das nuances administrativas da realização racional e planejada de políticas públicas de direitos humanos. A principal conclusão é que os PNDH's representam, melhor do que qualquer outra fonte, o modelo brasileiro de *humanizar* a interpretação do direito constitucional e dos direitos sociais legislativos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Programas.

1 INTRODUÇÃO

A criação do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) foi um importante passo no processo de democratização do Brasil, como um sinal claro do compromisso internacional assumido pelo Brasil para realizar direitos universais previstos em Tratados Internacionais de Direitos

* Mestranda do Curso de Mestrado em Direitos Fundamentais do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; silvanabarros871@gmail.com

** Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor da Universidade Positivo; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

Humanos. Os Programas representam um certificado por parte do Governo Federal, com os compromissos assumidos de implantação e efetividade dos direitos sociais, com o seu povo e com a comunidade internacional.

A finalidade dos Programas Nacionais de Direitos Humanos (PNDH) é identificar os principais entraves para proteger e promover os direitos humanos no Brasil, eleger ações prioritárias a serem postas em prática e fazer uma exposição prescritiva e vinculante das medidas administrativas necessárias para elaboração legislativa, que tenham por finalidade resolver os problemas mais prementes que dificultam ou impossibilitam a concretização dos direitos humanos.

2 MÉTODOS

O presente estudo está sendo realizado através de uma pesquisa por método dialético, onde se busca perceber a importância da criação dos Programas Nacionais de Desenvolvimento Humano (PNDH's) no processo de democratização do Estado brasileiro, a fim de concretizar os direitos humanos assumidos internacionalmente pelo Estado através dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Com este estudo visa-se perceber as dificuldades encontradas para a efetivação dos direitos humanos no Brasil, bem como o que vem sendo praticado e efetivamente realizado, assim como as medidas administrativas que vem sendo praticadas pelo Estado, através de políticas públicas, para honrar com os compromissos assumidos e dar efetividade aos direitos humanos. A trajetória teórico-metodológica utilizada está sendo a pesquisa bibliográfica sobre a construção dos Programas Nacionais de Desenvolvimento Humano e o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, principalmente após a Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena, em 1993.

3 OBJETIVOS

O presente estudo tem por objetivo explorar de forma crítica à luz da análise dos três PNDH's e da doutrina que versa sobre eles, qual foi e está sendo a verdadeira importância dos PNDH's para a implantação e concretização dos direitos humanos sociais e o que o Estado brasileiro vem fazendo para cumprir seu papel na efetivação destes direitos.

Compreender todas as dúvidas, conflitos, dificuldades e contradições encontrados na formação dos PNDH's e na implementação de políticas públicas que possam dar efetividade aos mesmos.

Este diálogo apresenta resultados parciais da pesquisa dialética sobre os PNDH's, em virtude de que esta investigação não chegou ao seu final.

4 DISCUSSÃO

Na Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena, em 1993, surgiu a ideia de apresentar aos Estados participantes para que elaborassem programas governamentais cujo objetivo fosse agregar a proteção e o estímulo dos direitos humanos aos seus programas de Estado e de governo, com o objetivo de que a comunidade internacional deve eliminar obstáculos, por ventura existente, na busca da realização plena e universal de todos os direitos humanos (BRASIL, 2009, p. 15).

É nesse contexto que em 13 de março de 1996 é criado o Programa Nacional de Direitos Humanos, que de ora em diante chamaremos, por uma questão prática, de PNDH, como um programa de Estado do governo federal, baseado na Constituição de 1988, considerada pelo Constituinte originário, como a “Constituição cidadã”, contendo toda essa bagagem da situação dos direitos humanos no Brasil e as medidas a serem efetivadas para sua defesa e fomento. Sendo o Brasil o primeiro pai da América Latina a ter um documento de incentivo e proteção aos direitos humanos.

Desde a época foram editadas três versões do PNDH. A primeira versão criada em março/1996, contendo direitos civis e políticos; a segunda versão, publicada em maio/2002, chamado de PNDH-II, em razão da IV Conferência Nacional dos Direitos Humanos, ocorrida em 1999, onde foram atualizados os itens constantes do documento, quando foram incluídos os direitos sociais e econômicos; e a terceira versão publicada em 21 de dezembro de 2009 como PNDH-3, em razão da necessidade de revisão, ampliação e aperfeiçoamento das diretrizes para os direitos humanos.

Ao fazer um rápido comparativo entre os PNDH's fica corroborada a concepção de que estes possuem um liame de continuidade. Todas as suas 3 edições possuem características comuns e estão associados a uma nova visão sobre direitos humanos, reconhecendo-se, especialmente a partir do PNDH-3, a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. De que estes não são somente direitos civis e políticos, também direitos sociais, econômicos e culturais. Todos foram elaborados de formas diferentes, nos diferentes programas: na forma de seminários para buscar sugestões e propostas como no PNDH-1 ou em forma de Conferências como nos PNDH-2 e 3, com o objetivo de buscar formas de promoção e proteção dos direitos humanos, na forma de proposições de ação que acabaram por se tornar programas de governo, de direitos já consagrados tanto na Carta Magna de 1988 quanto nos Tratados Internacionais¹ dos quais o Brasil faz parte e dar concretude a esses direitos (BRASIL, 1996, 2002, 2009).

O objetivo dos PNDH's, seguindo as orientações da Declaração de Viena, foi identificar os principais entraves à promoção e a proteção dos direitos humanos no Brasil, selecionar as prioridades a serem discutidas e as propostas de efetivação social, cultural, administrativa, legislativa, a fim de

¹ Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e Protocolo de São Salvador em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificados pelo Brasil em 1992 e 1996.

resolver para dar efetividade aos direitos humanos, resolvendo os problemas que dificultam ou inviabilizam a sua plena realização.

O primeiro PNDH, instituído em 13 de maio de 1996, através do Decreto n. 1.904, trouxe uma proposta abstrata e aberta de promover o entendimento sobre direitos humanos, como um conjunto de direitos universais, indivisíveis e interdependentes, que englobam direitos civis, políticos, à promoção e defesa destes direitos (BRASIL, 1996).

O PNDH-2 agregou ações específicas no âmbito de proteção e garantias sociais como: os direitos à saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social, cultura e lazer e a um meio ambiente saudável. Nele foram novas maneiras de acompanhar e inspecionar as ações previstas no programa nacional, fulcradas no método existente entre a execução do programa e a elaboração dos orçamentos por parte dos governos Federal, Estadual e Municipal. Diferente do que continha no PNDH-1, o PNDH-2 passa a definir as propostas e metas de curto, médio e longo prazo, a serem implementados por planos de ação anual², que deverão definir as medidas que serão adotadas, os recursos orçamentários a serem destinados a financiá-las e os órgãos governamentais responsáveis por sua execução (BRASIL, 2002).

O Programa possui um capítulo somente sobre a Inserção do Brasil no Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, onde traça ações para o cumprimento e implementação das leis internacionais, recomendações, metas e demais documentos consensuais que o Brasil aderiu. Inova lançando propostas para dar cumprimento ao art. 12 da Convenção Internacional da Mulher e aos acordos internacionais sobre a mulher, quando trata do aborto, mas traz a proteção ao *adoecimento feminino*. O PNDH traz a importância da universalização do acesso à saúde, através do fortalecimento do Sistema Único de Saúde (SUS) e reconhece o documento a grave

² Que definirá as medidas a serem adotadas, os recursos orçamentários para financiá-las e qual o órgão do governo que ficará responsável em executá-la.

violação de direitos humanos que constitui a falta de acesso aos benefícios sociais relativos à proteção à maternidade por alguns segmentos, destacando-se o de mulheres que trabalham no setor informal ou se encontram em situação de exclusão social, comprometendo-se a implementar programas de remuneração para mães não amparadas pela previdência social (item 361). Reafirma o Programa os direitos conquistados pelas pessoas com HIV/Aids, comprometendo-se a apoiar a melhoria da qualidade do tratamento e assistência, inclusive a acessibilidade aos medicamentos (BRASIL, 2009).

O PNDH-3 alterou a redação de parte do plano de ação do plano anterior em temas tidos como “polêmicos”, como a defesa da descriminalização do aborto, a criação de uma instância não judicial para mediar a desocupação de terras, a proibição da ostentação de símbolos religiosos em estabelecimentos públicos da União (BRASIL, 2009).

Para dar concretude às diretrizes do PNDH-3 e fortalecer a democracia é necessário que as Leis de Diretrizes Orçamentárias, Planos Plurianuais e Leis Orçamentárias Anuais (LDO, PP e LOA) se sobreponham e sirvam de base à implementação das políticas públicas trazidas pelos PNDH. Entretanto, a falta de especificação concreta destes direitos, e a falta de positividade, tornam difícil saber qual é a medida exata das prestações ou abstenções a serem realizadas (ABRAMOVICH; COURTIS, 2008, p. 153), daí porque os direitos humanos são um marco de base da transformação em nível de direitos fundamentais sociais desde que haja a implementação das políticas públicas necessárias. Daí porque o Estado tem o dever de produzir a legislação necessária à implementação dos direitos, sendo seu dever agir positivamente, ao qual corresponde um direito à prestação (ação) positiva, em cujo titular é a coletividade (ALEXY, 2011, p. 445).

Os PNDH's são programas de governo, metas a serem alcançadas, são normas programáticas que instituem tarefas concretas a serem efetivadas pelos órgãos públicos e não necessitam de legislação específica. São diretrizes programáticas de governo, e de Estado; não representam a visão

particular de um governo, não são a agenda popular ou de ONG's para os direitos humanos, ainda que tenham sido elaborados de forma dialogal com a sociedade e terceiro setor. São medidas de efetivação de direitos humanos vinculantes, já existentes, justamente os direitos dos Tratados de Direitos Humanos que têm força normativa supralegal, podendo até ter força normativa constitucional, como é o caso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Não são novos direitos, portanto. Nem precisam de leis para serem reconhecidos. Os PNDH's não cumprem a função de assegurar *existência* a direitos vinculantes, não enfrentam o problema de dizer *o que são* e *quais são* os direitos humanos, mas a função de explicitar *como* os direitos humanos já existentes, e vinculantes, serão realizados no contexto das políticas públicas de um governo democrático (ADORNO, 2010, p. 10).

5 CONCLUSÃO

Os resultados parciais da pesquisa demonstram que a realização dos PNDH's representa um avanço lento, porém paulatino, para a conquista e a legitimação dos direitos humanos sociais, cuja efetivação depende de programas de ação convertidos em políticas públicas, que devem ser cobradas e exigidas pela sociedade, envolvendo o Estado e a sociedade, imbuídos de uma relação de complementariedade.

A negação dos PNDH's demonstraria negar o verdadeiro significado de cidadania, que é o fundamento do Estado democrático (e social) de Direito, na busca constante de uma sociedade, livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sergio. História e desventura: o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos. *Novos Estudos* (CEBRAP), n. 86, p. 5-20, mar. 2010.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 11., 2008, Brasília. *Anais...* Brasília, 2008. Disponível em: <http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/429/Art_CourtisC_ApuntesExibibilidadJudicial_2001.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 dez. 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. A Constitucionalidade do PNDH-3. *Revista de Direitos Humanos*, especial PNDH-3, 2010.

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

BRASIL. Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos PNDH-3 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 dez. 2009.

BRASIL. Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996. Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-1). Revogado pelo Decreto n. 4.229, de 13 maio 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 maio 1996.

BRASIL. Decreto n. 4.229, de 13 de maio de 2002. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-2). Revogado pelo Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2002.

DHNET. *Conferência de Direitos Humanos – Viena – 1993*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

PARTE III
VIDA PRIVADA, DIREITOS
SOCIAIS E INTERESSES
PÚBLICOS

VIDA E DIGNIDADE HUMANAS: RELAÇÕES COMPLEMENTARES DE PROTEÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte*
Janaína Reckziegel**

Resumo: O corrente estudo almeja o estabelecimento de uma relação de paralelismo entre os axiomas de vida e dignidade da pessoa humana, tanto nos moldes puramente constitucionais quanto os concernentes às discussões jusfilosóficas cabíveis. Definindo *a priori* o conceito de vida, passa-se pelo estabelecimento das diversas correntes conceituadoras do aludido fenômeno; da substancialidade aristotélica ao ficcionismo em Nietzsche. Inobstante, traça-se também a definição de vida dentro da ordem constitucional reduzida à Carta Magna de 1988, a fim de depurar seus efeitos legais e filosóficos dentro do hodierno ordenamento jurídico, para que vislumbre-se a correlação existente entre tal modalidade constitucional de vida e o próprio conceito de dignidade da pessoa humana, também trazido pela Constituição Federal de 1988. Assim, tomando como centro o princípio da dignidade referido, erige-se a necessidade de posicionamento de tal axioma em face da própria vida, situando-se os debates quanto a tais direitos fundamentais, mormente quando da suposta defesa da vida em detrimento da dignidade, ou até mesmo do fim da vida para continuidade daquela. Desta forma, dirige-se a presente pesquisa para a localização axiológica e fática dos princípios até então referidos, de modo a pautar os debates de aparente conflito entre tais direitos fundamentais, localizando critérios balizadores mínimos em tais discussões.

Palavras-chave: Conflito de direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Vida.

* Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel; Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Cíveis do Programa de Pós-Graduação em Direito; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; jhonatann_duarte@hotmail.com

** Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito Público; Professora Universitária e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; janaina.reck@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho trouxe à baila a questão do aparente conflito de direitos fundamentais quando da análise da vida e dignidade humana enquanto axiomas separáveis. Partindo da definição de vida, o corrente estudo aborda a premissa aristotélica da vida enquanto conceituação substancial na exata medida da mesma funcionar como consolidação da *forma* e da *matéria*, sendo que esta última pode existir sem a primeira, mas dela necessita para expressar-se, do mesmo modo que a própria forma carece de um tipo específico de matéria. Continuando da análise conceituadora de vida, percebe-se a imersão efetivada pelo período medieval na releitura aristotélica do conceito de vida através dos escritos de São Tomás de Aquino, originando a filosofia aristotélico-tomista, exsurgindo a vida enquanto possibilidade pela atuação de forças externas, além da completa separação de alma e corpo, uma impossibilidade nos termos de Aristóteles (CORRÊA et al., 2008). Corrente que se erigiu no período pós-medieval foi a tentativa biológica de explicar a vida, mormente em questões metodológicas que beiram o simplismo científico, tendo tal fenômeno tomado força entre o final do século XVIII e início do seguinte, de modo que Foucault (2000) previu a necessidade de retomada de ditames filosóficos para tal discussão, tão logo a explicação da vida pela seara biológica é essencialmente problemática, consoante a repartição taxonômica das coisas naturais. As diversas tentativas de compartimentar o conceito vital de modo que sua utilização equânime seja possível por todos os ramos científicos leva a conclusão à alguns ramos das ciências biológicas de que o conceito de vida *de per se*, além de impróprio, é impossível, cabendo apenas a conceituação de processos de vida enquanto instrumentalidades biológicas e filosóficas (MAYR, 2005). Inobstante, afastando-se mais uma vez de definir o aspecto vital apenas pelo caleidoscópio da biologia, Corrêa et al. (2008) apontam, assim, o ficcionismo de Nietzsche para a definição

de vida, sendo que o indivíduo passa a ser ficção psicológica e gramatical autorregulável. Insta salientar, assim, que tal escola teórica desembocou no ceticismo completo do século XX, onde a vida é tida como uma implicação de junção de compostos de matéria inanimada, não havendo singularidade existencial dos seres vivos. Por fim, passando-se necessariamente à estipulação do conceito de vida na ordem constituinte de 1988, denota-se, na esteia do ocorrido na Alemanha Ocidental na metade do século anterior, a obtenção da vida enquanto processo kierkegaardiano de potencialidade. Kloepfer (2013) aponta a resposta para a conceituação vital na Carta Magna enquanto mecanismo que alia a referida potencialidade, desembocando num conceito inseparável de tal vida junto da dignidade, não se concebendo uma resposta definidora que não alie ambos os axiomas. Tal potencialidade, assim, subsume a série de eventos a que pode ser submetido o indivíduo e que, contando com a própria capacidade de autodeterminação, é apto a desvelar os reais significados e processos emocionais oriundos da vida *de per se*, de modo que ser vivo é ter capacidade, liberdade e potencialidade para que saber que se vive. O que se passou a perceber foi, assim, que a vida e a dignidade não devem concorrer de modo jusfundamental cumulativo, ainda que possam colidir-se enquanto direitos fundamentais (KLOEPFER, 2013). Não há que se falar, consoante o exposto, em pessoas que não possuam a proteção de sua vida ou dignidade, pelo menos dentro do espectro constitucional, sendo que, muitas vezes, vida e dignidade são direitos fundamentais de mais de um titular, ensejando o seu já aludido embate. A dignidade há de ser vista, desta forma, como princípio vinculado a preceitos religiosos, filosóficos e históricos da própria pessoa, sendo sua natureza essencialmente polissêmica (SARLET, 2013). Partindo da premissa elementar do conceito de dignidade sendo chancela para a visualização do homem enquanto fim em si mesmo, não apenas como meio ou mecanismo para obtenção de resultados que lhe sejam alheios, o que se passa a vislumbrar é a aplicabilidade de tal dignidade à vida de modo que “[...] o direito à vida é o direito de viver.”

(KLOEPFER, 2013, p. 150). Retomando a potencialidade exposta alhures, o excerto exposto demonstra a relação conflituosa entre vida e dignidade na exata medida em que não há possibilidade de uma vida plenamente digna, ou no prevalecimento da dignidade de uma vida sem a essência que lhe define, como nos casos de morte programada. Além dos conceitos meramente filosóficos quanto ao tema, denota-se também a insurgência da interpretação normativo-constitucional na exata medida em que a vida já foi alvo de definição jurisprudencial no Brasil no ano de 2011, quando da ocorrência do julgamento das células-tronco, de modo que a localização de tal conceito passa necessariamente pelo plano de atuação do Supremo Tribunal Federal (STF). Na adoção do referido critério kierkegaardiano de potencialidade, o órgão jurisdicional constitucional demonstrou como a Magna Carta de 1988 busca a defesa de uma modalidade de vida essencialmente aliada com caracteres de dignidade, sendo inconcebível a vida enquanto mero funcionamento biológico ou fisiológico, devendo tal fenômeno vital ser respaldado na possibilidade concreta de uma vida essencialmente intrincada com a dignidade que lhe é inerente.

2 DISCUSSÕES

A hipótese cotejada pelo corrente estudo erige-se no sentido da necessidade de definição de vida e dignidade como conceitos necessariamente interligados, não havendo que se falar em axiomas que, por possuírem mais de um titular, sejam separados. Desta forma, a unicidade de vida e dignidade repousa necessariamente numa interpretação constitucional que vislumbre a potencialidade de vida como causa de dignidade, mas também seja capaz de reconhecer o processo de dignificação do homem enquanto fim em si mesmo e em seus projetos como instrumento para a correta mensuração e conceituação do fenômeno vital.

3 CONCLUSÃO

Consoante o exposto, a conclusão metodológica pertinente é a dignidade como indumentária hábil a conceituar a vida enquanto processo biológico e axioma constitucional existente por si só, de modo que esta mesma vida observada pelo caractere dignificante da potencialidade e da autodeterminação individual de cada homem é o que enseja a própria definição de dignidade enquanto mecanismo antropocêntrico constitucional.

REFERÊNCIAS

CANALHI FILHO, Armando. *Longevidade e Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba: Edição do Autor, 2011.

CORRÊA, André Luis et al. Aspectos históricos e filosóficos do conceito de vida: contribuições para o ensino de biologia. *Filosofia e História da Biologia*, Bauru, v. 3, p. 21-41, 2008.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KLOEPFER, Michel. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MAYR, Ernst. *Biologia, ciência única: reflexões sobre a autonomia de uma disciplina científica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

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: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Agradecimentos

Esta pesquisa é resultado dos encontros do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Cíveis do PPGD (Unoesc), sob coordenação e orientação da Dra. Janaína Reckziegel, à qual se agradece.

VINCULAÇÃO INTERPRIVADA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

Silvano Ghisi*

Maria Cristina Cereser Pezzella**

Resumo: Os direitos fundamentais, com tradicional vocação de defesa dos indivíduos contra o Estado, atualmente passam a ser admitidos também na defesa de particulares entre si. Trata-se do fenômeno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. O presente estudo contempla esta problemática em especial quanto à vinculação dos particulares ao direito fundamental à privacidade, previsto no ar. 5º, X, da Constituição Federal brasileira de 1988. Assim, investiga-se, a partir das teorias explicativas da eficácia dos direitos fundamentais interprivados, como a privacidade pode ser invocada e respeitada nas relações privadas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia entre particulares. Privacidade.

1 INTRODUÇÃO

Direitos fundamentais surgiram como mecanismos de oposição dos particulares à atuação estatal, conferindo áreas de liberdade e desenvolvimento autônomo do indivíduo. Por esta razão, a rigor seriam direitos oponíveis pelo cidadão contra seu Estado. Contudo, a evolução do consti-

* Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Francisco Beltrão; Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor universitário da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão; Advogado; Avenida Antônio de Paiva Cantelmo, 1222, Centro, 85601-270, Francisco Beltrão, Paraná, Brasil; silvanoghisi@gmail.com

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professora do Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; crispezzella@uol.com.br

tucionalismo deu vazão a que os direitos fundamentais também poderiam ser invocados entre particulares, ou seja, incidir nas relações puramente privadas, daí sobrevivendo diversas teorias, algumas contrárias outras favoráveis ao fenômeno.

A partir deste cenário, o objeto do presente estudo é investigar a possibilidade de os particulares se vincularem ao direito fundamental à privacidade nas relações estritamente privadas travadas entre si, sejam elas fomentadas por um vínculo contratual ou independentemente disso.

Para tanto, o estudo perpassa pela contextualização da categoria dos direitos fundamentais, percorre a conformação do direito fundamental à privacidade, revisita as teorias acerca da vinculação dos direitos fundamentais e, ao fim, investiga se é possível a vinculação dos particulares ao direito fundamental à privacidade e de que modo ocorreria.

2 MÉTODOS

Para atender ao objetivo proposto, partiu-se da investigação da gênese dos direitos fundamentais, perpassando por suas distinções, características, aplicações e restrições. Ato contínuo debruçou-se sobre o exame da privacidade como direito fundamental, sobretudo a partir de sua inserção no rol de direitos individuais do art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, observando seus desdobramentos e privacidade estrita, intimidade e confidencialidade, e apreciando a evolução da clássica noção do “direito de ser deixado só” para o direito de controlar os usos e destinos das informações pessoais na Sociedade da Informação. A partir daí analisou-se a concepção de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e quais teorias debatem o tema, rumando para identificação de qual posição fora adotada pelo texto constitucional brasileiro. Com base nesses postulados, o estudo dedicou-se a verificar se e como o direito fundamental à privacidade pode ser vinculativo nas relações puramente privadas. Nesse percurso, portanto,

utilizou-se do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, com ênfase à doutrina nacional e estrangeira e à investigação da jurisprudência nacional. Assim, serviram como marcos teóricos de maior envergadura especialmente as obras de Bobbio (2004), Sarlet (2008), Alexy (2012), Bonavides (2005), Doneda (2000), Rodotà (2008), Vale (2004) e Steinmetz (2004).

3 RESULTADOS

O estudo permitiu notar que a vinculação dos direitos fundamentais entre particulares atualmente têm aceitação mais firme, tendo rompido com a clássica compreensão de que seriam exercitáveis apenas por particulares contra o Estado. Esta vinculação interprivada, especialmente no direito brasileiro, pode ocorrer sob os postulados da denominada Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata, ou pela Teoria da Eficácia Direta ou Imediata. Outro resultado extraído revela que o direito fundamental à privacidade incide nas relações entre particulares, e pode ser decorrente de um contrato previamente estabelecido entre as partes, ou mesmo em casos em que inexistam um vínculo intersubjetivo prévio entre sujeitos.

4 DISCUSSÃO

O exame da vinculação dos particulares ao direito fundamental à privacidade é a proposta regente deste estudo, onde se visa descortinar se é possível esta vinculação e de que forma ela ocorreria.

Além de contido no conjunto dos direitos humanos, com as dificuldades e nuances explicadas e delimitadas por Bobbio (2004, p. 9) e Sarlet (2008, p. 31-32), partindo da concepção formal de direito fundamental descrita por Bonavides (2005, p. 560-561), o direito à privacidade se consubstancia em uma norma de direito fundamental expressa, no sentido apresentado por Alexy (2012, p. 68-71), já que explicitamente contido no art. 5º, X, da

Constituição Federal de 1988. Edificou-se sobre a fórmula norte-americana do direito de estar só, exprimindo a noção de que alguns aspectos da vida precisavam ser deixados fora do conhecimento alheio, em um recôndito reservado longe do olhar público, consoante expõe Doneda (2000, p. 128). Inicialmente a privacidade era representativa de direitos de liberdade e propriedade, porque conferia ao indivíduo a capacidade de opor-se à intromissão alheia. Adiante passou a ser reconhecido como um direito de personalidade, porquanto consistente em um aspeto ínsito ao ser humano, à sua dignidade e autonomia decisional. E, na Sociedade da Informação, pautada pela imersão da vida humana e de suas relações nas tecnologias de informática e comunicações, a privacidade experimentou um avultamento, que segundo Rodotà (2008, p. 24) a redimensionou para um direito de controlar os usos e destinos das informações pessoais, conforme posição defendida.

Para se falar em vinculação do direito à privacidade entre particulares, antes é preciso examinar se os direitos fundamentais em geral podem incidir nas relações privadas, dada a natural vocação de serem meios dos particulares impedir a interferência do Estado em suas vidas, além de que os textos constitucionais não versam explicitamente sobre a aplicação entre privados, como mostra Steinmetz (2004, p. 64-66). Nesse plano, continua Steinmetz (2004, p. 175-178) terem surgido teorias que rejeitem tal aplicação puramente privada, bem como aquelas que a admitem.

No primeiro conjunto destacam-se as teorias oriundas do direito alemão, capitaneadas por Mangoldt, Forshoff, Scheuner, Favre, e Schwabe, existindo pontos em comum, e merecendo destaque a compreensão nelas feitas de que em última instância uma ofensa a direito fundamental entre particulares seria imputada ao Estado por dar espaço àquela violação, seja por se tratar de uma permissão estatal ou de uma ausência de proibição estatal. Em linha análoga, continua Steinmetz (2004, p. 179) está a *State Action Doctrine*, oriunda do direito norte-americano, que defende que direitos fundamentais continuariam vinculando apenas poderes públicos, e a presença de particulares nesse

cenário ocorreria ou pelo exercício de uma função estatal por um sujeito privado, ou aparentemente privado, ou pela existência de fatores suficientemente fortes para comprometer o Estado nos atos de um agente privado.

Já as teorias que defendem a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, segundo Vale (2004, p. 141-148), desmembram-se em Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta e Teoria da Eficácia Imediata ou Direta. A primeira confere uma tarefa constitucional ao legislador para prover a incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares mediante produção de leis a seu respeito. Para a segunda, os direitos fundamentais seriam aplicáveis às relações entre particulares sem a necessidade de intermediações de leis infraconstitucionais.

Após essas premissas, é possível defender que o direito fundamental à privacidade vincula os particulares em suas relações puramente privadas, podendo exsurgir de duas fontes distintas. Uma consistente na existência de uma prévia relação intersubjetiva entre as partes, sobremaneira negocial, e outra independente da existência de qualquer relação jurídica antecedente entre particulares que tenham se vinculado e assumido compromissos de respeitar cláusulas contratuais e obrigações. Conforme seja a fontes que dê espaço para esta vinculação interprivada da privacidade, terá o amparo de uma das teorias de eficácia de direito fundamentais entre particulares acima apresentadas. Cabe registrar que esta pesquisa identificou vários casos da jurisprudência brasileira em que se fez a aplicação direta do direito fundamental à privacidade entre particulares sem receios quanto à divisão entre as Teorias da eficácia Mediata e da Imediata, aplicando de forma serena esta última.

5 CONCLUSÃO

No conjunto dos direitos fundamentais atuantes no ordenamento jurídico brasileiro está a privacidade, conforme expressa previsão do art. 5º,

X, da Constituição Federal de 1988, adrede a fomentar uma redoma de proteção impeditiva da intromissão alheia na vida e nas relações pessoais. Como sói ocorrer com todo direito fundamental, a priori sua operabilidade dar-se-ia no sentido ser um mecanismo do indivíduo para refrear a ação do Estado em sua vida e relações, porque os direitos fundamentais são “armas” de oposição do cidadão contra o Estado. Porém, a evolução constitucional, fomentada pelo reconhecimento da supremacia e força normativa das constituições, e pela constitucionalização de direitos, permitiu o surgimento da defesa de que os direitos fundamentais seriam também oponíveis entre os particulares, dando vazão à vinculação dos particulares a direitos fundamentais, fazendo contraporem-se teorias a esse respeito, merecendo destaque na linha das que admitem tal incidência da Teoria Indireta ou Mediata e a Teoria Direta ou Imediata. A primeira entende que os direitos fundamentais não se aplicam diretamente do texto constitucional aos particulares, sendo necessária uma mediação do legislador criando leis de concretização daqueles direitos. Já a segunda dispensa qualquer intervenção legislativa e defende aplicação direta na previsão constitucional aos particulares.

E a vinculação dos particulares ao direito fundamental à privacidade pode ocorrer por via das duas teorias supracitadas, conforme a fonte que exija o respeito a privacidade, se contratual ou não. A Teoria Mediata será identificada na privacidade diante de relações contratuais, porque resulta do princípio da *pacta sunt servanda*, e dos compromissos de sigilo e confidencialidade das informações compartilhadas para os fins contratuais. Nesse plano, seja por cláusulas explícitas ou por deveres subentendidos, decorrentes da boa-fé objetiva que atrai direitos acessórios ou laterais, os contratantes devem assegurar a privacidade dos conhecimentos sobre a contraparte a que tiveram acesso por força do contrato, seja nas tratativas iniciais, no cumprimento e execução do contrato, ou mesmo após seu encerramento. Já a Teoria Imediata estará presente, quanto à privacidade, nas relações privadas não entremeadas por contratos, na medida em que o originário dever

de abstenção estatal com relação aos aspectos da vida pessoa e relacional do indivíduo pode ser elástico para os particulares a partir da norma do art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, criando uma barreira para que qualquer pessoa possa, vigiar, fiscalizar, coletar e manipular informações de outros particulares sem explícita autorização. Apesar disso, o exame de vários casos da jurisprudência brasileira mostra que há a aplicação direta do direito fundamental à privacidade entre particulares sem receios quanto à divisão entre as Teorias da eficácia Mediata e da Imediata, aplicando de forma serena esta última.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

VALE, André Rufino. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

Agradecimentos

Registram-se os agradecimentos à Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), especialmente ao seu Programa de Mestrado, pelo apoio de seu corpo docente e dos setores administrativos. Também se agradece à Faculdade de Direito de Francisco Beltrão pelo acesso à sua biblioteca e cessão de materiais de pesquisa.

A ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO RECONHECIMENTO DE DIREITOS ÀS MINORIAS SEXUAIS

SEXUAL ORIENTATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND ITS CONSEQUENCES IN THE RECOGNITION OF RIGHTS TO SEXUAL MINORITIES

Igor Fernando Ruthes*

José Osório do Nascimento Neto**

Resumo: O presente trabalho investigará a existência no ordenamento jurídico pátrio de um direito fundamental à livre orientação e quais os seus efeitos no que tange a tutela estatal. No que tange as maiorias esta tutela está pacificada, o grande problema existe quando se fala das minorias sexuais. Por isso há de se questionar se, apesar dos avanços, poderá em algum momento o Estado retroceder, por meio de seus Poderes constituídos, na tutela destas minorias. Para se responder este questionamento o artigo enfrentará três assuntos principais, quais sejam: a homossexualidade como uma realidade social; a orientação sexual como um direito fundamental atribuído, o conteúdo deste direito e por fim a possibilidade de suas restrições.

Palavras-chave: Direito fundamental. Diversidade sexual. Reconhecimento de direitos.

Abstract: *This paper investigates the existence in the national legal system of a fundamental right to free guidance and their effects with respect to state protection. Regarding majorities such protection is pacified, the big problem when speaking of*

* Especialista em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional; Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil; Professor de Criminologia na Universidade do Contestado; Advogado; Avenida Presidente Nereu Ramos, 1071, Centro, 89300-000, Mafra, Santa Catarina, Brasil; igor.ruthes@gmail.com

** Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público pela Universidade Candido Mendes; Doutorando e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Professor de Direito Constitucional e Administrativo das Faculdades Integradas do Brasil; Advogado; Rua Konrad Adenauer, 442, Tarumã, 82820-540, Curitiba, Paraná, Brasil; osorio.nascimento@gmail.com

sexual minorities. So one has to ask whether, despite the improvements, may at some point the state backward, through its constituted Powers in protection of minorities. To answer this question the article faces three main issues, namely: homosexuality as a social reality; sexual orientation as a fundamental right granted, the content of this right and finally the possibility of its restrictions.

Keywords: *Fundamental right. Sexual diversity. Recognition of rights.*

1 HOMOAFETIVIDADE: UMA REALIDADE SOCIAL

Existem diversos discursos que tentam explicar a homossexualidade. Uma vez que não há um diálogo entre estes se forma um saber contraditório e antitético acerca do tema (SCARDUA; SOUZA FILHO, 2006, p. 482-490). Muitas destas teorias são encampadas pela sociedade que cria uma representação social acerca do tema. As representações sociais têm como principal função partilhar o conhecimento sobre certa matéria em um determinado grupo social. Dessa feita, cria-se uma forma de agir perante algumas situações sociais que deixam de ser desconhecidas para se tornarem familiares (SCARDUA; SOUZA FILHO, 2006, p. 482-490).

Nesse sentido, ainda conforme Scardua e Souza Filho (2006, p. 482-490), a homossexualidade para alguns grupos pode ser vista como uma forma de contestar as regras sociais rigidamente estabelecidas. Isto faz com que o fenômeno do desejo sexual - que deveria ser encarado como algo da natureza - passe a ser compreendido como um acontecimento social de afronta à cultura oficial.

O debate então atinge a esfera pública e é encampado tanto por setores científicos quanto pelo senso comum. Estabelece-se então a busca da origem do comportamento homossexual (SCARDUA; SOUZA FILHO, 2006, p. 482-490).

De acordo com Scardua e Souza Filho (2006, p. 482-490), para explicar tal fenômeno, existem cinco grandes grupos de discursos sendo estes: os religiosos, os ético-morais, o biológico e os psicossociais. Há de se

asseverar que apenas no último a homossexualidade não é considerada como um fator negativo originado por doença ou falta.

Analisando o tema aqui estudado, Matos (2004, p. 34-35) afirma que o comportamento homossexual é encontrado na humanidade desde os seus primórdios. Civilizações antigas como a Grécia Clássica, por exemplo, aceitavam e incentivavam as relações sexuais entre pessoas biologicamente do mesmo sexo.

O comportamento homoerótico também foi encontrado em tribos indígenas localizadas no território brasileiro. Antropólogos descreveram este comportamento social entre índios que se localizavam no Mato Grosso do Sul, Rondônia e Amazonas (MATOS, 2004. p. 34-35).

É de se notar que em virtude da distância geográfica e temporal entre estes povos – Gregos e Indígenas – é possível concluir que a homossexualidade é um comportamento natural e atemporal ligado ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Contudo o que muda de forma perceptível é a valoração que a sociedade dá a este fenômeno, ou seja, às construções sociais.

Na Grécia as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo eram vistas com bons olhos. Entendiam os gregos que por meio desta se passavam conhecimentos dos mais velhos aos mais novos e, inclusive, valores religiosos. Todavia, hodiernamente, a homossexualidade é estigmatizada e encarada de forma depreciativa por determinados setores da sociedade brasileira (MATOS, 2004. p. 36-41).

Aqui há de se fazer uma observação, pois apesar de avanços no que tange à condição do cidadão homoafetivo – veja-se, por exemplo, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, por unanimidade,¹ reconheceu as

¹ O ministro Dias Toffoli absteve-se, pois já havia dado parecer sobre o assunto quando ocupava o cargo de Advogado Geral da União.

uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar² – existe ainda receio de se vivenciar a homoafetividade em espaços públicos, ficando as demonstrações de afeto restritas aos espaços privados, ou então, a ambientes reservados especialmente para o público LGBT (SCARDUA; SOUZA FILHO, 2006, p. 463-464).

Uma explicação plausível para tal comportamento – que alija cidadãos de um aspecto importante de sua cidadania, pois desigual, sem justificativa, parcela significativa da população, seria o preconceito e a forma negativa como é vista a homossexualidade (SCARDUA; SOUZA FILHO, 2006, p. 489-490).

Este preconceito é tributário a uma visão médica sobre o tema. Isto se evidencia na medida em que até a década de 1970 a homossexualidade estava classificada, nos Estados Unidos, como um transtorno psiquiátrico. Já no Brasil esta situação perdurou até 1985, quando se conseguiu que o Conselho Federal de Medicina retirasse o comportamento homoerótico da relação dos transtornos sexuais (MATOS, 2004. p. 34-35).

Agrava-se ainda a situação pelo fato da tardia manifestação do Conselho Federal de Psicologia sobre o tema, que só aconteceu por meio da resolução 001/1999. É digno de nota que nada obstante esta resolução proibir os psicólogos de emitir opiniões preconceituosas acerca da diversidade sexual existem, ainda hoje, psicólogos que afirmam ser possível uma terapia de reversão para fins de se ter uma sexualidade saudável³ (heterossexualidade).

Prosseguindo no estudo o comportamento político acerca dos direitos e liberdades da população LGBT podem ser divididos em quatro espécies, os proibicionistas, os liberacionistas, os conservadores e por fim os libertários (MATOS, 2004, p. 48).

² Registre-se que a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) entidade ligada à Igreja Católica habilitou-se no processo emitindo opinião contrária a tal avanço.

³ Esses profissionais são, em regra, influenciados por um discurso religioso/cristão e não apresentam fundamentos científicos. Veja-se, por exemplo, o caso da psicóloga cristã Marisa Lobo que afirma ser possível ‘curar’ homossexuais.

Para o presente artigo interessa a postura proibicionista – típica dos discursos religiosos – e as libertárias – que é encampada pelos movimentos sociais que reivindicam leis que garantam direitos civis e também que punam atitudes discriminatórias.

O viés proibicionista é alimentado, em grande medida, pelo discurso religioso que, pautado em interpretações da Bíblia,⁴ mais especificamente em passagens do Antigo Testamento, segundo as quais a relação sexual entre dois homens é uma abominação.

Com base nesses textos e em algumas variações fundamentalistas da doutrina cristã as Igrejas defendem o caráter sagrado da família e a utilização natural das relações sexuais para a procriação dentro de uma estrutura familiar. Por estrutura familiar entende-se um ente moral que é formado por uma relação conjugal de pessoas de sexos diversos (MATOS, 2004. p. 49-51).

Sobre o papel da Igreja Católica na sociedade – e também das Igrejas Evangélicas desde que contextualizando aos dias atuais – Nietzsche (2005, p. 89-93), em sua obra *O Anticristo*, desenvolve o raciocínio de como o discurso religioso da piedade e do pecado vicia as virtudes naturais da humanidade. Ao final de sua obra sustenta que a fé cristã vai contra tudo o que há de bom e de natural na sociedade.

Nessa toada é possível afirmar que o discurso religioso tem como uma de suas características a de constituir certos comportamentos – naturais – como “anormais” e abomináveis perante um grande número de pessoas que seguem esta fé. Isto pode engendrar efeitos no tratamento jurídico de determinada parcela da população, principalmente quando os direitos fundamentais desta são submetidos a princípios da democracia majoritária.

Com a homossexualidade isto também ocorre. A sua classificação, por alguns pastores midiáticos – como manifestação do demônio, ou ainda como uma escolha que não atende aos padrões éticos e morais de uma so-

⁴ Que para os cristãos é a palavra de Deus.

cidade opondo-se a seus valores consolidados reforça o preconceito de uma maioria em relação a uma minoria, tornado clara a tensão entre direitos fundamentais e democracia (PEREIRA et al., 2011, p. 89-90).

Estudos acerca das formas de preconceito contra homossexuais classificam os grupos em três espécies de comportamento: os flagrantemente preconceituosos exprimem seus preconceitos por meio da rejeição, e da maior quantidade de sentimentos negativos em relação aos positivos sobre o tema. O preconceito sutil se caracteriza pela menor intensidade da rejeição e dos sentimentos negativos, por fim os não preconceituosos apresentam maior gama de sentimentos positivos acerca da homossexualidade (PEREIRA et al., 2011, p. 89-90).

De se notar que a maior parte dos preconceituosos flagrantes busca a explicação para as orientações sexuais divergentes da dominante em fatores religiosos e ético-morais (PEREIRA et al., 2011, p. 89-90). Essas posturas influenciam diretamente na forma como a população em geral irá reagir no que tange aos direitos das minorias e nos avanços sociais de uma sociedade plural e inclusiva.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À ORIENTAÇÃO SEXUAL

Quando se aborda, de forma séria, os direitos fundamentais, a primeira dificuldade que se apresenta é a de identificá-los. A doutrina constitucional traçou diversos critérios para tal mister. Todos apresentam vantagens e críticas.

É possível, num primeiro momento, se afirmar que direitos fundamentais são aqueles que encontram intrínseca relação com o modelo estatal adotado. Nessa toada quando se está diante de um Estado Liberal de Direito serão direitos fundamentais apenas aqueles ligados à liberdade, não havendo, portanto, direitos sociais. De outra banda, quando se está perante

um Estado Social de Direito serão direitos apenas as prestações positivas do Estado (ALEXY, 2008, p. 66-68).

Ocorre que, este critério é a de que ele é tributário a visão de gerações de direitos fundamentais. Tal visão, embora útil didaticamente, tem como principal problema cindir os direitos fundamentais de modo que estes pareçam mutuamente excludentes.

Poderia se afirmar também que os direitos fundamentais são aqueles expressamente previstos na Constituição. No caso da Carta brasileira seriam os que constam no Título II. Em que pese a objetividade e a simplicidade deste critério há de se ressaltar sua insuficiência, pois normas que materialmente seriam de direitos fundamentais não estariam alçadas a esta dignidade simplesmente por razões topográficas (ALEXY, 2008, p. 66-68).

Ademais, ao comentar o sistema de direitos fundamentais contemplado pela Carta Magna brasileira, Sarlet (2012) afirma que nada obstante haver um catalogo extremamente analítico de direitos fundamentais expressos na Constituição, existe um sistema aberto, portanto não há um rol taxativos de direitos fundamentais.

Superando a questão meramente formalista de direitos fundamentais, Sarlet (2012, p. 74) leciona que no Brasil não se pode falar apenas em direitos fundamentais positivados na Carta Magna. Isto ocorre em virtude da cláusula de abertura prevista no § 2º do Artigo 5º da Lei Fundamental.

Nessa perspectiva se impõe a busca de um conceito material de direito fundamental. Sarlet (2012, p. 78-80) expõe que em cada sociedade haverá uma gama de situações jurídicas que serão consideradas como direito fundamental, razão pela qual não se pode utilizar como critério a universalidade da titularidade.

Alexy (2008, p. 75) afirma que para se buscar um conceito de direito fundamental atribuído, ou seja, aquele que não está diretamente consignado no catalogo, podem ser utilizados critérios empíricos - que buscam

definir o que são direitos fundamentais pelas decisões judiciais - ou ainda critérios normativos.

Afirma o constitucionalista alemão que o primeiro critério é inadequado para a construção de uma teoria dos direitos fundamentais, razão pela qual se opta pelo segundo. Destarte, para se verificar que uma norma⁵ pode ser entendida como de direito fundamental há de se buscar uma correta argumentação referida aos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 75-76).

Sarlet (2012, p. 88) afirma que a doutrina pátria se revela tímida na discussão acerca dessa cláusula de abertura. Assevera, no entanto, que a jurisprudência da Corte Constitucional já acena com avanços. Cita como exemplo decisão tomada em Ação Direta de Inconstitucionalidade 939-7 – julgada em 1994 – que considerou o princípio da anterioridade tributária como direito fundamental. Cumpre mencionar que tal princípio está previsto no Artigo 150 da Constituição Federal, ou seja, fora do catálogo.

Pautado nas lições até aqui consignadas torna-se lícito concluir que no Brasil o critério topográfico é inadequado. Resta portanto a missão de identificar um critério material para identificar quais são os direitos fundamentais contemplados na Carta Política pátria.

Antes, contudo, de se embrenhar na busca de critérios para se delimitar um direito fundamental material, é imperioso que se entenda qual o alcance da cláusula geral de abertura do sistema prevista no § 2º do Artigo 5º da Carta Política.

Da leitura do dispositivo acima citado, nota-se que no sistema constitucional brasileiro, ao contrário do que ocorre no português, a abertura para direitos fundamentais não escritos - ou implícitos - não se dá apenas para aqueles que decorrem de tratados internacionais. Mas ao contrário es-

⁵ Nesse artigo, entende-se por norma o produto da interpretação de regras e princípios para um determinado caso concreto. Por norma de direito fundamental atribuído entende-se uma norma que possa ser adequadamente relacionada com um direito fundamental, ou ainda, no caso da Lei Fundamental brasileira com um valor fundante da República ou com seus objetivos fundamentais.

ses direitos podem ser reconhecidos pela jurisprudência e pelos princípios orientadores da sociedade em determinada época (SARLET, 2012, p. 89).

Nessa esteira não se pode deslembrar do papel de protagonismo que o Poder Judiciário assume nesse novo momento constitucional. Este protagonismo parece estranho aos olhos do sistema jurídico romano-germânico, ou *civil law*, ao qual o Brasil é filiado.

Razões históricas podem ser aqui colacionadas, a principal delas é a de que o sistema pátrio é pautado na centralidade da lei.⁶ Eis que sua matriz é influenciada pelo Direito produzido a partir da Revolução Francesa. Nesta ocasião queriam os revolucionários romper com o regime anterior por isso valorizaram de forma extrema o Poder Legislativo que era formado por integrantes da classe burguesa e, em consequência, foi limitada a atuação do Poder Judiciário.⁷ Destarte cabia a este apenas dizer o direito, ou seja, ser a “boca da lei”, negando-lhe qualquer função criativa do direito (FIORAVANTI, 2000, p. 95-95).

Noutro giro na Inglaterra – berço da *common law* – tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário estavam unidos na missão de limitar o poder absoluto do monarca. Dessa feita não houve motivo para que se desconfiasse dos membros do Poder Judiciário, razão pela qual a estes sempre foi possível criar o direito em suas decisões. Estas, todavia, estavam sempre pautadas e limitadas em uma Constituição material invisível (MARINONI, 2008, p. 11).

A submissão do juiz à lei – princípio fundante da *civil law* – não sobreviveu aos valores trazidos pelo Constitucionalismo. A preponderância

⁶ Veja-se, por exemplo, a resistência que o Supremo Tribunal Federal teve, a princípio, em elaborar normas para aplicação no caso concreto nos Mandados de Injunção, e a rejeição da declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial em ADI por Omissão ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores que pleiteava que os efeitos dos aumentos concedidos para servidores militares fossem extensivos para os servidores civis no caso de inércia do Poder Executivo. A suprema Corte embasava seu posicionamento na divisão funcional do Poder, dizendo que não cabia ao Judiciário a função de legislar, portanto negava-se a efetividade de direitos fundamentais aos cidadãos.

⁷ Que era visto como aliado dos membros do antigo regime, por isso deveria ser alijado de qualquer poder político.

dos direitos fundamentais em relação à lei – advinda do período pós-guerra na Europa e pós-ditadura na América Latina – faz com que o magistrado seja chamado a controlar a sua constitucionalidade e a suprir lacunas deixadas pela inércia do legislador no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais (MARINONI, 2008, p. 47).

Ao falar sobre o papel central que os direitos fundamentais ocupam no atual ordenamento jurídico, Bonavides (2003, p. 584-587) assevera que o velho Direito Constitucional –derivado das revoluções burguesas europeias – estava preocupado com a separação dos poderes e com a distribuição de competências, nessa quadra tendo uma visão meramente formal e organizacional.

Contudo, hodiernamente, é necessário que se tenha uma visão de eficácia das normas constitucionais. Estabelecendo-se a validade total dos dispositivos previstos na Carta Política. Para que isso ocorra, faz-se mister estabelecer uma relação de diálogo entre a Constituição e a realidade social, sempre supondo-se a abertura daquela em relação a esta (SCHIER, 1999, p. 91-100).

Imperioso, portanto, ressaltar o papel da hermenêutica constitucional, ou seja, a interpretação da norma que rompe com os dogmas positivistas, e que dá concretude às disposições de direitos fundamentais nos casos concretos. Atribuindo-se, por conseguinte, normatividade à Constituição (BONAVIDES, 2003, p. 685-592).

Portanto, para se reconhecer os direitos fundamentais implícitos, impõe-se que o Poder Judiciário faça uma leitura moral da Constituição, nas palavras de Dworkin (2006, p. 10-17), tal forma de interpretação é legitimada sempre que um dispositivo constitucional estiver estruturado como um princípio moral.

Entretanto ao realizar essa leitura moral dos princípios constitucionais o juiz constitucional não estará livre de qualquer amarra e, portanto, não poderá dar qualquer significado aos ditames constitucionais. Deverá observar

o contexto histórico e cultural da comunidade, bem como as decisões judiciais que a precedem dialogando com estas (BARBOZA, 2011, p. 125-129).

Para se guindar uma posição jurídica à condição de direito fundamental necessário se faz analisá-la com base em princípios constitucionais. Contudo, não se trata de qualquer princípio previsto na Constituição - até porque a Carta brasileira é repleta de normas principiológicas - mas daqueles positivados no seu Título I (SARLET, 2012, p. 67-90).

Nessa quadra, para se buscar um critério para consagrar uma posição jurídica fora do catálogo como direito fundamental, faz-se mister que haja argumentação consistente fazendo com que esteja ligada à dignidade da pessoa humana e com os objetivos fundamentais da República plasmados o Artigo 3º da Constituição.

Vale lembrar que no sistema constitucional os princípios adquirem especial relevo, eis que tem como principal missão dar unidade e coesão ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, os direitos fundamentais - que assumem forma de princípios - aperfeiçoam e imprimem racionalidade a todo o sistema jurídico (SCHIER, 1999, p. 85-91).

No que concerne à dignidade da pessoa humana, Silva (2005, p. 105) leciona que tal princípio é de grande relevo para o Direito Constitucional, e em especial para os Direitos Fundamentais, pois todos estes se originam e são atraídos pelo princípio em tela. Sendo assim todo o ordenamento constitucional e, por conseguinte jurídico deve ser interpretado sob a lente da Dignidade da Pessoa Humana.

Vale lembrar que a dignidade da pessoa humana é um princípio construído ao longo dos tempos e que também encontra assento em Declarações Internacionais de Direito do Homem. Portanto seu conteúdo irá variar de acordo com o momento histórico e cultural em que se está inserido. Pode se afirmar que o aludido princípio preconiza que o ser humano deve ser visto com um fim em si mesmo (BARBOZA, 2011, p. 110-112).

Advertindo a vagueza nos contornos de um eventual conceito de dignidade de pessoa humana, e até asseverando a impossibilidade de um conceito abstrato que de conta de todas as situações, Sarlet (2012, p. 98-101) ensina que a dignidade da pessoa humana é um atributo de todo ser humano, e que envolve autodeterminação do homem. Nesse diapasão é salutar consignar literalmente passagem que consolida seus ensinamentos acerca do tema.

Para além disso, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguições em virtude de motivos religiosos etc. Também a garantia da identidade (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual) pessoal do indivíduo constitui uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, concretizando-se dentre outros aspectos, na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, na honra, da esfera privada, enfim, de tudo o que seja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade, bem como ao direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito a sua esfera particular, assim como a garantia de um espaço privativo no âmbito do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências na sua esfera pessoal. (SARLET, 2012, p. 104).

Tendo em mente que a orientação sexual é um aspecto da personalidade, é lícito concluir que esta é um direito fundamental, eis que possui forte vínculo com a dignidade da pessoa humana, mas especificamente com sua autodeterminação e desenvolvimento da personalidade.

Nesse sentido já houve decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal em julgamento conjunto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132/RJ) e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.277/DF)⁸ ambas de relatoria do Ministro Ayres Brito, que expressamente

⁸ As ementas não serão aqui transcritas em virtude de sua extensão. Ademais pode ser facilmente encontradas no sítio do Supremo Tribunal Federal.

reconhece a vinculação da orientação sexual ao princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2011).

Conforme ensinamentos de Dias (2014, p. 33), a referida decisão faz valer para as minorias sexuais, que até então eram discriminadas pela inércia legislativa, os princípios de uma sociedade plural e livre de preconceitos, impondo um tratamento equânime no que tange ao direito de família, ou seja, consagrando juridicamente um direito a diferença.

Cumprindo ainda consignar que o direito à orientação sexual possui assento na interpretação do Artigo 5º. “caput” da Constituição Federal. Uma vez que tal dispositivo prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, vedando qualquer discriminação.

Desta forma da interpretação do aludido dispositivo – tendo como parâmetro todos os argumentos normativos esposados acima – é possível formular a seguinte norma de direito fundamental atribuído: todos têm direito à livre orientação sexual, eis que representa a autodeterminação individual garantida pela Constituição Federal (ALEXY, 2008, p. 76-84).

Pois bem, destarte chega-se à conclusão de que o direito à orientação sexual tem *status* de direito fundamental material. Nessa toada, cumpre asseverar que independentemente da orientação apresentada pelo cidadão deverá o Estado respeitá-la de modo a não haver tratamento desigual em virtude da homo ou heterossexualidade.

Tal reconhecimento o consagra como norma constitucional que tem como um de seus atributos a imperatividade e a superioridade hierárquica. Dessa forma reclama além de tudo efetividade, que significa a diminuição da distância entre o ser e o dever-ser (BARROSO, 1996, p. 224-226). Portanto, impõe a efetivação deste direito a todos os poderes do Estado, por meio de políticas públicas, do não embaraço e de uma interpretação do ordenamento jurídico emancipadora.

3 DAS RESTRIÇÕES AO DIREITO À LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL

Nada obstante os argumentos trazidos no tópico anterior faz-se necessário averbar que como todo direito fundamental o direito à livre orientação sexual também possui limites, eis que não existe direito fundamental absoluto.

Segundo Silva (2006, p. 23-51), no Brasil o conceito de suporte fático não é tão estudado e, por consequência, disseminado no que respeita ao direito Constitucional, é mais utilizado no Direito Penal no conceito de tipo e no Direito Tributário sob o nome de fato gerador. Atribui tal fato a uma tradição constitucional pátria que relegava à Carta Fundamental (antes de 1988) apenas uma função de organizar o Estado.

Para explicar o suporte fático existem duas teorias, a do suporte fático restrito, segundo a qual existem certas condutas que devem ser excluídas *a priori* da proteção da norma de direito fundamental. Sendo assim o suporte fático coincide com o que é de fato protegido pela norma de direito fundamental. Nesse sentido não há que se falar em restrição de direitos fundamentais (SILVA, 2006, p. 32-34).

Para poder se falar em restrições a direitos fundamentais é imperioso adotar uma teoria do suporte fático amplo.⁹ Em conformidade com esta teoria todas as situações que, de alguma forma, enquadrem-se aos direitos fundamentais podem ser, em um primeiro momento, por eles tutelada. Tem-se então a figura do direito fundamental *prima-facie* (ALEXY, 2008, p. 325). Restringir um direito fundamental, nos ensinamentos de Canotilho (1997, p. 410), é limitar seu âmbito de proteção, ou seja, retirar da sua proteção situações que, em um primeiro momento, estariam por ele albergadas.

⁹ Ao se falar em suporte fático amplo está a se adotar a teoria das limitações externas aos direitos fundamentais. Opta-se por essa teoria em detrimento da teoria interna que afirma que os direitos fundamentais não podem ser limitados, eis que já tem seu conteúdo definido de antemão. Nessa toada caberia ao aplicador do Direito apenas declarar qual o conteúdo do direito fundamental em estudo.

Nessa toada já é rechaçada uma das críticas - e para o presente trabalho a mais importante - opostas a teoria do suporte fático amplo, qual seja a de que todas as condutas inclusive as criminosas estariam albergadas por direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 329-330).

Afasta-se tal crítica pelo fato de que existem restrições àquelas condutas, portanto estas só seriam protegidas por direitos fundamentais em um primeiro momento, sendo posteriormente descartadas do âmbito protetivo daquele direito fundamental (ALEXY, 2008, p. 329-330).

A adoção da teoria do suporte fático amplo apresenta, ainda, a vantagem da necessária justificação constitucional às restrições impostas pelo Estado. Veja-se que a inadequada fundamentação irá dar causa à inconstitucionalidade da intervenção estatal (SILVA, 2006, p. 34-35).

Nesse sentido, conforme Sarlet (2012, p. 394-396), o estudo de uma teoria dos direitos fundamentais passa necessariamente pelo estudo do suporte fático, restrições e limites às restrições dos direitos fundamentais. É de se anotar que a Constituição não adotou critérios expressos - salvo a exigência de lei formal e vedação à abolição dos direitos fundamentais - para delinear as suas restrições. Em razão disso assume especial relevância para o sistema constitucional pátrio a doutrina e a jurisprudência acerca do tema.

No que tange ao âmbito de proteção, como já consignado alhures, adotar-se-á neste artigo a teoria do suporte fático amplo, que dá ensejo a teoria dos limites externos aos direitos fundamentais.

Em conformidade com esta teoria os direitos fundamentais apresentam dois âmbitos de proteção, o primeiro considerado *prima facie* abarcaria todas as condutas que pudessem de alguma forma ser subsumida a um determinado direito fundamental. Em um segundo momento, após critérios racionais de ponderação com valores que se encontram fora da norma de direito fundamental, chegar-se-ia no âmbito de proteção definitivo (SARLET, 2012, p. 398-400).

Cumprir abordar agora os limites aos direitos fundamentais, que podem ser entendidos como situações onde o Estado - por seus poderes constituídos - embaraça - por ação ou omissão - limita ou ainda elimina o exercício de um direito fundamental (SARLET, 2012, p. 399).

Consoantes ensinamentos de Alexy (2008, p. 283), as normas de competência são deveras importante nesse momento, pois há de se decidir quem tem legitimidade para impor limites aos direitos fundamentais.

Estas restrições podem ser feitas por meio de regras, ou seja, leis que criam uma situação de não direito. Tal situação estabelece de forma definitiva o que não será objeto da tutela de um direito fundamental (ALEXY, 2008, p. 284). No Brasil, por exemplo, embora haja a liberdade de expressão garantida pela Constituição Federal, existe previsão no código penal do crime de difamação, que consiste em imputar fato desabonador a terceiro. Nessa toada, conclui-se que comentários pejorativos contra outrem não estão protegidos definitivamente pela norma de direito fundamental.

As regras limitadoras de direitos fundamentais devem encontrar amparo constitucional, em outras palavras, não devem estar afrontando o sistema de direitos fundamentais e neste devem estar embasadas (SARLET, 2012, p. 401).

Podem-se estabelecer, nesse contexto, duas espécies de reserva legal, a simples que prevê uma competência ampla ao legislador, pois este não está adstrito a certos objetivos para a restrição do direito fundamental e a reserva qualificada que vincula a restrição a certos pressupostos e objetivos. Um exemplo desta é a inviolabilidade de comunicações que – conforme consta no próprio dispositivo constitucional só pode ser quebrada para investigação criminal ou instrução de processo penal.

As restrições também podem gozar de *status* constitucional. Isto ocorre quando na própria Lei Fundamental existe uma cláusula geral de restrição. Um exemplo brasileiro é a inviolabilidade de correspondência que pode ser restringida em casos de estado de sítio. Tanto o direito fundamen-

tal, como sua restrição estão previstos na Lei Fundamental brasileira, chama-se tal restrição de restrição direta (SARLET, 2012, p. 400).

Por fim, outra forma de restrição de direitos fundamentais advém do sopesamento de princípios. Como tais direitos assumem, em regra, a forma de princípios, e como é próprio do Estado Democrático haver princípios colidentes poderá existir restrições de direitos fundamentais por sopesamento realizados pelo Poder Judiciário.

É evidente que o legislador não é capaz de prever todas as situações que haverá a colisão de princípios, por isso nesta espécie de restrição o Poder Judiciário assume especial papel. Contudo, adverte Sarlet (2012, p. 404), neste ponto deve se tomar especial cautela para que não haja abusos.

Trazendo os conceitos acima trabalhados para o assunto em voga é possível se afirmar que o direito fundamental à orientação sexual não poderia ser limitado no que concerne ao aspecto afetivo do cidadão, mas poderia ser - *a priori* - limitado na sua exteriorização. Merece aqui especial atenção a exteriorização por parcelas minoritárias da população, ou seja, por gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros e travestis.

A limitação poderia se dar pela criminalização das práticas homossexuais - tal qual recentemente aconteceu na Uganda - pela proibição de atos que demonstrem afeto publicamente, pela omissão estatal - Poderes Legislativo e Judiciário - na edição de atos que possam reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, ou seja, ações ou omissões que neguem aos cidadãos LGBT o acesso a uma cidadania plena e em igualdade de direitos e deveres com os demais cidadãos.

Contudo, como já visto estas restrições devem estar pautadas em valores constitucionais, o que, como já demonstrado alhures, não é o que acontece no tema em apreço. Ademais existem limites às restrições de direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 404).

Destarte qualquer restrição realizada em virtude da exteriorização da prática sexual deverá ser imposta tanto a orientação que é tida como

normal, qual seja a heterossexual, quanto às orientações minoritárias, sob pena de ferir ao princípio da isonomia e adquirir o *status* de intervenção inconstitucional por falta de fundamentação adequada.

Um exemplo de limitação ao exercício da orientação sexual é a tipificação do crime de estupro no artigo 213 do Código Penal. O tipo penal em tela abrange tanto as relações hetero como homossexuais, visa a proteger a dignidade humana, eis que só admite as relações sexuais desde que consentidas.

A omissão estatal parece ser mais relevante neste aspecto, pois a falta de legislação no que tange às entidades familiares homoafetivas trouxe durante muito tempo a exclusão jurídica de parcela de cidadãos. Contudo com as recentes decisões judiciais que reconheceram as uniões homoafetivas com entidade familiar submersível ao conceito de união estável, e ainda que permitem a sua conversão em casamento parece que esta lacuna está aos poucos sendo colmatada pelo salutar ativismo judicial na efetivação dos direitos fundamentais.

Nada obstante não estejam positivados na Constituição, os limites aos limites devem ser respeitados e ensejam atuação jurisdicional no que tange ao seu controle. São basicamente três as formas de barreiras aos limites, as de cunho formal, material e a proibição do retrocesso (SARLET, 2012, p. 404).

Não se pode deslembrar que os limites aos direitos fundamentais sempre estarão pautados nos valores constitucionais, sendo o primeiro requisito para a validade da norma que restringe um direito fundamental a sua conformidade - material e formal - com a Lei Fundamental (ALEXY, 2008, p. 281).

Nessa esteira, Sarlet (2012, p. 408-411) afirma que é requisito para analisar a conformidade da restrição aos axiomas constitucionais o princípio da proporcionalidade. O referido princípio tem como principal objetivo evitar a existência de excessos nas restrições, ou seja, a restrição atinja o núcleo essencial de um direito fundamental e, por outro ângulo, em casos de omissão, que haja uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais.

Para se falar em proporcionalidade, necessário se faz adotar a teoria ampla dos direitos fundamentais. Isto ocorre pelo fato de que nesta teoria os direitos fundamentais assumem a natureza de princípio. Sendo assim podem ser restringidos na medida em que se encontrem em colisão com outros princípios ou interesses (SILVA, 2006, p. 38-39).

Para cumprir tal encargo deve-se analisar se a restrição - no caso de ação - contempla três requisitos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Este requisito, em apertada síntese, consiste na menor afetação de um direito para a satisfação de um valor constitucional. Sendo assim, quanto maior é a restrição do direito maior será a carga argumentativa da decisão (SARLET, 2012, p. 408-411).

O resultado da proporcionalidade, contudo não pode atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Entende-se por núcleo essencial aquele conteúdo que uma vez fulminado descaracteriza e torna inócuo o direito fundamental (SARLET, 2012, p. 411).

Quanto aos limites formais, estes são encontrados na própria Carta Magna que exige que os direitos fundamentais sejam limitados por lei e que regula a sua produção quando dispõe acerca do processo legislativo.

Nessa esteira, Silva (2006, p. 41-45) advoga a existência de um núcleo essencial dos direitos fundamentais. Contudo tal núcleo não possui um conteúdo estanque dependendo da proporcionalidade e dos dados do caso concreto. Explica o referido autor que a essencialidade do núcleo não se dá por um conteúdo mínimo, mas pela profundidade da fundamentação constitucional para a sua restrição. Portanto utiliza-se de uma teoria relativa.

Por derradeiro chega-se ao último limite a restrição de direitos fundamentais, qual seja a proibição de retrocesso. Tal limite não se encontra de forma expressa na Constituição, contudo é facilmente perceptível quando se analisa o ordenamento jurídico pautado na segurança das relações e na dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012, p. 408-411).

É inerente ao Estado de Direito que se retire da esfera de disponibilidade do legislador ordinário, ou ainda do constituinte derivado, alguns direitos que tem como principal mister dar autonomia ao cidadão. No que tange a estes, deve sempre ser resguardado um núcleo essencial.

Tal limite não se esgota na tutela de situações como os atos jurídicos perfeitos, os direitos adquiridos e a coisa julgada, que consistiriam em medidas legislativas que visariam a regulamentar situações pretéritas. Mas deve se preocupar com atos futuros do Poder Público que digam respeito a situações futuras (SARLET, 2012, p. 408-411).

Nessa esteira, direitos fundamentais - sociais e que digam respeito aos princípios da República - só podem ser restringidos desde que sejam constitucionalmente justificados, não firam a dignidade da pessoa humana e preserve um núcleo essencial do direito, caso contrário, a restrição padecerá de inconstitucionalidade (SARLET, 2012, p. 452-466).

Nesse sentido, qualquer restrição que se imponha a direitos fundamentais em virtude de se pertencer a uma minoria sexual, ou seja, qualquer embaraço ao exercício da cidadania, não se sustenta, pois não está ancorada em justificativa constitucional e ofende o núcleo básico da dignidade da pessoa humana por violação do autodesenvolvimento da personalidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar que o direito à livre orientação sexual possui amparo constitucional guindado a condição de direito fundamental, bem como as consequências deste reconhecimento. Em um primeiro momento, demonstrou-se que o critério topográfico para o reconhecimento de direitos fundamentais não é suficiente no sistema pátrio, eis que o catálogo possui abertura na forma do Artigo 5º, §2º. Desta forma deve-se buscar a nota de fundamentalidade do direito para que seja alçada a dignidade de valor fundamental.

Nessa toada, buscou-se evidenciar a correlação existente entre o direito a orientação sexual e a dignidade da pessoa humana, mais especificamente no que concerne a possibilidade de autodeterminação da personalidade do cidadão, razão pela qual a orientação sexual é um direito fundamental atribuído.

Também foram estudadas as restrições, e os limites às restrições, dos direitos fundamentais. Nesse ponto merece especial atenção o fato de que não há justificativa com amparo constitucional para que se reduza ou se elimine o direito de exercer livremente a orientação sexual, mesmo as que sejam consideradas minoritárias.

Nessa perspectiva os avanços até agora conquistados não podem ser limitados por nenhum dos Poderes Públicos. A decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu orientação sexual como direito fundamental imprime racionalidade a todo ordenamento jurídico devendo todos os Poderes estatais respeitar tal entendimento.

Portanto, o Legislativo deve editar leis que deem efetividade a este direito, mais especificamente no que tange aos direitos das minorias. Tais leis devem proteger essa categoria de cidadãos contra discriminações arbitrárias. Não está aqui a se falar sobre a criminalização da homofobia, mas em leis que inibam, por meio de sanções administrativas.

Já o Poder Executivo deve implementar medidas que alberguem as famílias homoafetivas e os cidadãos em programas sociais e em benefícios previdenciários, dando *status* de igualdade tanto aos heterossexuais quanto aos homossexuais. Não podendo revogar direitos reconhecidos, sob pena de retroceder na aplicação dos direitos fundamentais.

E, por fim, ao Poder Judiciário cabe fiscalizar tais poderes, por meio de sua Jurisdição - exercida em sede de controle de constitucionalidade abstrato ou concreto - implementando aspectos relacionados a este direito, ou atuando como legislador negativo, na sua função contramajoritária,

quando da edição de leis que ofendam o livre desenvolvimento da asexualidade ou imponham embaraços injustificáveis para isso.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Staredecisis, Integridade e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação de *Commun Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea*. 2011. 264 p. Tese (Doutorado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos para uma dogmática constitucional emancipadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132. *Coordenadoria de Análise de Jurisprudência*. Rio de Janeiro, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Direito à diferença*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos fundamentales: apuntes da historia de las constituciones*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2000.

MARINONI, Luis Guilherme. Aproximação Crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito ao precedente no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view-File/17031/11238>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

MATOS, Ana Carla Hamartiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo*. Aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NIETZSCHE, Frederich W. *O Anticristo*. 12. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

PEREIRA, Cícero Roberto et al. Preconceito contra homossexuais e representações sociais da homossexualidade em seminaristas católicos e evangélicos. *Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, v. 27, n. 1, mar. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-377220110001000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 fev. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCARDUA, Anderson; SOUZA FILHO, Edson Alves de. O debate sobre a homossexualidade mediado por representações sociais: perspectivas homossexuais e heterossexuais. *Psicol. Reflex. Crit.*, v. 19, n. 3, p. 482-490, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia da Constituição. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 23-51, 2006. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2014.

TRANSEXUALIDADE: RETIFICAÇÃO DO PRENOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL

TRANSSEXUALITY: RECTIFICATION OF THE FIRST NAME AND GENDER IN CIVIL STATUS

André Kompatscher*
Sabrina Kompatscher**

Resumo: As relações sociais estão em constante transformação gerando um grande debate doutrinário e jurisprudencial. Neste contexto surgem os denominados novos direitos. Direitos estes já existentes, mas recontextualizados a realidade social contemporânea, como a transexualidade, a união homoafetiva e a reprodução humana assistida, por exemplo. É nesse cenário que surge ao Direito a necessidade de acompanhar as alterações sociais que devem ser tuteladas. Apesar do preconceito que envolve o tema da sexualidade especialmente a transexualidade o legislativo e judiciário não podem se furtar de enfrentar estas questões. Cabe aos juristas observar como ponto fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da não discriminação na busca pela justiça e proteção daqueles que representam as minorias, independentemente da sua orientação sexual e da sua identidade de gênero. Pois o fator decisivo para a tutela dos transexuais é a efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Transexualidade. Direitos Fundamentais. Identidade de Gênero. Nome. Registro civil.

* Pós-graduado em Civil, Processo e Consumo pela Universidade Positivo; Mestrando no programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil; Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional do Centro Universitário Autônomo do Brasil das Faculdades Integradas do Brasil; Rua Konrad Adenauer, 442, Tarumã, 82821-020, Curitiba, Paraná, Brasil; contato@kp.adv.br

** Pós-graduada em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Especialista em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Mestranda no programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil; Professora de graduação no Curso de Direito da Universidade do Contestado; Advogada; Avenida Presidente Nereu Ramos, 1071, Centro, 89300-000, Mafra, Santa Catarina, Brasil; contato@kp.adv.br

Abstract: *Social relationships are in constant transformation generating a great doctrinal and jurisprudential debate. Arise in this context the so-called new rights. These existing rights, but recontextualized contemporary social reality as transsexuality, the homo-affective union and assisted human reproduction, for example. It is in this scenario that the law need to monitor social changes that must be tutored. Despite the prejudice that surrounds the subject of sexuality especially transsexuality legislative and judiciary cannot avoid confronting these issues. It is for lawyers to observe the principle as a fundamental point of human dignity and the principle of non-discrimination in the pursuit of justice and protection of those who represent minorities, regardless of their sexual orientation and gender identity. For the decisive factor for the protection of transsexuals factor is the enforcement of the fundamental rights enshrined in the Federal Constitution of 1988.*

Keywords: *Sexuality. Transsexuality. Fundamental rights. Principles. Gender. Identity. Name. Civil registration.*

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a temática da alteração do prenome e sexo nos casos de transexualidade, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Tendo em vista a importância do tema vislumbra-se a necessidade de se analisar a possibilidade de retificação de prenome e sexo no registro civil como forma de efetivação dos direitos fundamentais das minorias.

Tema que tem despertado grande debate jurídico e sociológico a transexualidade será aqui trabalhada com base nos princípios constitucionais do Estado brasileiro. Sendo apresentado um diálogo multidisciplinar entre os preceitos constitucionais ligados ao tema e a proteção integral a saúde dos transexuais.

Para melhor compreensão do tema foram abordados os aspectos gerais indispensáveis à temática proposta. Partindo dessa ideia é que serão abordados ao longo deste trabalho questões referentes à conceituação e definição da transexualidade, bem como os princípios constitucionais e bioéticos aplicáveis a temática. Possibilitando a análise da possível alteração de prenome e sexo no Registro Civil.

Deste modo, será possível compreender como o Brasil caminhou até chegar ao estágio atual no que se refere à tutela das minorias sob a égide da Constituição Federal de 1988 e sob o aspecto dos direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira.

2 CONCEITO E DEFINIÇÃO DA TRANSEXUALIDADE

A sexualidade humana é complexa e múltipla, expressa de forma única por cada indivíduo. O transexual ao expressar a sua sexualidade apresenta total discrepância entre o seu sexo biológico e o psicológico. Por ser um tema complexo rodeado de tabus e preconceitos que exige conhecimentos científicos específicos indispensável é a utilização dos conhecimentos médicos para a adequada compreensão do tema. Assim, para se definir e conceituar a transexualidade deve ser analisada a Resolução n. 1955/2010 do Conselho Federal de Medicina e a Portaria n. 1707/2008 do Ministério da Saúde que definem o transexual.

De acordo com o Conselho Federal de Medicina (CFM) o transexual é caracterizado com sendo o indivíduo portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual. Definido como identidade de gênero distinta da biológica - quando o indivíduo se reconhece como pertencente ao grupo do sexo oposto. Neste caso a medicina, assim como a psicologia e a psiquiatria definem tal condição como sendo um transtorno de identidade de gênero caracterizado pela ausência de qualquer transtorno psicótico e marcado pelo desconforto em aceitar seu sexo anatômico (SAADEH; CORDEIRO, 2012, p. 39-42).

Segundo a Resolução 1955 de 2010 do CFM o transexual é definido como sendo o paciente portador de desvio psicológico de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio.

Em conformidade com esta linha, para se definir o transexualismo deve-se obedecer aos critérios mínimos, como descrevem Barboza e Schramm (2012, p. 20):

a) desconforto com o sexo anatômico natural; a) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; c) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos e; d) ausência de outros transtornos mentais.

No mesmo sentido o transexualismo pode ser entendido como típico caso de ambiguidade entre o sexo biológico e a identificação psicológica do indivíduo, pois apresenta morfológicamente todos os caracteres de um sexo biológico enquanto sua psique se reconhece como pertencente ao sexo oposto. Por este motivo os indivíduos transexuais, embora sejam biologicamente normais apresentam grande inconformismo e rejeição por seu sexo anatômico (DIAS; OPPERMANN, 2012, p. 30).

Assim, o transexual sofre imensamente por viver uma constante ruptura entre seu sexo de nascimento e sua mente, acreditando ter nascido no corpo errado. Sente-se castigado por não haver compatibilidade entre sua identificação psicológica e seu corpo biológico, manifestando grande desejo de adequação de seu corpo a sua psique.

Nas palavras de Dias e Oppermann (2012, p. 30), “[...] o que define e caracteriza a transexualidade é a rejeição do sexo original e o consequente estado de insatisfação.”

A transexualidade ainda pode ser definida como disforia de gênero, transtorno de identidade de gênero e transtorno de identidade sexual. No entanto estas definições buscam designar uma síndrome, onde uma das possibilidades diagnósticas é o transexualismo. Neste sentido não devem ser usadas como sinônimos, pois as síndromes relacionadas a estas definições incluem, além do transexualismo, o tipo homossexual afeminado, o tipo travéstico; o tipo personalidade esquizoide inadequada, o tipo categoria de psicose em remissão e o tipo exibicionista sociopático (SAADEH; CORDEIRO, 2012, p. 40).

Desta forma, o termo transexual deve ser utilizado de forma restrita a indivíduos que não apresentem outro quadro psicótico e que manifestem grande desconforto com seu sexo anatômico que os levem a busca incessante pela mudança de gênero. Por envolver aspectos subjetivos de identidade o transexualismo foi incluído na Classificação Internacional de Doenças no CID10 - F 64.0 por ser entendido clinicamente como um desvio psicológico permanente de identidade caracterizado pela rejeição do fenótipo e tendência a automutilação e autoextermínio.

Destaca Miguel Chalub que a expressão ausência de outros transtornos mentais previsto na Resolução do Conselho Federal de Medicina se refere a necessidade de ausência de transtornos mentais para o correto diagnóstico da transexualidade. Sendo considerado transtorno mental apenas as condições psíquicas não ligadas à sexualidade. Neste sentido, são considerados impedimentos ao diagnóstico da transexualidade a ocorrência de demências, oligofrenias moderadas e graves. Não incluídas as neuroses, transtornos de personalidade e as oligofrenias leves, situações estas em que caberá ao psiquiatra ponderar os benefícios e os malefícios de uma possível transgenitalização, quando do tratamento de transexuais.

Assim, a transexualidade pode ser definida juridicamente como sendo a divergência entre o sexo biológico e o psicológico, impedindo a definição do sexo apenas como sendo aquela relacionada a aparência do órgão genital e o estereótipo sexual.

3 DISTINÇÃO ENTRE O TRANSEXUALISMO E AS DEMAIS FORMAS DE EXPRESSÃO SEXUAL

Para se entender a distinção entre a transexualidade e as demais formas de expressão da sexualidade se faz necessário analisar primeiramente o significado da palavra sexo e gênero.

Sexo compreende as características biológicas dos indivíduos com relação a sua estrutura sexual. É a forma como o corpo humano desenvolve as características masculinas e femininas, tais como órgãos genitais, hormônios e tom de voz.

Gênero corresponde à característica subjetiva dos indivíduos. É como cada um se identifica seja como homem ou como mulher.

Assim a sexualidade pode ser expressa de diferentes formas, seja heterossexual, homossexual, bissexual, travesti ou transexual.

Transexualidade corresponde à identidade de gênero distinta da biológica, ou seja, quando o indivíduo se reconhece como pertencente ao grupo do sexo oposto. Neste caso a medicina, assim como a psicologia e a psiquiatria definem tal condição como sendo um transtorno de identidade de gênero caracterizado pela ausência de qualquer transtorno psicótico e marcado pelo desconforto em aceitar seu sexo anatômico (SAADEH; CORDEIRO, 2012, p. 30-42). Esta dificuldade em se aceitar com o sexo anatômico manifesta-se desde a infância causando nas crianças sofrimento e angustia prejudicando significativamente sua interação social.

O travestismo por sua vez corresponde aos indivíduos que se travestem, ou seja, sujeitos que se vestem e se comportam como sendo do sexo oposto ao sexo biológico. Importante destacar que nem sempre o fato de se travestir significa que o indivíduo não se aceite ou não se identifique com seu sexo biológico (SAADEH; CORDEIRO, 2012, p. 40-41). Neste caso o indivíduo pode ser heterossexual, homossexual, bissexual ou transexual a depender de critérios subjetivos que irão definir se há ou não transtorno de identidade de gênero (SAADEH; CORDEIRO, 2012, p. 42-43).

Bissexualismo, por sua vez, é definido como sendo aquele indivíduo que se relaciona afetivamente e sexualmente com ambos os sexos. Nesta hipótese os indivíduos demonstram-se incertos quanto à sua identidade de gênero e/ou orientação sexual (SAADEH; CORDEIRO, 2012, p. 42). O

bissexual reconhece e aceita seu sexo biológico, não apresentando qualquer incompatibilidade entre seu sexo morfológico e sua psique.

O homossexualismo é caracterizado pelos indivíduos que se relacionam afetivamente e sexualmente com indivíduos do mesmo sexo. Nesta hipótese não há qualquer rejeição ao sexo biológico nem incompatibilidade entre seu sexo biológico e sua psique, muito menos incerteza quanto a sua identidade de gênero e/ou orientação sexual.

Intersexualismo ou hermafroditismo é considerada clinicamente como uma condição rara de desenvolvimento anormal da genitália. Isso ocorre porque durante o período gestacional o embrião possui capacidade de desenvolvimento tanto o sexo masculino como o sexo feminino o que se definirá ao longo do seu desenvolvimento uterino. Assim durante o período de desenvolvimento uterino podem ocorrer certas alterações que levem ao desenvolvimento sexual anormal (SANTOS; ARAÚJO, 2003).

Como este desenvolvimento anormal pode ocorrer em diferentes graus a doutrina médica classifica o intersexual em intersexual verdadeiro e pseudo-intersexual. O primeiro corresponde aos indivíduos que desenvolvem tecido ovariano e testicular num mesmo indivíduo. Nesta hipótese o indivíduo apresenta genitália externa ambígua com predominância das características morfológicas masculinas. Mas internamente podem apresentar características morfológicas femininas, como a presença de trompas, ovários, útero, epidídimo e ductos deferentes. Por este motivo os intersexuais verdadeiros serão estéreis, podendo desenvolver mamas e menstruar na puberdade (SANTOS; ARAÚJO, 2003).

Já os pseudo-intersexuais poderão ser geneticamente masculinos ou femininos. Nesta hipótese os pseudo-intersexuais masculinos apresentarão a genitália externa com formação incompleta e genitália interna ambígua ou feminina. Os pseudo-intersexuais femininos apresentarão genitália externa masculinizada e genitália interna feminina. O que possibilita que os pseudo-intersexuais femininos sejam os únicos férteis (SANTOS; ARAÚJO, 2003). Verifica-se,

portanto, que no caso da intersexualidade não há qualquer distúrbio de orientação sexual e sim má-formação dos caracteres sexuais secundários.

Assim a imposição de modelos tidos como ideais e corretos à sociedade, por meio de discursos religiosos e fundamentalistas desprovidos de qualquer fundamentação científica, é responsável pela “[...] formação e fortalecimento das fobias, enquanto sentimento individual ou coletivo de aversão, repulsa e ódio contra os indivíduos que não se enquadram no modelo heterossexual.” (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 68-69). Ao contrário do que afirmam algumas teorias preconceituosas as expressões sexuais diversas da heterossexual não são uma opção, uma livre escolha, mas sim uma forma de desenvolvimento sexual sob o qual todos os indivíduos estão sujeitos, é um processo por meio do qual a orientação sexual se manifesta (DIAS, 2006, p. 42).

Sendo, portanto, a orientação sexual um direito fundamental indispensável ao desenvolvimento e realização pessoal dos indivíduos. Os quais merecem integral proteção do Estado, livre de qualquer forma de discriminação.

Como afirma Silva Júnior (2010, p. 74-75), “[...] os bens ou traços subjetivos, considerados à existência das pessoas.” Devem ser tutelados e garantidos, assim como o direito a vida, a liberdade *lato sensu*, a integridade física, moral e psicológica e a orientação sexual.

Assim quando a Carta Magna introduziu a expressão sem discriminação de origem, sexo, raça, cor e idade, em seu artigo 3º, IV, garantiu a proteção ao bem estar e ao desenvolvimento de todos os cidadãos brasileiros, impedindo qualquer tratamento preconceituoso. Pois conforme se extrai do texto constitucional um dos objetivos da República Federativa do Brasil é proteger as minorias de qualquer “[...] tratamento jurídico diferenciado ou tendencioso.” (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 74-75).

Neste sentido, todas as formas de expressão sexual possuem proteção legislativa e jurisprudencial graças à proteção constitucional que tem

como ponto basilar a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2013, p. 427-431).

4 PRINCÍPIOS APLICADOS À TRANSEXUALIDADE

A Constituição de 1988 marcou profundamente o direito brasileiro. Pois, significou a passagem para o Estado Democrático de Direito marcado pela concretização dos direitos fundamentais constitucionais (BARBOZA, 2007, p. 149). O que introduziu na ordem jurídica princípios e normas que representam os valores culturais e fundamentais identificadores da sociedade (PERLINGIERI, 2002, p. 5-6).

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 estabelece que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, o qual tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo jurídico. (BARBOZA, 2007, p. 146-147).

É neste contexto que o Estado passou a intervir na ordem privada para proteger as minorias e os hipossuficientes (PERLINGIERI, 2002, p. 6). O texto constitucional assumiu a posição central do ordenamento jurídico brasileiro, unificou a ordem jurídica e colocou a pessoa humana como o ponto central de toda a ordem jurídica. Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza esse novo paradigma representou a busca por uma sociedade mais fraterna e solidária onde a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a democracia passaram a ser o alicerce deste novo Estado brasileiro (BARBOZA, 2007, p. 147).

Decorre daí a necessidade de tutelar todas as parcelas hipossuficientes da sociedade. Pois em prol da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos é que toda ordem jurídica passa a ser interpretada e aplicada (PENA JÚNIOR, 2008, p. 10). De tal modo que a

necessidade emergencial de medidas protetivas contra qualquer forma de discriminação e preconceito passa a ser de fundamental importância. Assim, os transexuais devem ser respeitados em sua integralidade em razão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Razão pelo qual são princípios aplicados à transexualidade o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e o princípio da busca da felicidade, incluídos aqui os direitos e garantias fundamentais como saúde, educação, trabalho e segurança. Além dos princípios bioéticos da autonomia, não maleficência ou beneficência e justiça, que compreendem a proteção integral à saúde dos cidadãos.

A dignidade da pessoa humana representa a preocupação do direito em tutelar as questões existenciais dos indivíduos. Dignidade pode ser definida como os valores morais e espirituais dos seres humanos, é o conjunto de direitos do homem (PENA JÚNIOR, 2008, p. 10). Segundo Sarlet (2001, p. 60), a dignidade corresponde a qualidade intrínseca e caracterizadora de cada indivíduo. Conforme previsto na Constituição Federal de 1988 é dever da família, da sociedade e do Estado garantir a efetivação dos direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito liberdade e convivência familiar e comunitária a todos os sujeitos que a compõem. De modo a protegê-los de todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, tutelando a vida dos transexuais sob o enfoque da dignidade da pessoa, enquanto sujeito de direito (MADALENO, 2008, p. 19). Este princípio constitucional representa a base do ordenamento jurídico brasileiro, que tem como fundamento o ser humano.

Este princípio constitucional *superior* aglutina em torno de si todos os demais direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal, desde o direito à vida, passando pelo direito à liberdade, até chegar à realização plena, ao direito de ser feliz. Ele fundamenta-se na valorização da pessoa humana como fim em si mesmo e não como objeto ou meio para consecução de outros fins. (PENA JÚNIOR, 2008, p. 10).

O princípio da liberdade está relacionado ao desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana (PENA JÚNIOR, 2008, p. 15). Assim a liberdade refere-se a livres e independentes escolhas e estilos de vida na construção da subjetividade e no estabelecimento de relações pessoais e sociais, bem como a liberdade de se expressar sexualmente (RIOS, 2011, p. 76-77). Assim deve ser respeitada a liberdade dos transexuais de viver de acordo com sua identidade psicológica, se submeter ou não a tratamentos médicos para adequação de seu sexo morfológico ao seu sexo psicológico, vestir-se e comportar-se de acordo com seu sexo psíquico, adotar seu apelido notório ou nome social para que não tenha que passar por situações constrangedoras (quando o nome é incompatível com a aparência física) e solicitar a retificação de seu prenome no Registro Civil. Isso porque a liberdade sexual está relacionada a realização do ser humano enquanto sujeito de direito tutelado constitucionalmente (BARROSO, 2013, p. 434). O princípio da liberdade visa o pleno desenvolvimento e satisfação pessoal, enquanto direito fundamental para a plena realização dos seres humanos (PENA JÚNIOR, 2008, p. 15). Este princípio é o campo de atuação da autonomia privada dos indivíduos que não permite ingerência estatal (PINHEIRO, 2008, p. 291). Assim, cabe ao Estado apenas tutelar as relações privadas e proporcionar políticas públicas para atendimento de suas necessidades (PINHEIRO, 2008, p. 289-293).

A igualdade enquanto princípio constitucional visa a afastar toda e qualquer forma de preconceito e discriminação, conforme se extrai do artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo estabelece como fundamento do Estado Brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Sentido reafirmado no caput do artigo 5º que determina que todos são iguais perante a lei independentemente de qualquer natureza. Neste sentido, o princípio da igualdade busca a concretização da igualdade material proibindo qualquer forma de violação aos direitos fundamentais das minorias (BARROSO, 2013, p. 431-433). Assegurando aos transexuais os mesmos di-

reitos e garantias previstos na Constituição a todos os cidadãos, sendo vedada qualquer discriminação em razão da orientação sexual (RIOS, 2011, p. 93).

Segundo Moraes (2002, p. 217-218), o princípio da igualdade não sustenta o tratamento igual aos cidadãos, ao contrário, busca tratamento equilibrado respeitando as minorias.

A busca da felicidade, enquanto princípio fundamental de realização do ser humano decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, pois a dignidade deve ser compreendida em sua dimensão principiológica (SARLET, 2001, p. 70). No mesmo sentido é o entendimento do Ministro Ayres Brito no julgamento da APDF n. 132, quando afirma que a busca da felicidade deve ser compreendida como princípio decorrente da dignidade da pessoa humana. Segundo Sarlet (2001, p. 71), a dignidade dos seres humanos representa o direito ao reconhecimento, ao respeito, a proteção e a promoção.

Nesta mesma linha entende o STF que o princípio da busca da felicidade é de relevante importância à efetivação dos direitos fundamentais, coibindo práticas e omissões que possam prejudicar direitos e garantias constitucionais.

Este entendimento também foi expresso pelo Ministro Celso de Mello em julgado no STF conforme segue:

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. – *O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja*

ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. – Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. (MINAS GERAIS, 2011, grifo nosso).

É por isso que a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade (SARLET, 2001, p. 60-71).

Nesta toada o Direito busca na Bioética, enquanto “ética da vida”, os meios científicos aptos a beneficiar e garantir à integridade do ser humano, tendo como fio condutor o princípio básico da defesa da dignidade humana. Pois, considera-se ético, o que além de bom é o melhor para o ser humano (OLIVEIRA, 1997, p. 47). Em outras palavras, o termo Bioética, pode ser ainda definido como sendo a ciência do valor moral, onde se leva em consideração a relação direta entre o desenvolvimento e as inovações científicas com relação aos valores morais da sociedade na qual está inserida (MEIRELLES, 2008, p. 213).

Na busca de garantir a dignidade humana e defende-la a Bioética trata dos princípios orientadores que devem ser considerados em uma conduta ética em relação à vida, adotando a autonomia ou o respeito à pessoa, a beneficência ou não-maleficência e a justiça (OLIVEIRA, 1997, p. 55). Observa-se que a justiça terá necessariamente uma implicação com a ética e também com as leis, ou seja, com o Direito. Pois segundo Meirelles (2008, p. 214-215):

Não há dúvida que os estudos bioéticos alcançam ainda questões jurídicas. De igual modo, indubitável que o amplo leque de princípios que rege o ordenamento jurídico brasileiro tem base ética, eis que o Direito existe para o homem e o homem é valor.

[...]

A função de normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade geral é do Direito.

Neste sentido, o princípio da beneficência visa promover o bem estar do ser humano e da sociedade, a fim de afastar todo e qualquer malefício científico (MEIRELLES, 2008, p. 213). O princípio da autonomia está diretamente ligado a autonomia da vontade humana, onde os indivíduos têm o direito garantido de realizar suas próprias escolhas (MEIRELLES, 2008, p. 214). Enquanto o princípio da justiça refere-se ao tratamento igualitário entre todos os indivíduos na medida em que prevê igualdade de condições e acesso a todos os seres humanos à saúde, respeitando as diferenças reais e materiais dos grupos sociais envolvidos (MEIRELLES, 2008, p. 214).

Assim, os princípios da beneficência ou não maleficência, autonomia e justiça princípios fundamentais da Bioética, são aplicáveis a temática, pois diretamente ligados aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 que tem a dignidade da pessoa humana como o ponto central do ordenamento jurídico brasileiro.

5 RETIFICAÇÃO DE PRENOME E GÊNERO NO REGISTRO CIVIL

O nome é um direito fundamental, pois reflete a personalidade e a individualidade de cada cidadão. Sendo protegido pelo artigo 16 do Código Civil, regulado pela Lei de Registros Públicos, e alçado a direito fundamental pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXVI. De tal modo que a adequação dos documentos pessoais de identificação dos transexuais é de fundamental importância, pois refletem a concretização da dignidade da pessoa humana.

No entanto a alteração de nome e gênero no registro civil de transexuais ainda não está pacificada, especialmente porque não há uma regulamentação jurídica específica acerca do tema. O que faz com que muitos recorram ao judiciário, ainda que não alcancem o êxito esperado.

Na área da saúde muitos foram os avanços no diagnóstico e tratamento dos transexuais, mas o mesmo não ocorreu na legislação brasileira.

Pois infelizmente muitos transexuais ainda sofrem discriminação e preconceito quando precisam apresentar seus documentos de identificação o qual não condiz com sua forma física e seu estado psicológico (DIAS; OPPERMANN, 2012, p. 34).

Neste sentido, ao serem obrigados a portar documentos em conformidade com seu sexo biológico tem agredida sua personalidade, dignidade e cidadania, pois não refletem sua personalidade pessoal.

Segundo o artigo 16 do Código Civil toda pessoa tem direito ao prenome e ao sobrenome. Deste modo o nome deve expressar o estado social e pessoal dos indivíduos, bem como deve estar em conformidade com sua psique, honra e imagem. Assim o nome dos indivíduos serve para identificá-los e diferenciá-los dos demais indivíduos da sociedade (DIAS; OPPERMANN, 2012, p. 34). Por este motivo o nome é um direito essencial à personalidade, pois além de caracterizar e individualizar os sujeitos ele integra e se funde à identidade subjetiva dos indivíduos.

Sendo necessária a retificação do prenome e sexo dos transexuais no registro civil em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e em atendimento ao que dispõe o artigo 6º da Constituição Federal que assegura a todos o direito à saúde. Direito este definido como o completo bem estar físico, psíquico e social, fundamentais a dignidade humana. Assim qualquer óbice a retificação do prenome e sexo importará em violação a identidade do transexual ocasionando transtornos psicológicos que resultarão no não atendimento ao direito à saúde e conseqüente violação a dignidade dos transexuais.

Analisando o artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro o juiz tem o dever de atender aos fins sociais e às exigências do bem comum quando da aplicação da lei ao caso concreto, sob pena de violar o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, cabe a cada cidadão definir sua identidade sexual, a qual deve ser respeitada, sendo direito dos transexuais exercê-la plenamente em todas as esferas de sua vida.

Entendimento este corroborado pelo julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconheceu o direito a alteração do prenome independentemente de intervenção cirúrgica para adequar o nome a aparência e psique com base na efetivação do direito a identidade e dignidade da pessoa humana.

O mesmo entende o Tribunal de Justiça de São Paulo, que ao julgar uma Apelação concedeu a Apelada o direito de alterar seu prenome no registro civil, bem como seu sexo, pois pior do que se reconhecer e ter características de um sexo com documentos que descrevem o oposto é ter o nome condizente com sua aparência e psique, mas constar nestes documentos um sexo incompatível. Entende que tal situação prejudicaria ainda mais a parte, pois a colocaria em situação de humilhação e discriminação, violando sua dignidade.

O STJ acompanha o mesmo entendimento, conforme se extrai da decisão do Recurso Especial N. 737.993-MG, que entende que o direito não deve ficar paralisado e engessado por regras gerais padronizadas. Pois compete ao Direito o dever de decidir as demandas de forma justa e satisfatória, suprindo lacunas legislativas de modo a atender aos anseios sociais, observando a dignidade da pessoa humana e adequando a lei a realidade social. De tal modo que no julgado em comento o STJ reconheceu a possibilidade de alteração do prenome e sexo de transexual substituindo-o pelo apelido notório.

REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. DECISÃO JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO. 1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional. 2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo. 3. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão

apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC. 4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive. 5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. 6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial. 7. Recurso especial conhecido em parte e provido. (MINAS GERAIS, 2009).

Extrai-se destes julgados que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o princípio norteador das decisões que envolvem as questões relacionadas a alteração do prenome e do sexo no registro civil de modo a afastar o risco de tornar ainda mais discriminatória e vexatória a vida dos transexuais.

Possibilitando assim maior inserção social aos transexuais, garantindo sua dignidade e seu direito a personalidade, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 que prevê que os direitos fundamentais são absolutos, intransmissíveis, irrenunciáveis, inafastáveis e indeclináveis (OLIVEIRA, 2003, p. 194-195).

Conforme estabelece a Lei de Registros Públicos nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973 a alteração do registro requer análise minuciosa de sua motivação de modo a preservar o direito ao nome e sua oponibilidade a terceiros. Sendo, ainda, assegurado aos oficiais a negativa em realizar o registro quando o prenome escolhido puder expor seu portador a qualquer situação vexatória, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 55 da Lei de Registros Públicos.

Igualmente, o artigo 56 também da Lei de Registros Públicos prevê a possibilidade de alteração do prenome após a maioridade, conservando-se o patronímico. Sendo permitido, ainda, a relativização da imutabilidade do

nome, conforme se extrai da leitura do artigo 58 do mesmo diploma legal que admite a substituição do prenome pelo apelido público notório.

Ou seja, a luz da interpretação sistemática da lei de registros públicos é possível a alteração do prenome, sendo a imposição de óbices à retificação do prenome de transexuais violação expressa a dignidade da pessoa humana. Assim como expressa violação a Constituição Federal que assegura o direito ao nome, a integridade, a imagem e a honra.

Ser identificado no seio familiar e na sociedade por um nome que não retrata a sua personalidade e não o identifica, sendo ainda contrário a sua aparência física expõe o transexual a situação constrangedora e vexatória. Legitimando o cabimento da alteração do prenome. Pois a legislação que trata dos registros públicos possibilita a relativização da imutabilidade do nome quando este causar ao indivíduo exposição constrangedora.

O procedimento para o pedido de retificação do registro civil previsto no artigo 109 e parágrafos da Lei de Registros Públicos será requerido judicialmente. Preenchido os procedimentos legais e os requisitos que justificam a retificação do prenome e sexo no registro civil não há que se falar em imutabilidade do nome. Pois impor aos transexuais que permaneçam com documentos de identificação pessoal incompatíveis com a realidade factual representaria violação a dignidade dessa parcela da população.

Neste sentido, não há que se negar aos transexuais a possibilidade de alteração de prenome e sexo em seus documentos pessoais, pois não haverá alteração de patronímico e números de registro, garantindo assim sua oponibilidade a terceiros.

Incoerente seria o Estado brasileiro regulamentar o Processo Transsexualizador do SUS que permite o tratamento e a intervenção cirúrgica para alteração dos caracteres sexuais primários e secundários e negar a esta população minoritária o direito a alteração de prenome e sexo nos documentos de identificação pessoal.

Por fim, destaca-se o projeto de Lei n. 70 de 1995, em tramitação no Congresso Nacional, que busca alterar o parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal descriminalizando a intervenção cirúrgica para tratamento de transexuais e o artigo 58 da Lei n. 6015 de 1973 (Lei de Registros Públicos) relativizando a imutabilidade do prenome no caso de transexualismo. Passando a adotar a seguinte redação:

Art. 129. [...]

§ 9º. Não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica.

Art. 58. O prenome será imutável, salvo nos casos previstos neste artigo.

[...]

§ 2º Será admitida a mudança do prenome mediante autorização judicial, nos casos em que o requerente tenha se submetido à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, deverá ser averbado no assento de nascimento o novo prenome, bem como o sexo, lavrando-se novo registro.

§ 4º É vedada a expedição de certidão, salvo a pedido do interessado ou mediante determinação judicial.

Como se verifica da leitura do Projeto de Lei n. 70 de 1995 o parágrafo 2º do artigo 58 da Lei de Registros Públicos condiciona a alteração do prenome à realização de cirurgia de redesignação. Ocorre que nem sempre é possível ao transexual se submeter à cirurgia, pois diversas questões complexas de saúde devem ser levadas em consideração no momento da avaliação médica que antecede a cirurgia. Por este motivo a alteração de prenome e sexo não deve ser condicionada a realização da cirurgia de mudança de sexo.

Apensado ao Projeto de Lei n. 70 de 1995, que prevê a possibilidade de retificação do prenome no Registro Civil de transexuais, se encontram em tramite outros cinco Projetos de Lei. O Projeto de Lei n. 5872/2005 que prevê a proibição de mudança de prenome no caso de transexualismo.

O Projeto de Lei n. 2976/2008 que acrescenta o artigo 58-A a Lei de Registros Públicos possibilitando que travestis utilizem junto com seu prenome e patronímico o nome social. O Projeto de Lei 1281/2011 que dispõe sobre a alteração de prenome de transexual após a intervenção cirúrgica de redesignação. O Projeto de Lei n. 4241/2012 que regulamenta o direito à identidade de gênero e o Projeto de Lei n. 5002/2013 que altera o artigo 58 da Lei de Registros Públicos e dispõe sobre o direito à identidade de gênero.

No entanto, até o momento não há qualquer legislação específica aplicada ao tema, apenas pretensões legislativas. Neste sentido, faz-se necessário que os aplicadores do direito adotem posições que possibilitem a materialização dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados a todos os cidadãos.

Assegurar aos transexuais a possibilidade de alteração de nome e sexo representa a efetivação do direito a identidade, a saúde e a personalidade, bem como a concretização do princípio da dignidade.

6 CONCLUSÃO

O Direito está intimamente ligado às relações sociais públicas e privadas devendo acompanhar as transformações sociais e científicas. Não sendo possível aos operadores do Direito trabalhar de forma destacada dos demais saberes, como medicina, psicologia e psiquiatria especialmente quando as situações envolvem questões tão complexas como a transexualidade. Sendo dever dos aplicadores do direito interpretar e aplicar as normas jurídicas de forma a extrair sua finalidade social quando da aplicação aos casos concretos.

Em observância aos princípios constitucionais da dignidade, liberdade, felicidade e igualdade os juristas devem ter como bem jurídico máximo a pessoa humana para que haja a concretização da justiça.

Não sendo a ausência de legislação específica motivo para se obstar a adequação dos documentos pessoais dos transexuais a sua realidade fática. Pois a negativa a alteração de nome e sexo representa violação expressa a dignidade da pessoa humana.

Sendo a retificação do registro civil um direito dos transexuais de ter assegurado seu direito à saúde, a integridade, a honra e a imagem. Desnecessária qualquer alusão a retificação nos documentos de identificação do transexual, bem como sua vinculação a realização de cirurgia de transgenitalização.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DA PARADA DA DIVERSIDADE. *Uma história de dignidade: grupo dignidade contribuindo para a construção da cidadania de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGTB)*. Curitiba: Grupo Dignidade, 2008.

ATHAYDE, Amanda V. Luna de. Transexualismo masculino. *Arq Bras Endocrinol Metab*, São Paulo, v. 45, n. 4, ago. 2001. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?pid=s0004-27302001000400014&script=sci_arttext>. Acesso: 16 jul. 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARBOZA, Heloisa Helena; SCHRAMM, Fermin Roland. Princípios bioéticos aplicados à transexualidade e sua atenção à saúde. In: SILVA, Eloísio Alexsandro da. *Transexualidade: princípios de atenção integral à saúde*. São Paulo: Santos, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. Transexualidade e repercussões no mundo jurídico. In: SILVA, Eloísio Alexsandro da. *Transexualidade: princípios de atenção integral à saúde*. São Paulo: Santos, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Contemporaneidade, novos direitos e direito civil-constitucional no Brasil. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e José Augusto Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A questão do biodireito sob a ótica da construção dos novos direitos no Brasil. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

MINAS GERAIS (Estado). Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 477.554*. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 16 ago. 2011. Brasília, DF, 2011.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça. Súmula n. 211, de 10 de nov. de 2009. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. *JusBrasil*, Minas Gerais, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Tutela de nome da pessoa humana. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 364, nov./dez. 2002.

OLIVEIRA, Euclides. Direito ao nome. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 6, n. 11, jan./jun. 2003.

OLIVEIRA, Fátima. *Bioética: uma face da cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997.

PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e condição feminina. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *A construção de novos direitos*. Porto Alegre: Núbia Fabris, 2008.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. In: GOLIN, Célio (Org.). *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

RIOS, Roger Raupp. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (APDF n. 132-RJ e ADI 4277). In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (Org.). *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulinas, 2011.

SAADEH, Alexandre; CORDEIRO, Desirêe Monteiro. Abordagem diagnóstica e acompanhamento pré-operatório do portador de transtorno de identidade de gênero. In: SILVA, Eloísio Alexsandro da. *Transexualidade: princípios de atenção integral à saúde*. São Paulo: Santos, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Moara de Medeiros Rocha; ARAUJO, Tereza Cristina Cavalcanti Ferreira de. A clínica da intersexualidade e seus desafios para os profissionais de saúde. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, DF, v. 23, n. 3, set. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932003000300005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso: 27 jul. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: INTERCONEXÕES NECESSÁRIAS

THE EFFECTIVE THE RIGHTS OF CHILDREN AND THE RIGHT TO DEVELOPMENT: NECESSARY INTERCONNECTIONS

Fabiane da Silva Prestes*

Daniel Rubens Cenci**

Resumo: No âmbito de discussão sobre proteção integral, sociedade sustentável e os meios de garantir o efetivo desenvolvimento integral da criança, este texto procura analisar a importância das inter-relações entre os direitos da criança e a sustentabilidade, destacando a fundamental relevância da incorporação da doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o objetivo deste artigo, é por meio de pesquisa de caráter teórico e método indutivo, compreender o direito ao desenvolvimento da criança e como o mesmo pode ser garantido. Inicialmente, são tecidas considerações, sobre a evolução histórica dos direitos da criança, desde sua indiferença até seu reconhecimento. Estuda-se, sob a perspectiva do modelo bioecológico, a efetivação da proteção integral, a família e o desenvolvimento infantil. Por fim, verifica-se que a valorização da infância trazida pelas recentes legislações protetivas é inegável, mas que ainda há muito que se avançar para efetivar o direito ao desenvolvimento integral da criança. Desse modo, enfatiza-se a necessidade de um maior diálogo entre proteção integral e sustentabilidade a

* Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões; Mestranda em Direito, Área de concentração: Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Pesquisadora da linha Direitos Humanos, Meio Ambiente e Novos Direitos; Bolsista da CAPES; Rua do Comércio, 3000, Universitário, 98700-000, Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil; fabianeprestes@gmail.com

** Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Coordenador da Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Meio Ambiente e Novos Direitos; Rua do Comércio, 3000, Universitário, 98700-000, Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil; danielr@unijui.edu.br

fim de que se ultrapassem as realidades ainda existentes, reafirmando o compromisso ético, da família, do Estado e da sociedade.

Palavras-chave: Infância. Modelo bioecológico. Sustentabilidade.

***Abstract:** In the context of discussion of full protection, sustainable society and the means to ensure the effective development of the child, this paper analyzes the importance of the interrelationship between children's rights and sustainability, highlighting the fundamental importance of the incorporation of the doctrine of full protection in the Brazilian legal system. The objective of this article is through research theoretical character and inductive method, the right to understand child development and how it can be guaranteed. Initially, considerations are, on the history of children's rights, since their indifference to their recognition. It is studied, from the perspective of the bioecological model, the realization of full protection, family and child development. Finally, it appears that the recovery of childhood brought by the latest protective laws is undeniable, but there is still a lot to advance to carry the right to the full development of the child. Thus, we emphasize the need for greater dialogue between full protection and sustainability so that is still beyond the existing realities, reaffirming the ethical commitment, family, the state and society.*

***Keywords:** Infancy. Bioecological model. Sustainability.*

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea tem apresentado características próprias e identificadas com as chamadas crises sociais, ambientais, econômicas e até mesmo culturais. Vive-se um momento em que a inversão de valores é muito presente; uma sociedade que prioriza o ter e não o ser na qual as relações de solidariedade foram superadas pelas relações de poder e disputas entre as pessoas; uma sociedade midiática e consumista, com políticas públicas de enfrentamento da exclusão baseadas em práticas assistencialistas, com nítido distanciamento entre as propostas apresentadas e as ações efetivadas.

O conceito de qualidade de vida é confundido com a capacidade de aquisição de bens materiais, atendem apenas as ansiedades, na ilusão de que irão proporcionar conforto e segurança. Os laços afetivos são suprimidos

pela intervenção das mídias comunicativas, produzindo relações virtuais e mesmo o isolamento até entre membros de uma família. As relações humanas, afetuosas, o carinho, o amor e a companhia são compensados por pacotes de presentes, a descontração e as brincadeiras da convivência e da vida real, são substituídas por jogos virtuais, por relações virtuais. Promove-se a desconexão das pessoas entre si e destas com a natureza.

Tais características expõem mais fortemente esses impactos sobre as crianças. Há crianças perdendo sua identidade como pessoas, já que estão constantemente excluídas de todos os processos construtivos e sem acesso às condições mínimas asseguradas pela Constituição Federal, com pais fora do mercado de trabalho e que possivelmente não terão condições de encaminhá-las, já que há um bom tempo perderam o rumo de suas próprias vidas. Por outro lado, há crianças que possuem acesso a todas as garantias (saúde, moradia e lazer) e ainda assim são negligenciadas quanto à presença acolhedora dos pais, que devido às relações de trabalho e de família buscam substituir e compensar os afetos por presentes caros e acesso à internet; além disso, existem crianças que possuem acesso a garantias e afetividade, mas que são submetidas a propostas educativas de abstração, muitas vezes privadas de viver em contato com a natureza e ignorando o compromisso com a sustentabilidade ambiental.

É nesse contexto, marcado pela naturalização das diferenças e indiferenças que as crianças estão se “desenvolvendo”, ora marginalizadas pela exclusão socioeconômica, ora negligenciadas em outras dimensões humanas por possuírem todos os bens materiais, mas distantes de possuírem qualidade de vida. Sabe-se que o abandono de crianças que ultrapassam as diferentes fases da infância, sem ter condições dignas para seu crescimento e desenvolvimento pode levar a consequências graves para seu futuro, porém têm sido negligenciadas por parte da sociedade, como se não existissem.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DA INFÂNCIA: DA INDIFERENÇA AO RECONHECIMENTO

Para que se compreenda a situação em que as crianças estão dentro da sociedade, fundamental é retomar o papel ocupado pela infância ao longo da história da humanidade. É com base nesta contextualização que se busca reconhecer a dimensão histórica, política e social dos direitos da criança, já que por muito tempo ela foi considerada insignificante, sendo inexistente para a história que apenas trazia à tona a sociedade dos adultos. Esse sentimento de insignificância era demonstrado quando se tratava a criança como um homem em miniatura, que vestia trajes de época e trabalhava como um adulto. Assim, pode-se dizer que nesta época existiam crianças, mas não existia a infância.

De acordo com Azambuja (2004, p. 21): “Quanto mais se retroage na história, maiores são as chances de observarmos a falta de proteção jurídica à criança, com registros de abandono, morte, espancamento e violência física e sexual.” A história da infância é a história da ausência do reconhecimento das peculiaridades da criança, bem com ausência de cuidados básicos, de direitos fundamentais, e conseqüentemente de carinho e afeto. Nesse sentido, Azambuja (2006, p. 36) reitera:

A humanidade tem dispensado à criança tratamento legislativo que se coaduna com a compreensão do significado da infância presente em cada momento histórico. Já que em seus primórdios, os homens praticavam várias formas de violência à criança, “desde os egípcios e mesopotâmios, passando pelos romanos e gregos, até os povos medievais e europeus, não se considerava a infância como merecedora de proteção.”

No século XV surgem os primeiros retratos de crianças, demonstrando que a família começou, a partir de então, a se organizar em torno dela. Como retrata Ariès (1981, p. 88):

[...] a partir do século XV, quando os *putti* surgiram na iconografia, os artistas multiplicaram as representações de criancinhas brincando. Reconhecemos nessas pinturas o cavalo de pau, o catavento, o pássaro preso por um cordão... e, às vezes, embora mais raramente, bonecas.

Observa-se que crianças eram representadas em pinturas e fotografias brincando, o que demonstra o início de uma nova visão desta fase da vida, já que até então a criança era tida como um homúnculo (adulto em miniatura); vestia-se como adulto e não recebia a atenção que merecia, com capacidades e potencial para a aprendizagem. Os retratos com a imagem de brinquedos destacam, além do reconhecimento dessa faixa etária, a valorização de suas capacidades e potencial para a aprendizagem e desenvolvimento.

No século XVI um novo sentimento da infância é incorporado, considerando que a criança, por sua ingenuidade e graça, era uma fonte de distração e de relaxamento para o adulto. Ariès (1981, p. 10) considera que nessa época surge:

[...] um sentimento superficial pela criança, a que chama de “paparicação” – reservado à criancinha em seus primeiros anos de vida, enquanto ela ainda era uma coisinha engraçadinha. As pessoas se divertiam com a criança pequena como um animalzinho, um macaquinho impudico. Se ela morresse então, como muitas vezes acontecia, alguns podiam ficar desolados, mas a regra geral era não fazer muito caso, pois uma outra criança logo a substituiria.

Assim, percebe-se um novo sentimento nas relações que envolviam a criança; entretanto, esse sentimento não podia ser considerado amor, pois apenas surgia a aparência de uma preocupação com a criança, tida mais como um brinquedo ou uma forma de divertimento, ainda não havia um apego, tendo em vista os altos índices de mortalidade infantil.

A partir de 1530, as terras brasileiras começaram a ser povoadas, e em meio a muitos homens e poucas mulheres, crianças também testemunharam a epopéia marítima. O dia a dia em alto mar era extremamente

difícil, pois havia a fome, o cansaço, os abusos sexuais, o trabalho, o medo e as humilhações. Percebe-se que eram as crianças que mais sofriam no cotidiano das embarcações, uma vez que condicionados ao mesmo tratamento dos adultos e entregues a uma realidade cheia de privações, eram obrigadas a abandonar rapidamente o universo infantil para enfrentar a vida como adultos (RAMOS, 2013, p. 19).

No início do período colonial houve um choque cultural entre os portugueses, os homens brancos (ditos civilizados) e os índios, que tiveram que se curvar à cultura portuguesa. Nesse contexto estavam as crianças, que deveriam seguir as ordens, pois não possuíam vontade própria nem direitos (CHAMBOULEYRON, 2013, p. 56).

Em 1808, com a chegada de D. João VI ao Brasil, iniciou-se o Período Monárquico. A Corte é instalada no Rio de Janeiro e o Brasil é elevado à categoria de Reino Unido em 1815, uma vez que a família real pretendia aqui permanecer até o fim do conflito provocado pela invasão francesa. Em 1821 com a ajuda da Inglaterra, as tropas francesas foram expulsas de Portugal; a família real retornou e deixou aqui apenas o Príncipe D. Pedro I.

Nesta época, vigiam as Ordenações Filipinas e não havia uma separação de poderes entre o Estado e a Igreja, que entendia que com sete anos a criança já era capaz de entender seus atos. A referida lei estabelecia que a obrigação de cuidar das crianças expostas recaía sobre as Câmaras Municipais, que tinham o compromisso de cuidar das crianças órfãs e abandonadas para depois encaminhá-las para casas particulares. Quanto à punição dos menores pelos delitos que fizessem, as Ordenações estabeleciam as mesmas penas de Direito Comum, apenas resguardando os menores de dezessete anos de idade da pena de morte.

A grande preocupação da época era com a punição da criança: a igreja fixava uma idade que considerava como marco do início da capacidade penal, e a partir dessa fixação aplicava as penas (VERONESE, 1996, p. 18).

Por influência da Proclamação da Independência, em 1822, foi elaborado o primeiro Código Penal Brasileiro, que entrou em vigor em 1830 instituindo o sistema biopsicológico, fixando a imputabilidade entre sete e quatorze anos ficando a critério do juiz a decisão.

Em 1871 entrou em vigor a Lei n. 2040, Lei do Ventre Livre, sendo considerada um marco para o Direito da Infância; entretanto, como destaca Saraiva (2003, p. 26):

A lei do Ventre Livre, que em seu tempo se constituiu em avanço, em verdade era uma legislação perversa, cujo teor costuma ser ignorado nas escolas quando se estuda o movimento abolicionista [...]

A lei do Ventre Livre criou pois duas categorias: a do escravo por tempo determinado, até 21 anos, e a do “abandonado para ser livre em instituições de acolhimento”.

Denota-se que a referida lei não pode deixar de ser vista como um avanço embora o seu teor não verse sobre o futuro do escravo livre, sendo que, para a época, a possibilidade de liberdade já era uma grande conquista.

As primeiras instituições destinadas a acolherem e a assistirem as crianças abandonadas foram as “Rodas dos Expostos” que tiveram origem na Idade Média e surgiram com a aparição das confrarias de caridade no século XII. A tradição passou para o Brasil no século XVIII, sendo que a primeira a se instalar foi a da cidade de Salvador na Bahia, junto à Santa Casa. Em 1857, foi criada a Roda de Expostos em Porto Alegre, tendo como finalidade amparar crianças abandonadas, principalmente recém-nascidas. É de bom alvitre ressaltar que essa época proporcionou o início da adoção irregular, conhecida como “adoção à brasileira”. A lei não estabelecia o instituto da adoção, e muitas famílias com boas condições financeiras e outras impossibilitadas de terem filhos naturais seguiram tal procedimento mesmo sem a devida regulamentação.

Em 15 de novembro de 1889, sob a liderança do Marechal Deodoro da Fonseca, foi Proclamada a República, fonte de inspiração para promulgação da nova Constituição do Brasil, que instituiu como forma de governo

a República Federativa e fazendo a separação entre os poderes da Igreja e do Estado. O Decreto n. 874, de 11 de outubro de 1890, instituiu o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, aplicando o sistema biopsicológico para crianças entre nove e quatorze anos; elas eram submetidas à avaliação do juiz, que os classificava como imputáveis ou não a partir da capacidade de distinguir o certo do errado. Convém observar que, na época, não existiam instituições especializadas para atender as crianças consideradas culpadas, e elas eram colocadas junto aos adultos nas prisões (SARAIVA, 2003, p. 24).

Em 1896, o Caso Marie Anne chegou ao conhecimento público proporcionando um repensar acerca dos castigos físicos impostos pelos pais, que consideravam a criança um objeto de sua propriedade e entendiam que podiam educá-la como quisessem. A situação chegou ao conhecimento dos tribunais: a menina de nove anos sofria agressões, e posteriormente descobriu-se que não havia uma legislação especializada em proteger as crianças, de modo que a Sociedade Protetora dos Animais ingressou em juízo para defender a menina. A partir deste caso emblemático, instalou-se uma nova era no Direito: a criança que, no início do século XIX era tratada como “coisa”, passou a reclamar pelo menos a condição de objeto da proteção do Estado (SARAIVA, 2003, p. 25).

A partir de então, experiências inovadoras começaram a surgir em diversos lugares do mundo. Rizzini (1997, p. 219) afirma que: “Essas iniciativas foram seguidas em grande parte dos estados americanos e em diversos países da Europa ainda no século XIX. Nas primeiras décadas do século XX, a reforma atinge também a América Latina em ampla escala.” Assim, em 1899 foi instalado em Chicago, no Estado Americano de Illinois o Primeiro Tribunal de Menores.

No ano de 1911, foi realizado em Paris o Congresso Internacional de Menores, oportunidade em que surgiu a preocupação de reformar a justiça de menores, uma vez que não havia um estabelecimento especializado em

atender infratores. Nasce, pois, o caráter tutelar da norma, que dá origem à Doutrina da Situação Irregular.

A partir do século XX, a criança passou a ser vista como um instrumento a ser moldado, e com o qual seria possível transformar a realidade atual do país com o objetivo de salvar a nação da criminalidade.

A Lei n. 4242 de 1921 abandona o caráter biopsicológico (sistema que vigeu desde o Código Penal da República) adotando um critério objetivo de imputabilidade penal, fixando-a em quatorze anos. Nesse mesmo sentido, a Consolidação das Leis Penais (Decreto n. 22.213, de 1922) mantém tal imputabilidade, considerando que não são criminosos os que não tiverem quatorze anos completos.

O ano 1927 é marcado pela criação do primeiro código de Menores: essa era uma lei extremamente minuciosa composta por 231 artigos, onde se determinava nos mínimos detalhes o exercício da vigilância sobre os menores. Observa-se que, em vista disso, surgiu uma nova categoria jurídica e social para designar a infância pobre e infratora: o menor.

Conforme ilustra Machado (2003, p. 33):

Esta nova categoria expressa no binômio carência/ delinquência, aliada à distinção que se fez entre a infância ali inserida e as boas crianças, vai conformar todo o direito material da Infância e da Juventude e as instancias judiciais criadas para aplicação desse direito especial, que, ele sim, já nasceu menor.

Observa-se que, pela determinação do código, qualquer um com idade maior de 14 anos e inferior a 18 anos, por sua simples condição de pobreza, abandono ou delinquência, estava sujeito a ser enquadrado na ação do juizado de menores.

A partir da Revolução de 1930 foi instalada a era Vargas, que adotou políticas voltadas para o bem-estar do menor. Em 1934 é promulgada uma nova Constituição para o Brasil, que regulamentou o trabalho e fixou a proibição do labor a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores

de 16 e de trabalho insalubre para menores de 18 anos. Estabeleceu ainda a obrigatoriedade do ensino primário.

Em 1940 entrou em vigor o Código Penal Brasileiro, que fixou a imputabilidade penal em dezoito anos. Ele fundamenta-se na condição de imaturidade do menor, que está sujeito apenas à pedagogia corretiva da legislação especial.

Logo, em 1942, foi criado o Serviço de Atendimento aos Menores (SAM), que pertencia ao Ministério da Justiça e era voltado para a correção e repressão dos jovens infratores. Este serviço equivalia ao sistema penitenciário para os menores de idade. O SAM perdurou por vinte anos; entretanto, não conseguiu atingir seus objetivos, tornando-se alvo de críticas e denúncias de maus-tratos aos menores internos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, intensificaram-se as agitações em favor da redemocratização do país, de modo que em 1946 é promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. No que se referia aos direitos da criança, manteve a proibição do trabalho infantil e ampliou para dezoito anos a aptidão para o trabalho noturno.

No âmbito internacional, entre as modificações que interferem no modo de vislumbrar e abordar a temática da criança, o primeiro referencial genérico é a Declaração Universal dos Direitos Humanos na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1948, que reconheceu e estendeu a todos os seres humanos os direitos e garantias nela dispostos. Deduziu-se que os menores integram a espécie humana e, portanto são portadores de direitos. Em 1959, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças da ONU apresenta um repensar acerca da criança e do adolescente, dando a eles um tratamento diferenciado em função de sua situação de desenvolvimento.

Com o golpe militar em 1964, as forças armadas assumem definitivamente a ação de protetoras da infância em situação irregular, que passou a ser encarada como um problema social; a partir de então, o Brasil passou a adotar políticas de institucionalização, de forma opressora e repressiva.

Em substituição ao Serviço de Atendimento aos Menores, é criada pela Lei n. 4.513 de 01 de dezembro de 1964 a Fundação do Bem Estar do Menor. Essa entidade atendia (por meio de políticas básicas de prevenção centradas em atividades fora de internatos e medidas sócio-terapêuticas) os menores internados (RIZZINI, 2009, p. 27).

Saraiva (2002, p. 14) considera a institucionalização desse período como

[...] grandes institutos para menores, até hoje presentes em alguns setores da cultura nacional, onde muitas vezes misturavam-se infratores e abandonados, vitimizados por abandono e maus-tratos com autores de conduta infracional, partindo do pressuposto de que todos estariam na mesma condição, estariam em “situação irregular”.

Em 1979 foi instituído o segundo Código de Menores, tendo como fundamentação a Doutrina da Situação Irregular e como objetivo apenas reprimir crianças e adolescentes em situações patológicas, sendo marcado por políticas assistencialistas fundadas na proteção da criança e do adolescente abandonados ou infratores. O acesso à justiça era limitado aos casos previstos em lei, sendo que os demais eram excluídos do amparo jurisdicional. Convém ressaltar que, nesse período, a responsabilidade sobre a criança era exclusiva da família, abstendo-se o Estado e a sociedade de qualquer dever.

Percebe-se que o período de vigência do código de menores foi marcado por decisões autoritárias baseadas em critérios subjetivos do juiz, que se preocupava em atender os menores que tinham desvio de conduta e os que se encontravam desabrigados, ou seja, autores de ato infracional ou não.

Na concepção de Almeida (2004, p. 43),

Cada época e cultura têm uma visão diferente de infância, mas a que mais predominou foi a da criança como ser inocente, inacabado, incompleto, um ser em miniatura, dando à criança uma visão negativa. Entretanto, já no século XVIII, Rousseau se preocupava em dar uma conotação diferente para a infância, mas suas idéias vieram a se firmar no início do século XX, quando psicólogos e pedagogos começaram a considerar a criança como

uma criatura especial com especialidades, características e necessidades próprias.

Assim o sentimento de infância atravessou fases distintas: primeiro, uma indiferença total em que a criança era vista como ser inacabado; depois, uma fase de proteção totalmente irregular; por fim, chegou-se à fase da proteção integral, onde a criança passa a ser vista a partir de sua condição especial de desenvolvimento: torna-se um verdadeiro sujeito de direitos e passa a ter garantias asseguradas em lei.

3 A EFETIVAÇÃO DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: UMA VISÃO BIOECOLÓGICA PARA O DESENVOLVIMENTO INFANTIL

O direito ao desenvolvimento está presente em diversos documentos nacionais e internacionais que garantem à criança o acesso à justiça, em razão da peculiar condição em que se encontra. Diversas pesquisas e experiências realizadas nas mais recentes décadas trazem evidências de que o afeto, a educação e os cuidados de qualidade na infância formam os pilares essenciais para a promoção do bem-estar e da consolidação das habilidades humanas, sejam elas intelectuais, emocionais ou motoras. Nesse alinhamento, a teoria bioecológica de Bronfenbrenner servirá de apoio para a construção de uma perspectiva de desenvolvimento da criança de modo a efetivar os direitos assegurados pela doutrina da proteção integral.

Nesse sentido, o preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança, o princípio 1º estabelece: “Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo [...], origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.” O princípio 2º diz que “[...] a criança gozará proteção especial [...] levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.” O princípio 5º, por sua vez, acrescenta: “À criança incapacitada física, mental ou moralmente, serão proporcionados o

tratamento e educação e os cuidados exigidos pela sua condição peculiar.” E o último princípio, de nº 10, que, atualmente está incorporado no texto da Constituição Federal de 1988, no artigo 227, *caput*, determina: “A criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração.” (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, 1959).

Dessa forma, é inaugurada a doutrina da proteção integral: a criança deixa de ser objeto de direitos e torna-se sujeito de direitos plenos, já que, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais (inclusive proteção legal apropriada) antes e depois do nascimento e durante todas as fases de sua vida.

Ademais, é na Constituição Federal em vigor que repousam todas as garantias fundamentais dos sujeitos de direitos, em especial as que asseguram a dignidade da pessoa humana. Esta tutela constituiu um marco no ordenamento jurídico vigente, transformando a pessoa no centro de proteção ao direito. Além disso, a Constituição Federal de 1988 foi a inspiração dos microssistemas criados após seu advento.

Essa valorização da criança e do adolescente como sujeito de direito surgiu inspirada na legislação internacional e na Constituição Federal, que se antecipando à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, garante no art. 227 que é dever constitucional da família, da sociedade e do Estado assegurar a proteção de todos os direitos das crianças e dos adolescentes. Assim, quando a família e a sociedade falham em seu dever, cabe ao Estado suprir tal falha com prioridade absoluta, uma vez que os direitos dos infantes são fundamentais e indisponíveis.

Nesse contexto, crianças e adolescentes passaram a ser vistos como sujeitos de direitos integrando o rol dos cidadãos protegidos pela lei; além disso, em 13 de julho de 1990, foram abençoados por uma lei específica: o Estatuto da Criança e do Adolescente, que entrou para a história política e social do Brasil como um exemplo de construção cidadã. Foi escrito por milhares de pessoas e trata-se de uma pedagogia garantista e rigorosa em total

consonância com as regras elaboradas pelos maiores especialistas na área da infância em todo o mundo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu normas protetivas que ganharam destaque em função da “condição peculiar de desenvolvimento” e foram alicerçadas pelo princípio do melhor interesse da criança. Ele assegurou à criança e ao adolescente todas as oportunidades, a fim de proporcionar um desenvolvimento físico, mental, moral, social e espiritual com liberdade e dignidade.

Nesse sentido, Volpi (apud SARAIVA, 2002) afirma:

A doutrina da Proteção Integral, além de contrapor-se ao tratamento que historicamente reforçou a exclusão social, apresenta-nos um conjunto conceitual, metodológico e jurídico que nos permite compreender e abordar as questões relativas às crianças e aos adolescentes sob a ótica dos direitos humanos, dando-lhes a dignidade e o respeito do qual são merecedores.

Assim, compreende-se que os instrumentos protetivos (em qualquer âmbito), por meio da Constituição Cidadã e do Estatuto da Criança e do Adolescente, propiciaram um repensar acerca da infância e de como o rumo de suas vidas pode afetar uma sociedade. Ademais, os princípios que regem o estatuto se estruturam a partir de três grandes sistemas de garantias, harmônicos entre si. De acordo com Saraiva (2003, p. 63-64):

Este tríptico sistema, de prevenção primária (políticas públicas), prevenção secundária (medidas de proteção) e prevenção terciária (medidas socioeducativas), opera de forma harmônica, com acionamento gradual de cada um deles. Quando a criança ou adolescente escapar ao sistema primário de prevenção, aciona-se o sistema secundário, cujo grande agente operador deve ser o Conselho Tutelar. Estando o adolescente em conflito com a lei, atribuindo-se a ele a prática de algum ato infracional, o terceiro sistema de prevenção, operador das medidas socioeducativas, será acionado.

Assim sendo, percebe-se que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos plenos e gozam dos mesmos direitos das pessoas adultas;

entretanto, é notório que o Estatuto da Criança e do Adolescente não fala só em direitos, mas que também prevê deveres.

Moraes (2003, p. 685) ressalta que:

A Constituição Federal ainda prevê duas outras regras de proteção às crianças e aos adolescentes, ao prever que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (CF, art 227§4º) e que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial (CF, art. 228).

Portanto, é perceptível que tanto os princípios constitucionais quanto os que compõem o Estatuto da criança e do adolescente têm como objetivo conduzir a criança ao alcance da maioridade de uma forma justa e em condições de poderem gozar de seus direitos plenamente, a fim de que se tornem cidadãos dignos, livres e respeitados.

De acordo com a ecologia do desenvolvimento humano de Urie Bronfenbrenner, o indivíduo desenvolve-se a partir de quatro níveis interrelacionados: pessoa, processo, contexto e tempo. Assim, o autor desse modelo define o desenvolvimento como: “[...] o conjunto de processos através dos quais as particularidades da pessoa e do ambiente interagem para produzir constância e mudança nas características da pessoa no curso de sua vida.” (BRONFENBRENNER, 1996, p. 191).

Assim, no que se refere à dimensão da pessoa, são analisadas as características do indivíduo em formação, tais como: temperamento, expectativas e valores. No modelo bioecológico, as características da pessoa são tanto produtoras como produtos do desenvolvimento, pois constituem um dos elementos que influenciam a forma, a força, o conteúdo e a direção dos processos proximais (POLETTTO; KOLLER, 2008, p. 407).

O processo é considerado como mecanismo responsável pelo desenvolvimento, de modo que:

A necessidade de participação ativa e interativa do indivíduo com outras pessoas, objetos, símbolos e situações cada vez mais complexas conforma um papel segundo o

qual ele age em atividades regulares e contínuas, alimentadas por processos proximais, que são como “motores” do desenvolvimento intelectual, socioemocional e moral. (GUARÁ, 2009, p. 72).

O contexto é o elemento que representa as interconexões do processo de desenvolvimento, e é analisado por meio das interações de quatro níveis ambientais: microsistema, mesossistema, exossistema e macrosistema.

O nível tempo predispõe a exame das influências no desenvolvimento das mudanças que ocorrem ao longo dos ciclos da vida, ou seja:

[...] os eventos e as mudanças históricas constroem uma cultura específica e têm influência sobre o desenvolvimento da pessoa, pois a estabilidade, a organização, a flexibilidade ou o seu inverso favorecem ou prejudicam as relações de proximidade e, portanto, determinam, em maior ou menor grau, sua possibilidade de desenvolvimento. (GUARÁ, 2009, p. 72)

De acordo com Portugal (1992, p. 37), a ecologia do desenvolvimento humano:

[...] implica o estudo científico da interação mútua e progressiva entre por um lado um indivíduo ativo, em constante crescimento, e, por outro lado as propriedades sempre em transformação dos meios imediatos em que o indivíduo vive, sendo esse processo influenciado pelas relações entre os contextos mais imediatos e os contextos mais vastos em que aqueles se integram.

A proposta ecológica de desenvolvimento privilegia aspectos saudáveis, destacando a importância das relações interpessoais, bem como as interações com ambientes naturais e instituições, em consonância com a diversidade do homem, processos psicológicos, participação dinâmica em ambientes, características pessoais e a sua origem histórica, social e cultural.

A ecologia do desenvolvimento humano envolve o estudo científico da acomodação progressiva, mútua, entre um ser humano ativo, em desenvolvimento, e as propriedades mutantes dos ambientes imediatos em que a pessoa em desenvolvimento vive conforme esse processo

é afetado pelas relações ente esses ambientes, e pelos contextos mais amplos em que os ambientes estão inseridos. (BRONFENBRENNER, 1996, p. 18).

Assim, a ponto inicial de interação da criança com a ecologia do desenvolvimento é o ambiente familiar, e logo em seguida as relações extrafamiliares, as quais se realizam a partir da convivência comunitária. As influências das relações para o desenvolvimento infantil são baseadas no equilíbrio e afetividade, de modo que, podem ser positivas ou negativas dependendo das vivências. Dessa forma, Bronfenbrenner (1996, p. 18), afirma que:

[...] a pessoa em desenvolvimento não é considerada meramente como uma tábula rasa sobre a qual o meio ambiente provoca o seu impacto, mas como uma entidade em crescimento, dinâmica, que progressivamente penetra no meio ambiente em que reside e o reestrutura. Segundo, uma vez que o meio ambiente também exerce sua influência exigindo um processo de acomodação mútua, a interação entre a pessoa e o meio ambiente é considerada como bidirecional, isto é, caracterizada pela reciprocidade.

Dessa forma, direito ao desenvolvimento a partir do modelo bioecológico, está baseado nas interações da criança com o ambiente e é caracterizado pela reciprocidade, de modo que, cresce, molda-se e descobre-se conforme o meio no qual se encontra. Ademais, compreende a relação afetiva familiar, o direito a uma alimentação saudável, moradia digna, crescimento, lazer e educação adequada, pois só assim se pode esperar que alguém se torne um adolescente emancipado e conseqüentemente um adulto responsável e correto.

4 A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA E O DESENVOLVIMENTO CRIANÇA: UM ESTUDO DAS INTER-RELAÇÕES ENTRE A PROTEÇÃO INTEGRAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E A SOCIEDADE SUSTENTÁVEL

A criança necessita de alguém que a conduza, que a alimente, que a proteja e ainda lhe dê carinho e atenção; a função familiar abrange o am-

paro afetivo, o sustento, a guarda e a educação; desse modo, fica evidente que aos pais incumbe amar os filhos, desse modo, o princípio da paternidade responsável assegura que a autoridade exercida sobre a criança deve ser sempre no sentido de promover sua personalidade, a fim de conduzi-la ao alcance da maioridade com dignidade e qualidade de vida.

A família sofreu grandes mudanças no decorrer dos tempos principalmente com o advento do Estado Social; e representou um verdadeiro avanço nas relações familiares, uma vez que proporcionou a proteção do hipossuficiente promovendo a justiça social e a solidariedade, reduzindo o autoritarismo e equalizando os membros da família. Com o advento da Constituição Federal de 1988, as relações familiares foram profundamente alteradas: pode-se dizer que a Constituição incorporou um paradigma humanista no Direito de Família, levando a pessoa humana para o centro da tutela jurisdicional.

É nesse sentido que Tepedino (1999, p. 350) considera,

A família embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor extrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida que – e somente na medida em que – se constitua um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.

Assim sendo, percebe-se que a família atual busca sua base na dignidade da pessoa humana por meio da afetividade, já que não há mais a função meramente econômica e nem exclusivamente visa à procriação; assim, modifica-se o papel da família, que passa a ser considerada instrumento de realização do ser humano.

Dessa forma, Schreiber (2001, p. 49) considera:

O papel da família é, pois, de significado incontestável para o desenvolvimento sadio da criança. Uma família centrada no afeto, seja qual for a sua composição externa, saberá lidar com os problemas da vida moderna e

com frustrações psicológicas que a todos alcançam, para administrá-las com equilíbrio.

Vê-se, pois, a nova concepção de família formada por laços afetivos, com dimensão biológica, psicológica e espiritual, devendo por isso ser compreendida à luz da interdisciplinaridade e com base nos princípios norteadores do Direito de Família.

No que se refere a essa nova concepção de família, Teixeira (2004, p. 25) considera:

A família, por seu turno, é o lugar privilegiado para o desenvolvimento psicofísico do menor, diante de sua atual faceta, despojada que foi de sua função econômica. Consubstancia-se hoje, no lócus de realização do ser humano, em núcleo de companheirismo e afetividade, lugar do amor, do sonho e do afeto. Diante dessa mudança funcional da família, o menor assumiu papel relevante, uma vez que passou a ser seu protagonista, exatamente por estar em condição de desenvolvimento e de construção de sua personalidade. Esta fase de edificação do caráter e dos valores que regerão sua vida demanda que seu bem-estar seja alcançado a todo custo, mobilizando, por isso, família, sociedade e Estado para que se cumpra este objetivo.

Como se observa, a família, a sociedade e o Estado são responsáveis pela concretização dos direitos das crianças e adolescentes; dessa forma, é perceptível que a criança necessita de condução e proteção integrais. Como conclusão, nota-se que é de fundamental importância para o desenvolvimento da criança a convivência familiar.

Nesta seara, Teixeira (2004, p. 23-24) afirma que

[...] é na alteridade, na reciprocidade e no relacionamento com o outro que a personalidade se constrói, como um processo dialético e dialógico com o outro. Por isso, a necessidade da convivência familiar e comunitária, para construir e edificar a afetividade, além de possibilitar a inserção social. Eis a justificativa constitucional para considerar-se a convivência com “o outro” como direito fundamental.

Assim sendo, denota-se a importância da convivência com o outro para a formação da personalidade, sendo de imenso valor a convivência familiar; inclusive, isso ilustra dois dos direitos fundamentais da criança garantidos pelo ordenamento jurídico e reafirmados pelos princípios do melhor interesse da criança: paternidade responsável e proteção integral.

Verifica-se, entretanto, que o melhor interesse da criança não pode ser confundido com a realização de todas as suas vontades por consumo e capricho; sabe-se que as crianças são alvo principal da mídia e influenciam as escolhas dos pais. Prevalece um senso comum de que é preciso vencer na vida e ser feliz, e que para isso é necessário adquirir coisas novas.

Nesse sentido, a criança ocupa um papel importante na liquidez da sociedade, vez que, constantemente constrói necessidades baseadas em desejos supérfluos:

O “direito” das crianças a consumir precede e prefigura de várias maneiras e outros direitos legalmente constituídos. As crianças ganharam uma “voz” na seção de vendas a varejo, nos concursos de “faça-você-mesmo e dê um nome”, na escolha de roupas e nos planos dos pesquisadores de mercado décadas antes de seus direitos serem declarados em contextos como a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança em 1989. (COOK apud BAUMAN, 2008, p. 83).

Vê-se que o direito a consumir é uma construção recente, mas que não pode ser entendido como uma garantia ou como algo fundamental para o desenvolvimento integral da criança; isso é explicado pelo fato de que o consumo exacerbado acaba fazendo com que a criança se afaste de outras formas de realização. Muitas vezes, a criança é induzida a acumular brinquedos e roupas, e logo acaba perdendo a inocência da infância; o marketing infantil multiplica a idéia de uma infância adultizada, sedutora e consumista.

Como alternativa de ressignificar o conceito de desenvolvimento econômico, a recente construção do Bem-Viver é uma forma de germinar outras práticas e conseqüentemente educar contra o consumo acirrado, repre-

sentando uma nova cultura de vida. Essa nova ideia é marcada pelo distanciamento do capitalismo e refuta a idéia de acumulação a qualquer custo, já que para o capitalismo esse “custo” pode significar até mesmo a destruição das condições de vida humana no planeta. Dessa forma,

Há um novo requisito que exige ajustes em ultrapassadas concepções do desenvolvimento: a sustentabilidade ambiental do crescimento e da melhoria da qualidade de vida. Trata-se de um imperativo global que chegou para ficar, em virtude da percepção de que a biosfera, em nível global, regional, nacional e local, está sendo submetida a pressões insuportáveis e prejudiciais para o próprio desenvolvimento e as condições de vida. (VEIGA, 2005, p. 187).

Assim, diante da crise atual, deve ser rebatida a falsa premissa da separação radical entre os seres humanos (e seu consumo) e a natureza, além de ser ultrapassada a ilusão antropocêntrica de que o ser humano é uma espécie superior. Nesse contexto, a sociedade sustentável busca vincular a temática do crescimento econômico com a preservação do meio ambiente.

Nesse sentido, destaca-se

A Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) não trata expressamente da questão ambiental, deixando de enfatizar que criança alguma pode se desenvolver plenamente em um contexto de degradação ambiental. Entretanto, não se pode deixar de vislumbrar uma referência pelo menos indireta ao assunto quando o art. 3º dispõe que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, ou quando o art. 7º determina que a criança e o adolescente tem direito a proteção, à vida e à saúde, mediante o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (FARIAS, 2007).

Desse modo, partir das reformas da Constituição do Equador e da Bolívia, é incorporada a cultura do *Buen Vivir*; esta cultura é considerada importante corrente de reflexão da América Latina, pois propõe a prevalência da cultura da vida e a relação de interdependência entre os seres vivos

pautada em valores fraternais, igualitários e justos. Destaca-se ainda que a adoção do modelo do Bem-Viver requer uma profunda mudança de consciência, o que implica também a reformulação do processo educativo, a fim de proporcionar uma autêntica formação. Nesse contexto, aponta possibilidades que visam superar o desenvolvimento econômico atual, a partir da compreensão de que a natureza é um todo inter-relacionado. No que tange ao desenvolvimento da criança, é necessário o reconhecimento da infância, sua valorização e promoção de políticas concretas, baseadas na redescoberta de valores, na preservação do planeta e na conscientização das futuras gerações.

Assim, a consolidação do desenvolvimento integral da criança, será pautado por meio de interações entre a doutrina da proteção integral e uma nova concepção de desenvolvimento econômico, alicerçados na sustentabilidade, de modo que a criança tenha sua personalidade moldada por meio da intervenção de uma família que a ame, e a proteja e que permita conviver em sociedade e desfrutar de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, sendo, portanto, evidenciada a necessidade de aprofundar a incessante busca pela construção de uma nova ética ecológica, a fim de propiciar um desenvolvimento mais digno, sustentável e humano.

5 CONCLUSÃO

O tratamento dispensado às crianças, ao longo do tempo, sofreu mudanças expressivas quanto ao reconhecimento de suas diferenças e peculiaridades até a incorporação da proteção integral, a qual passou a considerá-los como sujeitos de direitos e prioridade absoluta das destinações do Estado Democrático de Direito. Como se pode perceber, as crianças, em épocas mais remotas, eram vistas como seres inacabados, que não possuíam direitos, nem proteção digna. A trajetória de afirmação dos direitos da criança foi muito penosa, uma vez que, partiu-se de um período de indiferença total, passando por uma situação irregular, até que o texto constitucional de 1998

apresentou uma nova perspectiva de direitos. Nesse contexto, passaram a ser vistas como sujeitos de direitos, e a integrar o rol dos cidadãos protegidos pela lei, sendo ainda abençoados por uma legislação específica, que entrou para história política social do Brasil como exemplo de construção cidadã.

Quanto a visão bioecológica do desenvolvimento infantil, recorre-se a teoria de Urie Bronfenbrenner para apoiar a perspectiva de formação integral em contexto, baseada na interação da criança com o ambiente na qual está inserida, de modo que, conclui-se que a transição ecológica (passagem por diferentes contextos: família, escola, sociedade) é mais eficaz e saudável na medida em que a criança se sente protegida e amada. Assim, evidencia-se que o efetivo processo de desenvolvimento da criança, requer práticas, políticas e programas que possam dar-lhe estabilidade, condições e reconhecimento, sendo implementando as instituições pelas quais irá integrar na sua caminhada em direção ao futuro.

Assim, o desenvolvimento integral da criança poderá garantido por meio da articulação dos princípios da doutrina da proteção integral e da sustentabilidade. Ademais, torna-se fundamental a necessidade de colocar o bem-estar da criança como responsabilidade prioritária da família e da sociedade, sendo o desenvolvimento um conjunto de sentidos que depende de cada sujeito ecológico nesse universo em constante evolução, que representa uma perspectiva, nessa utopia, possivelmente concretizável de efetivar os direitos da criança propiciando a redescoberta de valores, a educação voltada para a solidariedade ambiental, como meios de (re)descobrir a beleza da vida: brincar na terra, correr na grama, sentir o vento, levantar pipas, notar o perfume das flores e o cantar dos pássaros.

Desse modo, esse trabalho transdisciplinar representa a articulação de saberes no sentido de direcionar a pesquisa para o desenvolvimento infantil, de modo distinto dos discursos que celebram o crescimento econômico e o consumo material como sinônimo de bem estar e qualidade de vida. Assim, identifica-se que o desenvolvimento integral da criança, requer

o despertar de uma nova consciência ecológica, está alicerçado na satisfação das necessidades, conquista de qualidade de vida e crescimento saudável em harmonia com a natureza, para o prolongamento das culturas e reafirmação do compromisso com as futuras gerações.

Pelo que foi exposto, percebe-se que a valorização da infância trazida pelas recentes legislações protetivas é inegável, mas que ainda há muito que se avançar para efetivar o direito ao desenvolvimento da criança, pois infelizmente um dos temas menos debatidos pela doutrina atual são as inter-relações entre o direito da criança e a sociedade sustentável. Desse modo, enfatiza-se a necessidade de um maior diálogo a fim de que se ultrapassem as realidades ainda existentes, reafirmando o compromisso ético, da família, do Estado e da sociedade; ainda nesse sentido, denota-se o quanto precisam evoluir a vontade política e a competência técnica para que seja garantido um maior desenvolvimento que resultará em algo deveras importante: o “bem-viver” a infância.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. O Buen Vivir: uma oportunidade de imaginar outro mundo. In: ACOSTA, Alberto. *Um campeão visto de perto*. Uma análise do modelo de desenvolvimento Brasileiro. Disponível em: <http://br.boell.org/downloads/alberto_acosta.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2014.

ALMEIDA, Marcos Teodorico Pinheiro de. *Jogos divertidos e brinquedos criativos*. Petropolis: Vozes, 2004.

ALVES, Paola Biasoli. Ecologia do desenvolvimento humano: experimentos naturais e planejados. *Psicol. Reflex. Crit.*, Porto Alegre, v.10, n. 2, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79721997000200013>. Acesso em: 13 abr. 2014.

ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência Sexual Intrafamiliar: É possível Proteger a Criança. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 36, jun./jul. 2006.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual Intrafamiliar: é possível proteger a criança?* 1. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano – compaixão da Terra*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 29. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 out. 1979. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16697.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 16 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRONFENBRENNER, Urie. *A ecologia do desenvolvimento humano: experimentos naturais e planejados*. Porto Alegre: Artmed, 1996.

CANEZIN, Claudete Carvalho. De Reparação do Dano Existência ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial. *Revista Brasileira de Direito de Família, RBDF, IBDFAM*, n. 36, jun./jul. 2006.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. Políticas públicas e violência estrutural. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

FARIAS, Talden. Por um diálogo entre o direito ambiental e o direito da infância e juventude. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1410, 12 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9855>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Declaração dos direitos da criança*. 1959. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

GONÇALVES, Hebe Signorini. *Infância e violência doméstica: um tema da Modernidade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

GUARÁ, Isa Maria Ferreira Rosa. *Educação e desenvolvimento integral: articulando saberes na escola e além da escola*. Brasília, DF: Em Aberto, 2009.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MÉNDEZ, Emílio García. *Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? Justiça, Adolescente e Ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POLETTTO, Michele; KOLLER, Sílvia Helena. Contextos ecológicos: promotores de resiliência, fatores de risco e proteção. *Estudos de psicologia*, Campinas, v. 25, n. 3, p. 405-416, 2008.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. *A justiça restaurativa e as políticas públicas de atendimento a criança e ao adolescente no Brasil: uma análise a partir da experiência da 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre*. 2008. 182 p. Dissertação (Pós-graduação em Direito)–Universidade de Santa Cruz do Sul, 2008.

PORTUGAL, Gabriela. *Ecologia e desenvolvimento humano em Bronfenbrenner*. Aveiro: CIDINE, 1992.

RICHTER, Daniela; VERONESE, Josiane Rose Petry. Direito da Criança e do adolescente e direito ambiental: Um diálogo necessário – o compromisso com as futuras gerações. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, 2013.

RIZZINI, Irene. *O século perdido*. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1997.

RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. *A Arte de Governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral – uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional. Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da criança na violência intra-familiar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. SÁ, Maria de Fátima Freire. Fundamentos Principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família, IBDFAM, RBDF*, n. 26. out./nov. 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: origem, desenvolvimento e perspectivas: uma abordagem sócio-jurídica*. Florianópolis: [s.n.], 1996.

YUNES, Maria Ângela Mattar; JULIANO, Maria Cristina. A biologia do desenvolvimento Humano e suas interfaces com educação ambiental. *Cadernos de Educação*, Pelotas: FAE, 2010.

RELAÇÃO DE TRABALHO E NOVAS TECNOLOGIAS: A TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA FRENTE À PROIBIÇÃO DO RETROCESSO DOS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHADOR

Alexei Almeida Chapper*

Gilberto Stürmer**

Resumo: O amplo desenvolvimento de novas tecnologias da informação e comunicação tem provocado mudanças notáveis no modo de organização e competição entre as empresas ao redor do mundo, com reflexos, igualmente relevantes, na dinâmica de caracterização e efeitos das relações de trabalho. A expansão da terceirização de serviços, como técnica de administração e redução de custos para as empresas, é uma das questões mais problemáticas e importantes relativas ao mundo do trabalho na contemporânea sociedade da informação. Esta apresentação científica examina de modo objetivo o princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso social, como garantia de proteção e dever de progressão dos direitos sociais dos trabalhadores, em face do problema da terceirização, e consequente precarização, das relações de emprego.

Palavras-chave: Direito social. Retrocesso. Tecnologia. Terceirização. Trabalho.

* Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito do trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Pesquisador Bolsista do Curso de Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul; Advogado; Rua Visconde de Abaeté, 370, 96075-230, Pelotas, Rio Grande do Sul, Brasil; alexeichapper@hotmail.com

** Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor de Direito do Trabalho nos Cursos de Graduação e Pós-graduação na Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul; Avenida Ipiranga, 6681, Partenon, 90619-900, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil; gsturmer@sturmer.com.br

1 INTRODUÇÃO

A relevância do tema diz respeito à eficácia negativa dos direitos fundamentais de caráter social em face das novas tecnologias e, especialmente, da terceirização de serviços. As novas técnicas de gestão empresarial buscam reduzir custos e aumentar a competitividade empresarial em nível global. E a terceirização atende a estas exigências da economia atual de máxima competição em um mundo que é cada vez mais plano em termos de transferência da informação. “A inovação tecnológica subverte a relação de trabalho clássica, sendo responsável por novos tipos de atividade descentralizada, que reúnem informação e comunicação.” (BARROS, 2010, p. 321). É imperioso enfrentar as “[...] novas formas de violação ou pelo menos fragilização dos direitos humanos e fundamentais da pessoa que trabalha”, pois, no contexto da sociedade tecnológica, “[...] apenas agravam os problemas gerados pela globalização econômica e a constante crise do capitalismo financeiro e produtivo.” (SARLET, 2011, p. 80). O estudo do princípio da proibição do retrocesso social é, portanto, extremamente importante para a delimitação de balizas para a adaptação das relações de trabalho às novas tecnologias, garantindo que a regulamentação infraconstitucional não sirva para frustrar as previsões normativas de índole fundamental (e social) da Constituição da República.

2 RESULTADOS

Demonstrou-se a importância do princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso social para impedir a precarização das relações de trabalho a partir da ampliação indiscriminada das hipóteses de terceirização de serviços pela legislação infraconstitucional. Estabeleceram-se os parâmetros de controle da licitude e da ilicitude da terceirização de serviços,

em consonância com a ordem constitucional, infraconstitucional e jurisprudencial, bem como de acordo com as normas internacionais de promoção do trabalho decente. Determinou-se se e até que ponto a necessária adaptação das normas trabalhistas às novas tecnologias da sociedade informacional pode justificar alterações infraconstitucionais com consequências regressivas socialmente e precarizadoras das relações de trabalho.

3 DISCUSSÃO

A adaptação das relações de trabalho às novas tecnologias da informação justifica a possibilidade de generalização das hipóteses de terceirização de serviços por meio de normatização infraconstitucional? A abertura indiscriminada da terceirização, ao fim e ao cabo, não acaba superando conquistas sociais fundamentais já asseguradas ao trabalhador empregado no Brasil? Os parâmetros para a verificação da licitude ou ilicitude da terceirização devem ser afetados pelas novas tecnologias? O princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso pode ser aplicado para preservar o núcleo essencial do direito fundamental social à proteção da relação de emprego em tempos de reestruturação da produção, redução de custos e máxima competição dentro do mercado globalizado? A terceirização é a resposta adequada para o necessário ajustamento do mundo do trabalho às imposições do mercado e da sociedade tecnológica? Ou a eficácia negativa dos direitos sociais impõe a vedação do retrocesso e o dever de progressividade em matéria de realização prospectiva dos direitos sociais do trabalhador? (NOVAIS, 2006, p. 204). O legislador infraconstitucional está vinculado à promoção do direito social à proteção da relação de emprego e ao programa constitucional de melhoria da condição social dos trabalhadores? A proporcionalidade no âmago da proibição do retrocesso pode ser também entendida como proibição de proteção insuficiente ao direito social fundamental, exigindo proteção adequada? (QUEIROZ, 2006, p. 119). A terceirização de

serviços deve ser encarada como exceção no sistema trabalhista brasileiro, que determina a assunção dos riscos da atividade pelo efetivo empregador (NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL, 2014). De fato, sabe-se que na prática laboral normalmente o tomador de serviços é o verdadeiro empregador. Sendo assim, a terceirização justifica-se, tão-somente, nas situações em que a atividade da empresa prestadora de serviços seja realmente especializada (atividade-meio para o tomador), e não análoga à atividade-fim do tomador de serviços. A abertura indiscriminada das portas da terceirização, por meio de legislação infraconstitucional, atenta contra o princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso social. A partir do princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso, “[...] entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.” (BARROSO, 2001, p. 158). Destarte, “[...] a problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica.” (SARLET, 2012, p. 440). A adaptação das relações de trabalho às novas tecnologias é uma necessidade. E é papel do legislador infraconstitucional a regulamentação da terceirização no Brasil, atendendo ao programa constitucional de melhoria da condição social do trabalhador e proteção da relação de emprego. No entanto, a dinâmica de máxima competição capitalista, adjacente à atual economia globalizada, não pode servir como fundamento para a supressão ou relativização (flexibilização prejudicial do núcleo essencial) (SARLET, 2013, p. 582) de direitos fundamentais de caráter social já assegurados ao trabalhador empregado.

4 CONCLUSÃO

A proteção da relação de emprego e do meio ambiente laboral são mandamentos de índole constitucional que se coadunam com as disposições internacionais de amparo ao trabalhador e prevenção de acidentes do traba-

lho. A construção, interpretação e aplicação prática das normas infraconstitucionais e Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, a respeito da terceirização e adaptação da relação de trabalho às novas tecnologias, também devem se pautar nestes preceitos básicos de evolução normativa em prol da otimização dos direitos fundamentais e direitos humanos do trabalhador, vedação do retrocesso e contínua promoção de justiça social.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. *OIT: um trabalhador morre a cada 15 segundos por acidentes ou doenças relacionadas ao trabalho*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/oit-um-trabalhador-morre-a-cada-15-segundos-por-acidentes-ou-doencas-relacionadas-ao-trabalho/>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. In: CON-

GRESSO IBERO-AMERICANO DE TELETRABALHO E TELEATIVIDADES, 4., 2011, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Magister, 2011.

Agradecimento

Agradece-se imensamente à nobre instituição CAPES. Sobretudo, pela bolsa de estudos conferida para a realização desta pesquisa. E também pelo fomento a tantas outras investigações de relevo no cenário jurídico nacional.

O ESTADO NA PÓS MODERNIDADE: REFLEXÕES SOBRE AS DESIGUALDADES SOCIAIS E O PAPEL DA TRIBUTAÇÃO

THE STATE IN POST MODERN: REFLECTIONS ON SOCIAL INEQUALITY AND THE ROLE OF TAXATION

Camila Monteiro Machado*

Resumo: O presente está alicerçado nas ideias de pós modernidade, conceito trazido por Zygmunt Bauman. O mercado, na sociedade líquida, seduz e motiva o consumo desenfreado, o que estimula a arrecadação tributária indireta. Pois o indivíduo não é mais o ser é sim o ter. Portanto a tributação indireta torna-se onerosa e desproporcional aos pobres, sendo que a renda das famílias mais carentes é comprometida com carga tributária. Deve-se fazer ainda, a seguinte reflexão: Porque a sociedade não busca exigir do Estado uma postura diante dessas disparidades que serão demonstradas, quais seja um sistema tributário regressivo, um Estado inerte no que diz respeito ao cumprimento de suas obrigações e a impunidade dos agentes, fraudes e desvio de verbas, oriundos de benefícios a entidades filantrópicas? Ocorre que o capitalismo inerente a pós modernidade induz a sociedade a uma postura individualista e um Estado cada vez mais omissivo e corrupto desestimulando a contribuição e incentivando a corrupção.

Palavras-chave: Tributação. Pobres. Miséria Social.

Abstract: This is founded on the ideas of post-modernism, concept brought by Zygmunt Bauman. The market, on the net company, entices and motivates unbridled consumption, which stimulates the indirect tax collection. For the individual is no longer being is rather have. Therefore the indirect tax becomes onerous and disproportionate to the poor and 48 % of the income of the poorest families is committed tax burden, which makes what Brazil even as 6th largest economy remains in 18th place in the poverty human (Data extracted Ranking UN human Poverty). Should make also the

* Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano.

following reflection: Why the society does not seek to require the State a stance on these disparities demonstrated, which is a regressive tax system an inert State with regard to the fulfillment of its obligations and impunity for agents, fraud and embezzlement , arising benefits to charities? Occurs that post modernity induces society to an individualistic stance and an increasingly neglectful and corrupt state contribution discouraging and encouraging corruption.

Keywords: *Taxing. Poor. Social Misery.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por fim apresentar os aspectos que envolvem o Direito Tributário e os Direitos Fundamentais, fazendo-se a análise da miséria social, tendo como metodologia pesquisa documental e bibliográfica.

O Brasil, apesar de ocupar o sexto lugar na economia mundial, a desigualdade social é presente de forma substancial.

Apesar do crescimento econômico, que levou o país a ultrapassar o Reino Unido e consolidar o sexto maior Produto Interno Bruto (PIB) do planeta, o Brasil ainda é uma nação de desigualdades. Segundo relatório sobre as cidades latino-americanas feito pelo Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-Habitat), o Brasil é o quarto país mais desigual da América Latina em distribuição de renda, ficando atrás somente de Guatemala, Honduras e Colômbia. [...] Além disso, cinco cidades brasileiras estão entre as que têm pior distribuição de renda entre as camadas da população em toda a América Latina: Goiânia, Fortaleza, Belo Horizonte, Brasília e Curitiba. (TABAK, 2012).

A carga tributária indireta se reveste de uma penalização aos pobres. A distribuição da carga tributária deveria ser realizada acordo com a capacidade contributiva dos indivíduos. Traz-nos a reflexão de que os tributos devem se amoldar as situações individuais de modo a proporcionar uma posição de isonomia dos contribuintes, no que diz respeito ao seu sacrifício individual em prol do interesse coletivo.

A carga tributária que recai sobre o pobre é extremamente onerosa, pois quando adquirem bens essenciais a carga tributária incidente ocupa um espaço substancial na pequena renda. Portanto a tributação indireta torna-se desproporcional aos pobres, sendo que 48% da renda das famílias mais carentes é comprometida com carga.

Para a efetivação dos direitos fundamentais e os ideais da Justiça Social, é imprescindível a atuação positiva estatal de uma política tributária alicerçada na justiça distributiva, ou seja, aquele que possui mais riqueza deverá contribuir de uma forma substancial, para a manutenção das obrigações do Estado, ajudando na construção de uma sociedade mais justa com uma distribuição de renda equitativa.

Na minha especial maneira de ver o confisco, não posso examiná-lo a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda a carga tributária incidente sobre o único de contribuinte. Se a soma dos diversos tributos incidentes representa carga que impeça o pagador de tributos de viver e desenvolver, estar-se-á perante carga geral confiscatória, razão pela qual todo o sistema terá que ser revisto, mas principalmente aquele tributo, que quando criado, ultrapasse limite da capacidade contributiva do cidadão. (MARTINS, 2003, p. 86).

Considerando que o atual sistema tributário atual ultrapassa o limite da capacidade contributiva dos menos aquinhoados, de forma substancial está afrontando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III), pois impede a realização do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais com a promoção do bem estar de todos sem preconceito de origem, cor, raça, sexo.

Portanto manter esse sistema tributário vigente é concordar com a miséria social e visar somente o interesse das classes mais altas e simplesmente ignorar, a vida e dignidade desses que são excluídos da própria sociedade, como o exemplo acima.

Morrison (2006) demonstra que o Direito é um grande instrumento para alcançarmos a isonomia.

Historicamente, quando a sociedade alcança um certo nível de desenvolvimento, surge a necessidade de estabelecer no cotidiano, uma regulamentação comum para as ações recorrentes de produção, distribuição e troca, a fim de impedir que cada indivíduo lide a seu próprio modo com o sistema. É essa regulamentação que se dá o nome de “direito”.

No entanto, as poucas medidas utilizadas por nossos governantes não produzem qualquer repercussão favorável aos menos afortunados. Em março de 2013, a Presidente Dilma Rousseff, anunciou em pronunciamento oficial à nação a desoneração de impostos federais de todos os produtos da cesta básica. Com a medida, nenhum dos dezesseis produtos da cesta básica pagará tributos federais, exceto o ICMS tributo estadual.

Primeiro, tal medida é inconstitucional e ineficaz pois a cadeia de produção dos referidos produtos, são tributados o que faz com a redução seja insignificante, ademais a permanência da incidência o ICMS já onera de forma substancial. A ponto de não onerar o consumo desses produtos essenciais.

Como medida sábia seria a não incidência de tributação sobre os bens essenciais, quais sejam os que garantem a condição do mínimo vital e a redução da alíquota sobre os demais produtos que se tornaram bens almejados, mas que são passíveis de serem mantidos pelos consumidores das classes mais baixas, tais como celular, computador, necessários a inserção do mundo da globalização.

Eis a grande dificuldade o que vem a ser o mínimo existencial na sociedade “do ter e não do ser”, onde não existe o consumo somente por necessidade, mas principalmente por vontade, face o valor embutido ao fato de se ter determinado bem.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2011, p. 60).

O conceito de Sarlet vem trazer um sentido amplo a palavra dignidade da pessoa humana, visando assegurar não somente o mínimo existencial fisiológico, mas também o mínimo existencial sociocultural, dando ao indivíduo meios de alcançá-los. Sendo o salário mínimo uma forma legítima de alcançar o mínimo existencial em todos os seus aspectos, entretanto a carga sobre os que percebem somente um salário mínimo é tão gravosa que impede o alcance ao mínimo existencial e ainda os rebaixa para a classe que deverá ser assistida.

O Estado deveria assegurar o mínimo vital para cada cidadão, pois o mínimo vital está alicerçado na felicidade sendo um direito inalienável. No entanto o que observamos é a omissão pelo Estado, o desrespeito aos princípios constitucionais e do desrespeito à dignidade da pessoa humana.

2 SISTEMA TRIBUTÁRIO REGRESSIVO

O Brasil infelizmente ainda não fez a opção pelos menos aquinhados. Tendo como base o Gasto Social do Governo Central, sendo este uma nítida radiografia da pior distorção do Estado Brasileiro. Apenas 1,5% dos gastos dos tributos arrecadados pelo governo federal são direcionados para os programas de renda mínima e 73% foram para aposentadorias e pensões, a outra fatia da verba pública é revertida para universidade pública gratuita que sabiamente favorece aos mais ricos da população.

Ademais destes 73% foram gastos com a previdência e a maior parcela 20% com os mais ricos.

Infelizmente o Sistema Tributário no Brasil é considerado regressivo, pois a participação dos tributos sobre a renda e a riqueza dos indivíduos acresce na relação inversa.

Mill (1983, p. 290), em meados do século XIX, foi o primeiro economista a defender o princípio do sacrifício equitativo, que implica “[...] distribuir a contribuição de cada pessoa para cobrir as despesas do governo de tal forma que ela não sinta nem mais nem menos incômodo, com a cota que lhe cabe pagar, do que qualquer outra sente, pagando a dela”. No entanto não observamos na sociedade atual o sacrifício equitativo, pois aqueles que compõem as classes mais altas e são detentores de maior poder, não conseguem verificar que precisam colaborar com aqueles que são desprovidos se quer do mínimo existencial. Pois estão preocupados em ser investidores.

E o Estado é arquiteto do individualismo na sociedade contemporânea, observamos que a humanidade passa toda sua vida movendo-se como marionete de um mundo dividido entre administradores e administrados, projetistas e seguidores do projeto, onde os primeiros guardam os projetos grudados ao peito e os outros mesmo querendo não são capazes de expiar os desenhos dos administradores e projetistas (BAUMAN, 2001). Conhecendo os interesses individualistas de seus cidadãos oferece migalhas para manter a sociedade inerte e fragmentada.

A dedução do imposto de renda é um excelente instrumento para manter inerte e satisfeita as classes mais altas, pois os indivíduos pertencentes a essas classes conseguem garantir a seus filhos, saúde e educação de qualidade, se beneficiando da dedução do imposto renda, portanto o Estado reconhecendo que os indivíduos que compõe essas classes estão voltados a produtos exclusivos e superiores, oferece a oportunidade de tê-los e ainda beneficiá-los quando os mesmo são de natureza de direitos fundamentais,

tais como saúde, educação etc. Ofertando mais oportunidade de acúmulo de riqueza já que a carga tributária foi reduzida.

No que diz respeito a população mais carente, observamos a sede pelo consumismo. O mercado, na sociedade líquida, seduz e motiva o consumo desenfreado. Pois o indivíduo ‘não é mais o ser é sim o ter’. E com astúcia o Estado conhecendo tal assertiva incentiva o consumo e dispõe de meios de proporcioná-lo, através de financiamentos, empréstimos, os quais levam um verdadeiro endividamento, mas não consegue dispor de meios para mantê-lo nesse patamar de consumo.

O que comprova tal assertiva é o exemplo o qual foi extraído da tese de Doutorado de Silva (2013, p. 105), a seguir:

Constata-se que população de baixa renda, como já exposto é considerada fundamental para a movimentação da economia no Brasil, mais do que visar a vida digna do pobre, o empoderamento em sua renda é a força motriz da economia nacional, tanto o é que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva declarou que o pobre com o mínimo de renda, é imprescindível para a economia. Neste sentido, o consumo das classes mais pobres sustentou a economia do país durante a crise econômica iniciada em 2008 e que, se um pobre receber R\$ 10, ele vira um consumidor, enquanto outro cidadão, se receber R\$ 1 milhão, “vira especulador”. “O Estado precisa cuidar dos pobres, os ricos não precisam do Estado. Quando você leva R\$ 10, R\$15 na mão de um pobre, aqueles R\$ 10 se transformam num produto de crescimento econômico. Porque a pessoa não vai comprar dólar, a pessoa vai numa bodega comprar um feijãozinho.”

Eis a modernidade líquida, o que importa é a economia movimentar-se. Portanto observamos que o próprio Estado não está preocupado com o desenvolvimento econômico e sim com o falso crescimento que consiste em incentivar o consumo desenfreado independente da classe e exercer seu poder de arrecadação.

Ressalta-se que até os programas de renda mínima estão voltados a dispor de certa quantia em prol dos necessitados, porque possui a plena certeza que será imediatamente revertida para o consumo e por consequência

crescimento econômico, um caso típico é quantia destinada à bolsa família, não há qualquer vinculação de que o valor revertido às famílias seja usado para o consumo de alimentos, material escolar, etc.

Não observamos um interesse do governo em fazer com que os beneficiados de tais programas possam desenvolver profissionalmente e não depender mais destes. Tudo está voltado ao resultado imediato de ofereço o benefício e como consumidor reverte para a economia.

Enquanto a tributação indireta suprir as necessidades e expectativas de nosso Estado e a população não se manifestar será mantida essa forma tão desproporcional e onerosa de tributação. Segundo Enlison Carvalho de Mattos, professor de Finanças Públicas da Fundação Getúlio Vargas:

Um sistema tributário mais transparente possibilitaria ao contribuinte ser um fiscal da utilização dos recursos arrecadados via impostos. “Um sistema mais transparente geraria, portanto, mais cobrança dos governos pelo bom uso do dinheiro público. É como se a população passasse a exigir a contrapartida pelo dinheiro que entregou ao estado”.

A assertiva do Professor é de extrema relevância social e estamos observando que com o advento da Lei n. 12.741/2012 que entrou em vigor em junho, está à representação de grande vitória a favor de todos os consumidores. Com o detalhamento nos documentos fiscais do valor dos tributos incidentes nos produtos e serviços, os mesmos podem ter consciência do impacto causado pela carga tributária. A referida lei também é conhecida como a Lei da Transparência Fiscal.

Pelo exposto podemos observar que o Estado não está disposto a vencer as desigualdades sociais, pois deveria tributar sob forma mais gravosa os que detêm maior potencial. Pois em contraposição o imposto sobre grandes fortunas ainda não foi regulamentado e porque não há manifestação para a regulamentação do mesmo, pois com a regulamentação desses poderíamos de forma substancial reduzir a tributação indireta e amenizar as consequências drásticas de sua incidência.

Como mencionado o imposto sobre grandes fortunas, seria uma grande fonte para arrecadação tributária progressiva. No entanto nos impostos os quais chamamos de progressivos que incidem diretamente na renda ou na condição de proprietário a carga tributária vem sendo reduzida, não alcançando o objetivo a qual foi criada, pois somente 3,3% da arrecadação são oriundas de tributação direta, ou seja, uma parcela insignificante.

Portanto não observamos na sociedade a consciência do sacrifício equitativo, bem como não constatamos qualquer esforço do Estado para alcançar o bem comum, pelo contrário vemos a grande tendência da política Neo Liberal, o que comprova tal afirmação é a aprovação das seguintes leis:

Foi publicada no Diário Oficial da União nesta quinta-feira (17/10), a Lei n. 12.868 (BRASIL, 2013), que estabeleceu as seguintes alterações:

- a) a simplificação do processo para que entidades sem fins lucrativos sejam declaradas beneficentes, para fins de isenção da contribuição previdenciária patronal;
- b) a certificação das chamadas comunidades terapêuticas, que prestam serviços de acolhimento e tratamento de dependentes químicos, não sendo necessário o cumprimento dos requisitos exigidos para as demais instituições de saúde para se enquadrarem como beneficentes;
- c) a certificação de entidades que atuem exclusivamente em promoção da saúde de forma gratuita como, por exemplo, instituições que atuem com estímulo à alimentação saudável e à prática de atividade física, prevenção de câncer e do contágio com o vírus HIV e da violência;
- d) autorização para entidades beneficentes remunerarem seus diretores não estatutários que tenham vínculo empregatício e os dirigentes estatutários, desde que recebam remuneração infe-

- rior, em seu valor bruto, a 70% do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo Federal;
- e) altera a Lei 12.101, de 27/11/2009, que regulamentou a certificação das entidades beneficentes de assistência social, bem como a Lei 12.761, de 27/12/2012, que criou o vale-cultura.

Com a aprovação de tais leis, torna-se incontroverso que o Estado está voltado a terceirizar suas atividades, no entanto não demonstrando qualquer interesse na fiscalização da destinação da quantia e benefícios direcionados a essas entidades filantrópicas. Necessário se faz pensar o que faz o Estado não fiscalizar a utilização de seus recursos pelas referidas entidades? Simples não tem interesse em atrapalhar quem está ajudando, considerando que o Estado está inerte em suas obrigações, porque vai demonstrar empecilhos contra aquele que ainda está ajudando? Até porque os nossos próprios representantes também conseguem tirar proveito, dessa fatia que deveria ser revertida para a sociedade e não para manter enriquecimento sem causa de alguns, que via de regra já são detentores do poder. Por isso da ausência de interesse nos processos de licitação.

Um sistema tributário regressivo e a inércia estatal diante das disparidades demonstradas atentam diretamente contra a dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se a importância de uma atuação ativa do Estado como sendo fundamental para combater a miséria social.

O fim da pobreza depende, por isso, do Estado: ético, no compromisso com um país sem pobreza: competente, para formular soluções simples que enfrentem o problema diretamente; austero, para não desperdiçar recursos, forte, capaz de levar adiante suas políticas sociais e pequeno, para não cair no pântano da burocracia. Para financiar, bastaria definir uma hierarquia de nossas dívidas: paguemos todas elas, mas primeiro as dívidas com os pobres, entre estes, as crianças através da educação. (BUARQUE, 2002, p 55).

O tributo não é um direito do Estado, até porque o Estado, nas mais das vezes é um *delinqüente tributário*. Essa distinção é importante na medida em que com ela podemos separar os interesses do Estado dos interesses da sociedade, cujo antagonismo se acentua com o passar dos dias. O tributo é da sociedade e não, do Estado. Neste sentido o tributo arrecadado não é do governo Lula ou FHC, mas, sim, da sociedade brasileira. Da *sociedade de miseráveis* de que nos fala Manfredo A de Oliveira. Assim como o direito de punir não é do Estado, mas sim, da sociedade como nos ensina o procurador geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, o tributo também não é do Estado, mas da sociedade. (NOGUEIRA, 2005, p. 59).

Destarte um ponto de vista dogmático:

Podemos vislumbrar duas relações jurídicas a partir das colocações supra. Na primeira o Estado é credor em nome da sociedade, de uma obrigação de dar dinheiro (comportamento), cujo sujeito passivo é o contribuinte que revele capacidade contributiva (CF, art.145, § 1º). Na segunda o cidadão é o sujeito ativo, credor do Estado, que é devedor do tributo arrecadado, ou seja, o Estado é devedor do tributo que se tornou receita, daí porque quando mal gasta estes recursos tributários está sujeito as responsabilidades pela malversação do tributo da sociedade. Em ambas as relações jurídicas o elemento legitimados é a adequação do agir do Estado com o interesse da sociedade, reside aqui o principio do justo gasto do tributo arrecadado. (TROIANELLI, 2004, p. 210).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ora são tantas indagações, por isso instigo ainda a seguinte reflexão. Porque a sociedade não busca exigir do Estado uma postura diante dessas disparidades demonstradas, quais sejam um sistema tributário regressivo, um Estado inerte no que diz respeito ao cumprimento de suas obrigações e a impunidade dos agentes, fraudes e desvio de verbas, oriundos de benefícios a entidades filantrópicas?

Ocorre que a tendência ao individualismo e um Estado cada vez mais omissos e corruptos desestimula a contribuição e incentiva a corrupção,

pois a cada dia o indivíduo se afasta dos valores que levaram ao sacrifício eqüitativo, bem como os contribuintes fazem de tudo para conseguir uma grande dedução do imposto de renda e ainda justifica as sonegações em discurso repetitivo de que não vê há aplicação do dinheiro o qual reverteu para a sociedade. Portanto não possui interesse na devida aplicação da quantia arrecada e a tão almejada destinação social, pois se beneficiam em manter seus próprios interesses, quais sejam despesas com saúde, educação, não demonstrando qualquer iniciativa para exigir do Estado uma postura condizente com sua função.

E com essas migalhas o Estado consegue manter a sociedade cada vez mais egoísta e sustentando assim sua inércia.

Para elucidar essa assertiva vamos nos remeter a história romana, durante o período imperial, é notória a semelhança que há, entre Roma e o Brasil, nos aspectos sociais. Em ambos, percebem-se problemas sociais – por que não dizer estruturais? -, como, por exemplo, o alto índice de desemprego e da taxa de analfabetismo, condições impróprias para uma moradia digna, a excessiva carga tributária imposta aos contribuintes e o excesso de corrupção nos gestores públicos. Assim, se questiona como o Império romano durou tanto tempo e, como os gestores públicos brasileiros governam sem, pelo menos, haver sinal de subversão social? A resposta está nas estratégias políticas.

Em Roma, houve a denominada política do pão e circo, onde migalhas (pão e trigo) eram fornecidas gratuitamente à população e havia espetáculos públicos em arenas, os gladiadores, para entreter a população, fazendo com que não ficassem revoltados com o seu desemprego e demais problemas sociais. Assim, no Brasil, percebe-se a aplicação – nas devidas proporções – dessa política, em que o governo, por meio de medidas assistencialistas e de jogos de futebol, as quartas e domingo, alienam a população brasileira em relação aos problemas da nação. (SOARES FILHO, 2010).

Além da alienação através do entretenimento observamos que o Estado como um grande arquiteto contemporâneo alimenta os interesses

mesquinhos dos indivíduos. E com isso fragmenta a sociedade, ousou dizer que para uma manifestação a nível nacional, na qual estariam presentes todas as classes sociais seria necessário um discurso de solidariedade e respeito ao próximo e a queda do paradigma do consumo exacerbado.

Não podemos ficar cegos diante das estratégias estatais que nos mantém uma sociedade individualista e a cada dia mais nos afasta do bem comum, o que compromete de forma substancial a efetivação dos direitos fundamentais, os quais deveriam ser garantidos em todas as classes. Nas manifestações devemos ser uma única voz, não importa se vai beneficiar determinada classe, devemos ser solidários e fazer ao outro aquilo que gostaríamos que fizessem por nós.

Observamos ainda que nas manifestações não haja união da sociedade, o que vemos são fragmentações de interesses, pois nas manifestações dos garis não vemos os professores e por conseqüência nas manifestações dos professores não vemos os garis, a sociedade perdeu a preocupação com a garantia do direito do próximo.

Esses fragmentos da sociedade só visam a cooperação quando podem de forma direta obter vantagem. A sociedade não está interessada em buscar oportunidade de crescimento para todos e em virtude desse individualismo está apoiando a miséria social, pois o Brasil com esse sistema regressivo de tributação confirma a miséria nacional.

É necessário diminuir a penalização dos pobres, pois a incidência da carga tributária atual é desproporcional e onerosa, a qual afronta diretamente a dignidade da pessoa humana. Além do individualismo que alimenta a inércia estatal e nos afasta do sacrifício equitativo e por conseqüência a não efetivação dos direitos fundamentais.

Muitos pesquisadores com anos de dedicação, alcançaram um grande marco para nossa história tributária com a lei que dispõe sobre a discriminação dos valores embutidos no produto como tributo. A sociedade tendo ciência da onerosa carga tributária que é impingida sobre os cidadãos

desrespeitando a dignidade da pessoa humana poderá demonstrar sua indignação é exigir a aplicação de políticas públicas suficientes para vencer as desigualdades sociais.

Devemos, portanto ver uma atuação do Estado para corrigir a tributação indireta, pois está não respeita o princípio da capacidade contributiva. E de forma substancial aumentar a tributação direta, inclusive regulamentar o imposto sobre grandes fortunas, que será um grande potencial de recolhimento. Pois o tributo é o grande instrumento para vencermos as desigualdades sociais.

Diante das desigualdades sociais os cidadãos devem ter conhecimento de que o Estado possui o dever de servi-los, garantindo assim a dignidade da pessoa humana. No entanto o Estado agora vem utilizando de artifícios para se esquivar de sua obrigação com uma tese chamada reserva do possível, que consiste na recusa em arcar com determinadas obrigações, sob a alegação de não ter condições. Portanto até para alcançarmos o mínimo existencial temos que desprender de grandes esforços, inclusive recorrer ao judiciário.

Necessitamos de medidas eficazes para penalizar desvio de dinheiro. A exposição e a publicidade de todas as questões relacionadas às verbas públicas são fundamentais para que a sociedade com o conhecimento devido possa se manifestar contra as desigualdades, visando erradicar a miséria social, além de todo o ordenamento jurídico se pautar na dignidade humana, não podendo, o direito tributário se afastar desses valores, pois é um grande instrumentos para alcançar a equidade e vencer as desigualdades, prova dessa arguição é o entendimento consubstanciado da jurisprudência que vem levando em consideração novos parâmetros para através desses alcançar de forma justa a capacidade contributiva e por conseqüência a equidade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: José Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: José Zahar, 2001.

BRASIL. Lei n. 12.868, de 15 de outubro de 2013. Altera a Lei n. 12.793, de 02 de abril de 2013, para dispor sobre o financiamento de bens de consumo duráveis a beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 out. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12868.htm>. Acesso em: 01 ago. 2014.

BUARQUE, Cristovam. *Os Instrangeiros*. 2. ed. Petrópolis: Garamond, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Capacidade Contributiva: Igualdade e Justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: Método – ESDC, n. 2, p. 86, jul./dez. 2003.

MILL, Jonh Stuart. *Princípios de economia política, com algumas de suas aplicações à filosofia social*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Tributação Justiça e Liberdade*. Curitiba: Juruá, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Daisy Rafaela da. *O Consumo na Pós-modernidade: efeitos colaterais nas classes D & E*. 2013. Tese (Mestrado em Direito)–Universidade Metropolitana de Santos, Santos, 2013.

SOARES FILHO, Sidney. Brasil, a continuidade da política do pão e circo ou é só impressão? *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 14, n. 19, 2010. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/236>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

TABAK, Bernardo. Brasil avança, mas é quarto país mais desigual da América Latina, diz ONU. *GI*, Rio de Janeiro, 24 ago. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/08/brasil-avanca-mas-e-quarto-pais-mais-desigual-da-america-latina-diz-onu.html>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TROIANELLI, Gabriel. *Responsabilidade do Estado por dano tributário*. São Paulo: Dialética, 2004.

A TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Clóvis José Ceretta*

Paulo Caliendo Velloso da Silveira**

1 INTRODUÇÃO

O Meio ambiente equilibrado é essencial a uma qualidade de vida sadia e é um direito assegurado a todos, tanto pela nossa Constituição Federal, como pela legislação infraconstitucional.

No presente trabalho, pretende-se demonstrar sucintamente como a tributação pode servir como instrumento de proteção ao meio ambiente.

Como se sabe, a função principal da tributação é a arrecadatória, ou seja, almeja buscar recursos financeiros para que o Estado possa suportar os seus gastos, sejam eles com o seu próprio funcionamento, como na implementação das políticas públicas de atendimento à população (saúde, educação, transporte, comunicações, previdência e assistência social, etc.).

Porém, como será mais detalhadamente demonstrado adiante, a tributação, através de sua função extrafiscal, pode ser usada como um mecanismo de desestímulo a atividades que agridam o meio ambiente, ou de estímulo a atividades e empreendimentos que, buscando a inovação e o progresso, o preservem.

* Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; cjeretta@hotmail.com

** Doutor Sandwich na Ludwig-Maximilians Universität em Munique (Alemanha); Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor permanente da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Avenida Ipiranga, 6681, Partenon, 92120-110, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil; p.caliendo@terra.com.br

2 O CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

Conforme dispõe o art. 3º da Lei n. 6.398/91:

Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e alterações de ordem física, química ou biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas [...] (BRASIL, 1991).

Segundo Rodrigues (2005), esse conceito do legislador vai além da ideia de simples ambiente, significando, ainda, o conjunto de relações físicas, químicas e biológicas entre os fatores vivos (bióticos) e não vivos (abióticos) que existem nesse ambiente e que são responsáveis pelo abrigo, manutenção e regulação de todas as formas de vida que existem nesse mesmo ambiente.

3 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal (CAHALI, 2007), ao tratar dos Direitos e garantias individuais, estabeleceu no inciso LXXIII, que todo o cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente.

Além disso, dedicou todo um capítulo ao meio ambiente (Capítulo VI, do Título III), dispondo nos incisos I a VII do art. 225 as incumbências do poder público para garantir a efetividade ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4 A PROTEÇÃO LEGAL OU INFRACONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

Diversos são os dispositivos infraconstitucionais de proteção ao meio ambiente. Dentre eles, podemos citar:

- a) Lei 6.398/81: Dispõe sobre a Política nacional do Meio Ambiente;
- b) Lei 7.735/89: Instituto Brasileiro do meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis;
- c) Lei 9.995/2000: Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza;
- d) Lei 11.105/2005: Lei de Biossegurança;
- e) Lei 7.802/1989: Lei dos Agrotóxicos;
- f) Lei 9.795/1999: Educação Ambiental;
- g) Lei 7.754/1989: Medidas de Proteção às Florestas Existentes nas Nascentes dos Rios;
- h) Dec. 3.179/1999: Sanções Aplicáveis às Condutas e Atividades Lesivas ao Meio Ambiente.

5 A TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

5.1 A FUNÇÃO FISCAL DO TRIBUTO

Como se sabe, os tributos compreendem os impostos, as taxas, as contribuições de melhorias e as demais contribuições instituídas por lei (contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico, contribuições sociais no interesse de categorias profissionais ou econômicas, etc.).

As taxas (art. 77 CTN) são cobradas como contraprestação a um serviço prestado ou posto à disposição pelo Estado. Já as contribuições de melhoria (art. 81 CTN) são instituídas em decorrência de obra pública que implique valorização imobiliária para o particular.

Os impostos, por sua vez, são a modalidade de tributo, que é cobrado dos contribuintes independentemente de qualquer atividade prestada pelo Estado (art. 16 CTN).

A função fiscal do tributo é a de angariar fundos para o custeio da máquina administrativa, pelo exercício do poder de polícia conferido ao Estado e para a execução das políticas públicas, ou seja, é uma função eminentemente arrecadatória.

5.2 A FUNÇÃO EXTRAFISCAL DO TRIBUTO

A função extrafiscal do tributo consiste na imposição tributária com a finalidade precípua que não seja a arrecadação de dinheiro aos cofres públicos. O objetivo principal, nessa hipótese, passa a ser o estímulo ou desestímulo a certas atividades econômicas desenvolvidas pelo particular.

Conforme determina o art. 174 da CF de 1988: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exerce, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (BRASIL, 1988). Ou seja, o Estado tem o poder de intervir na atividade econômica, estimulando as atividades socialmente desejáveis e desestimulando as indesejáveis.

Nesse sentido, como enfatiza Nunes (2005), o tributo passa a ser utilizado como instrumento de cobrança de responsabilidades sociais e veículo condutor do interesse público à justiça social. Para esse autor, o tributo ambiental não tem como objetivo fatos econômicos, mas atividades ou ações individuais ou coletivas que possam colocar em risco a sociedade, tanto a presente como a futura.

Nas palavras desse autor, ainda, é papel do Estado conter os danos provocados pelas ações humanas decorrentes do desenvolvimento da sociedade. Para tanto, poderá valer-se de dois tipos de mecanismos: sanções

civis, criminais e administrativas, e imposição de tributos para coibir certos comportamentos.

A imposição de tributos com finalidade extrafiscal, ainda conforme esse doutrinador, exerce um papel fundamental na mudança de comportamento dos indivíduos, efeito que dificilmente se conseguiria com a reparação civil, ou imposição de tipos penais sem grave perturbação na ordem social.

Deve-se salientar, entretanto, que a extrafiscalidade ambiental não impede o livre exercício de atividade econômica, direito constitucionalmente assegurado (art. 5º, XIII), apenas força a adoção de comportamentos mais socialmente desejáveis.

5.3 DIFERENÇA ENTRE SANÇÃO E EXTRAFISCALIDADE

Segundo nos ensina Modé (2004), o Poder Público dispõe de uma série de instrumentos para a manutenção de um meio ambiente equilibrado, dentre os quais a possibilidade e instituição de regras de comando (permissão/proibição), bem como o exercício do Poder de Polícia. E, além destes, dispõe do sistema tributário que lhe possibilita intervir no domínio econômico, estimulando ou desestimulando atividades, induzindo os agentes a adotarem condutas ambientalmente desejáveis.

Porém, a razão da tributação ambiental é totalmente diversa da sanção. Aquela se aplica a atividades que são lícitas, e sua aplicação não tem finalidade de punição, senão o ajuste de uma certa atividade econômica a um fim social mais adequado, tendo uma finalidade preventiva. Já a sanção é aplicada quando estamos diante de um comportamento ilícito, mais ligado ao princípio do poluidor-pagador, tendo uma finalidade punitiva.

Outra grande diferença apontada é que a tributação é aplicada antes da ocorrência dos atos danosos, ao passo que a sanção é aplicada após a ocorrência do fato danoso ao meio ambiente.

Como exemplo de tributação ambiental inibidora afigura-se a exacerbação da carga tributária de atividades poluidoras (efeito inibidor), e concessões de isenções ou benefícios fiscais a atividades não poluidoras, ou quando os efeitos de atividades poluidoras forem minorados (efeito estimulador).

Como exemplo de sanções, podem-se citar a reparação civil e as sanções administrativas e penais, como as dos arts. 14 e 15 da Lei n. 6.389/81.

6 CONCLUSÃO

À vista do exposto, conclui-se que a tributação é um poderoso instrumento que pode ser usado pelo Estado para garantir um ambiente equilibrado, essencial à boa qualidade de vida das pessoas.

Muito embora a principal característica da tributação seja a arrecadatória, o tributo pode ser usado com função extrafiscal, que tem como objetivo estimular ou desestimular certas condutas. Assim, pode o Poder Público aplicar uma imposição tributária gravosa às atividades que venham causar danos ao meio ambiente; e, na via oposta, conceder isenções e incentivos fiscais a atividades, empreendimentos ou condutas que preservem o meio ambiente.

Por fim, cabe destacar que a extrafiscalidade ambiental diverge da sanção, pois aquela é empregada quando estamos diante de atividades lícitas; e esta é utilizada como meio punitivo a um comportamento danoso. Adicionalmente, aquela tem finalidade preventiva, e esta, finalidade punitiva.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei n. 6.398, de 07 de março de 1991. Autoriza venda de faixas de terreno e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 mar. 1991.

CAHALI, Yussef Said. *Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação Ambiental: A Função do Tributo na Proteção do Meio Ambiente*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

NUNES, Glêucio Santos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental: Parte Geral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Gustavo Henrique Perin*

Hewerstton Humenhuk**

Resumo: A promulgação da Constituição Federal de 1988 após décadas marcadas pela supressão das liberdades individuais representou, principalmente para o Poder Público, uma mudança na sua forma de atuação frente ao indivíduo. A partir do advento do rol não exaustivo de direitos fundamentais expressos e implícitos da Lei Maior de 1988, a Administração Pública passou a ter seus atos vinculados à garantia e à efetivação dos chamados Direitos Fundamentais, os quais representam elementos basilares do Estado Democrático de Direito. A partir de então, o Direito Administrativo, representado em última instância pelo Poder Público Municipal, vêm sofrendo remodelações em seu sistema legal e principalmente na sua *práxis*, com vistas à transposição da força normativa dos Princípios Fundamentais para o plano concreto, seja ele individual (primeira dimensão), coletivo (segunda dimensão) ou transindividual (terceira dimensão). Para tal, vislumbrou-se a necessidade de um redirecionamento que vá além dos atos vinculados, mas que atinja também os atos discricionários, atingindo o juízo de valor (conveniência e oportunidade) do administrador público.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Administração Pública Municipal. Direito Público.

1 INTRODUÇÃO

A crescente sujeição da atividade administrativa municipal aos princípios constitucionais desencadeou uma constante reflexão do Direito Admi-

* Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; ghperin@gmail.com

** Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina; Professor de Direito Administrativo e Direito da Criança e do Adolescente nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; hewerstton@gmail.com

nistrativo sobre si mesmo, não somente sob o prisma da legalidade formal, como também por meio de limites materiais, adequando-se a juízos axiológicos de validade dos atos que norteiam as ações da Administração Pública.

Os direitos fundamentais representam o eixo axiológico principal da Constituição Federal e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, assumindo a função de limitadores do Direito Administrativo contemporâneo, passando a vincular a Administração Pública – representada pelos poderes executivo, legislativo e judiciário – em especial no que se refere aos seus atos discricionários, admitindo uma identificação do ambiente decisório do administrador em virtude da imposição de parâmetros objetivos de valoração a serem seguidos.

Destarte, latente a necessidade de reanalisar os limites e alcances das ações administrativas municipais, a partir dos parâmetros exteriorizados pelo Estado Constitucional de Direito, e conseqüentemente, pelos direitos fundamentais, o que passa a ser requisito indispensável para a atuação da Administração Pública no âmbito municipal, para que ela consinta com o princípio da legalidade e do interesse público, alcançando assim, a maior eficiência possível dos direitos fundamentais.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

Para atingir o resultado, o estudo se utilizou do método dedutivo de abordagem, procedimentalmente por meio de estudos históricos, coletas e análises de dados, a fim de complementar a pesquisa bibliográfica. De posse das informações, precedeu-se a suas análises, confrontando as informações obtidas na pesquisa bibliográfica para posterior sistematização.

3 RESULTADOS

A Administração Pública deve fazer um juízo de valor para que seja dada a maior eficácia possível aos Direitos Fundamentais sem, contudo,

abalar os recursos financeiros disponíveis e que precisam ser aplicados em outras áreas também essenciais. Como exemplo, basta citar o caso do fornecimento de medicamentos de alto custo, onde a Administração Municipal deve sopesar a necessidade de um indivíduo e as necessidades coletivas, de modo que não falem recursos nem para um, nem para outro.

Deste modo, o Poder Público, por força da Constituição, é obrigado a aplicar os Direitos Fundamentais com o máximo de eficácia utilizando-se do mínimo necessário de recursos para tal, com observância aos princípios da economicidade e proporcionalidade.

Percebe-se, então, que a incapacidade financeira devidamente comprovada do ente administrativo é o único motivo juridicamente admitido para que seja negada a aplicabilidade imediata e a eficácia plena de um Direito Fundamental. Trata-se de exceção, pois, como vimos, a regra é que o Estado cumpra imediatamente os mandamentos estampados na Lei Maior, por se tratarem de direitos subjetivos dos administrados.

Ainda, não é raro vislumbrar situações em que o ente federativo – independente de qual for – desrespeita algum direito fundamental, descumprindo assim uma norma programática que reflete em uma obrigação para a administração e um direito subjetivo para o administrado necessário que o administrado recorra ao Judiciário para exigir o cumprimento de um direito prestacional por parte do Estado, objetivando assim a reparação do dano causado seja por uma ação ou por uma omissão do Poder Público.

4 DISCUSSÃO

No caso do controle jurisdicional dos atos da administração pública vinculados à efetivação de direitos fundamentais, é necessária ponderação e sensibilidade ao julgador. Para que este não incorra em violação das suas próprias prerrogativas instituídas pela Constituição e calcadas na tripartição

de poderes, deve atentar-se ao caso concreto para verificar se realmente está havendo omissão por parte do poder executivo ou legislativo.

Há, em muitos casos, a inércia do gestor público ou até mesmo a má-fé do administrador quando este deixa de atender algum direito fundamental de cunho prestacional, omitindo-se na concretização de políticas públicas. Neste caso, cabe perfeitamente a intervenção jurisdicional, pois o indivíduo exige uma prestação do Estado que não a cumpre por questões de omissão.

Entretanto, não seria prudente a intervenção judicial nos casos em que faltam recursos financeiros ou meios eficientes para a concretização de alguns direitos. É o caso, por exemplo, de municípios pequenos ou com orçamentos limitados – não pela má administração, mas sim pela pouca arrecadação que possui.

Ou seja, mesmo que constitucionalmente falando, o Município deva ordenar suas ações legislativa e políticas para o conteúdo normativo dos direitos fundamentais, há se observar o respeito a proporcionalidade do julgador, caso contrário estaria incorrendo em inconstitucionalidade, passível de correção.

A partir da modificação dos entendimentos jurisprudenciais, vislumbra-se, com o panorama da efetivação dos direitos fundamentais traçado no desenvolvimento, que cada vez mais os atos administrativos vêm caminhando para uma reorientação no sentido de atender às necessidades fundamentais tanto do indivíduo, quanto da coletividade. Do contrário, o ato apresentará vício – seja na sua dimensão objetiva, seja na subjetivo-discricionária – e o administrado terá a seu favor, meios processuais para fazer valer seu direito.

5 CONCLUSÃO

No que concerne à eficácia – poder de gerar efeitos práticos – dos direitos fundamentais, têm se empreendido esforço político e jurispuden-

cial para que a municipalidade, na sua condição de ente estatal mais próximo do cidadão, possa atuar com plenitude nesse sentido.

Outrossim, existe ampla discussão doutrinária a respeito da maneira com que deve ocorrer a eficácia dos direitos fundamentais: se estes são imediatamente aplicáveis e aptos, ou não. Por regra, a eficácia dos direitos fundamentais é contida, pois em sua maioria se tratam de princípios – e não de regras. Entretanto, segundo disposição constitucional expressa, a sua aplicabilidade é imediata.

Por tal motivo, o Poder Público Municipal, respeitados os limites das competências dos entes federativos, possui o dever constitucional de aplicar os princípios fundamentais na relação com o indivíduo (primeira e segunda dimensão) e com a coletividade (terceira dimensão); classificados pela doutrina e aceitos pela jurisprudência como direitos de defesa e direitos prestacionais.

Vislumbra-se que nenhum direito é absoluto, sendo que existem limitações à eficácia plena e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Entretanto, não se verificando a ocorrência dessas limitações (financeiras), por força do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, a Administração estará obrigada a alcançar o máximo de eficácia da garantia fundamental, utilizando-se do mínimo necessário de recursos para tal (princípio da eficiência).

Nesse sentido, seguindo a posição jurídica oficial adotada no ordenamento brasileiro, a doutrina afirma que toda a discricionariedade administrativa encontra-se vinculada aos princípios fundamentais, devendo o administrador – ainda que no exercício da sua atividade discricionária – fazer aquilo que os direitos fundamentais determinam. Em caso contrário, o ato administrativo, ainda que amparado pelo juízo de conveniência e oportunidade do administrador, ao ignorar um direito fundamental estará sujeito ao controle jurisdicional.

Ademais, ao mesmo tempo em que o Judiciário supre uma omissão ou corrige uma ação estatal, atua em verdadeiro controle difuso de constitu-

cionalidade, eliminando por consequência todas as interpretações contrárias à norma Constitucional.

As garantias fundamentais impregnadas no texto constitucional se traduzem em direitos subjetivos para o indivíduo e em verdadeiras normas vinculantes – inclusive no plano dos atos discricionários – para o Poder Público. Em que pesem alguns direitos conterem exceções ou exigirem alguma regulamentação ordinária quanto ao modo de serem cumpridos, representam normas permissivas de eficácia imediata, ficando o Judiciário incumbido de responsabilizar a Administração quando esta não cumpra os direitos fundamentais, seja por ação, seja por omissão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. São Paulo: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 8. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: proporcionalidade, razoabilidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução Marta Gustavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HUMENHUK, Hewerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 06 mar. 2012.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Agradecimentos

À FAPESC e à Universidade do Oeste de Santa Catarina.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: REFLEXÕES SOBRE A DIGNIDADE HUMANA FRENTE AOS NOVOS CONTORNOS DA TEMÁTICA AMBIENTAL

Dênis Silvano Domingues*

Thaís Janaina Wenczenovicz**

Resumo: O presente artigo tem por objetivo fomentar uma reflexão sobre os direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente frente aos novos contornos da legislação que regula a temática ambiental. Também aborda os elementos da evolução legislativa constitucional e seus efeitos, diretos e indiretos, incorporando os anseios da sociedade que os titulariza. Faz referência da intenção dos colonizadores na exploração das riquezas naturais e nos conflitos das relações destes com o novo ambiente, com a indicação de revisitar conceitos nas questões legais e nos mecanismos de efetivação acerca da temática ambiental. Discorre sobre os usos reiterados de conceitos imprecisos e fluídos que dificultam na mensuração e quantificação para as denominadas normas penais em branco. Traz as peculiaridades geográficas nacionais e enumera as particularidades do Estado degradador e, ao mesmo tempo, controlador da degradação. Aborda sobre a linha tênue dos limites administrativos entre o excesso da proibição e a proteção insuficiente. Coloca em ‘xeque’ a máxima do direito público da ‘supremacia do interesse público e coletivo em detrimento do privado e individual’ como fundamento imutável. Elenca o papel singular das políticas públicas no agir local com pensamento global hábil na (des)construção de um novo paradigma. Com o

* Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade Anhanguera; Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões; Pós-graduando em Direito Público pela Universidade Anhanguera; Procurador do Município de Erechim, Rio Grande do Sul; Praça da Bandeira, 354, Centro, 99700000, Erechim, Rio Grande do Sul, Brasil; domingues.advogados@ig.com.br

** Pós-doutora em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e pelo Instytut Studiów Iberyjskich i Iberoameryka Uniwersytetu Warszawskiego, Polônia; Doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professora Adjunta e Pesquisadora Sênior na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; Rua José Bisognin, 250, Centro, 99700-000, Erechim, Rio Grande do Sul, Brasil; t.wencze@terra.com.br

procedimento metodológico analítico-interpretativo-reconstrutivo de investigação bibliográfica principal e secundária direciona para um entrelaçamento interdisciplinar e abandono do dualismo entre a sociedade e a natureza. Conclui que o direito ao meio ambiente está incluído no rol dos direitos fundamentais, o que lhe confere uma proteção mais ampla, concreta e efetiva. **Palavras-chave:** Direitos e garantias fundamentais. Meio ambiente. Políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

As constituições brasileiras, e suas respectivas emendas, revelam sobre os conteúdos históricos formadores do nosso País, regravando os contextos econômicos, sociais e políticos a cada período vigente. Desde a primeira Constituição, em 1824, “imposta” pós-processo de Independência, passando pelas Constituições de 1891, após a proclamação da República; a de 1934, redigida na Era de Vargas, que; “impôs” a Constituição de 1937 via um golpe de Estado; a Constituição de 1946 sobreveio após a participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial; moldes que se estenderam para a de 1967; até alcançarmos a atual Constituição de 1988, denominada a “Constituição Cidadã”. Numa leitura *en passant*, saímos de um Estado centralizado, passando por uma forma federativa de Estado e republicana de governo, com a introdução do voto secreto e do voto feminino, a abolição da liberdade de imprensa, ao regime militar até chegarmos a um verdadeiro processo de redemocratização com a tripartição dos poderes, a erradicação da censura à imprensa e a consolidação dos princípios democráticos e defesa dos direitos individuais e coletivos.

O termo *princípio*, que na origem latina, significa “aquilo que se torna primeiro” – *primum capere* –, designado início, começo e, segundo Cre-tella Júnior (1989), “[...] são as proposições básicas fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes.”

O “Direito”, como ciência humana e social, também se pauta pelos postulados da filosofia das ciências, entre os quais está inserida a necessidade de *princípios constitutivos* para que a ciência possa ser considerada autônoma.

Formalmente, os direitos fundamentais estão tutelados e protegidos pela nossa Constituição, assegurando a todos uma garantia, um direito de aplicação direta e, neste contexto, implicitamente, os deveres fundamentais constitucionais, dentre, a tutela ambiental.

Esses princípios, na seara ambiental, alcançam conotação singular em razão de que o tema “Meio Ambiente” é considerado um legado, um bem reservado a todos, direito regulado no Art. 225 da nossa Constituição Federal.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988, ao dispor um capítulo inteiro sobre o Meio Ambiente, sendo considerada como uma “Constituição Verde”, fomentou uma nova visão sobre a relação do homem com o macro meio ambiente.

Ao considerarmos a sociedade e a natureza em seu devir histórico, percebemos que as significações e os simbolismos construídos acerca da natureza são tão dinâmicos e mutáveis quanto as identidades que as sociedades constroem para si e posterior é posta em forma de marco legal.

Neste contexto, diversas normas infraconstitucionais, periodicamente, estão regulando a temática ambiental, sendo que a sociedade, nos últimos anos, passou por profundas transformações, cuja realidade socioeconômica modificou-se com tamanha voracidade que não foi acompanhada, com igual celeridade, pelo instrumental jurídico.

Exatamente aqui reside, quer na seara individual, quer coletivo, o conflito dos direitos e garantias fundamentais em relação aos deveres de proteção em matéria ambiental, o que resta agravado quando o bem tutelado é o direito difuso e coletivo com o condicionante poder-dever da proteção Estatal.

Nesta seara, o Estado, como organismo político administrativo, dentro do seu poder discricionário e dos princípios constitucionais que lhe são próprios, limita as ações dos particulares, fazendo-o no exercício da sua soberania.

As limitações administrativas têm características próprias e, por serem preceitos de ordem pública, devem se arrimar nos limites impostos pela Constituição Federal e pelas leis, sob pena se de perderem por despóticas.

No dizer de Meirelles (2001):

[...] as limitações administrativas representam modalidades de expressão de supremacia geral que o Estado exerce sobre pessoas e coisas existentes no seu território, decorrendo do condicionamento da propriedade privada e nas atividades individuais ao bem estar da comunidade. Como limitações de ordem pública, são regidas pelo Direito Administrativo, diversamente das restrições civis, que permanecem reguladas pelo Direito Privado. [...] só são legítimas quando representam razoáveis medidas de condicionamento do uso da propriedade, em benefício do bem estar social, e não impedem a utilização da coisa segundo sua destinação natural.

A Constituição Federal, nos Incisos do § 1º, do Art. 225, estabelece uma série de medidas de proteção ambiental a serem levadas a efeito pelo Estado. Esta mesma norma matriz assegura, dentre os direitos e garantias fundamentais, a tutela estatal dos direitos individuais, coletivos e difusos, que, por vezes, se mostram conflitantes.

Este mesmo dispositivo legal, Art. 225, da CF/88, no seu § 3º, assim disciplina:

Art. 225. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Exatamente aqui reside a dificuldade de mensurar e quantificar, de forma imparcial e justa, a definição daqueles conceitos imprecisos contidos nas normas reguladoras. Qual o liame correto para determinar o que é “ato de abuso”, o que pode ser considerado como “níveis tais”, o que efetivamente é “destruição significativa”, no que consiste “imprópria para ocupação humana”, o que significa “relevante interesse ambiental”, entre tantos outros termos que, conforme a época e o local onde está sob análise e interpretação, pode se moldar ao arbítrio segundo a ótica e interesse de quem os detém a titularidade, a propriedade e o interesse.

Em que pese as Políticas Públicas vigentes, estas se mostram ineficazes para os fins que se destinam e muito aquém de salvaguardar a salubridade do meio ambiente e dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

Encontramos registros gráficos, pictóricos e literários produzidos no Brasil desde o período colonial que nos permitiu ver o Brasil descrito de uma forma minuciosa em diversos aspectos, os quais apontam que a Cultura Ambiental do Brasil tem indicado amplamente a necessidade de revisitar conceitos socioculturais e por consequência indicar caminhos as questões legais e os mecanismos de efetivação acerca da temática ambiental.

3 RESULTADOS

A temática ambiental alcançou singularidade tal qual a proteção ao meio ambiente, na sua mais ampla concepção do termo, é medida que não se pode fugir. Por outro lado, não significa dizer que as normas postas são plenamente eficazes. É tênue o liame da necessária intervenção do Estado sem

extrapolar seu limite administrativo, de forma a salvaguardar a proibição em excesso e a proteção insuficiente.

De acordo com os deveres de proteção, o Estado, naquilo que se designou de relação multipolar que se estabelece em função da proibição de excesso e da proibição de insuficiência, está vinculado, simultaneamente, a respeitar os direitos fundamentais e atuar na proteção de tais direitos e outros bens constitucionais em relação aos quais incidem imperativos de tutela.

4 DISCUSSÃO

Um dos pilares da Administração Pública está na “supremacia do interesse público e coletivo em detrimento do privado e individual”, e aqui reside uma questão que não é unânime. Ao passo que o individual, se somado, passa a ser coletivo, mister mensurar sobre o direito e garantia fundamental, quando individual, mas inserido dentro do coletivo, se assim também não resta caracterizado.

Neste norte, todo o direito coletivo, se fracionado a tal ponto, alcança o individual, o que força a reconhecer que, em os direitos e garantias fundamentais individuais estando inseridos, como fração, nos direitos e garantias fundamentais coletivas, “a supremacia do interesse público e coletivo em detrimento do privado e individual”, como fundamento imutável, é posto em “xeque”.

5 CONCLUSÃO

Desde a chegada do colonizador o meio ambiente foi espaço de construção de cultura, identidade e memória permeado por interesses econômicos, políticos e sociais. Inúmeras preocupações rondam a sociedade contemporânea acerca da temática ambiental. O conhecimento sobre o

tema ambiental muito tem a ganhar na dialogicidade dos diversos campos do conhecimento.

No texto constitucional, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como normas definidoras dos *direitos e garantias fundamentais*, têm aplicação imediata. A partir de uma interpretação sistemática de diversos dispositivos constitucionais, chegou-se à conclusão de que o direito ao meio ambiente inclui-se no rol dos direitos fundamentais, o que lhe confere uma proteção mais ampla, concreta e efetiva.

REFERÊNCIAS

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

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMALERA, Mercê Barcelò i (Org.). *Direitos Fundamentais em Estados Compostos*. Chapecó: Ed. Unoesc, 2013.

Agradecimentos

Agradecemos o apoio e incentivos da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS), onde os autores estudam, pesquisam, ensinam e continuamente, aprendem. Também agradecemos ao corpo docente do PPGD e a Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul – PUC/RS pela oportunidade, apoio e incentivos.

LIMITES À JURISDIÇÃO EM QUESTÕES AMBIENTAIS

Marcelo Garcia da Cunha*

José Maria Rosa Tesheiner **

Resumo: Na tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que abrange bens imprescindíveis à vida terrestre, impõe-se a ampliação da caracterização clássica da atuação jurisdicional, em vista da necessidade de concretização da pauta constitucional voltada à preservação ambiental. O ato decisório carecerá de efetividade, frente aos desafios impostos, se restar limitado à pesquisa da vontade da lei e não preencher os espaços deixados pelo legislador e pelo administrador. Alheia a subjetivismos, mas sem deixar de assumir uma feição construtiva, a solução deve encontrar amparo dentro do sistema.

Palavras-chave: Direitos difusos. Meio ambiente. Jurisdição.

1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento de uma nova consciência social, voltada à satisfação de necessidades transindividuais (coletivas e difusas), novas exigências foram colocadas na pauta dos governantes, obrigados a cumprir todo um programa destinado ao bem-estar social. Tais exigências, de maior complexidade, já não se enquadram no âmbito da estrita divisão tricotômica das funções estatais, na qual o Legislativo cria a lei, o Judiciário ordena seu cumprimento e o Executivo efetiva a vontade da lei.

* Doutorando em Direito do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Advogado; marcelogdacunha@hotmail.com

** Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professor do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Avenida Ipiranga, 6681, Partenon, 90619-900, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil; jmrt@terra.com.br

O enfoque proposto aqui envolve a função jurisdicional nas demandas ambientais difusas, procurando estabelecer os seus contornos e limites frente às demais funções estatais.

Procura-se definir o âmbito de abrangência dos atos jurisdicionais em questões ambientais difusas, equacionar a problemática que envolve a relação entre os Poderes de Estado, dentro da temática proposta, e fornecer subsídios à solução de questões ambientais concretas, nas quais há controvérsia acerca dos limites da atuação do Judiciário.

A hipótese que se cogita é de que a natureza e a caracterização dos interesses e direitos ambientais difusos exige uma reconfiguração teórica dos atos decisórios judiciais, visto que, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, podem tais atos mesclar nuances jurisdicionais, legislativas e executivas, envolvendo critérios de oportunidade e de conveniência e até mesmo opções essencialmente políticas, sem ofensa à cláusula da separação dos Poderes de Estado.

2 INTERESSES E DIREITOS AMBIENTAIS

Os direitos difusos repousam sobre três elementos essenciais à sua caracterização: a indivisibilidade, a indeterminação dos sujeitos e a identidade fática que os vincula.

A indivisibilidade resulta de uma comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica inevitavelmente a satisfação de todos, assim como a lesão de um só leva à lesão de toda a comunidade de interessados (MOREIRA, 1992). O direito restabelecido pelo provimento jurisdicional alcança indissociavelmente a integralidade dos indivíduos lesados, sem exceção. Esse tratamento uniforme é decorrência lógica da impossibilidade de fracionamento do ato lesivo, que, em face da sua natureza, atinge toda uma comunidade de pessoas.

Os titulares de direitos difusos são indeterminados porque o universo de interessados não está definido, devido ao caráter genérico desses direitos, em regra conexos “[...] com o gozo de bens de fruição geral.” (DENTI, 1983). O vocábulo que dá nome à espécie coloca em evidência a indeterminação dos sujeitos, pois se o direito é disseminado no meio social, obviamente que há uma dificuldade considerável para que seja delimitado subjetivamente.

Quanto ao vínculo fático entre os respectivos titulares, trata-se de particularidade estritamente contingencial, ausente qualquer propósito de agregação entre os interessados.

A Constituição Federal, no seu art. 225, estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerado bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. A proteção jurídico-constitucional do meio ambiente alcança um tempo indefinido, pois envolve não apenas a geração presente, mas também as gerações futuras. A tutela ambiental interessa, direta ou indiretamente, a todos indistintamente (ABELHA, 2003). Essa espécie de proteção, como se depreende da natureza e da amplitude do interesse ou direito tutelado, é essencialmente difusa. Demandas que envolvem a higidez dos recursos ambientais, da biosfera, da atmosfera, das águas superficiais e subterrâneas, do mar, do solo e do subsolo e da diversidade biológica alcançam, de uma forma ou de outra, a humanidade como um todo.

3 ALCANCE DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Em certas ações judiciais referentes a questões ambientais, de acordo com o provimento jurisdicional postulado, o ato decisório pode alcançar o campo de atuação do Executivo e/ou do Legislativo.

Pense-se, a título ilustrativo, no caso de uma ação civil pública na qual fica determinado que certa área ambiental, embora inexistente lei a

respeito, deve ser preservada da ingerência humana e que, em razão disso, ao demandado é ordenado que retire dessa área a edificação ali situada, sob pena de incidência de multa em caso de descumprimento.

Não há dúvida de que ato jurisdicional dessa espécie atuará nos campos legislativo (fixa um espaço de preservação ambiental, antes inexistente juridicamente) e administrativo (fixada a norma, concretiza e fiscaliza o seu cumprimento).

À vista disso, impõe-se questionar se há limites à jurisdição quando enfrenta questões ambientais difusas, nas quais se constata que o provimento reclamado (ou ao final decidido) assume contornos não apenas de natureza jurisdicional, mas também de caráter legislativo e/ou executivo.¹

4 RECONFIGURAÇÃO DOS ATOS JURISDICIONAIS

A compreensão acerca da funcionalidade da atuação do Judiciário nas questões difusas é importante para estabelecer o espaço jurídico-normativo do ato jurisdicional e os seus efeitos no âmbito do direito ambiental, que se encontra em construção.

A Constituição Federal, ao assegurar o acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV), expressa as hipóteses de “lesão ou ameaça a direito”, o que pressupõe pretensão amparada em lei (considerada na sua acepção mais ampla possível). Quando se fala em ações acerca do meio ambiente, indispensável à qualidade de vida, é preciso ter em vista que “[...] o bem tutelado é indisponível, inalienável, impenhorável, indivisível, do povo, não exclusivo, absolutamente sensível a danos e irreversivelmente reconstruível.” (ABELHA, 2003). Incumbe ao Poder Público, em suas três esferas, por imposição constitucional (art. 225, §1º), assegurar a efetividade desse direito.

¹ Tesheiner (2012) faz alerta exatamente neste sentido: o Judiciário, em certos casos, poderá examinar matérias relacionadas a direitos difusos em lugar da Administração.

Na proteção ambiental, cada Poder tem funções específicas a desempenhar, mas ao Judiciário exige-se, diante da degradação de bens ambientais e quando absolutamente necessário à realização efetiva do programa constitucional, a ampliação de suas funções, de forma a preencher os espaços deixados pela legislação e pela administração. O art. 126 do CPC inclusive confere ao juiz o dever de decidir mesmo naquelas situações em que inexistente disposição legal a regular o litígio. Nesse sentido, a jurisprudência vem aprimorando a proteção jurídica ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao aplicar a teoria do risco integral ao poluidor e ao reconhecer a necessidade de inversão do ônus probatório nas demandas ambientais.

A definição tradicional de jurisdição oferecida pela doutrina de que “[...] é o poder de declarar o direito e de aplicá-lo ao caso concreto, resolvendo de forma definitiva a lide ou qualquer questão de direito” (LACERDA, 2008) não se ajusta às demandas ambientais difusas, em que o juiz se vê frente a desafios que envolvem aspectos discricionários, que se distanciam daquela definição.

Se para manter o equilíbrio do meio ambiente o juiz lança mão de poderes de oportunidade e de conveniência, sua atuação já não se limita à declaração da vontade da lei. Para preservar o meio ambiente para a geração presente e para as gerações futuras, como apregoa a Constituição Federal, o juiz deve atuar não apenas com os olhos nos fatos passados (aplicação da vontade da lei na solução do litígio), mas deve antever, ponderar e regular as consequências jurídico-sociais presentes e futuras de sua decisão. Para cumprir a promessa constitucional, impõe-se, portanto, instrumentalizar o Judiciário com meios que ampliem a margem de sua atuação. É importante salientar que tal ponto de vista, em se tratando de ato judicial, não deve causar perplexidade, considerando que, na jurisdição voluntária, o juiz, além de não estar amarrado à legalidade estrita, pode levar em conta critérios de oportunidade e de conveniência (art. 1109 do CPC), e isso não retira o caráter jurisdicional de sua atividade. A sentença, sob essa nova ordem, assume, como assinala

Elaine Macedo, uma feição construtiva, baseada essencialmente em um juízo de valor, envolvendo fatos concretos e direito abstrato, destinada não apenas a recompor o passado, mas a administrar o presente e a conduzir o futuro, assegurando soluções hábeis à tutela ambiental (MACEDO, 2012). A sentença afirma o direito posto, cria direito novo e projeta o direito futuro.

Advirta-se, contudo, que o ato jurisdicional referente a direitos difusos deve ser limitado a uma racionalidade extraída da ordem jurídica. Não pode o juiz justificar a sua decisão em critérios meramente subjetivos, mas deve antes manter-se nos limites do sistema, dele extraindo as possibilidades que melhor atendam as circunstâncias e valorações em jogo. O juiz não é dotado de discricionariedade pura, pois seu poder decisório está contrabalançado sempre pelo dever de motivação (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal).

5 CONCLUSÃO

Procurou-se problematizar a questão que envolve a atuação jurisdicional nas demandas ambientais difusas, tentando assinalar os seus contornos, os seus limites, o seu espaço jurídico-normativo e os seus efeitos frente às demais funções estatais. Na tutela do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que abarca bens imprescindíveis à vida humana e às demais espécies de vida terrestre, impõe-se ao Judiciário a ampliação das suas tradicionais atribuições, quando isso for necessário para o cumprimento da pauta constitucional voltada à preservação ambiental.

Diante da insuficiência ou da inexistência de lei, ou da omissão administrativa acerca de temática ambiental, cumpre ao órgão jurisdicional, quando instigado pelos canais legitimados, preencher os espaços deixados pelo legislador e pelo administrador, visto que a degradação ambiental em muitos casos produz efeitos irreversíveis. A atuação jurisdicional, nesses casos, carecerá de efetividade, frente aos desafios impostos, se limitar-se à pesquisa da vontade da lei.

A sentença, sob a perspectiva aqui defendida, como ato de jurisdição essencialmente valorativo, alheio, contudo, a subjetivismos extremos, porque a solução deve sempre encontrar ressonância no sistema, assume uma feição construtiva, no sentido de declarar direitos existentes, articular direitos novos e projetar direitos futuros.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

DENTI, Vittorio. Crisi della giustizia e crisi della società. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 38, n. 2, 1983.

LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACEDO, Elaine Harzheim. A sentença no processo coletivo e o conflito ambiental. In: BERIZONZE, Roberto; TESHEINER, José M.; THAMAY, Rennan (Coord.). *Los procesos colectivos: Argentina y Brasil*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 17, n. 68, p. 55, out./dez. 1992.

TESHEINER, José Maria Rosa. Jurisdição e tutela do ambiente. In: BERIZONZE, Roberto; TESHEINER, José M.; THAMAY, Rennan (Coord.). *Los procesos colectivos: Argentina y Brasil*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2012.

Agradecimento

Agradeço ao Professor José Maria Tesheiner, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da PUCRS, pela segura orientação acerca das questões abordadas neste trabalho.

AS DIFICULDADES PROCEDIMENTAIS NAS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS: NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DE REGRAS PROCESSUAIS QUE DEEM EFETIVIDADE AO DIREITO

Carlos Luiz Strapazzon*
Adilso Antônio Santin**

Resumo: Este estudo se embasa na ideia da necessidade de aplicação de regras processuais próprias ao processo judicial previdenciário. Seu objetivo primeiro é identificar as particularidades dos procedimentos previdenciários. Em segundo momento, objetiva analisar as dificuldades procedimentais impostas ao direito previdenciário pela aplicação das regras tradicionais de processo civil. A partir disso, faz uma análise dos principais problemas decorrentes da aplicação do processo civil às demandas previdenciárias no tocante às temáticas das medidas cautelares, da prova e da coisa julgada material. Depois disso, o trabalho se volta para o tratamento dado ao direito previdenciário pela Constituição Federal, no que dá ênfase aos princípios inerentes à efetividade do direito material previdenciário, com vistas à extração de normas processuais constitucionais. Conjuntamente às questões constitucionais, destaca o binômio possibilidade-necessidade de flexibilização das regras processuais civis tradicionais, com base em práticas que podem se mostrar eficazes no sentido da busca pela efetividade do processo e do direito material previdenciário.

Palavras-chave: Direito previdenciário. Efetividade. Procedimento. Processo civil.

* Pós-doutor em Direitos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

** Especialista em Processo Civil e Novos Direitos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; Rua Marechal Floriano, 293, Centro, 99700-00, Erechim, Rio Grande do Sul, Brasil; aa-santin@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

A autonomia do direito processual é notória, daí decorrendo situações como a extinção de demandas sem a análise do mérito pelo desatendimento de exigências procedimentais que dizem respeito às condições da ação e aos pressupostos processuais, além dos efeitos da coisa julgada, dentre outras evidências que a atestam. Diante dessa realidade, direitos de natureza diversa da exclusivamente patrimonial têm recebido tratamento inadequado, gerando prejuízos irreversíveis aos seus titulares, o que se mostra contrário aos valores e princípios consagrados na Constituição Federal, especialmente quando se considera os direitos fundamentais.

A efetividade do processo pressupõe a criação de alternativas procedimentais eficientes ou a aplicação moderada das regras processuais mais tradicionais no âmbito das demandas previdenciárias, o que se justifica pela urgência e, mesmo, pela simplicidade dos pleitos, sem esquecer a enorme quantidade de beneficiários e de ações judiciais. Esse contexto mostra a relevância da identificação das diferenças das ações previdenciárias em relação àquelas típicas do processo civil, e de como o mesmo se porta diante delas, além da importância das fontes originais das regras processuais pertinentes e adequadas à efetividade do direito previdenciário, no intuito de demonstrar a importância da flexibilização das normas processuais tradicionais no tratamento de direitos de índole previdenciária.

2 RESULTADOS

O primeiro resultado obtido mostrou que o direito previdenciário é diferente dos demais, porque: as regras de competência inerentes ao mesmo são extremamente amplas e complexas, determinando que as demandas sejam processadas por diversos órgãos diferentes, tanto no âmbito da Justiça Federal quanto das Justiças dos Estados; os demandantes são sempre pes-

soas em situação de risco ou, no mínimo, em posição desprivilegiada frente ao demandado, que é sempre o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com todo o seu aparato técnico-jurídico, o que cria um claro desequilíbrio processual; o direito material é *sui generis*, porque não tem um conteúdo patrimonial evidente, embora a urgência se mostre sempre presente, especialmente porque trata do estado de pessoas que, em regra, não têm condição de sobrevivência independente do recebimento do benefício discutido na demanda. A análise desse contexto, em face da aplicação das regras tradicionais de processo civil, mostrou que daí decorrem diversas dificuldades e problemas, especificamente no que diz respeito às medidas de urgência, que muitas vezes não atendem à necessidade iminente, à disciplina da prova, que pode impedir o alcance do direito almejado e justo, da mesma forma que não entende pela possibilidade de uma distribuição mais dinâmica do ônus probante, e ao tratamento da coisa julgada, que acaba gerando a impossibilidade de uma nova demanda mesmo quando a anterior não resolveu em definitivo e de maneira adequada a questão. Já a consideração do texto constitucional proporcionou a visualização de diversos princípios que, em conjunto, exigem um tratamento diferenciado ao direito previdenciário; em especial, na ênfase da efetividade do direito material, em detrimento de questões de índole procedimental e com vistas a trilhar o caminho da adequada observância dos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana. Por último, ficou evidenciado que os ditames constitucionais, além de exigirem e conferirem efetividade ao direito previdenciário, ainda fornecem base para a extração de normas que autorizam um tratamento mais flexível das regras processuais tradicionais, que, assim, devem ser aplicadas sempre com vistas ao alcance da Justiça, e não no sentido de privilegiarem o procedimento em si mesmo.

3 DISCUSSÃO

O direito previdenciário não pode ser comparado aos direitos tradicionais, tanto porque seu conteúdo não é patrimonial quanto porque existem peculiaridades vinculadas às partes, e à atuação dos órgãos judiciários que bem demonstram isso. Ao se diferenciar o direito previdenciário dos demais direitos “materiais”, a necessidade por regras procedimentais próprias ou pela utilização das regras processuais tradicionais de maneira a privilegiar seu conteúdo *sui generis* parece uma evidência plenamente exigível. Essa afirmativa encontra base, principalmente, no conteúdo normativo-princípio-lógico do devido processo legal, que, como norma de direito fundamental, impõe sua efetivação, o que significa a observância de um procedimento que resulte em uma decisão conforme os direitos fundamentais. A essa visão poder-se-ia opor, em primeiro lugar, que não haveria necessidade de regras próprias para as demandas previdenciárias, porque o direito processual tem autonomia suficiente para superar os problemas apontados, e, em segundo lugar, que a flexibilização de normas processuais já é operada em razoável proporção em procedimentos relativos a praticamente todos os ramos do direito, inclusive o previdenciário. Em resposta, afirma-se que a procedência da proposição por um olhar diferenciado em relação ao “direito processual previdenciário” encontra fundamento no caráter de norma de direito fundamental do princípio do devido processo legal e do próprio conteúdo de direito fundamental da demanda previdenciária. Ou seja, não se está a indagar acerca da (in)suficiência das normas processuais, mas antes a pretender a efetividade do direito material envolvido. Talvez se trate de uma diferença muito tênue, mas o que precisa restar claro é o fato de os direitos fundamentais atraírem para si as prerrogativas conferidas pelo ordenamento constitucional, em especial, no sentido da efetividade judicial dos mesmos.

REFERÊNCIAS

- BACHUR, Tiago Faggioni. *Teoria e prática do direito previdenciário*: incluindo modelos de cálculo previdenciário. São Paulo: Lemos e Cruz, 2009.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUSSI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/.../constituicao/constituicao88.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2013.
- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 jan. 2013.
- BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de et al. *Prática processual previdenciária*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- COSTA, José Ricardo Caetano. *Manual de prática previdenciária*: doutrina, prática forense, jurisprudência, peças processuais e legislação básica. Caxias do Sul: Plenum, 2011.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

SAVARIS, José Antônio. Coisa julgada previdenciária como concretização do direito constitucional a um processo justo. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, São Paulo: Lex Magister, p. 65-86, mar. 2011.

SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (Os “limites temporais” da coisa julgada). *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, ano 55, n. 354, p. 17-26, abr. 2007.

A FUNDAÇÃO ESTATAL DE ATENÇÃO À SAÚDE (FUNEDAS) E A FUGA DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – UMA VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

THE HEALTH CARE FOUNDATION FUNEDAS AND DEVIATIONS OF THE LEGAL REGIME OF ADMINISTRATIVE LAW: AN INFRINGEMENT OF FUNDAMENTAL LABOR RIGHTS

Camila Sailer Rafanhim de Borba*

Ludimar Rafanhim**

Resumo: O presente trabalho busca analisar a Fundação Estatal de Atenção à Saúde (FUNEDAS), criada pela Lei Estadual Paranaense n.º 17.959/14, verificando sua compatibilidade com a Constituição Federal e com o direito fundamental ao trabalho. Iniciando com uma descrição dos diferentes modelos de Administração Pública presentes ao longo dos séculos no Brasil, demonstra-se que a figura da fundação governamental de direito privado inclui a Administração Indireta e busca uma prestação de serviços públicos mais eficiente. De outro lado, se demonstrará que algumas fundações utilizam-se deste instituto para a fuga do regime jurídico de direito público, caracterizando-se como sucedâneos de autarquia. Por fim, verificar-se-á que a FUNEDAS, por meio deste instrumento, viola o direito a um padrão juridicamente protegido de trabalho, enquanto direito fundamental ao trabalho.

* Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela Unibrasil, Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogada nas áreas de Direito Administrativo, Trabalhista e Previdenciário, integra a assessoria jurídica do Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Araucária (Sismmar). Contato: camilarafanhim.adv@gmail.com

** Mestre em Educação pela Universidade Federal do Paraná (2012). Sócio do escritório Rafanhim, Souza e Rosa Advogados Associados, integra a assessoria jurídica do Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Araucária (Sismmar), do Sindicato de Servidores Públicos do Município de Curitiba (Sismuc), do Sindicato dos Trab e Serv. da Saúde e Prev. do Est. do PR (Sindsaúde-PR) e do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Paraná (Sindijus-PR). Contato: rafanhimadv@gmail.com

Palavras-chave: Fundação Estatal de Atenção à Saúde (FUNEAS). Administração Gerencial. Fuga do regime jurídico administrativo. Direito fundamental ao trabalho.

Abstract: *This paper aims to analyze the State Foundation for Health Care (FUNEAS) established by the law of Paraná State number 17.959/14, checking their compatibility with the Constitution and the fundamental right to work. Starting with a description of the different models of public administration present for centuries in Brazil, it is shown that the figure of governmental private foundation includes Indirect Administration and seeks a more efficient delivery of public services. On the other hand, it will prove that some foundations are used to escape the legal regime of public law, characterized as substitutes for “autarquies”. Finally, it shall be verified that the FUNEAS, hereby, violates the right to a minimum legally protected work, while fundamental right to work standard.*

Keywords: *State Foundation for Health Care (FUNEAS). Management Public Administration. Avoidance of legal public administrative system. Fundamental right to work.*

1 INTRODUÇÃO

Em 11 de março de 2014, no Diário Oficial do Estado do Paraná, foi publicada a Lei Estadual n.º 17.959/14, que cria a Fundação Estatal de Atenção em Saúde do Estado do Paraná, a FUNEAS, que “terá por finalidade desenvolver e executar ações e serviços de saúde ambulatorial e hospitalar, de desenvolvimento, pesquisa e tecnologia em produção de imunobiológicos, medicamentos e insumos, e de educação permanente no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS do Estado do Paraná nas unidades próprias da Secretaria de Estado da Saúde” (art. 2º).

Resultante da aprovação pela Assembleia Legislativa do Paraná do Projeto de Lei n.º 726/2013, o referido diploma já vinha sendo objeto de intensos debates anteriormente, com a participação de representantes dos trabalhadores em saúde do Estado do Paraná, que incluíram manifestações

ofensivas por parte do presidente da mesa a uma representante sindical dos trabalhadores em saúde no Estado do Paraná (GAZETA DO POVO, 2014).

Diante disso, é de se questionar as razões que levaram à sua proposta e consequente aprovação, bem como quais os argumentos daqueles que se colocaram contra, como é o caso dos servidores públicos estaduais da saúde, cuja representante foi hostilizada no acontecimento citado.

Na tentativa de apresentar respostas a estas perguntas, mais especialmente àquela que diz respeito aos interesses dos servidores públicos estaduais, bem como de outras organizações de trabalhadores que se manifestaram no mesmo sentido, faremos uma breve análise acerca da forma das relações de trabalho instituídas pela Lei Estadual n.17.959/14.

Inicialmente, faremos uma exposição dos parâmetros ideológicos que embasam a citada lei, demonstrando como a Administração Pública, no Brasil, como em outros países, passou de patrimonial, inicialmente, para racional-burocrática, sendo que, nas últimas décadas, fala-se em uma transformação para o modelo de Administração gerencial, por influência da ideologia neoliberal.

Em seguida, analisaremos a Lei Estadual n.º 17.959/14 em si, focando-se na sua personalidade jurídica e no tratamento que deu às relações de trabalho que serão por ela instituídas, demonstrando que, se tratando de relações de emprego com pessoa jurídica de direito privado, são relações regidas pela CLT, com muito menos direitos do que o que se reconhece aos servidores públicos estatutários, como é o caso da estabilidade e do regime próprio de previdência social.

Por fim, tendo-se em vista o exposto pela lei, se demonstrará que ela significou, na verdade, uma precarização das relações de trabalho daqueles profissionais que atuam no SUS no Estado do Paraná, o que, como se verá, é atentatório ao próprio direito fundamental ao trabalho, no tocante ao direito a um padrão juridicamente protegido de trabalho.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO LIBERAL, NO ESTADO SOCIAL E NO ESTADO GERENCIAL

A criação de entidades como a FUNEAS é consequência de um novo modelo de Administração, e, mais ainda, de uma nova forma de se enxergar o Estado, pois “existe uma inevitável relação entre a forma como se apresenta o Estado e a estruturação e a atuação da Administração Pública na concretização das suas finalidades.” (FINGER, 2004, p. 69).

Inicialmente, tem-se, no Brasil, o modelo de Estado que se chamou patrimonialista, “no qual o patrimônio público e o privado eram confundidos.” (VIOLIN, 2010, p. 73). É um modelo de Estado em que, segundo FAORO, o reino interfere em todas as áreas da sociedade e “o soberano se confunde com o titular, pelo menos eventual, ou sobreproprietário, de toda a riqueza e de toda a economia.” (FAORO, 2001, p. 24).

Em seguida, tem-se uma modificação no modelo de Administração, com o surgimento do “Estado de matiz liberal.” (FINGER, 2004, p. 70). É um modelo que “pressupunha, para o seu funcionamento, a obediência ao princípio da legalidade [...] Afirma-se pela necessidade de limitar o poder político, quer através da sua divisão por diversos órgãos, quer através da redução ao mínimo das tarefas estatais.” (FINGER, 2004, p. 70).

É o chamado modelo racional-burocrático de Administração, “um modelo de gestão pautado na adoção de uma estrutura na qual o aparelho do Estado é composto de diversos órgãos dispostos em uma estrutura rigidamente estabelecida.” (SCHIER, 2004, p. 26).

É a dita dominação burocrática, de Weber, que se baseia no direito, enquanto “cosmos de *regras abstratas*” (WEBER, 2000, p. 142), de modo que o “superior”, enquanto ordena e, com isso, manda, obedece por sua parte à ordem impessoal pela qual orienta suas disposições” (WEBER, 2000, p. 142) e, de outro lado, “quem obedece só o faz como *membro* da associação e só obedece ‘ao direito’.” (WEBER, 2000, p. 142). Portanto, a dominação

racional tem como características a autoridade institucional e a hierarquia oficial (WEBER, 2000, p. 142-143).

Schier (2004, p. 30) explica que “a administração burocrática, conceitualmente foi pensada como a forma mais racional do exercício do poder, através da qual se alcança o maior nível técnico e o máximo rendimento, em face da precisão, continuidade e disciplina com que são exercidas as funções administrativas.”

Contudo, o Estado Liberal, por sua pequena influência na vida dos particulares, se mostra insuficiente para lidar com a realidade social, trazendo “consequências funestas no âmbito econômico e social.” (DI PIETRO, 2006, p. 26). José Afonso da Silva esclarece que “o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais [...] desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social.” (SILVA, 2007, p. 115).

É neste contexto que surge o Estado Social de direito, reconhecendo que a sociedade (ou o mercado) não é capaz de se autorregular, senão criando terríveis desigualdades, com a consequente “superação dessa configuração original do Estado de Direito, impondo ao Estado, como forma de justificação e legitimação de seus poderes, a promoção do bem-estar concreto dos cidadãos, a supressão das desigualdades e a efetivação da dignidade humana.” (FINGER, 2004, p. 70).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que, nesta nova concepção do papel do Estado, “não mais se pressupõe a igualdade entre os homens [...] atribui-se então ao Estado [...] a missão de buscar essa igualdade.” (DI PIETRO, 2006, p. 27).

Finger (2004, p. 71) explica que, com isso, “passou-se a exigir essa intervenção” (do Estado) “como instrumento de realização da felicidade individual. Diante disso, há um inevitável crescimento das estruturas administrativas e também a interpenetração entre o Estado e a Sociedade.”

A consequência é o aumento de atribuições pelo Estado e o aumento do rol de prestações incluídas entres os serviços públicos. Por si só, esta mudança na atuação do Estado não alterou o modelo de Administração Pública, mas serviu de fundamento para uma mudança futura. Passou-se a afirmar que o Estado estaria sobrecarregado de atribuições, o que teria tornado a Administração Pública ineficiente e deveria ensejar um novo modelo administrativo.

De acordo com Gabardo (2002, p. 35), “as críticas apontadas à burocracia na qualidade de sistema, em regra de caráter destrutivo, são em sua maioria deslocadas” e, na verdade, tem relação com a deturpação deste sistema. E acrescenta o mesmo autor:

A deturpação decorrente da formação de um “estamento burocrático”, completamente afastado do modelo burocrático, propiciou o nascimento de um preconceito em relação ao próprio modelo; o preconceito tornou-se resistência; a resistência tornou-se crítica; a crítica, mera negação. Sendo assim, ao invés de mediações tendentes a realinhar o regime a fim de aproximá-lo do ideal, tornou-se corrente a busca por desburocratização. Por este motivo é que o termo, de expressão da racionalidade impessoal característica do Estado Moderno, acabou por conotar um sistema lento, precário, inflexível e dispendioso; em suma: ineficiente. (GABARDO, 2002, p. 44).

E, por conta desta visão, tem-se o surgimento do que se chama de modelo de Administração gerencial, que, como explica MIRAGEM, “substitui a visão da relação de direito administrativo como *relação de poder* entre o Estado e os administrados, por uma noção de relação jurídica administrativa de gestão (*relação de gestão*)”. (MIRAGEM, 2013, p. 27).

Este movimento é denominado como crise do Estado Social ou crise do Estado Providência e é atribuído à chegada dos “ventos da ideologia do Estado Neoliberal” (FINGER, 2004, p. 72), que, conforme Zancaner (2004, p. 340), interromperam “a marcha efetuada por muitos Estados para alcançar o Estado de Bem-Estar Social, cujos objetivos são o desenvolvimento e justiça social.”

Pode-se resumir a atuação deste novo modelo de Estado enquanto uma diminuição das atividades exercidas diretamente pela Administração, que passam a ser delegadas a órgãos da Administração Indireta, à Iniciativa Privada ou à Sociedade Civil organizada, por meio daquilo que se tem chamado de Terceiro Setor, que abarca “o segmento de entidades não estatais exercentes de atividade administrativa.” (MALISKA, 2013, p. 92).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 “adotou o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, por atribuir expressamente ao cidadão uma série de posições jurídico-subjetivas de caráter social, e ao Estado uma vasta gama de deveres da mesma natureza dispostos ao longo do texto constitucional.” (HACHEM, 2013, p. 345). Contudo, a partir da década de 1990, em especial depois de 1995, “no início do governo Fernando Henrique Cardoso” (ANDRADE, 2009, p. 23), a Administração Pública sofreu uma profunda reforma, em que foram inseridos diversos elementos do modelo de Administração gerencial.

O exemplo mais emblemático destas mudanças é descrito por Hachem (2013, p. 342) como aquelas “mudanças deflagradas pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998”, que, segundo o autor, “[...], decorrentes de uma tendência globalizada de enxugamento das atribuições do Estado apelidada de “neoliberalismo”, produziu efeitos diretos sobre a conformação jurídica de inúmeros institutos do Direito Administrativo brasileiro.” (HACHEM, 2013, p. 342).

Neste contexto, de acordo com Miragem, “o direito administrativo [...] redesenha um conjunto de instrumento de colaboração. Além dos *convênios* e *contratos administrativos* [...] a figura dos *consórcios públicos* e figuras novas como os *contratos de gestão* e os *termos de parceria*” (MIRAGEM, 2013, p. 31), além dos já conhecidos institutos de descentralização, seja a chamada “descentralização territorial” (DI PIETRO, 2014, p. 482-483), “mediante a formação de um sistema de repartição de competências entre os entes federados” (MIRAGEM, 2013, p. 31), seja pela “descentralização [...] funcional

[...] que se verifica quando o Poder Público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público” (DI PIETRO, 2014, p. 483), esta última denominada, pelo art. 37 da Constituição Federal, Administração Pública Indireta.

O objetivo de todos estes instrumentos é a “conjugação de esforços [...] para a adequada prestação de serviços públicos.” (MIRAGEM, 2013, p. 30). Contudo, se, de um lado, isto propicia aquilo que Maliska chama de cooperação material no plano interno e que, segundo este autor, “compreende [...] as formas de parcerias entre o poder público e a sociedade visando atingir uma finalidade de interesse público” (MALISKA, 2013, p. 89), de outro lado, pode servir para uma simples “fuga” do regime jurídico administrativo.

Almeida, neste ponto, demonstra como, desde o surgimento da Administração Indireta, com o Decreto-lei n. 200/67, tem-se “a criação de fundações associadas a [...] instituições públicas com o intento principal de esquivar-se do regime administrativo para não terem de licitar suas compras ou de fazer concurso público para suas contratações de pessoal).” (ALMEIDA, 2013, p. 30-31). E o mesmo autor acrescenta, quando trata das fundações de apoio às universidades federais, que são o seu objeto de pesquisa:

É importante frisar que a criação e a evolução das fundações de apoio estão diretamente vinculadas à institucionalização e ao enrijecimento do controle administrativo imposto às universidades federais. Desde o início pensadas como uma forma de fuga do regime jurídico público pelas universidades, as fundações de apoio podem ser consideradas como um reflexo do movimento restrição da autonomia administrativa das universidades e conformação cada vez maior ao regime autárquico. O fenômeno, todavia, não é isolado, tendo em vista ser igualmente verificado em demais instituições públicas, o que leva à conclusão da existência de um movimento maior da administração do Estado em fugir do regime jurídico público. (ALMEIDA, 2013, p. 34).

Esta mudança de regimes, trazendo consigo a aplicação do direito comum à coisa pública, permitiu, no dizer de Finger (2004, p. 78), a instalação de “um processo de reiterada fuga para o direito privado, em decorrência do processo de mundialização da economia.”

Igualmente, Estorninho (apud FINGER, 2004, p. 78) observa que “ao longo dos tempos a Administração Pública acabou muitas vezes por passar de uma fuga que se poderia dizer quase ‘inocente’ a uma fuga ‘consciente e perversa’ para o direito privado [...] hoje existe o perigo de a Administração, através de uma fuga para o direito privado, se libertar das suas vinculações jurídico-públicas.”

Isto significa que, por vezes, a criação de personalidades jurídicas distintas do órgão público, integrando a Administração Indireta, pode estar servindo, apenas, para que determinada atividade estatal seja exercida sem ter que se sujeitar, por exemplo, ao regime administrativo de licitações e contratos, bem como podendo contratar trabalhadores sem concurso público e por meio do regime de contrato previsto na CLT.

E, quanto a isto, extremamente pertinente a observação de Finger (2004, p. 78), no sentido de que “é exatamente aí que reside o problema da fuga da Administração do direito público para o direito privado: na retirada de vinculações jurídico-públicas às quais os entes prestadores sempre estiveram vinculados.”

No tocante à criação da FUNEAS para o exercício de funções relativas ao serviço público de saúde no Estado do Paraná, ainda que tenham sido incluídas na Lei Estadual n.º 17.959/14 algumas disposições específicas do regime jurídico administrativo, o que se vê, ao final, é que se tratou, sim, de uma forma de fuga deste regime, em especial no tocante aos direitos dos trabalhadores, como a seguir será exposto.

3 A FUNEAS – FUNDAÇÃO ESTATAL DE ATENÇÃO EM SAÚDE DO ESTADO DO PARANÁ

O art. 1º da Lei Estadual n.º 17.959/14 determina que a Fundação Estatal de Atenção em Saúde do Estado do Paraná, a FUNEAS, será “entidade com personalidade jurídica de direito privado” (art. 1º, *caput*), “integrará a Administração Pública Indireta do Estado do Paraná e vincular-se-á à Secretaria de Estado da Saúde” (art. 1º, §2º).

Além de outras atividades no setor de pesquisa, ensino e desenvolvimento, o art. 2º da referida Lei estadual determina que serão executadas pela FUNEAS as “ações e serviços de saúde ambulatorial e hospitalar.”

Adiante, o art. 27 da lei prevê que “os serviços de saúde prestados diretamente pela Secretaria de Estado da Saúde que passarem a ser executados pela Fundação Estatal de Atenção em Saúde do Estado do Paraná deverão ser transferidos mediante Contrato de Gestão autorizados pelo Governador do Estado”, de modo a reconhecer que as mesmas atividades que são atualmente exercidas pela Administração Pública Direta podem passar a ser realizadas pela FUNEAS.

Portanto, fica evidente que a fundação em questão foi criada com o objetivo de realizar as mesmas atividades já exercidas pela Secretaria Estadual de Saúde, mas sem as “amarras” do regime jurídico de direito público.

Justen Filho (2006, p. 129) define fundação pública como a “pessoa jurídica de direito privado, instituída por ato legislativo sob a forma de fundação, para o desempenho de atividades destituídas de cunho econômico, de interesse coletivo, mantida com recursos públicos.”

Di Pietro (2014, p. 505) expõe divergência doutrinária acerca da possibilidade ou não de o Poder Público instituir Fundações tanto com natureza de pessoa jurídica de direito público quanto de direito privado, colocando-se “entre os que defendem a possibilidade de o Poder Público,

ao instituir fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado.”

Já Mello (2007, p. 176) entende equivocada a colocação das chamadas “fundações públicas” entre as pessoas jurídicas de direito privado, tendo em vista sua própria finalidade. E expõe:

O que se passou, entretanto, no Direito brasileiro é que foram criadas inúmeras pessoas designadas como “fundações”, com atribuições nitidamente públicas, e que, sob este aspecto, em nada se distinguem das autarquias. O regime delas estaria inevitavelmente atrelando-as às limitações e controles próprios das pessoas de Direito Público. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores [...] (MELLO, 2007, p. 176-177).

Mas, mesmo Di Pietro (2014, p. 507), com sua posição em sentido contrário, afirma que “mesmo quando o Estado institui fundação com personalidade jurídica privada, ela nunca se sujeita inteiramente a esse ramo do direito. Todas as *fundações governamentais* [...], submetem-se, sob um ou outro aspecto, ao direito público.”

Zancaner (2004, p. 342), posicionando-se em relação às reformas constitucionais e alterações legislativas que pretenderam afastar estas ou outras entidades do regime de direito público, explica que as reformas constitucionais só podem ocorrer se for para reafirmar os objetivos do texto constitucional original e acrescenta que “as alterações impingidas à Constituição de 1988 não conseguiram esvaziar seus objetivos [...] e a tentativa de alijar o Estado de seus deveres de prestar serviços públicos não foram suficientes para transformar nossa Constituição em uma Carta neoliberal.” (ZANCANER, 2004, p. 342).

Por isso é que Justen Filho (2006, p. 130) afirma que “a prestação de serviço público (em acepção técnico-jurídica) é incabível fazer-se por meio de fundação.” Isto porque “o objeto da fundação compreende atividades de cunho ideal [...] com tamanho relevo de interesse coletivo que justi-

fique a atuação de uma entidade estatal, mas sem caracterizar necessidade pública tão essencial que exija a personalidade de direito público.” (JUSTEN FILHO, 2006, p. 130).

Justen Filho (2006, p. 130) ainda aponta que “o campo próprio para as fundações públicas é aquele de atividades administrativas que possam ser desempenhadas por sujeitos dotados de personalidade jurídica de direito privado.” E não é o campo de execução de serviços públicos propriamente ditos. O mesmo autor explica que “se a natureza das atividades impuser o regime de direito público, será descabida a criação de uma fundação pública. Seria caso, então, de instituir autarquia.”

Oliveira (2004, p. 119) também tece crítica no sentido de que muitas das fundações públicas se aproximariam mais de autarquia que de pessoas jurídicas de direito privado, afirmando que “estranha e injustificável tem sido a conversão de antigas instituições autárquicas em fundações [...] sendo [...] declarada pessoa jurídica de direito privado, não obstante exercer atividades nitidamente públicas.”

Neste ponto, Justen Filho estabelece a distinção entre autarquia e fundação pública:

A distinção essencial entre autarquia e fundação pública reside em que esta desempenha atividades de interesse coletivo que não exigem a atuação de uma entidade estatal, por meio da aplicação de prerrogativas próprias do direito público. A autarquia, por sua vez, é encarregada de promover a satisfação de necessidades coletivas essenciais, cujas características exigem a atuação de uma pessoa de direito público. [...] Se a fundação for sucedâneo de uma autarquia, ter-se-á de reconhecer sua submissão ao mesmo regime jurídico. Ou seja, se a criação da fundação envolver um processo de descentralização de competências próprias e inerentes à Administração direta, o único regime jurídico admissível será o público. Não é cabível imaginar que o Estado possa criar uma pessoa privada para realizar suas próprias funções, atribuir-lhe patrimônio público e impedir a incidência sobre ela do direito constitucional e do direito administrativo, gerando situação incompatível com o próprio Estado de Direito. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 130-131).

A FUNEAS, como já exposto, é fundação com personalidade de direito privado, criada no Estado do Paraná com o objetivo de, entre outras coisas, exercer atendimento de saúde ambulatorial e hospitalar.

Embora não seja o objetivo deste trabalho o conceito de serviço público¹ que, por isso, não será aqui aprofundado, não resta dúvidas de que a saúde, enquanto “direito de todos e dever do Estado”, conforme o art. 196 da Constituição Federal, é atividade de interesse público e coletivo. E, assim sendo, quando prestada pelo Estado, trata-se de serviço público, que deve sujeitar-se ao regime jurídico administrativo.

O serviço público de saúde, por sua vez, deve ser prestado preferencialmente pelo Estado e apenas de modo complementar por entidades privadas, como prevê o art. 199, §1º, da Constituição Federal. Di Pietro esclarece de que modo se dá esta atuação apenas complementar:

É importante ressaltar que a Constituição, no dispositivo citado, permite a participação de instituições privadas “*de forma complementar*”, o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, *de tal modo que o particular assuma a gestão de determinado serviço*. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas, etc.; nesses casos, estará transferindo apenas a *execução material* de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não sua gestão operacional. (DI PIETRO, 2006, p. 243, grifo do autor).

A Fundação que aqui é objeto de análise, a FUNEAS, compreende a transferência, para esta instituição de personalidade jurídica de direito

¹ Sobre o conceito de serviço público, ver Mello (2007, p. 650).

privado, de toda a execução material do serviço de saúde, e não apenas de forma complementar àquilo que é prestado pela Administração direta.

Deste modo, é evidente que cabe à FUNEAS a caracterização exposta por Justen Filho acima, de fundação que é utilizada como “sucedâneo de [...] autarquia”, uma vez que, criada com o objetivo de prestar o serviço público de saúde, é instituída na figura de pessoa jurídica de direito privado, que não se sujeita ao regime jurídico administrativo, demonstrando-se, nitidamente, o intuito de fuga deste regime.

O principal exemplo desta fuga está previsto no art. 13 da Lei Estadual n.º 17.959/14, que dispõe que “O regime jurídico de pessoal da Fundação Estatal de Atenção em Saúde do Estado do Paraná será o da Consolidação das Leis do Trabalho e respectiva legislação complementar”, embora seu §1º determine a realização de concurso público para a contratação e seu §3º estabeleça que a rescisão contratual “poderá ocorrer por ato unilateral, em qualquer hipótese motivado, garantido o contraditório”.

Embora estabeleça algumas garantias mínimas, como o concurso público para admissão e a motivação da rescisão contratual, o regime jurídico aplicável aos contratos de trabalho a serem firmados entre a FUNEAS e seus empregados (sim, empregados, pois regidos pela CLT, e não servidores estatutários) significa uma precarização destas relações e, especialmente, uma violação ao direito humano e fundamental ao trabalho, conforme será exposto no próximo tópico.

4 A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO DECORRENTES DA FUNDAÇÃO ESTATAL DE ATENÇÃO À SAÚDE (FUNEAS) E O DIREITO FUNDAMENTAL A UM PADRÃO DE TRABALHO JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O juslaboralista Wandelli, em sua obra acerca do direito humano e fundamental ao trabalho, demonstra que este não é apenas um direito a

uma contraprestação, um meio para a sobrevivência, mas é “a condição para efetividade dos demais direitos fundamentais” e “uma reivindicação essencial para a emancipação das pessoas que vivem do trabalho.” (WANDELLI, 2012, p. 24).

Neste ponto, Wandelli faz menção a vários direitos subjacentes a este direito fundamental ao trabalho, bem como a posições jurídicas por ele abarcadas:

O direito ao trabalho não é só uma mediação para outros bens e seu papel para a dignidade, saúde e autonomia não é substituível por prestações materiais que atendam àquelas necessidades antes referidas. Também não basta o acesso a um posto de trabalho remunerado. Para assegurar-se o desenvolvimento da personalidade por meio do trabalho, otimizando saúde e autonomia, ainda que em um patamar próprio ao mínimo existencial, fazem-se necessárias, além dessas, diversas outras dimensões relativas às condições organizacionais do trabalho, ao conteúdo do trabalho e um certo grau de proteção e segurança nas relações de trabalho. (WANDELLI, 2012, p. 142).

No tocante a este “certo grau de proteção e segurança nas relações de trabalho”, Wandelli estabelece como uma das dimensões do direito ao trabalho o “direito a um padrão de trabalho juridicamente protegido” (WANDELLI, 2012, p. 298-304).

Tratando do regime de emprego, ou seja, das relações jurídicas regidas pela CLT, o autor afirma que há “uma obrigação, de parte do Estado e dos particulares, de **respeito**, que impõe não o violarem, inclusive mediante leis definidoras do suposto fático de incidência desse padrão, assim como mediante práticas jurídicas concretas de fraude ao regime legal de proteção.” (WANDELLI, 2012, p. 299).

E, assim, coloca como violadoras do direito fundamental ao trabalho, na forma ora demonstrada, práticas como a terceirização de atividades-fim e a “pejotização”, prática de “travestir a pessoa humana que trabalha em pessoa jurídica [...] despi(ndo)-lhe de direitos fundamentais inerentes à

sua dignidade de pessoa e de proteção do trabalho, reduzindo o trabalho à condição utilitária de mero bem econômico.” (WANDELLI, 2012, p. 301).

Ainda, estabelece a eficácia do direito fundamental ao trabalho na limitação da competência do legislador no tocante às relações de emprego:

[...] também se situam neste setor do direito ao trabalho limitações ao próprio poder legislativo, uma vez que este não está livre para dispor do suposto fático de inclusão no regime protegido de emprego. Sendo a definição jurídica de emprego, decorrente dos dispositivos dos arts. 2º e 3º da CLT, o conceito pressuposto para a incidência de diversos dos direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição, ou seja, o principal mecanismo de acesso à plataforma fundamental de reconhecimento e pertencimento societário e de acesso a bens realizadores de necessidades básicas, não pode o legislador excluir arbitrariamente parcelas de trabalhadores desse conceito, alijando-os de grande parte daqueles direitos. (WANDELLI, 2012, p. 303).

Portanto, o referido autor determina que o direito a um padrão juridicamente protegido de trabalho, enquanto expressão do direito fundamental ao trabalho, é violado por práticas ou previsões legislativas que permitam que relações de trabalho sejam excluídas do padrão mínimo de relação de emprego, previsto na CLT e pressuposto de acesso ao rol de direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição Federal. E aí se incluem tanto as ditas fraudes à relação de emprego como as formas precarizadas de trabalho previstas em lei.

Embora o autor não trate da relação de trabalho estatutária do servidor público, suas ideias são absolutamente compatíveis com uma necessidade de proteção desta forma de relação jurídica de trabalho para aqueles que atuam na Administração Pública, em especial aos que exercem serviço público propriamente dito, como é o caso do serviço de saúde.

O trabalhador no serviço público, ainda que não esteja desprotegido, ou, é dizer, ainda que tenha sua relação de trabalho de certo modo protegida pela Consolidação das Leis do Trabalho, pode estar sendo vítima de

um processo de precarização. Isto porque a precarização deve ser entendida, aqui, em seu “sentido mais amplo, de deterioração das relações de trabalho e de ampliação da desregulamentação das leis trabalhistas e contratos de trabalho, com a efetiva perda de direitos dos trabalhadores.” (MARCH, 2011, p. 177).

March (2011, p. 177) acrescenta que, ao tratar da precarização da relações de trabalho neste âmbito, “não nos restringimos à ausência total de direitos do trabalho, mas incorporamos a progressiva flexibilização dos direitos como processo de precarização das relações de trabalho, incluindo nessa perspectiva o crescente ataque aos direitos dos trabalhadores do Estado conquistados após a Constituição de 1988.”

Esclarecedor exemplo disto é dado por Cardoso e Campos (2013, p. 228), quando explicam que “um trabalhador hipotético, sem vínculo formal, quando passa a ter outro emprego regido pela CLT, está menos precarizado. O contrário também é verdadeiro: um trabalhador do serviço público, estatutário, quando passa a ser contratado pela CLT por outro ente que não a administração pública, está mais precarizado.”

Isto não diz respeito apenas a cada trabalhador individualmente falando, mas à categoria como um todo, de modo que, no caso específico ora tratado, da FUNEAS, se temos, atualmente, a contratação de profissionais da saúde para atuar na saúde pública pelo regime jurídico administrativo, com todos os direitos inerentes ao regime estatutário, como é o caso da estabilidade e do regime próprio de previdência social, e passaremos a ter profissionais contratados igualmente para atuar na saúde pública, mas que estarão vinculados à citada Fundação e tendo seus contratos de trabalho regidos pelo direito privado, é dizer, pela CLT, há sim uma precarização.

E esta não é a primeira vez que isto acontece no direito brasileiro, como expõe Oliveira já ter ocorrido nas reformas administrativas que alteraram a natureza jurídica das Caixas Econômicas e dos sistemas previdenciários, bem como em situação envolvendo a Fundação Sarah Kubitschek:

Desapareceram os Institutos dos Bancários, Comercia-
rios, etc., sucedidos pelo Instituto Nacional de Previdên-
cia Social (INPS), depois de Seguridade Social (INSS),
subsistindo como autarquia. As Caixas foram unificadas
na Caixa Econômica Federal, empresa pública. Com
isso houve diferença no tratamento dos servidores: os
previdenciários continuaram como estatutários e conse-
quente estabilidade nos seus cargos. [...] Já os economi-
ários passaram a ser regidos pela legislação comum do
trabalho [...] Outro acontecimento singular: com a vi-
gência da Constituição de 1988, todos os servidores pú-
blicos foram submetidos ao regime jurídico estatutário,
com seus amplos direitos e vantagens, o que alcançou a
Fundação Sarah Kubitschek [...] Na ocasião, seu ilustre
Diretor reclamou junto à Presidência da República acer-
ca dos embaraços do novo regime para a despedida dos
maus servidores, que comprometeriam o elevado padrão
de qualidade daqueles serviços. Daí a solução adotada:
a celebração de um contrato de gestão, ainda inédito,
com aquele dirigente, ficando para a União a carga dos
funcionários estáveis. (OLIVEIRA, 2004, p. 127-128).

No caso da Caixa Econômica Federal, na forma de empresa pú-
blica, e no caso da Fundação Sarah Kubitschek, ambas com personalidade
jurídica de direito privado, descritas por Oliveira (2004) no trecho acima,
bem como no caso ora em análise, da FUNEAS, a proteção jurídica inferior à
que vinha existindo nas relações de trabalho entre os profissionais da saúde
pública, nos dois últimos casos, e os bancários, no primeiro, e a Administra-
ção, seja ela direta ou indireta, é evidente e, por isso, deixa clara a violação
ao direito a um padrão juridicamente protegido de trabalho, conforme já
exposto acima.

Ademais, a elaboração de um modelo intermediário, como o que
dispõe a Lei Estadual n.º 17.959/14 para a FUNEAS, que, regido pela CLT,
“acrescenta” algumas garantias, como o concurso público ou a motivação
da despedida, na verdade, apenas mascaram a desproteção resultante, como
explica Granemann (2007, p. 46):

A forma de contratação da força de trabalho emprega-
da nas fundações estatais será a do regime jurídico da

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a seleção será por concurso público precedida de edital publicado em Diário Oficial. O argumento do Concurso Público faz parecer que as regras de contratação continuarão a ser diferenciadas e mais difíceis do que as vigentes no mercado. Assim, parece-nos que as tão louvadas “regras do mercado” aplicam-se às obrigações para a força de trabalho, mas não aos seus direitos; isto é, os trabalhadores serão submetidos à concurso sem que tenham a estabilidade no trabalho. Pela CLT poder de contratar é poder de demitir.

São apenas “disfarces” da precarização. A verdade, no entanto, é que “a bandeira do capital tem sido o nivelamento por baixo, em escala nacional, do regime da força de trabalho no setor público (no caso, pelo regime celetista).” (CARDOSO; CAMPOS, 2013, p. 229).

E, assim como Wandelli descreveu a relação de emprego como um padrão mínimo de proteção da relação jurídica de trabalho na iniciativa privada, a relação estatutária, com os direitos constitucionais previstos a partir do art. 39 da Carta, além de outros previstos em leis especiais, deve ser o padrão mínimo de proteção da relação de trabalho com o Poder Público. Independentemente da forma como este se apresenta em cada caso, seja enquanto Administração Direta, seja enquanto pessoa jurídica de direito público ou de direito privado integrante da Administração Indireta.

Portanto, o que se percebe é que a criação de Fundação com personalidade jurídica de direito privado para o exercício do serviço público de saúde consiste em desvirtuamento do instituto em questão e em sua utilização apenas como “fuga do regime jurídico administrativo”, que resulta, entre outras questões não tratadas neste trabalho, na violação ao direito fundamental ao trabalho, por se precarizar o padrão mínimo de proteção jurídica das relações de trabalho do profissional de saúde com o Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A FUNEAS, Fundação Estatal de Atenção à Saúde, cuja criação foi autorizada pela Lei Estadual Paranaense n.º 17.959/14, tem a forma de fundação, com personalidade jurídica de direito privado, e objetiva, de acordo com o art. 2º da citada lei estadual, “desenvolver e executar ações e serviços de saúde ambulatorial e hospitalar, de desenvolvimento, pesquisa e tecnologia em produção de imunobiológicos, medicamentos e insumos, e de educação permanente no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS do Estado do Paraná nas unidades próprias da Secretaria de Estado da Saúde.”

A execução de serviços de interesse público por meio de instituições de direito privado trata-se, como exposto, de expressão de um novo modelo de Administração Pública, a Administração Gerencial, que busca, por meio da cooperação material por parte da sociedade e da iniciativa privada, suprir a ineficiência estatal em determinados campos.

Contudo, o que se viu é que, neste cenário, em especial as fundações governamentais com personalidade jurídica de direito privado têm sido utilizadas como “sucedâneo de autarquia”, isto é, tendo como finalidade a prestação de verdadeiros serviços públicos, utilizam-se da pessoa jurídica de direito privado unicamente como fuga do regime jurídico administrativo.

Viu-se, então, que, mesmo trazendo em seu texto algumas garantias específicas do regime jurídico de direito administrativo, como é o caso do concurso público e da submissão ao regime de contratação e licitações da Lei Federal n.º 8.666, a Lei Estadual Paranaense n.º 17.959/14 significa uma fuga da prestação do serviço de saúde do regime jurídico administrativo.

Constatou-se que, em especial, há esta fuga no tocante ao regime jurídico que rege as relações de trabalho firmadas entre a FUNEAS e os profissionais que atuam no Sistema Único de Saúde no Estado do Paraná. Isto porque, atualmente, tem-se a prestação do serviço público de saúde pela Administração Pública Direta do Estado do Paraná através de servi-

dores públicos estatutários, regidos pelo regime jurídico previsto no art. 39 e seguintes da Constituição Federal e por seu estatuto próprio. Contudo, a partir do início das atividades pela FUNEAS, estes mesmos serviços serão prestados por esta instituição integrante da Administração Indireta, através de trabalhadores empregados, regidos pela CLT, sem as garantias específicas previstas para os trabalhadores da Administração Pública no art. 39 e seguintes da Constituição Federal.

Conforme se expôs no presente trabalho, esta diminuição do padrão mínimo de proteção, significando uma precarização das relações de trabalho com o Poder Público Estadual do Paraná, significa uma violação ao direito fundamental ao trabalho, uma vez que este inclui um direito a um padrão juridicamente protegido de trabalho, sem a redução do mínimo de proteção.

Diante disso, o que se verificou é que a FUNEAS, embora seja proclamada como expressão de um novo modelo de Administração Pública que se pretende mais eficiente, é, na verdade, uma tentativa de fuga do regime jurídico de direito administrativo, obrigatoriamente aplicável aos serviços públicos prestados pelo Estado, sendo que o direito a um padrão juridicamente protegido de trabalho, enquanto expressão do direito fundamental ao trabalho, é o seu principal objeto de violação.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Laíse Rezende de. **A FE no SUS: Fundação Estatal como proposta de gestão do trabalho para a Estratégia Saúde da Família na Bahia.** Dissertação (Mestrado em Saúde Pública)–Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2009.

ALMEIDA, Thomas Augusto Ferreira de. **Fundações de Apoio - Regime Jurídico - Autonomia Universitária.** 2013. Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2013.

CARDOSO, F. M.; CAMPOS, G. W. S. Reformas Neoliberais, Reforma Sanitária Brasileira e Fundações Estatais de Direito Privado: análise de documento da Fundação Estatal de Saúde da Família (FESF) – Bahia. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 97, p. 219-232, abr./jun. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FINGER, Ana Cláudia. O Público e o Privado na Administração Pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do direito administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GAZETA DO POVO. Sessão é marcada por declaração machista do presidente da Assembleia. 26 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1450240>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

GRANEMANN, Sara. Fundações estatais: Projeto de Estado do Capital. In: BRAVO, M. I. S. et al. (Org.). **Política de saúde na atual conjuntura**: modelos de gestão e agenda para a saúde. Rio de Janeiro: UERJ, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MARCH, Claudia. A contra-reforma do Estado Brasileiro e seus efeitos no trabalho em saúde nos serviços públicos. **Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 175-186, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Administração Pública Indireta no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo**: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 113-132.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do direito administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 21-56.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública**. Uma análise crítica. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: 2010.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**. Fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2000. v. 1.

ZANCANER, Weida. Limitações e confrontações entre o público e o privado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo**: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 339-346.

ABERTURA, COOPERAÇÃO E INTEGRAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE VOLTADA AOS DIREITOS SOCIAIS

OPENNESS, COOPERATION AND INTEGRATION IN THE CONSTITUTION: AN ANALYSIS ABOUT THE SOCIAL RIGHTS

Scheila Barbosa dos Santos*

Resumo: Devido ao movimento de redemocratização do Brasil e a consequente promulgação da carta magna em 1988, a dignidade da pessoa humana foi elevada ao centro do texto constitucional. A valorização e defesa mundial dos direitos humanos foi imprescindível para o estabelecimento e manutenção da paz, tendo sido instituídos a partir da II Guerra Mundial vários direitos sociais. Os fundamentos de abertura, cooperação e integração da Constituição decorrem da complexidade e multiculturalidade das sociedades do século XXI, e são imprescindíveis para vida política e socioeconômica dos países democráticos, por isso, são analisados neste trabalho com vistas a constituírem mais uma forma de promoção e efetivação dos direitos sociais tanto pelos Governos quanto pelo Judiciário.

Palavras-chave: Constituição. Abertura. Cooperação. Integração. Direitos Sociais.

Abstract: With the efforts to the democratization of Brazil and the following enactment of the Magna Carta in 1988, the dignity of the human being was the focus of the constitution. The value and defense of human rights was crucial for the establishment and maintenance of peace, and several social rights was disseminated since World War II. The foundations of openness, cooperation and integration of the

* Pós-graduada em Gestão de Pessoas pela Faculdade Dom Bosco; Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas do Brasil; Graduada em Secretariado Executivo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil; Advogada; shauni2205@yahoo.com.br

Constitution rises from the complexity and multicultural societies of the XXI century, and are essential to political, social and economic life of the democratic countries, therefore, are analyzed in this study in order to constitute more forms of promotion and fulfillment of social rights both by governments and by the justice.

Keywords: *Constitution. Openness. Cooperation. Integration. Social rights.*

1 INTRODUÇÃO

O pós-guerra foi o momento dos países repensarem suas constituições em busca de uma visão mais humanitária, já que o Holocausto mostrou todo arbítrio do homem sobre o homem. No Brasil, o período ditatorial também gerou desrespeito a direitos de toda soma, especialmente, no tocante a liberdade e igualdade. A Constituição Federal de 1988 foi um grande marco, pois além de contribuir para a redemocratização do país, assegurou direitos e garantias individuais inexistentes e suscitou transformações que importaram na noção de uma nova ideia de Direito, possibilitando a concepção do Estado Social e Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais foram sacramentados e a dignidade da pessoa humana foi levada ao cerne da carta magna, resguardando ao cidadão a garantia do bem-estar social, a promoção de direitos e a possibilidade de livre desenvolvimento de sua personalidade. Entretanto, a concretização destes direitos – especialmente os sociais como saúde e educação – não tem sido fácil, em decorrência, tanto da necessidade de investimentos adequados e da criação e aplicação de políticas públicas, quanto pela inoperância do poder executivo e corrupção do legislativo. Ademais, a vasta extensão de terras do Brasil, o variado regionalismo e, principalmente, as grandes diferenças nacionais (econômicas, sociais, culturais, de densidade demográfica, etc.) geram um multiculturalismo difícil de efetivar a construção de uma ordem social livre, justa e igualitária como asseverado na C.F.

Este trabalho busca abordar os conceitos de “abertura”, “cooperação” e “integração” da Constituição, com vistas a aumentar o diálogo entre

os entes da Federação em prol da efetivação de políticas públicas que realizem efetivamente os direitos sociais de saúde e educação, assim como, para melhoria das atividades da Administração Pública.

2 ABERTURA, COOPERAÇÃO E INTEGRAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE VOLTADA AOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 A CONSTITUIÇÃO E A DIGNIDADE HUMANA

A Constituição Federal é a lei maior de uma nação ou como afirma José Afonso da Silva, “é o simples modo de ser do Estado. [...] sua lei fundamental” (SILVA, 2005, p. 37), sendo o seu sentido jurídico obtido somente se a apreciação for concomitante às condutas humanas e à vida social. (SILVA, p. 39). Isso porque houve uma valorização dos direitos humanos com o término da II Guerra Mundial, pois segundo Barroso (1993):

O fim da Segunda Guerra Mundial apresentou à humanidade um prato de difícil digestão: a banalidade do mal, produzindo efeitos variados nas diferentes áreas do conhecimento humano. No direito em geral e, no constitucional em particular, esses eventos representaram o ápice do processo de superação do positivismo jurídico, que havia se tornado dominante nas primeiras décadas do século, e um retorno à idéia [sic] de valor. Voltou-se a reconhecer, humildemente, que o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade que se colhem na consciência humana e na experiência civilizatória dos povos.

Foi o início de mudanças importantes para a sociedade, em especial, em decorrência do “desencantamento” em torno do positivismo ideológico utilizado indevidamente por Hitler no Holocausto. E com isso:

Percebeu-se que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei. A mesma tinta utilizada para escrever uma Declaração de Direitos pode ser utilizada para escrever as leis do nazismo. [...]

o legislador, mesmo representando uma suposta vontade da maioria, pode ser tão opressor quanto o pior dos tiranos. (MARMELSTEIN, 2011, p. 11).

Segundo Marmelstein (2011), a ordem jurídico-constitucional de vários países passou a ser centrada na dignidade da pessoa humana,¹ pois conforme Maliska (2013, p. 35):

Após a Segunda Guerra Mundial, abertura, cooperação e integração passam a se constituírem elementos fundamentais das ordens constitucionais dos Estados. Aos Estados é colocado o desafio de aparar as diferenças por meios não violentos. Mais do que a ausência de guerra, a paz que se busca no plano internacional é mediada pela abertura, cooperação e integração das ordens constitucionais dos Estados com o objetivo de fazer prevalecer os direitos humanos. Nesse sentido, a abertura da ordem constitucional por meio da solução pacífica dos conflitos, em última análise, irá se vincular também ao Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

No Brasil, decorrente em parte do próprio movimento em busca da redemocratização do país² e principalmente pela crise social, tais mudanças foram mais visíveis a partir da década de 80 e acabaram por influenciar na formação de uma constituição cidadã.³ Promulgada aos 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal do Brasil estabelece a estrutura do Estado, desde seu funcionamento e limite de atuação até a disciplina de seus fins socioeconômicos, garantindo direitos individuais ao povo (SILVA, 2005, p. 39-43).

Além disso, tem os princípios fundamentais norteados em seu art. 1º, promovendo valores humanistas como um dos principais objetivos do Estado, sendo obrigação deste a garantia do bem-estar do cidadão, juntamente com resguardo de sua dignidade e livre desenvolvimento de sua personalidade. Destes princípios fundamentais decorrem ainda as garantias e direitos individuais e coletivos, constantes no art. 5º, e garantias e direitos sociais, constantes no art. 6º, que são estendidos a todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

A dignidade humana é considerada uma das bases fundamentais na qual o Estado Democrático de Direito brasileiro está assentado, pois sua tutela se traduz em promover o desenvolvimento da pessoa⁴ humana sob todos os seus aspectos, garantindo que não seja desrespeitada e/ou violentada em sua integridade psicofísica (MORAES, 2003, p. 115). É expressamente mencionada (a dignidade humana) em outros capítulos da Carta Magna, como no caso da ordem econômica (art. 170 *caput*), que tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna; ou quando consagra que o planejamento familiar (art. 226, §7º) se funda nos princípios da pessoa humana e da paternidade responsável; ou ainda quando a assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*).

É valor fundamental que também é um princípio, funcionando tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais (BARROSO, 2013, p. 64). Para Araújo o intérprete deve buscar na constituição os valores para sua tarefa, servindo a dignidade da pessoa humana como um farol para busca da efetividade dos direitos constitucionais, pois apesar da expressão ter forte conteúdo moral afirma que “os autores constitucionalistas procuram deixar claro que não foi esse o aspecto que o legislador pretendeu evidenciar. O que se buscou foi o fato de o Estado ter como um de seus objetivos proporcionar todos os meios para que as pessoas possam ser dignas.” (ARAÚJO, 2005, p. 112).

Como bem coloca Jacintho (2006, p. 26):

A dignidade da pessoa humana, hoje, não é mais um conceito transcendental, expressão de uma necessidade metafísica. Expressa isso sim, uma imprescindibilidade da condição humana. A sua concretização é uma imposição dos tempos atuais do grau de desenvolvimento das sociedades, do nível de aprofundamento da investigação científica a que se propõe a nascente dogmática dos direitos fundamentais.

No quesito da expressão jurídica da dignidade humana, partindo da construção filosófico-político⁵, não cabe ao ordenamento jurídico deter-

minar seu conteúdo, suas características, ou permitir que se avalie essa dignidade. Assim, as Constituições não a definem, embora seja na dignidade humana que a ordem jurídica democrática se apoie e se constitua (MORAES, 2003, p. 115). O substrato material da dignidade deste modo entendida desdobra-se na seguinte classificação:

i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. (MORAES, 2003, p. 117).

Em especial, no tocante a fazer parte de um grupo social, pertinente mencionar que é do Estado a finalidade de buscar o “[...] bem comum, mas, também, possibilitar a cada membro, ou cidadão, atingir seus fins particulares, quaisquer que sejam, condicionados, entretanto, à conformidade com a ordem jurídica posta, cuja expressão máxima é a Constituição.” (SILVA; CAVALHEIRO, 2013, p. 378). Além disso, é o princípio da dignidade da pessoa humana que

[...] impõem limites à atividade estatal, uma vez que impede a violação, por qualquer dos poderes veiculados pelo Estado, da dignidade pessoal de qualquer particular. Ao mesmo tempo... vincula o Poder Público a sua efetivação, não apenas de modo pragmático, mas também, concreto. (LIBERATI, 2013, p. 73-74).

A carta magna traz preceitos imperativos para ordenação jurídica (TEMER, 2007, p. 17), sendo que “[...] sob a Constituição de 1988, houve uma revitalização da cidadania e uma maior conscientização das pessoas em relação à proteção de seus interesses.” (BARROSO, 2008, p. 41). Esse aumento da demanda por justiça exigiu e exige do Judiciário uma interpretação (DUARTE, 2006, p. 78)⁶ e aplicação das “cadeias normativas” (FARIA, 1993, p. 52-67)⁷ de acordo com a complexidade dos casos reais.

A Constituição Federal (CF) de 1988 também deixou de ser um sistema em si para figurar no centro do sistema jurídico, irradiando sua força normativa com supremacia formal e material, orientando a sociedade e funcionando como um

[...] modo de olhar e interpretar os demais ramos do direito [onde a] constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. (BARROSO, 2005, p. 27-28).

Deste modo, para que se realize os valores contidos na CF 88, toda ordem jurídica deve ser lida e aplicada sob sua égide, ou seja, deve-se adotar a chamada Filtragem Constitucional, que segundo Schier (2005), toma como eixo

[...] a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo.

3 OS DIREITOS SOCIAIS E A (IN)EFETIVIDADE DE APLICAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 valorizou os direitos e garantias individuais, garantiu direitos políticos e sociais e elevou o princípio da dignidade da pessoa humana ao seu núcleo central. Denominados direitos fundamentais, foram colocados “[...] em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico.” (MORAES, 2011, p. 10).

Classificados na segunda dimensão⁸ dos direitos fundamentais encontram-se os direitos sociais, que surgiram no final do século XIX, quando o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos

geraram amplos movimentos de reivindicação para o reconhecimento de direitos, principalmente, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização de justiça social (SARLET, 2012, p. 51).

Para Araújo, “[...] são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais” (ARAÚJO, 2005, p. 116), ou seja, são caracterizados como

[...] verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático. (MORAES, 2011, p. 23-24).

Ademais, os direitos sociais somente podem ser compreendidos e aplicados

[...] a partir de uma análise conjunta e sistemática de todas as normas constitucionais que direta e indiretamente a eles se vinculam, bem como à luz de toda a legislação infraconstitucional e da jurisprudência que os concretiza. Além disso, na sua condição de direitos fundamentais [...] os direitos sociais exigem uma abordagem que esteja em permanente diálogo com a teoria geral dos direitos fundamentais. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 557).

Todavia, apesar do movimento neoconstitucionalista, da constitucionalização do direito e da filtragem constitucional, dos entendimentos conceituais acerca da dignidade humana, das teorias do direito e da argumentação jurídica utilizadas⁹, os direitos sociais ainda padecem e “[...] têm enfrentado trajetória mais acidentada, sendo a sua efetivação um dos tormentos da doutrina e da jurisprudência.” (BARROSO, 2008, p. 28).

E isso não deveria ocorrer, pois

Os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que contêm princípios, diretrizes e fins que condicio-

nam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica, resultando, ainda neste contexto, no condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas. (SARLET, 2012, p. 297).

Ainda que considerados como normas de dimensão programática que “reclamam uma concretização legislativa [...] são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político (SARLET, 2012, p. 290). Conforme salienta Hesse (1991, p. 22):

Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição.

Acerca do assunto, também é posição do Superior Tribunal Federal (STF) que:

O caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional [sic], sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (MELO, 2004).

No tocante a concretização dos direitos sociais, importante se faz o entendimento do STF acerca do conflito¹⁰ entre a reserva do possível e o mínimo existencial (onde de um lado o Estado afirma que não há recursos para custear a assistência médica, pois as verbas já foram divididas e aplicadas; e no outro os princípios e direitos fundamentais constitucionais garantem o acesso de todos a uma vida digna).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R.

SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (MELO, 2014).

O problema da não efetivação dos direitos sociais acaba por dar lugar a um fenômeno denominado “[...] judicialização das relações políticas e sociais” (BARROSO, 2008, p. 42), que Hirschl (2004, p. 1-48) define como juristocracia, ou seja, a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário.

No Brasil há diferentes teses para o surgimento deste fenômeno, ao que Reis (2013) afirma que “[...] tal judicialização no campo social e democrático se dá em razão do Poder Legislativo e Executivo ser inoperante e estar atacado pela epidemia da corrupção e inversão de valores na atual conjuntura partidária.”

O descumprimento de preceitos constitucionais, especialmente, no tocante a não efetivação de direitos sociais – indispensáveis à vida e à garantia da dignidade humana – demonstram como “[...] resulta clara a imprescindibilidade do debate e busca da harmonia, mediante a ação horizontal e conjunta – cooperativa, de todos os Entes Federados.” (SILVA;

TRAMONTINA, 2013, p. 349). Afinal, nas palavras de Marmelstein (2011, p. 202-203), “[...] os direitos fundamentais devem ser vistos como direitos interdependentes e indivisíveis. Não basta proteger a liberdade sem que as condições básicas para o exercício desse direito sejam garantidas.”

4 A ABERTURA, COOPERAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes avanços, pois não se discute a superação da ideia de Estado com fim em si próprio conforme assevera Barcellos, vez que o Estado e seu aparato tornaram-se “[...] meios para o bem-estar do homem [...] o valor fundamental escolhido pelo constituinte originário, o centro do sistema, a decisão política básica do Estado brasileiro.” (BARCELLOS, 2002, p. 26).

Entretanto, para que haja maior efetividade dos direitos sociais, uma das contribuições talvez esteja no fomento dos conceitos fundamentais da própria Constituição, quais sejam: abertura, cooperação e integração, com vistas a propiciar que o pluralismo jurídico aproxime “[...] a sociedade do [...] direito concreto e efetivo, social, democrático, participativo e, acima de tudo, justo; que respeita as minorias e a multiculturalidade.” (BERTOLOZZI JÚNIOR, 2010, p. 30).

Moll (1994 apud MALISKA, 2009, p. 59-60) informa que:

[...] a nota pontual que se extrai de ‘Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito’ são as novas condições da ação para agir, o novo sentimento de legitimidade e a constituição de uma nova cidadania coletiva participativa; a significação renovada de validade ética da demanda; e a idéia [sic] de vigência como fato e não como forma. É a nova dinâmica política com fluxo do poder circulando pela totalidade social, desfazendo a fronteira ideológica entre ‘os de cima e os de baixo’, porque do que aqui o autor trata diz respeito à democracia na prática. É a democratização das instituições e repolitização dos cidadãos dentro de um ideário [sic] de justiça e geral.

Assim, se de um lado o conceito de abertura da Constituição significa compreendê-la no contexto da comunidade internacional, por outro, implica igualmente a relação entre Constituição e pluralismo, onde a carta magna se abre para dentro – para sociedade – com vistas a garantir este pluralismo (MALISKA, 2013, p. 36). Esta relação por sua vez

[...] deve considerar que em uma ordem constitucional, o respeito à diferença implica a aceitação de que nenhuma das ordens legitimadas pela Constituição possui caráter absoluto, ou seja, de que o pluralismo deve ter como premissa básica o direito de um não negar o direito de outro. A ordem constitucional necessita compatibilizar os diversos interesses em jogo, e os atores sociais devem compreender essa condição. O entendimento de que não é possível o plural sem o singular, ou seja, que o pluralismo é garantido pela Constituição, traz implícita essa ideia. (CRUZ, 2011, p. 57).

Para Wolkmer (2001, p. 171-172) – em sua formulação teórica – o pluralismo designa em sua natureza “[...] a existência de mais de uma realidade, múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si.” Dentre seus princípios valorativos assinalam-se

1) a *autonomia*, poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central; 2) a *descentralização*, deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; 3) a *participação*, intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; 4) o *localismo*, privilégio que o poder local assume diante do poder central; 5) a *diversidade*, privilégio que se dá a diferença, e não à homogeneidade; e, finalmente, 6) a *tolerância*, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação. (WOLKMER, 2010).

O pluralismo de direitos implica em uma sociedade multicultural, sendo que a “[...] consideração das objeções multiculturais obriga a teoria da Constituição a insistir numa nova função da lei fundamental: a função de es-

trutar e garantir um sistema constitucional pluralístico.” (CANOTILHO, 2003, p. 1451). Com isso, ao reconhecerem o pluralismo, as Constituições ainda “[...] rompem com o princípio da homogeneidade, pois reconhecem as diferenças e legitimam políticas públicas que buscam a igualdade de oportunidades com respeito à diversidade.” (MALISKA, 2013, p. 46).

Essa “[...] diversidade e a divisão são inevitáveis em nosso mundo, são verdadeiras condições da atualidade – o que se tornou mais complexo ainda com a globalização.” (HUDSON, 2007, p. 11-28). Por isso, segundo Cruz (2011), “[...] algumas questões mais complexas, como as de decidir quais direitos devem ser assegurados, ou ainda, quem deve alcançar tais direitos, devem ser constantemente formuladas.”

Outro ponto relevante é a interligação entre abertura e cooperação, pois “A cooperação é de certa forma uma consequência da abertura, pois não há cooperação, [nos sentidos tratados de normatividade e materialidade] sem abertura.” (MALISKA, 2013, p. 12). Em resumo, na cooperação normativa há o compartilhamento da atividade legislativa (em âmbito interno ou externo) enquanto na cooperação material (seja no plano internacional ou nacional) há uma reunião de esforços para se atingir um objetivo (MALISKA, 2013, p. 12).

Pereira (2009, p. 4-5) informa que:

Através do Federalismo Cooperativo Democrático os grupos minoritários ficam, ao menos formalmente, mais bem protegidos, conferindo-lhes a proteção constitucional e todas as garantias da cooperação federativa. [...] resumidamente, tem-se que a Federação Cooperativa, respaldada por uma Constituição soberana, é uma forma de Estado destinada a manter reunidas autonomias regionais autônomas, buscando o equilíbrio entre elas através da integração e cooperação financeira.

Considerando que cabe a cada ente da Federação – assim como aos Estados-membros – a defesa e aplicação dos preceitos constitucionais, com vistas a incorporar “[...] instrumentos de realização de valores essenciais.”

(JUSTEN FILHO, 2013, p. 99), pertinente se faz o apontamento de SILVA (2012, p. 316):

À guisa de sugestão para o problema em vista das dificuldades verificadas, tem-se que a tarefa de interpretar os direitos fundamentais (sociais) deve ultrapassar quaisquer perspectivas simplistas de – pura e tão somente – operar contra o Estado, para servir de meio de efetivação dos interesses públicos, que devem ser comuns aos cidadãos e ao Estado, adotando-se uma postura autenticamente comunicativa, no melhor sentido habermasiano. Somente um agir de boa-fé, comprometido com a obtenção de um pacto social de cooperação entre esses “interlocutores”, será capaz de conduzir aos tão almejados patamares de vida digna.

Como bem assevera Maliska (2013, p. 33):

O Estado constitucional cooperativo ainda é fonte de legitimação democrática da ordem jurídica enquanto expressão da vontade subjetiva do povo, que tanto vincula as estruturas políticas para fora, quanto para dentro. O chamado Estado constitucional cooperativo reconhece o importante papel que ainda realiza o Estado constitucional como condição da democracia. Ainda que a ordem constitucional do Estado seja fundamental para que as conquistas da modernidade sejam garantidas, essa ordem constitucional se abre para fora e reconhece elementos externos. A rigor, essa abertura é também uma fonte de legitimidade da ordem constitucional.

É imprescindível que a Constituição cumpra uma função integradora do Estado para que se constitua numa união real de vontade (MALISKA, 2013, p. 95), afinal, rememorando o passado, “Se o Pós-Guerra permitiu a criação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, fomentou também a criação de organizações de cooperação e integração econômica.” (PIOVESAN, 2002).

Por isso, segundo Vescovi e Silva (2012, p. 478), a integração que formou a União Europeia pode ser uma alternativa e exemplo a ser seguido, tanto para se alcançar as conquistas de crescimento econômico que já obte-

ve, quanto para minimizar as crises que vivencia visto as diferentes realidades sociais dos Estados que a compõem.

Nas palavras de Piovesan (2002):

Além do processo de internacionalização dos direitos humanos, a ordem contemporânea tem sido marcada pela consolidação de blocos econômicos, que decorrem do crescente processo de integração regional. O surgimento de blocos econômicos passa a redefinir os contornos do cenário mundial, a partir da intensificação das relações internacionais, mediante a cooperação e a integração entre Estados e mediante a celebração de inúmeros tratados internacionais.

Os direitos fundamentais precisam de um Estado Constitucional Cooperativo para serem realizados (MALISKA, 2013, p. 26), assim como a proteção dos direitos humanos dependem do exame da dinâmica da relação entre os mercados, os Estados e os blocos regionais agregadores de Estados quando se analisa a globalização econômica. (PIOVESAN, 2002). Afinal,

[...] conclui-se que a globalização, assim como trouxe consigo diversas inovações e melhorias nas formas de vida das nações europeias e até mesmo na questão das (re)miscigenações sócio-culturais, resultante de tal fenômeno, trouxe também a necessidade e o dever de encontrar um denominador comum à garantia da dignidade humana dos componentes desses povos mesclados juridicamente, mas ainda tão contrastantes socialmente. (VESCOVI; SILVA, 2012, p. 478).

Ressalte-se que os conceitos de abertura, cooperação e integração têm suma importância para concretização dos direitos sociais, entretanto,

Em face do processo de integração regional econômica, a formação de blocos regionais econômicos e a crescente densificação dos valores democráticos e de direitos humanos, a partir da incorporação das cláusulas democráticas e de direitos humanos, há que ser um fator a contribuir para a realização dos direitos humanos na era da globalização econômica, como já apreciado no tocante às experiências da União Européia e do Mercosul. (PIOVESAN, 2002).

Ou seja, a globalização não pode servir somente àqueles com maior poder econômico,¹ mas sim, ser voltada à inclusão e ao desenvolvimento sustentável, com vistas a garantir por meio da integração e cooperação entre os Estados, tanto a defesa dos direitos humanos como a efetivação dos direitos sociais, seja na ordem nacional ou internacional.

5 CONCLUSÃO

O Brasil é um país de multiculturalidade, variada densidade demográfica, grandes extensões de terra, de renda familiar insuficiente, grandes variações socioeconômicas, enfim, múltiplas diversidades. Além disso, não tem – conforme determinada seu texto constitucional – a efetividade dos direitos fundamentais de forma igualitária, justa e solidária, principalmente os direitos sociais de saúde e educação. Em pleno século XXI, ainda enfrenta graves problemas, principalmente na inefetividade de aplicação dos direitos sociais.

Neste artigo buscou-se discutir os conceitos constitucionais de abertura, cooperação e integração como proposta para maior aplicabilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão, tendo sido confirmado que os mesmos – além da constitucionalização do Direito, da judicialização, das garantias fundamentais, das variadas formas de interpretação do texto constitucional – podem ser mais uma contribuição para que se atinja no Estado Democrático de Direito Brasileiro a efetiva promoção e extensão dos Direitos Sociais a todos os cidadãos, conforme reza a carta magna brasileira promulgada em 1988.

Notas explicativas:

¹ Sobre o assunto ver também Barboza (2011).

² Segundo Barroso (2008) os anos que precederam a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 foram tensos e turbulentos, vez que, apesar da promoção da anistia e liberdade partidárias pelo novo presidente General João Baptista Figueiredo, as forças ditatoriais ainda se manifestaram em atos de violência contra a redemocratização.

³ Em 27 de julho de 1988, Ulysses Guimarães proferiu discurso enquanto presidente da Assembleia Constituinte, no qual afirmou “essa será a Constituição cidadã. Porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros.

⁴ Brugger (2005 apud MALISKA, 2013, p. 25) determina “pessoa” a partir de proposta com cinco elementos, quais sejam: “(i) *autonomia*, consistente na possibilidade da pessoa de se colocar objetivos, desenvolver um plano de vida individual, segui-lo e defende-lo; (ii) *significação*, que lembra o fato antropológico, fundamental, de que o desenvolvimento individual, assim como grupal, do povo ou voltado ao gênero do homem e de suas comunidades, é sustentado pela cultura considerada, ou seja, a cultura é a segunda natureza do homem; (iii) *responsabilidade*, entendida como a) reciprocidade, b) responsabilidade por violações de direitos e c) responsabilidades sociais, para os casos em que se possa exigir dos membros de uma comunidade jurídica que respondam pelo risco de fracasso de planos de vida de indivíduos isolados e de toda a comunidade; (iv) *proteção da vida* e (v) *condução da vida*, como elemento conclusivo e centralizador da forma de vida dos direitos humanos, que implica, além da mera possibilidade de sobrevivência e proteção da vida, pelo menos, uma medida mínima de liberdade para um estilo de vida individual.” (grifo no original). Para Alexy (2014) a conceituação de pessoa passa por uma teoria triádica dual, qual seja: “(i) inteligência (que sozinha não é suficiente, pois computadores também têm inteligência); (ii) sentimento (que mesmo somado ao primeiro ainda não é suficiente, pois animais também possuem certo grau de inteligência e sentimento e não são pessoas); (iii) (auto)consciência (que é a condição crucial). É triádica dupla porque esta última (iii) possui ainda três elementos: iii.a) reflexividade cognitiva (conhecimento do fato de que nascemos e vamos morrer); iii.b) reflexividade volitiva (habilidade de direcionar o comportamento à vontade – formação do “eu”); iii.c) reflexividade normativa (autoavaliação sob o prisma da correção – se uma ação é certa ou errada ou se a vida que alguém levou é boa ou não).”

⁵ Em artigo sobre a Dignidade da Pessoa Humana, Maria Celina Bodin de Moraes traz para discussão o conceito filosófico-político de dignidade de Hannah Arendt, no qual a pluralidade humana tem o duplo aspecto de igualdade e diferença; a raiz etimológica da palavra dignidade (que provém do latim *agnus* – aquele que merece estima e honra, aquele que é importante); e a história da dignidade, concebida pela primeira vez pelo cristianismo – em especial pelo pensamento de São Tomás. Além disso, menciona: Giovanni Pico – que faz alusões à *ratio* theologica, a par da *ratio philosophica*, mas não estabelece entre elas a habitual relação de subordinação da época de dependência (de causa e consequência) entre o Criador e criatura; Thomas Hobbes – que em *Leviatã* (1651) usa a noção de dignidade humana como central para o conceito de soberania absoluta; John Locke – que ao contrário de Hobbes vê o ser humano individual como um ser dotado de identidade reflexiva, em virtude da consciência dessa sua identidade; e Immanuel Kant, que compõe o imperativo categórico de que o ser humano seja sempre considerado como um fim em si mesmo, ou seja, as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade.

⁶ Relevante esclarecer que o modo de interpretar a Constituição estreitamente ligado ao modo de concebê-la decorre da doutrina neoconstitucionalista, que segundo Duarte e Pozzolo (2006), é “[...] uma política constitucional: que indica não como o direito é, mas como o direito deve ser.”

⁷ Sobre o assunto ver Faria (1993, p. 61).

⁸ Alguns autores utilizam o termo “gerações”, ainda que a doutrina alegue que tal nomenclatura poderia desencadear a falsa ideia de que conforme fossem evoluindo, ocorreria uma substituição de uma geração por outra, o que jamais poderá acontecer (DIÓGENES, 2012).

⁹ Sobre os assuntos ver: Dworkin (2011), Alexy (2011), Bobbio (2001) e Muller (1989).

¹⁰ Sobre o assunto, afirma Barcellos (2002, p. 245-246) 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), estar-se-ão 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.”

¹¹ Sobre uma análise mais profunda da globalização e seus efeitos, ver mais em: Santos ([199?] apud BALDI, 2004, p. 239-277) e Dulce (2004).

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALEXY, R. Teste da proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. In: Autumn 2014 – UNOESC International Legal Seminars – Brazil/Germany. 1., 2014, Chapecó. *Anais...* Chapecó: UNOESC, 2014.

ARAÚJO, L. A. D. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BALDI, C. A. *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARBOZA, E. M. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BARBOZA, E. M. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. 2011. Tese (Doutorado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2005.

BARROSO, L. R. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. *Revista de direito do Estado: RDE*, n. 10, p. 25-66, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/vinte-anos-da-constituicao-de-1988-a-reconstrucao-democratica-do-brasil>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

BARROSO, L. R. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Ed.Fórum, 2013.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

BARROSO, L. R. Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo. *Revista Trimestral de Direito*, v. 1, 1993. In: BARCELLOS, A. P. *A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R. *Vinte anos da constituição brasileira de 1998: o Estado a que chegamos*. 2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/vinte-anos-da-constituicao-de-1988-a-reconstrucao-democratica-do-brasil>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

BOBBIO, N. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: Edipro, 2001.

BERTOLOZZI JÚNIOR, F. Pluralismo jurídico e o paradigma do direito moderno: breves apontamentos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba: Unibrasil, v. 1, n. 12, p. 21-31, 2010. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/view-File/358/308>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

BRUGGER, W. A pessoa humana dos direitos humanos. *Cadernos de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*, v. 5, p. 255-270, jan./dez. 2005,. In: MALISKA, M. A. *Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração*. Curitiba: Juruá, 2013.

CRUZ, M. L. Pluralismo e estados pós-nacionais: o discurso normalizante dos direitos humanos. *Cadernos Jurídicos da Escola de Direito da Faculdade Paranaense*. Curitiba: Fapar, v. 1, n. 1, mar./maio 2011. Disponível em: <http://www.fapar.edu.br/instituto/arquivos/caderno_juridico_1_0411.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

DIÓGENES JUNIOR, J. E. N. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 15, , n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 15 fev. 2014.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUARTE, É. O. R.; POZZOLO, S. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DULCE, M. J. F. Globalización, ciudadanía y derechos humanos. *Cuadernos "Bartolomé de las Casas"*. Madrid: Dykinson, 2004, 65 p.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face das responsabilidades sociais (1993). In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, R. T. *Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HUDSON, B. Direitos Humanos e “Novo Constitucionalismo”: princípios de justiça para sociedades divididas. In: CLÈVE, C. M. et. al. (Org.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JACINTHO, J. M. M. *Dignidade humana: princípio constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

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

LIBERATI, W. D. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

MALISKA, M. A. *Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração*. Curitiba: Juruá, 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, C. B. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros 2006.

MOLL, L. H. Resenha - Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. *Álter Agora*, n. 2, nov. 1994..In: MALISKA, M. A. *Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

MORAES, A. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral*. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, M. C. B. O conceito de dignidade humana: o substrato axiológico e conteúdo normativo. 2006. In: SARLET, I. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MULLER, F. *Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

PEREIRA, L. A. Âmbitos de atuação estatal em prol da efetivação dos direitos humanos e fundamentais: Estado Constitucional Cooperativo e Federalismo Cooperativo. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*. Curitiba: UniBrasil, v. 5, 2009. Disponível em: <<http://revistaeletronica.rdf.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/224/217>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

PIOVESAN, F. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. *Revista Interesse Público*. Editora Fórum, Minas Gerais, n. 13, jan./mar. 2002. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/105.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2014.

REIS, F. A. *O Neoconstitucionalismo e os 25 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.oabmt.org.br/Artigo/Artigo.aspx?id=175>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, ano 2, n. 282, 28 jul. 1988. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/282anc28jul1988.pdf#page=106>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHIER, P. R. *Constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988*. Texto inédito, 2013.

SCHIER, P. R. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-paulo%20schier.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, R. L. N.; CAVALHEIRO, A. F. O Estado e o Direito: as políticas públicas sociais de inclusão do outro na visão de Bobbio e Habermas. In: ALEXY, R. et. al. (Org.). *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

SILVA, R. L. N. A efetividade dos direitos sociais: limitações orçamentárias e escolhas trágicas. In: BAEZ, N. L. X.; BRANCO, G. L. C.; PORCIUNCULA, M. (Org.). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa: Desafios materiais e eficáciais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

SILVA, R. L. N.; TRAMONTINA, R. Políticas públicas para efetivação de direitos sociais fundamentais: cooperado federativa no sistema constitucional. (2007). In: STRAPAZZON, C. L.; SERRAMALERA, M. B. (Org.). *Direitos Fundamentais em Estados Compostos*. Joaçaba:Ed. Unoesc, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 45 MC/DF*, de 29 abr. 2004. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. Brasília, DF, 04 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

TEMER, M. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

WOLKMER, A. C. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. 2013. In: WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

WOLKMER, A. C. Pluralismo jurídico y constitucionalismo brasileño. In: CONGRESSO INTERNACIONAL, 6., 2-6 ago. 2010, Lima. *Anais...* Lima-Brasil: RELAJU, 2010. Disponível em: <<http://www.ibcperu.org/doc/isis/12598.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2014.

VESCOVI, L. F.; SILVA, R. L. N. O processo de integração na União Europeia: reflexos à efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2., 30 mar. 2012, Chapecó. *Anais...* Unoesc, Chapecó, 2012. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1628/1065>>. Acesso em: 15 mai. 2014.