

ORGANIZADORES

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Rafael Padilha

Pedro Manoel Abreu

ESTUDOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

DIGNIDADE DA PESSOA E
IGUALDADE
JUSTIÇA
FRATERNIDADE
LIBERDADE

AUTORES

Adriana Regina Dias Cardoso

André Emiliano Uba

Celso Costa Ramires

Daniel Mayerle

Débora Cristina Freytag Scheinkmann

Fabiane Cristina Santana

Fábio André Guaragni

Fabília Alcantara

Frederico Andrade Siegel

Gláucia Mattjie

Hilariane Teixeira Ghilardi

João Luiz de Carvalho Botega

Juliete Ruana Mafra Granado

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Monike Silva Póvoas

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni

Pablo Franciano Steffen

Pedro Manoel Abreu

Queila de Araújo Duarte Vahl

Queila Jaqueline Nunes Martins

Rafael Padilha

Tiago do Carmo Martins

Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld



Copyright© 2016 by Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Rafael Padilha e Pedro Manoel Abreu
Editor Responsável: Aline Gostinski
Diagramação: Carla Botto de Barros
Capa: Alexandre Zarske de Mello e Loren Tazioli Engelbrecht Zantut

CONSELHO EDITORIAL:

Aldacy Rachid Coutinho (UFPR)	Alexandre Morais da Rosa (UFSC e UNIVALI)
Aline Gostinski (UFSC)	André Karam Trindade (IMED-RS)
Antônio Gavazzoni (UNOESC)	Augusto Jobim do Amaral (PUCRS)
Aury Lopes Jr. (PUCRS)	Claudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva (ESMESC)
Eduardo Lamy (UFSC)	Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (UFPR)
Juan Carlos Vezzulla (IMAP-PT)	Juarez Tavares (UERJ)
Julio Cesar Marcelino Jr. (UNISUL)	Luis Carlos Cancellier de Olivo (UFSC)
Marco Aurélio Marrafon (UERJ)	Márcio Staffen (IMED-RS)
Orlando Celso da Silva Neto (UFSC)	Paulo Marcio Cruz (UNIVALI)
Rubens R. R. Casara (IBMEC-RJ)	Rui Cunha Martins (Coimbra-PT)
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino (IMED)	Thiago M. Minagé (UNESA/RJ)

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

E85

Estudos sobre direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo [recurso eletrônico] / Adriana Regina Dias Cardoso...[et al.] ; organização Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza , Rafael Padilha , Pedro Manoel Abreu. - 1. ed. - Florianópolis, SC : Empório do Direito, 2016.
recurso digital

Formato: ebook
Modo de acesso: world wide web
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-947-7050-9 (recurso eletrônico)

1. Direito constitucional. 2. Direitos fundamentais. 3. Livros eletrônicos. I. Cardoso, Adriana Regina Dias. II. Souza, Maria Cláudia da Silva Antunes de. III. Padilha, Rafael. IV. Abreu, Pedro Manoel.

17-38939

CDU: 342(091)

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n° 9.610/98). Todos os direitos desta edição reservados à Empório do Direito Editora.



emporiოდodireito.com.br

Todos os direitos desta edição reservados à Empório do Direito

Rua: Santa Luzia, 100 – sala 610 – CEP 88036-540 – Trindade – Florianópolis/SC
www.emporiოდodireito.com.br – editora@emporiოდodireito.com.br

Organizadores
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Rafael Padilha
Pedro Manoel Abreu

ESTUDOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Projeto de Fomento

Obra resultado de Convênio de fomento formulado com a Academia Judicial do TJSC e também fomento com o CNPq, por meio do MCTI/CNPq - CHAMADA UNIVERSAL (Edital nº. 14/2014).



Florianópolis
2016

AUTORES

Adriana Regina Dias Cardoso
André Emiliano Uba
Celso Costa Ramires
Daniel Mayerle
Débora Cristina Freytag Scheinkmann
Fabiane Cristina Santana
Fábio André Guaragni
Fabrícia Alcantara
Frederico Andrade Siegel
Gláucia Mattjie
Hilariane Teixeira Ghilardi
João Luiz de Carvalho Botega
Juliete Ruana Mafra Granado
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Monike Silva Póvoas
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni
Pablo Franciano Steffen
Pedro Manoel Abreu
Queila de Araújo Duarte Vahl
Queila Jaqueline Nunes Martins
Rafael Padilha
Tiago do Carmo Martins
Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld

SUMÁRIO

• AUTORES	4
• APRESENTAÇÃO	7
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Dr ^a .	
Rafael Padilha dos Santos, Dr.	
Pedro Manoel Abreu, Dr.	
• ESTUDOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: BREVES REFLEXÕES	8
Prof. Dr. Rafael Padilha dos Santos	
Prof. Dr ^a . Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza	
Prof. Dr. Pedro Manoel Abreu	
• DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NO CONTEXTO DO ESTADO AMBIENTAL DE DIREITO	13
André Emiliano Uba	
• EXPANSIONISMO PENAL E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CRISE: SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.	21
João Luiz de Carvalho Botega	
• DIFICULDADES PARA CONCEITUAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DISTINÇÃO COM OS DIREITOS PATRIMONIAIS	34
Frederico Andrade Siegel	
• AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: UMA ANÁLISE DA REDUÇÃO DAS ASTREINTES À LUZ DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN	42
Queila Jaqueline Nunes Martins	
• SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: TRIÁDE FUNDAMENTAL À GARANTIA E MANUTENÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	58
Adriana Regina Dias Cardoso	
Queila de Araújo Duarte Vahl	
• OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O VALOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	70
Monike Silva Póvoas	
• DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NAS AÇÕES DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. 78	
Fabrícia Alcantara	
• APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL E HUMANO À EDUCAÇÃO: UM PARADIGMA UNIVERSAL	89
Daniel Mayerle	
Pablo Franciano Steffen	
• A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL EM TEMPOS DE CRISE	101
Gláucia Mattjie	
Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld	
• AÇÃO AFIRMATIVA E SUPERAÇÃO DAS DESIGUALDADES	111
Tiago do Carmo Martins	
• A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO E CONSTITUCIONAL DE DIREITO.	122
Celso Costa Ramires	
• A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS AOS IMIGRANTES HAITIANOS NO CONTEXTO BRASILEIRO	132
Débora Cristina Freytag Scheinkmann	132

- **BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**141
 Juliete Ruana Mafra Granado
 Natammy Luana de Aguiar Bonissoni

- **O IMPACTO DA CRISE NOS CIDADÃOS EUROPEUS: ANÁLISE DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS** 150
 Hilariane Teixeira Ghilardi

- **CRIMINALIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL**..... 157
 Fábio André Guaragni (orientador)
 Fabiane Cristina Santana

APRESENTAÇÃO

A presente obra “**Estudos sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo**” é composta por 16 (dezesseis) capítulos, desenvolvida por pesquisadores vinculados a Programas de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito do Brasil. Os temas discutidos através do grupo de pesquisa, cadastrado CNPq, seguindo as metas do **Projeto de Pesquisas, aprovado no CNPq, chamada universal– MCTI/CNPq N° 14/2014**, ambos vinculados ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Os trabalhos científicos produzidos contribuem com relevante valor teórico e rigor da pesquisa, provocando discussões empolgantes e propondo enfrentando a temática dos direitos fundamentais sob diferentes perspectivas.

Com muito prazer e satisfação convidamos o leitor a participar do debate proposto por esta obra, composta por autores comprometidos com ciência, oportunidade na qual os agradeço por aceitarem o desafio de registrar sua pesquisa sobre **Direitos Fundamentais no Constitucionalismo** nesta obra.

Finalmente, cumprimentamos a **Empório do Direito** por ter percebido a relevância desta publicação.

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Dr^a.

Vice-Coordenadora do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica
do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí– PPCJ/UNIVALI

Rafael Padilha dos Santos, Dr.

Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí– PPCJ/UNIVALI

Pedro Manoel Abreu, Dr.

Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí– PPCJ/UNIVALI

ESTUDOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: BREVES REFLEXÕES

Prof. Dr. Rafael Padilha dos Santos¹

Prof.^a. Dr.^a. Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza²

Prof. Dr. Pedro Manoel Abreu³

Este livro reúne diferentes autores enfrentando o tema dos direitos fundamentais sob diferentes perspectivas: análise conceitual dos direitos fundamentais e distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais; apresentação da construção histórica do Estado Democrático e Constitucional de Direito; tematização do direito fundamental em relação à moradia, à educação, ao valor da liberdade de expressão; discussão sobre a segurança jurídica, proteção da confiança e proibição de retrocesso como garantia e manutenção dos direitos sociais; tratamento da ação afirmativa; análise de julgados que revelem incoerências que resultam em violação dos direitos fundamentais; proteção dos direitos humanos aos imigrantes haitianos no Brasil; discussão se os postulados do direito penal do inimigo colidem ou não com os direitos fundamentais; estudo dos fundamentos constitucionais do princípio da proibição de retrocesso ambiental; esclarecimento de como ocorre o processo de construção da decisão judicial em casos difíceis para tratar da discricionariedade judicial nas ações de destituição do poder familiar; abordagem sobre a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais.

Enfrentar o conteúdo dos direitos fundamentais é essencial porque este confere tarefa justificativa aos órgãos públicos, mas também submete o poder do Direito à ordem da razão. Assim, na Constituição é possível depreender uma supremacia política decorrente da especial legitimidade e fundamentalidade de seus conteúdos, mas também supremacia jurídica. Há um sistema de vínculos substanciais, característica esta do constitucionalismo, que é assim definido por Ferrajoli⁴:

Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo.

Os vínculos substanciais estabelecidos no constitucionalismo são apertados pela rigidez constitucional garantida pela maior dificuldade de reforma constitucional e pelo controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Deste modo, além de sua função constitutiva legitimadora de um novo Estado e de garantia, a Constituição também exerce função de estabilização e racionalização para defender a própria ideologia e os institutos constitucionais fundamentais. Pode-se também lembrar de sua função legitimadora de um novo titular do poder político,

1 Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Filosofia pela UFSC. Pós-graduado pela UNIVALI e pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia). Professor da graduação em ciência jurídica e do Programa de Pós-graduação da UNIVALI. Advogado.

2 Doutora e Mestre em “*Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad*” pela Universidade de Alicante–Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí–Brasil, Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí–Brasil. Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Direito e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Extensão Paidéia cadastrado no CNPq. Coordenadora do Grupo de Pesquisa: “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade”, cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Possibilidades e Limites da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil e Impacto na Gestão Ambiental Portuária” (2013/2015). Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado através do Edital MCTI/CNPQ/UNIVERSAL 14/2014, intitulado “Análise comparada dos limites e das possibilidades da Avaliação Ambiental Estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha” (2015/2017). Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado através da FAPESC–EDITAL 09/2015- intitulado “Limites e possibilidades da Avaliação Ambiental Estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor Gestão Ambiental da Atividade Portuária Catarinense”. (2016/2018). Membro vitalício à Cadeira n. 11 da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da Comissão de Direito Ambiental do IAB (2016/2018). Advogada e Consultora Jurídica. .

3 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Direito e em Filosofia, pela Universidade Federal de Santa Catarina. Desembargador do TJSC e Diretor Executivo da Academia Judicial e do Centro de Estudos Jurídicos-CEJUR. Docente titular dos Cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – UNIVALI.

4 FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*. n. 15, p. 113-136, 2006. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>>.

mas também uma função de propaganda e de educação política⁵, estimulando um exercício de cidadania.

A problematização que faz pano de fundo a toda esta obra é enfrentar a situação expressa na categoria constitucionalização simbólica, posto que as Constituições proclamam a garantia dos direitos fundamentais sem que estes sejam efetivamente concretizados, criando um déficit de concreção jurídico-normativa dos textos constitucionais pela hipertrofia da dimensão simbólica. O sentido negativo da constitucionalização simbólica é, segundo Marcelo Neves, “o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada.”⁶ Há uma desvinculação entre as previsões constitucionais e as condutas dos agentes públicos e privados e, além disso, existe falta de normatividade do texto constitucional.

A constitucionalização simbólica é caracterizada positivamente pelo papel político-ideológico desempenhado pela atividade constitucional e pela linguagem constitucional reduzidas a ilusões com poder, como afirma Neves⁷: “o problema ideológico consiste em que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas.” Diante desse desafio, é válida a afirmação de Canotilho⁸: “Compreende-se, assim, que as ‘regras’ e os ‘princípios’, para serem ativamente operantes, necessitem de procedimentos e processos que lhes deem operacionalidade prática.”

Pérez Luño⁹ assinala três condições que fazem com que os direitos fundamentais sejam mais uma aspiração que uma experiência concreta: primeiro, a tendência de muitos homens de abusarem do poder político, o que pode ser complementado na atualidade pela agressão às liberdades realizadas por grupos econômicos nacionais e multinacionais, mas também por organizações terroristas que interferem no gozo pacífico dos direitos fundamentais; segundo, os cidadãos mais sensíveis à defesa dos direitos fundamentais percebem que as conquistas do progresso da sociedade tecnológica são contrapostas por graves ameaças à sua liberdade, identidade ou à própria sobrevivência, por força de empregos abusivos da cibernética ou informática, pelo risco de catástrofes ecológicas, ou a angústia que gera a ameaça de um conflito atômico; terceiro, pela falta de condições objetivas ao exercício dos direitos fundamentais, pois é preciso um determinado grau de desenvolvimento econômico e social a consentir a realização dos direitos fundamentais.

Por isso, assume-se que para um Estado ser Constitucional não basta que nele esteja formalmente vigente uma Constituição, mas que esta Constituição irradie-se efetivamente na sociedade, indo assim além do princípio dinâmico do sistema jurídico-político que determina a distribuição formal de poder entre diferentes órgãos estatais, para abarcar também uma determinada substância que limite e condicione a produção, interpretação e aplicação do direito mediante uma objetividade axiológica.

Esta substância é encarnada nos direitos fundamentais, sendo assim os direitos fundamentais um elemento indispensável para distinguir um Estado Constitucional de um Estado meramente Legislativo. Com efeito, um Estado Constitucional é um Estado que não se contenta apenas com a forma (órgãos competentes e procedimentos), adicionando também o conteúdo (direitos fundamentais). Esta obra discute exatamente o conteúdo do Estado Constitucional, abraçando o tema em uma riqueza de diferentes angulaturas para propiciar um pensamento complexo fundamentado sobre o constitucionalismo.

Historicamente, não é com o advento do Estado Moderno que surge o constitucionalismo. A diferenciação funcional entre direito e política ainda não existia no início da Idade Moderna, já que o direito era instrumentalizado politicamente pelo soberano. Ademais, era preciso avançar na dessacralização do direito, rompendo progressivamente com o caráter não instrumental do direito típico da Idade Média, que assumia o direito sagrado como

5 MATTEUCCI, Nicola. Constituição. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. v. 1. 5. ed. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 258-259.

6 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 83.

7 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 1994. p. 89.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1088.

9 PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2013. p. 23-24.

legitimador do poder secular, ao qual o soberano devia respeito¹⁰.

A Constituição reúne os princípios orgânicos característicos de um ordenamento estatal, sendo que as primeiras Constituições operam a transição do Estado Absoluto, caracterizado pelo poder monárquico absoluto, mediante a limitação e divisão deste poder. A separação dos poderes contribuiu para a maior diferenciação entre direito e política, e o direito racional assegurou na modernidade um momento de indisponibilidade ao direito positivo. As Constituições modernas, como afirma Neves, “têm a pretensão de ser ‘universais’, pois se referem, includentemente, a todos os membros da respectiva organização jurídico-política, atribuindo-lhes direitos fundamentais.”¹¹

Posteriormente, a dinâmica da sociedade integrada por mercados, a complexidade social e histórica, exigiu o afastamento gradual de abstrações contratualistas que fundamentavam o direito racional para realizar uma aproximação à ideia de Estado de Direito que separa os poderes e baseia sua legitimidade na racionalidade de processos de legislação e jurisdição hábeis em assegurar imparcialidade, assegurando o momento de indisponibilidade¹² do direito positivo pela racionalidade procedimental, sendo preciso processos institucionalizados que assegurem uma formação imparcial da opinião e da vontade, o que implica na consolidação da democracia.

Os direitos fundamentais costumam ser analisados sob a perspectiva de sua eficácia vertical (relação entre um superior – Estado- e um inferior- o cidadão), mediante distribuição do poder político entre diferentes órgãos, e a garantia das liberdades fundamentais contra abusos perpetrados pelos titulares dos órgãos do poder político contra os direitos reconhecidos aos cidadãos, mediante um Estado Liberal que inicialmente era oligárquico-censitário e que depois se tornou democrático.

Atualmente, além da eficácia vertical, fala-se também que os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal (relação particular-particular), como tornou claro o emblemático caso Lüth¹³, decidido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1958. Reconhece-se assim que o gozo e proteção dos direitos fundamentais deve incidir a todos os setores do ordenamento jurídico, promovendo as condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas a todos.

Não se pode deixar de lembrar que na atualidade há importantes transformações que produzem desafios no modo de compreender a Constituição, a exemplo da erosão da concepção de soberania (que internamente buscava anular antagonismos e externamente preservar o princípio da não ingerência) e da capacidade regulatória do Estado, trazendo o desafio de se repensar o modelo estatal legado com o Tratado de Westfália (1648), além do que o próprio Estado, como a ciência política já denuncia, ele próprio é uma representação de outras forças reais, grupos de poder, elites, classes políticas e sociais etc.

As forças corrosivas da soberania exigem pensar, contemporaneamente, em um novo direito independente do contexto unívoco da soberania estatal. Segundo Zagrebelsky¹⁴, tais forças corrosivas podem ser identificadas com: o pluralismo político e social interno; a formação de centros de poder diferentes do próprio Estado e operantes no campo político, econômico, cultural e religioso; a institucionalização de âmbitos que compõem os poderes do Estado em dimensões supraestatais; e o reconhecimento de direitos aos indivíduos e a possibilidade de sua tutela em jurisdição internacional contra os próprios Estados.

Ademais, como assevera Ferrajoli¹⁵, há hoje no mundo um embrião de constituição do mundo retratada pela Carta da ONU e pelas declarações, convenções e pactos internacionais sobre direitos humanos, os quais também limitam a soberania estatal externa, ao sujeitarem os Estados ao imperativo da paz e à necessidade de proteção aos direitos humanos, ainda que tal exigência, na prática, ainda não tenha efetividade.

10 HAVIAM AUTORES, A EXEMPLO DE JEAN BODIN, NA SUA OBRA DE 1576 INTITULADA *Os seis livros da República*, QUE, ALÉM DA INSUBORDINAÇÃO DO SOBERANO A LEIS CONVENCIONADAS POR OUTROS HOMENS, AINDA RESPALDAVA A SOBERANIA NO DIREITO NATURAL E DIVINO DO REI. BODIN, JEAN. *Os seis livros da República*. São Paulo: Ícone, 2011.

11 NEVES, MARCELO. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 20.

12 HABERMAS, JÜRGEN. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. II v. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 237-247.

13 ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. Case BVerfGE 7, 198 (1 BvR 400/51). *Lüth-decision*. Translated by Tony Weir. 15 jan. 1958. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>>. Acesso em: 19/02/2016.

14 ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 11.

15 FERRAJOLI, LUIGI. *Sobre los derechos fundamentales*. 2006. p. 115.

Assim, Ferrajoli entende que o constitucionalismo é um programa normativo para o futuro, em dois sentidos: **a)** primeiro, porque os direitos fundamentais previstos constitucionalmente e os direitos humanos previstos nas cartas internacionais devem ser garantidos e efetivados; **b)** segundo, porque o paradigma da democracia constitucional ainda se encontra em estágio embrionário, devendo ser estendido em três direções: para garantir todos os direitos (não apenas os direitos individuais, mas também os direitos sociais); a todos os poderes (não apenas públicos, mas também aos poderes privados); em todos os níveis (além do estatal, também ao direito internacional). Com efeito, o paradigma constitucional herdado da modernidade, diante dos desafios da globalização, deve ser desenvolvido à luz dessas três direções, nas palavras de Ferrajoli¹⁶:

El futuro del constitucionalismo jurídico, y con él el de la democracia, está por el contrario confiado a esta triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, junto al liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado, junto al de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, junto al estatal.

Pérez Luño¹⁷ concebe que no constitucionalismo contemporâneo os direitos fundamentais desempenham dupla função: no plano subjetivo, tutelam a liberdade, autonomia e segurança da pessoa não apenas diante do Estado, mas também diante dos demais particulares, sendo direitos subjetivos; no plano objetivo, relacionado à concretização de seu conteúdo mediante uma institucionalização que lhe dê funcionalidade prática. O aumento da operosidade do Estado de Direito leva a uma maior tutela dos direitos fundamentais.

A evocação dos direitos fundamentais deve servir à construção de uma sociedade e um mundo melhor, para se alcançar o bem comum. É possível aqui retomar a ideia de bem comum dentro de uma abordagem filosófico-política. O fim da sociedade humana é o bem comum, o que é um conceito chave na filosofia política tomista de Jacques Maritain. O bem comum não é a soma dos bens particulares e é superior aos interesses do indivíduo enquanto parte do social, porque se assim não fosse a vida humana se reduziria, como afirma Maritain, a uma “anarquia dos átomos”¹⁸. Frisa Maritain que tal bem comum é de pessoas humanas, já que o corpo social é um todo de pessoas humanas, e com isso pretende prevenir contra interpretações de tipo estatista ou coletivista.

O bem é comum tanto ao todo quanto às partes, e tal bem comum exige o reconhecimento dos direitos do homem, sendo assim definido por Maritain: “é a boa vida *humana* da multidão, de uma multidão de pessoas, isto é, de totalidades a um tempo carnis e espirituais, principalmente espirituais, embora lhes aconteça viver mais freqüentemente na carne que no espírito.”¹⁹ O principal valor do bem comum é o seguinte, segundo Maritain: “a mais larga possibilidade de acesso (isto é, compatível com o bem do todo) das pessoas à sua vida de pessoa e à sua liberdade de expansão – e às comunicações de bondade que por sua vez daí procedem.”²⁰

A partir dessa definição, pode-se depreender, segundo Maritain, três caracteres básicos do bem comum: primeiro, é algo que deve ser redistribuído às pessoas e auxiliar na sua evolução; segundo, a autoridade está fulcrada na sociedade, ou seja, qualquer administrador da sociedade deve ter em vista o bem comum para legitimar-se, e dirigir-se a homens livres; e terceiro, contrapondo-se a Maquiavel, afirma que tem uma moralidade intrínseca, assim explicada por Maritain: “não é somente um conjunto de vantagens e utilidades, mas essencialmente retidão de vida, boa e íntegra vida humana na multidão.”²¹ Para existir bem comum, assim, é preciso existir educação para desenvolver virtudes nos cidadãos.

Então, o bem comum primeiro assegura o desenvolvimento das pessoas no bem, e todos devem participar pessoalmente; segundo, para organizar o comum é preciso uma autoridade comprometida com o bem comum e na sua realização; terceiro, tudo deve estar revestido em uma moralidade que aponte princípios de justiça, como afirma Pozzoli:

16 FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. 2006. p. 115.

17 PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2013. p. 21-22.

18 MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967. p. 20.

19 MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. 1967. p. 20-21. (Grifo no original).

20 MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. 1967. p. 21.

21 MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. 1967. p. 22.

Devem ser ajustados os próprios interesses às necessidades dos demais, empregando bens e serviços na direção indicada pelos governantes, dentro das normas da justiça e na devida forma e limites de competência.²²

A ideia de Maritain é que o bem comum não é garantir simplesmente enriquecimento material a indivíduos ou grupos preocupados com seu próprio bem-estar, nem conquistar domínio sobre a natureza ou poder sobre os homens, para Maritain, o bem comum envolve o respeito dos direitos e deveres da pessoa humana, de modo que qualquer governante e indivíduo deve fazer com que tais direitos sejam reconhecidos, respeitados, tutelados e promovidos. Deste modo, infere-se que além dos direitos fundamentais, há também deveres fundamentais que exortam à construção do bem comum local, nacional, regional, internacional e transnacional.

Este livro contribui a colocar em discussão algumas categorias e problemáticas para enunciar algumas frentes de pensamento que esclareçam o tratamento do constitucionalismo acerca dos direitos fundamentais, alinhando-se assim ao caminho irrenunciável à causa de emancipação integral humana, sem olvidar a advertência de Morin: “Hoy sienta como entonces, que hay una primavera que desea nacer. Pero también percibo que se anuncia una nueva edad de hielo que quiere aniquilarla antes de que nazca.”²³ O constitucionalismo fornece um importante instrumental para semear a fértil primavera e impedir o aniquilamento das conquistas dos valores humanos conquistados pela humanidade e que, no tempo presente, ainda clamam por realização.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. Case BVerfGE 7, 198 (1 BvR 400/51). *Lüth-decision*. Translated by Tony Weir. 15 jan. 1958. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>>.

BODIN, Jean. *Os seis livros da República*. São Paulo: Ícone, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, n. 15, p. 113-136, 2006. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>>.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. II v. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.

MATTEUCCI, Nicola. Constituição. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. v. 1. 5. ed. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

MORIN, Edgar. *La vía*. Traducción de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o direito*. São Paulo: Loyola, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

22 POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o direito*. São Paulo: Loyola, 2001. p. 89.

23 MORIN, Edgar. *La vía*. Traducción de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011. p. 13.

DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NO CONTEXTO DO ESTADO AMBIENTAL DE DIREITO

André Emiliano Uba²⁴

SUMÁRIO: Introdução; 1. Dos Direitos Fundamentais: conceito e dimensões; 2 Sustentabilidade, suas Dimensões e a construção de um Estado Ambiental de Direito; 3 Direitos Sociais e Estado Ambiental de Direito; 3.1 Direito Social à Moradia e o Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado; 3.2 Solução de possíveis (ou aparentes) colisões entre ambos; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva abordar aspectos relativos ao desafios na preservação e consolidação dos direitos sociais no contexto do Estado Ambiental de Direito, com enfoque no direito à moradia.

O direito social à moradia consta no rol dos chamados direitos fundamentais, objeto de especial tutela, assim como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pilar balizador do Estado Ambiental de Direito.

Em determinadas situações, contudo, verifica-se aparente colisão entre tais direitos, causada por uma série de fatores, como a desigualdade social e a falta de planejamento das cidades.

Mas como efetuar a ponderação entre esses direitos fundamentais?

Para tal questionamento, a pesquisa desenvolvida neste artigo traz a hipótese de que a sustentabilidade é meio para a definitiva resolução do referido conflito aparente de direitos.

Nesse sentido, no primeiro capítulo serão trazidos apontamentos sobre o conceito e dimensões dos direitos fundamentais. O segundo capítulo abordará acerca da sustentabilidade, sua definição, dimensões e relação com o denominado Estado Ambiental de Direito. Por fim, o terceiro capítulo trará uma abordagem sobre efetivação do direito social à moradia frente ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente em situações em que ambos aparentemente entram em conflito.

Quanto à metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva²⁵. Nas diversas fases da Pesquisa, serão utilizadas as Técnicas do Referente²⁶, da Categoria²⁷, do Conceito Operacional²⁸ e da Pesquisa Bibliográfica.²⁹

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO E DIMENSÕES

Há determinados direitos que são considerados de elevada importância e dignos de receber especial proteção. O reconhecimento do caráter especial de tais direitos, fruto de conquistas históricas, as quais pertencem ao patrimônio comum da humanidade,³⁰ trouxe inquestionável progresso, servindo de inspiração e fundamento para a sua constitucionalização ao longo da história.

24 Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Procurador do Estado de Santa Catarina. Consultor Jurídico da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável. Florianópolis–Santa Catarina, Brasil. uba@pge.sc.gov.br.

25 [...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]. (PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. p. 86).

26 [...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. p. 53).

27 [...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” (PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. p. 25).

28 [...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]. (PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. p. 37).

29 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. p. 209).

30 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

Esses direitos especialmente protegidos são denominados ora como “direitos naturais”, “direitos do homem”, “direitos humanos”, “liberdades públicas” ou “direitos fundamentais”.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, considera-se que a nomenclatura mais adequada é a denominada “direitos fundamentais”, sendo, em maior ou menor grau, inadequadas as outras expressões.

A primeira expressão—direitos naturais—é o termo clássico usado no pensamento jusnaturalista, referindo-se àqueles direitos inatos ao homem, a qual foi sendo substituída por “direitos do homem”.³¹ A segunda é definida por Canotilho como aqueles direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista).³² Ambas remetem muitos mais à filosofia, especialmente do jusnaturalismo, do que ao direito positivo, estando em um plano pré-positivo.³³

“Liberdades públicas” é demasiadamente restrito, pois se refere apenas aos chamados “direitos de primeira geração” (tratados no subitem a seguir).

“Direitos humanos”, por ser expressão inclusiva (das mulheres), passou a ser utilizada nas discussões internacionais a partir da Segunda Guerra Mundial e da fundação da Organização das Nações Unidas (ONU). Remete aos direitos positivados na esfera do direito internacional, em tratados e declarações.³⁴

O termo “direitos fundamentais” aparece na França no ano de 1770, no marco do movimento político e cultural que conduziu à elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo amplamente utilizada nas constituições modernas, especialmente a partir da Constituição Alemã de Weimar de 1919. É a nomenclatura utilizada pela Constituição Federal de 1988.

De qualquer forma, embora se distingam sob a perspectiva do reconhecimento (nos planos pré-positivo, internacional e interno), quanto ao conteúdo, há inegável unidade entre as categorias mencionadas, pois ambas dizem respeito aos direitos essenciais para a vida humana digna.³⁵

É importante destacar que os direitos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados em nível constitucional, infraconstitucional, no direito consuetudinário e até mesmo por tratados e convenções internacionais.³⁶

São características de tais direitos:

- imprescritibilidade: não se perdem pelo decurso do prazo;
- inalienabilidade: não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito ou oneroso;
- irrenunciabilidade: não podem ser objeto de renúncia. Decorrem dessa característica discussões na doutrina e jurisprudência como a renúncia ao direito à vida, a eutanásia, o suicídio e o aborto;
- inviolabilidade: impossibilidade de ofensa aos direitos fundamentais por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
- universalidade: engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-religiosa;
- interdependência: as diversas previsões constitucionais acerca dos direitos fundamentais, embora autônomas, possuem intersecções para atingirem sua finalidade;
- complementariedade: os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas de forma conjunta.³⁷

31 LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 29-33.

32 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 517

33 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 30.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 30.

35 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 30.

36 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 9 ed.at. São Paulo: Atlas, 2013. p.95.

37 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. p.95-96.

Os direitos fundamentais podem ser classificados, pelos menos, a partir de quatro critérios: conteúdo, titularidade, posições jurídicas e surgimento histórico. Sobre esse último critério, modernamente, a doutrina apresenta a classificação de direitos fundamentais baseada na origem histórica cronológica em que passaram a ser institucionalmente reconhecidos.

Nesse sentido, Paulo Bonavides faz referência expressa ao termo “gerações” dos direitos fundamentais para explicar a inserção histórica deles nas constituições dos países, sendo este posicionamento defendido por outros constitucionalistas.³⁸

Entretanto, parte da doutrina têm se levantado contra a expressão acima firmada, uma vez que, para eles, o termo “gerações” é impróprio para definir esta evolução histórica dos direitos fundamentais, pois ela pode desencadear a falsa ideia de substituição de uma geração por outra, o que jamais poderá acontecer.

Defende-se, assim, o uso da expressão “dimensão”, e não “geração”. A título exemplificativo, ensina Cançado Trindade:

[...] a fantasia nefasta das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno de hoje testemunhamos não é o de sucessão, mas antes, de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos. As razões histórico-ideológicas da compartimentalização já há muito desapareceram. Hoje podemos ver com clareza que os avanços nas liberdades públicas em tantos países nos últimos anos devem necessariamente fazer-se acompanhar não de retrocesso – como vem ocorrendo em numerosos países – mas de avanços paralelos no domínio econômico-social.³⁹

Pode-se classificar os direitos fundamentais em três dimensões (ou gerações).

Os direitos de primeira geração ou dimensão referem-se às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos (liberdades públicas). Foram os primeiros a ser conquistados pela humanidade, sendo aqueles que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo ou para grupos particulares uma esfera de liberdade em relação a ele. Num segundo momento, foram proclamados os direitos políticos, que concebem a liberdade não apenas negativamente, mas positivamente, tendo como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros da comunidade no poder político (liberdade no Estado).⁴⁰

Logo, os direitos fundamentais de primeira dimensão representam os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões.⁴¹

Adiante, constituindo uma expressão do amadurecimento de novas exigências, a exemplo do bem-estar e da igualdade material, são defendidos os direitos econômicos, sociais e culturais (liberdade através ou por meio do Estado ou direitos positivos), denominados como direitos de segunda dimensão.

Com efeito, os direitos fundamentais de segunda dimensão, ao invés de negarem ao Estado uma atuação, exigem dele que preste políticas públicas, tratando-se, portanto de direitos positivos, impondo ao Estado uma obrigação de fazer, correspondendo aos direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros.

São considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza na sociedade) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.⁴²

38 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 563.

39 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p 390.

40 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32-33.

41 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*.

42 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 50.

Ao lado desses direitos emergiram os chamados direitos de terceira dimensão, relacionados à solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao bem-estar, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.⁴³

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são denominados de direito de fraternidade ou de solidariedade porque têm natureza de implicação universal, alcançando uma característica de transindividualismo e sustentabilidade e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados.⁴⁴

Destarte, os direitos fundamentais de terceira dimensão possuem como seus sujeitos ativos uma titularidade difusa ou coletiva, uma vez que não visualizam o homem como um ser singular, mas toda a coletividade ou o grupo.

Tem-se assim que a primeira geração seria a dos direitos de liberdade; a segunda, dos direitos à igualdade; e a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.⁴⁵

Mister ressaltar que, atualmente, há doutrinadores que defendem, inclusive, a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, relacionados à engenharia genética⁴⁶, ou à globalização política⁴⁷, e até mesmo de uma quinta dimensão, que corresponderia ao direito fundamental à paz.⁴⁸

2 SUSTENTABILIDADE, SUAS DIMENSÕES E A CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO AMBIENTAL DE DIREITO

Juntamente com a evolução histórica dos direitos fundamentais, especialmente com o advento da segunda e terceira dimensão de tais direitos, emerge a necessidade de proteção e garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do bem-estar.

Ora, tais direitos nada mais são do que consequência da efetiva aplicação do conceito de sustentabilidade, definida como um conjunto de normas e preceitos por meio dos quais se desenvolvem e garantem os direitos fundamentais e, por outra, os valores que sustentam a liberdade, a justiça e a igualdade, que se converteram em princípios universais do direito que inspiram o ordenamento jurídico das nações mais civilizadas e da comunidade internacional.⁴⁹

Depreende-se que o conceito de sustentabilidade determina a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.⁵⁰

A sustentabilidade busca alcançar todas as diferentes vertentes do bem-estar, incorporando-se como verdadeiro paradigma axiológico do Estado de Direito Contemporâneo.⁵¹ Por esse motivo, uma vez que objetiva tutelar todas essas dimensões do bem-estar, diz-se que ela é multidimensional.

Diversas são as classificações relativas às dimensões da sustentabilidade. Comum à quase totalidade das dimensões enumeradas pela doutrina, pode-se citar a social, ambiental e econômica.

A dimensão social é fulcrada num processo de melhoria da qualidade de vida da sociedade para redução

43 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. p.97.

44 MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 74-75.

45 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.

46 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*.

47 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 571-572.

48 HONENSKO, Raquel Schlommer. Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In: FACHIN, Zulmar (coord.) *Direitos Fundamentais e Cidadania*. São Paulo: Método, 2008. p. 195-197.

49 GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. *O princípio da sustentabilidade e os portos: a atividade portuária como garantidora da dimensão econômica e social do princípio da sustentabilidade*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Ambiental e Sustentabilidade) – Universidade de Alicante, Espanha, 2011. p. 130.

50 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p.41.

51 RAMMÊ, Rogério Santos. Federalismo Ambiental Cooperativo e Mínimo Existencial Socioambiental: a Multidimensionalidade do bem-estar como fio condutor. *Vévedas do Direito*, Belo Horizonte, v.10, n.20, jul/dez 2013. p.150.

de discrepâncias entre a opulência e a miséria, com a consequente garantia dos direitos sociais, possibilitando pelo menos a manutenção do mínimo existencial para que ocorra proteção ambiental.⁵² Ela abriga os direitos fundamentais sociais.⁵³

A dimensão ambiental compreende a garantia da proteção do planeta, a fim de manter as condições que possibilitam a vida na Terra. Para tanto, é necessário desenvolver normas globais, de caráter imperativo, com intuito de que essa dimensão seja eficaz.⁵⁴ Refere-se ao direito das gerações atuais, sem prejuízo das futuras, ao ambiente limpo, em todos os aspectos (meio ecologicamente equilibrado).⁵⁵

A dimensão econômica da sustentabilidade consiste na ponderação entre eficiência e equidade, ou seja, o sopesamento fundamentado, em todos os empreendimentos (públicos e privados), dos benefícios e dos custos diretos e indiretos (externalidades)⁵⁶, no sentido da melhoria da qualidade de vida das pessoas, com a consequente e necessária diminuição da pobreza alarmante, principalmente nos países em desenvolvimento.⁵⁷

Traz como desafio o de aumentar a geração de riqueza de forma ambientalmente sustentável e encontrar mecanismos para uma distribuição mais equitativa.⁵⁸

Fazendo-se um paralelo entre das dimensões da sustentabilidade com as dimensões dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que as dimensões social e econômica da sustentabilidade guardam pertinência com a segunda dimensão dos direitos fundamentais, uma vez que os direitos econômicos e sociais fazem parte do escopo da referida dimensão.

Já sob a ótica da tutela dos direitos fundamentais de terceira geração, a construção de uma sociedade sustentável passa pela aplicação do princípio da solidariedade econômica e social, para alcançar um desenvolvimento sustentável, tutelando-se o meio ambiente, e orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.⁵⁹

Tal forma de Estado é denominada Estado Ambiental de Direito, fulcrada em um novo sistema de mercado e numa redefinição do próprio direito de propriedade, privilegiando a qualidade de vida e o direito ecologicamente equilibrado.⁶⁰

A construção desse Estado Ambiental de Direito passa, assim, pela consolidação da sustentabilidade como seu pilar balizador.

Ocorre que, em algumas situações, a busca pela efetivação da sustentabilidade pode implicar a colisão entre suas próprias dimensões (social, econômica e ambiental) e, em última análise, com outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o choque entre o direito social à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, surgido em razão da ocupação irregular de áreas de proteção e de preservação ambiental por pessoas que não dispõem de outra opção de moradia, como será a seguir analisado.

3 DIREITOS SOCIAIS E ESTADO AMBIENTAL DE DIREITO

3.1 Direito Social à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Como já explanado, o direito à moradia, de forma digna, é um dos direitos sociais inseridos na segunda

52 GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. *O princípio da sustentabilidade e os portos*.

53 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*. p.57-58.

54 SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloíse Siqueira Garcia (org). *Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer*: [recurso eletrônico]. v. 1. Dados eletrônicos.–Itajaí : UNIVALI, 2014. p.20.

55 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*. p.57.

56 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*. p.65.

57 GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. *O princípio da sustentabilidade e os portos*. p. xiii, xiv e xx.

58 FERRER, Gabriel Real. *Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro?* p. 320.

59 CAPELLA, Vicente B. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994. p. 248.

60 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p 20.

dimensão dos direitos fundamentais.

A realidade, contudo, mostra que as cidades apresentam consideráveis índices de déficit habitacional, sem perspectiva de solução em um horizonte próximo.

Causada por uma série de fatores, como a desigualdade social e a falta de planejamento das cidades, a não efetivação desse direito social tem ocasionado um fenômeno de ocupação de áreas situadas em locais de risco e de preservação permanente.

A ocupação irregular de espaços localizados em áreas de preservação permanente, ainda que para fins de moradia, por sua vez, atenta contra um dos direitos fundamentais de terceira dimensão, qual seja, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, um dos pilares do Estado Ambiental de Direito.

Nos tópicos anteriores foi demonstrado que as dimensões dos direitos fundamentais não são substituídas uma pela outra, e sim possuem o caráter cumulativo e complementar.⁶¹

Nessa linha, deve-se buscar compatibilizar tais direitos, de modo a garantir a plena eficácia de ambos nas diversas situações em que aparentemente ameaçarem colidir.

3.2 Solução de possíveis (ou aparentes) colisões entre ambos

A respeito de possível antinomia entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à moradia, Edésio Fernandes afirma que, na verdade, trata-se de mais uma expressão de um velho conflito entre defensores da chamada “agenda verde” do meio ambiente e os defensores da chamada “agenda marrom” das cidades.⁶²

Defende o referido autor que dois são direitos constitucionalmente protegidos, tendo a mesma raiz conceitual, qual seja, o princípio da função socioambiental da propriedade. O desafio, destarte, é compartilhar esses dois valores e direitos, o que somente pode ser feito através da construção não de cenários ideais, certamente não de cenários inadmissíveis, mas de cenários possíveis.⁶³

Com efeito, deve-se buscar a compatibilização de tais direitos, e não a exclusão de um pura e simplesmente em favor do outro. Mas, como efetivar tal ponderação?

O legislador nacional demonstra uma das possibilidades no bojo da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, que dispõe sobre a concessão de uso especial de imóvel para moradia. Dentre outras hipóteses, a citada Medida Provisória autoriza o Poder Público a assegurar ao cidadão o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em outro local, quando o imóvel originário estiver situado em área de preservação ambiental.⁶⁴

Outros diplomas normativos, como a Lei federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012 (novo diploma Florestal) e a Lei federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, também buscam fornecer mecanismos de resolução de tal quadro, seja enquadrando a construção de moradias como sendo atividade de baixo impacto ambiental⁶⁵, seja autorizando o abrandamento de exigências ambientais ou até mesmo sua exclusão.⁶⁶

Igualmente na jurisprudência esse aparente conflito entre os referidos direitos também tem sido objeto de discussão. Como exemplo, pode-se citar demanda em que uma mulher chefe de família, com dois filhos, exercendo, de modo regular, a atividade pesqueira, residia em imóvel situado em área de preservação permanente. Na

61 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 55.

62 FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

63 FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito urbanístico*.

64 BRASIL. *Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001*. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano–CNDU e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.

65 BRASIL. *Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015. Art. 3º, X, “e”.

66 BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015. Art.42-A, V.

ocasião, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região autorizou sua permanência no local, conforme se depreende da ementa do respectivo acórdão:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. DIREITO À MORADIA. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. DESOCUPAÇÃO FORÇADA E DEMOLIÇÃO DE MORADIA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. POSSE ANTIGA E INDISPUTADA. AQUIESCÊNCIA DO PODER PÚBLICO. DISPONIBILIDADE DE ALTERNATIVA PARA MORADIA.

[...]

3. A concorrência do direito ao ambiente e do direito à moradia requer a compreensão dos respectivos conteúdos jurídicos segundo a qual a desocupação forçada e demolição da moradia depende da disponibilidade de alternativa à moradia. 4. Cuidando-se de família pobre, chefiada por mulher pescadora, habitando há longo tempo e com aquiescência do Poder Público a área de preservação ambiental em questão, ausente risco à segurança e de dano maior ou irreparável ao ambiente, fica patente o dever de compatibilização dos direitos fundamentais envolvidos. 5. O princípio de interpretação constitucional da força normativa da Constituição atenta para a influência do conteúdo jurídico de um ou mais direitos fundamentais para a compreensão do conteúdo e das exigências normativas de outro direito fundamental, no caso, o direito ao ambiente e direito à moradia.

[...]

8. Proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que o sujeito diretamente afetado seria visto como meio cuja remoção resultaria na consecução da finalidade da conduta estatal, sendo desconsiderado como fim em si mesmo de tal atividade. 9. Concretização que busca prevenir efeitos discriminatórios indiretos, ainda que desprovidos de intenção, em face de pretensão de despejo e demolição atinge mulher chefe de família, vivendo em sua residência com dois filhos, exercendo, de modo regular, a atividade pesqueira. A proibição da discriminação indireta atenta para as consequências da vulnerabilidade experimentada por mulheres pobres, sobre quem recaem de modo desproporcional os ônus da dinâmica gerados das diversas demandas e iniciativas estatais e sociais.⁶⁷

Sem embargo dos exemplos citados na legislação e na jurisprudência, é necessário que se perquirira, diante de cada caso, qual solução atende em maior medida a uma garantia constitucional, com menor vulneração da outra.

Nesse diapasão, entende-se que é na própria concepção de sustentabilidade, inerente ao Estado Ambiental de Direito, que se pode ter definitivo equacionamento, na medida em que se preserve e proteja os recursos naturais, sem ignorar as necessidades humanas e sobretudo o mínimo existencial.⁶⁸

Não se trata de medida imediata, mas de um processo de construção de uma sociedade sustentável, na qual a sustentabilidade, em todas as suas dimensões, passa a ser diretriz vinculante do particular e do Poder Público. Acolhida essa premissa, a moradia em zonas seguras e ambientalmente viáveis será vista como direito insofismável, evoluindo-se para a condescendência zero em relação à insustentabilidade.⁶⁹

A consolidação e coexistência plenamente harmônica do direito social à moradia e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Estado Ambiental de Direito passa pela mudança do atual paradigma de comportamento humano para o de uma nova sociedade, pautada na sustentabilidade, privilegiando a qualidade de vida, sem prejuízo, contudo, à proteção ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais, até por suas características, conferem proteção especial de determinados bens jurídicos considerados essenciais.

Com a sua evolução histórica, vislumbrada em cada dimensão de direitos, mais bens jurídicos foram sendo tutelados e especialmente protegidos, de forma cumulativa, e não substituta. Assim, a tutela dos direitos sociais, como o à moradia, vislumbrada na segunda dimensão, não exclui a garantia de proteção dos direitos civis e políticos, marco da primeira dimensão dos direitos fundamentais.

Da mesma forma, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de terceira dimensão, não substitui ou se sobrepõe ao direito social à moradia. Mesmo no contexto do Estado Ambiental de Direito, no qual o meio

67 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível nº 2006.72.04.003887-4*. Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios. D.E. 10 jun. 2009.

68 D'AMBROSIO, Daniela. A sustentabilidade como critério de ponderação entre moradia e meio ambiente saudável. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*. jan. 2013. p.22-26.

69 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*. p. 120.

ambiente é especialmente tutelado, a aplicação do princípio da solidariedade econômica e social não deve subtrair outros direitos fundamentais historicamente conquistados.

Nesse contexto, surge o conceito de sustentabilidade, que vem a consolidar justamente essa premissa, uma vez que busca alcançar todas as diferentes vertentes do bem-estar, e por conseguinte, da concretização dos direitos de todas as dimensões de direitos fundamentais, também tuteladas pelas dimensões da própria sustentabilidade.

Na prática, porém, há situações de aparente colisão entre direitos fundamentais. Como se procurou demonstrar, tal hipótese ocorre, por exemplo, na ocupação irregular, para exercício do direito social à moradia, de espaços localizados em área de preservação permanente, ofendendo o direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse caso, sem embargo de algumas medidas presentes no ordenamento jurídico e verificadas no âmbito do Poder Judiciário, citadas no presente artigo, entende-se que é na concepção da sustentabilidade, e sua plena consolidação no Estado (Ambiental) de Direito, e, em última análise, na própria sociedade, que se encontra o caminho para resolução de tal situação.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BRASIL. *Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. *Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001*. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano–CNDU e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível nº 2006.72.04.003887-4*. Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios. D.E. 10 jun. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPELLA, Vicente B. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994.

D'AMBROSIO, Daniela. A sustentabilidade como critério de ponderação entre moradia e meio ambiente saudável. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, jan. 2013. p.22-26.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERRER, Gabriel Real. *Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro?*

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. *O princípio da sustentabilidade e os portos: a atividade portuária como garantidora da dimensão econômica e social do princípio da sustentabilidade*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Ambiental e Sustentabilidade) – Universidade de Alicante, Alicante, Espanha, 2011.

HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In: FACHIN, Zulmar (coord.) *Direitos Fundamentais e Cidadania*. São Paulo: Método, 2008.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 9 ed.at. São Paulo: Atlas, 2013.

RAMMÊ, Rogério Santos. Federalismo Ambiental Cooperativo e Mínimo Existencial Socioambiental: a Multidimensionalidade do bem-estar como fio condutor. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.10, n.20, jul/dez 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira Garcia (org). *Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer*. [recurso eletrônico]. v. 1. Dados eletrônicos.–Itajaí : UNIVALI, 2014.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

EXPANSIONISMO PENAL E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CRISE: SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

João Luiz de Carvalho Botega⁷⁰

SUMÁRIO: Introdução; 1. Sobre o Direito Penal do Inimigo; 2. Direitos Fundamentais em Crise: a incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com a Constituição Brasileira; 2.1 Direito Penal do Inimigo e Isonomia: da desigualdade material à desigualdade formal; 2.2 Direito Penal do Inimigo e Presunção de Inocência: a constituição não tolera prognósticos de culpa; 2.3 Direito Penal do Inimigo e Devido Processo Legal: o processo como instrumento contra – e não a favor – dos excessos do estado; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais derivam de um processo de maturação histórica da humanidade de contenção ao abuso do poder do Estado e respeito à dignidade humana. Daí dizer-se que os direitos fundamentais são nada mais que elementos concretizadores da dignidade humana. Entre eles estão, sem dúvida, a isonomia ou igualdade dos cidadãos perante e dentro da lei, a presunção ou o estado de inocência e o devido processo legal. Sem essas três importantíssimas garantias jurídicas, certamente não haveria como limitar a atuação arbitrária do Estado e, logo, não haveria como se falar na própria dignidade do homem. Ocorre que, em tempos de crise do capital, esses direitos sofrem pressões econômicas e políticas que objetivam limitá-los ou diminuí-los, e isso se mostra sempre de forma mais sensível no campo do direito penal, já que é nesse local que acabam por desaguar os indesejados – cada vez mais numerosos – do sistema econômico.

O direito penal do inimigo, na formulação de Günter Jakobs, pretende neutralizar/aniquilar aqueles sujeitos que não correspondem às *expectativas normativas* da sociedade, razão por que não podem ser tratados como *cidadãos*, mas como *inimigos*. E aos *inimigos* identificados não caberia um direito e processo penal dotado de garantias mínimas: não se garantem a isonomia, a presunção de inocência e o devido processo legal que protegem o *cidadão*.

Assim, aproximam-se os dois objetos de estudo, os direitos fundamentais acima referidos e o direito penal do inimigo, para que se passe a examinar se os postulados dessa teoria colidem ou não com certas prerrogativas garantidas pelo ordenamento constitucional vigente.

Em última análise, a questão que se coloca é saber se há espaço, dentro do modelo de processo e direito penal eleito pela Constituição Federal, para o desenvolvimento de leis e práticas judiciais inspiradas na teoria do direito penal do inimigo.

1 SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

As teorias *não surgem do nada*, pois todo sistema de pensamento humano é construído por meio de um processo de maturação histórica (e dialética); de modo diverso não ocorreu com a doutrina do direito penal do inimigo: possui ela bases sociológicas e filosóficas (políticas)⁷¹. Aliás, “a visão do delinqüente, ou pelo menos de alguns tipos de delinqüente, como ‘inimigos’, bem como a idéia de sua *exclusão* da sociedade e do Estado, não é em absoluto nova, mas algo muito mais antigo que permaneceu ao longo da história até os dias de hoje”.⁷²

Na sociologia, Günter Jakobs apóia-se especialmente em Niklas Luhmann, autor este que não serve somente

70 Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em direito penal e criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC/UP (2010). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina. E-mail: joaobotega@gmail.com

71 “É preciso levar em consideração, como um dado particularmente relevante, que a idéia atual de um Direito Penal do inimigo formulada por Jakobs não surgiu do nada. Pelo contrário, ele parte de uma sólida tradição que parece mostrar que a idéia jusfilosófica e teórico-política do Direito Penal do inimigo representa uma constante histórica” (MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 92-93).

72 MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*, p. 94.

para explicar a existência do *inimigo*, mas que baseia toda uma teoria funcionalista-sistêmica do delito e sustenta a chamada Imputação Objetiva, na versão do professor de Bonn⁷³. Na filosofia, mais especificamente na teoria política, Jakobs vai fundamentar sua proposta em gigantes do pensamento moderno, como Kant, Hobbes, Rousseau e também Fichte.

Em primeiro lugar, Günter Jakobs desenvolve sua teoria em torno das *expectativas normativas* de Luhmann, ou seja, que o direito penal serve para tutelar e restaurar a *confiança na vigência da norma*.

A seu ver – escreve Luís Greco referindo-se a Jakobs –, normas são, em primeira linha, parâmetros de interpretação, que fazem do mundo da natureza um mundo de sentido ou de comunicação. É a norma que faz da causação de uma morte um homicídio, é ela que fundamenta a expectativa e a confiança em que tais fatos não serão cometidos pelos outros, possibilitando, assim, a orientação num mundo complexo, e é ela que faz de um sistema psico-físico uma pessoa, que pode ser autor ou vítima de um delito. Tais atribuições não ocorrem no plano da natureza, e sim no da comunicação, não sendo, portanto, falsificáveis em razão de contingências relativas aos dados naturais ou fáticos – elas vigoram, portanto, também contra a natureza, contra os fatos: contrafaticamente.

Mas apesar desta estrita separação entre natureza e sentido, o plano do sentido não é tão independente do plano da natureza quanto se poderia à primeira vista imaginar. Por ex., se homicídios fossem cometidos repetidamente, em algum momento estaria afetada a confiança na vigência da proibição do homicídio.⁷⁴

Segundo o penalista alemão, cada cidadão tem papéis a cumprir perante a sociedade, o que ele chama de *rol de competências*. Se toda pessoa agir conforme o que se espera dela (o que se espera de seu papel social, por exemplo, como empresário, como pai, como professor etc.), a expectativa que a sociedade tem de seus atos continua sendo respeitada⁷⁵.

Entretanto, se tal pessoa quebra esta expectativa, expectativa de que um cidadão será fiel ao direito, ela estará comunicando à sociedade que despreza o valor da norma; então, o Estado terá de agir – conforme um direito penal do cidadão – e impor-lhe uma pena que reafirme o valor da norma perante a sociedade. Em suma, prevenção geral positiva.

[...] os delitos só acontecem em uma comunidade ordenada, no Estado, do mesmo modo que o negativo só se pode determinar ante a ocultação do positivo e vice-versa. E o delito não aparece como princípio do fim da comunidade ordenada, mas só como infração desta, como deslize reparável. Para esclarecer o que foi dito, pense no sobrinho que mata seu tio, com o objetivo de acelerar o recebimento da herança, a qual tem direito. Nenhum Estado sucumbe por um caso destas características. Ademais, o ato não se dirige contra a permanência do Estado, e nem sequer contra a de suas instituições. [...]

Por isso, o Estado moderno vê no autor de um fato [...] normal [...], não como um inimigo que há de ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que, mediante sua conduta, tem danificado a vigência da norma e que, por isso, é chamado – de modo coativo, mas como cidadão (e não como inimigo) – a equilibrar o dano, na vigência da norma. Isto se revela com a pena, quer dizer, mediante a privação de meios de desenvolvimento do autor, mantendo-se a expectativa defraudada pelo autor, tratando esta, portanto, como válida, e a máxima da conduta do autor como máxima que não pode ser norma.⁷⁶

Esse esquema de *expectativa normativa* é coerente (dentro da concepção de Jakobs) quando se trata de um cidadão que por um momento se afasta – em um *deslize* – de seu *rol de competências* e acaba por ferir a expectativa social de que ele continuaria fiel ao Direito.

Contudo, quando “a expectativa normativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura”⁷⁷, ou seja, quando o sujeito é *reincidente* – não na acepção técnica do termo, mas no sentido do sujeito reiteradamente criminalizado – ou comete *obras toscas* – crimes graves e de repercussão social alargada – ou, ainda, é um *terrorista*, não há por que, segundo Jakobs, tratar esse delincente como cidadão ou mesmo como pessoa, pois

73 Ressalte-se que a Teoria da Imputação Objetiva, que tem seu expoente em Claus Roxin (o qual, por sua vez, não se apóia em Luhmann – seu sistema é funcionalista teleológico-racional e não sistêmico), é uma teoria racionalizadora da dogmática penal e, por isso, ao contrário do direito penal do inimigo (advirta-se que o prof. Roxin, homem comprometido com a contenção do sistema penal, nada tem a ver com a proposta de Jakobs), deve ser usada pelos atores jurídicos quando necessário. Para uma visão geral dessa teoria, vide o ótimo livro de GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

74 GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 22 mar 2015.

75 “Pessoa é o destino de expectativas normativas correspondentes a papéis, porque ser pessoa significa ter que representar um papel” (MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*, p. 136)

76 JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 32-33.

77 JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*, p. 34.

a expectativa criada é que o sujeito se afaste cada vez mais da conduta fiel ao direito⁷⁸.

Como escreve Greco,

Pessoa, em *Jakobs*, é um termo técnico, que designa o portador de um papel, isto é, aquele em cujo comportamento conforme à norma se confia e se pode confiar. “Um indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as bênçãos do conceito de pessoa.” Inimigos são “a rigor não-pessoas,” lidar com eles não passa de “neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem.”⁷⁹

Desse modo, o direito penal do cidadão, aquele que garante a *expectativa normativa*, não poderá servir para restaurar a vigência da norma mediante uma pena – reafirmação do valor normativo do direito – se desde já se sabe que se trata de um sujeito cuja conduta é amiúde considerada *infiel* ao direito. Daí surge o termo para designar este sujeito *infiel*: trata-se do *inimigo*.

Conforme este autor – *Zaffaroni refere-se à Jakobs* –, o direito penal deveria habilitar o poder punitivo de uma maneira para os *cidadãos* e de outra para os *inimigos*, reservando seu caráter de *pessoa* para os primeiros e considerando *não-pessoas* os segundos, confinando, porém, esta habilitação num compartimento estanque do direito penal, de modo que todo o resto continue funcionando de acordo com os princípios do direito penal liberal. Tratar-se-ia de uma espécie de *quarentena penal do inimigo*.

Para Jakobs, a pena cumpre a função de reafirmar a vigência da norma, e essa função continuaria a ser cumprida no direito penal do *cidadão*, enquanto que no direito penal do *inimigo* deveria operar como um puro impedimento físico.⁸⁰

E para o professor de Bonn, legitimado pelos filósofos contratualistas (Hobbes e Kant, em especial), é possível ao Estado retirar deste *infiel* sua condição de pessoa e passar a tratá-lo como *inimigo*, pois “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”⁸¹.

Ao *inimigo* identificado não valerá a regra da prevenção geral, mas o critério de periculosidade. Em outras palavras, o fim do direito penal aqui não é restaurar a confiança na vigência da norma, mas anular a periculosidade do *inimigo* antes que ele confirme a expectativa criada: cometa mais um delito.

Portanto, no lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena – de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo em lugar de comunicação, Direito penal do inimigo (neste contexto, Direito penal ao menos em um sentido amplo: a medida de segurança tem como pressuposto a comissão de um delito) ao invés do Direito penal do cidadão [...]

O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) *combate perigos*.⁸²

Assim, o direito penal do inimigo, diferente do direito penal do cidadão, pode ter princípios flexíveis, pois o inimigo é um mal que deve ser combatido e contido (mesmo que apenas fisicamente); não é cidadão, ou seja, poderá ser interceptado em momento prévio à lesão ao bem jurídico e não terá direito a um processo judicial dotado de garantias mínimas.⁸³

Características do direito penal do inimigo são uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos da delinquência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade. Na mais recente manifestação, são mencionados como ulteriores exemplos do direito penal do inimigo alguns pressupostos

78 “Inimigo é um indivíduo que, não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais; o antigo delinquentes habitual ‘perigoso’ segundo o parágrafo 20 do Código penal alemão), ou em sua ocupação profissional (delinquência econômica, delinquência organizada e também, especialmente tráfico de drogas), ou principalmente através de uma organização (terrorismo, delinquência organizada, novamente o tráfico de drogas ou o antigo ‘complot de assassinato’), isto é, em qualquer caso, de uma forma supostamente duradoura, tem abandonado o direito e, portanto, não garante a mínima certeza de segurança de comportamento pessoal e demonstra este déficit através de seu comportamento” (JAKOBS, Günther *apud* CONDE, Francisco Muñoz. *As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”*. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2005-2/ReformasParteEspecial-RECJ.02.01-05.pdf>>. Acesso em: 22 mar 2015).

79 GRECO, *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Assim também Luis Gracia Martín: “Por conclusão, a ‘pessoa’ é algo distinto de um ser humano; este é o resultado de processos naturais, e aquela é um produto social definido como ‘a unidade ideal de direitos e deveres que são administrados através de um corpo e de uma consciência’” (MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*, p. 136)

80 ZAFFARONI, *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 156.

81 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*, p. 36. E mais adiante: “Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas” (p. 42)

82 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*, p. 23-30.

83 “O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra” (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*, p. 30)

da prisão preventiva, as medidas de segurança, a custódia de segurança e as prisões de Guantánamo.⁸⁴

Na lógica (coerente⁸⁵, diga-se) de Jakobs, a introdução do direito penal do inimigo devidamente delimitado em um ordenamento jurídico representaria uma forma de conter e evitar a contaminação do direito penal do cidadão por manifestações legislativas e práticas jurisprudenciais que deveriam servir somente aos *infiéis*, mas que, na realidade, atingem a todos sem distinção.

Desse modo, pode-se concluir que Jakobs, apesar dos pesares, procura um meio de *conter* o poder punitivo, e não de *expandi-lo*, embora sua proposta pareça, em primeira análise, contradizer seu desiderato.

A proposta de Jakobs desencadeou um intenso e singular debate na doutrina penal contemporânea, embora a discussão tenha perdido um pouco de seu fôlego nos últimos dois ou três anos. Curioso notar, como faz Luís Greco, que “a introdução do conceito por Jakobs duas décadas atrás ou mal foi notada, ou foi aplaudida como uma ‘impressionante defesa da liberdade dos cidadãos’”⁸⁶.

Sem embargo, o direito penal do inimigo recebeu também uma série de críticas bastante duras, como as de Luís Greco⁸⁷, Cancio Meliá⁸⁸, Muñoz Conde⁸⁹ e Luis Gracia Martín⁹⁰; dentre as que podem ser consideradas mais *racionais* (ou seja, menos emotivas ou retóricas), viu-se, não sem razão, certa proximidade⁹¹ entre a proposta de Jakobs e o pensamento de Carl Schmitt e também de Edmund Mezger, teóricos do nacional-socialismo alemão, de triste memória⁹².

Das diversas questões formuladas pela doutrina crítica, duas não foram satisfatoriamente respondidas por Jakobs: uma é *quem define o inimigo*, ou seja, à qual pessoa (ao juiz? ao soberano?) ou grupo de pessoas (ao tribunal? ao congresso?) caberá a responsabilidade de dizer que certo ser humano é *cidadão* ou *inimigo* – e arcar com todas as consequências daí advindas; e, outra, *quando e como o inimigo é definido*, isto é, em que momento (em sentença? em lei? ou o inimigo já o é ontologicamente?) e sujeito a qual procedimento que se poderá rotular alguém como *inimigo* (um processo criminal? um processo especial? uma votação? uma decisão unilateral?).

Daí a se concordar inteiramente com Albin Eser, citado por Muñoz Conde, que arremata com grande lucidez:

Esta ‘frieza’ de que se deduz da concepção (do delito) reduzida à lesão normativa assusta ainda mais, quando se contrapõe a frente construída por Jakobs entre um ‘Direito penal do cidadão’ respeitoso com o Estado de Direito e um ‘Direito penal do inimigo’ emanado do poder estatal. Inimigos como ‘não pessoas’, é uma consideração que já conduziu alguma vez à negação do Estado de Direito, quaisquer que sejam os critérios que se utilizem para determinar quem é ‘cidadão’ e quem ‘inimigo’. Quem pode dizer realmente quem é o bom cidadão ou o maior inimigo? O que por razões políticas e acreditando-se que atua pelo bem comum comete um delito contra o Estado e contra a liberdade de outro, ou o que escava a base econômica do Estado aproveitando qualquer possibilidade de defraudar impostos, cometer delito fiscal ou uma fraude de subvenções? **Uma coisa é propor sistemas jurídicos, por muito coerentes que possam ser em si mesmos, e outra coisa é pensar nas consequências que deles se possam derivar – e isto não é menos importante no marco da responsabilidade científica.**⁹³

84 GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*.

85 “[...] o discurso de Jakobs deve ser reconhecido não só como meticulosamente coerente, mas de uma grande potência teórica e política” (MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. p. 142)

86 GRECO, Luis. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Mais adiante escreve Luís Greco que: “As primeiras respostas [ao Direito Penal do Inimigo] não foram muito críticas. No relatório das discussões ocorridas no congresso de 1985, encontram-se várias manifestações positivas, que ou cuidam de aspectos dogmáticos da distinção entre direito penal do cidadão e do inimigo, ou limitam a criticar aspectos secundários, como a falta de clareza, ou não apenas acatam de todo a ideia, mas também a levam adiante. No congresso de professores de direito penal de 1985, objeções foram um fato singular. Até a virada do milênio, permaneceu o direito penal do inimigo uma figura quase que ignorada. Ou se utilizava o conceito para descrever criticamente tendências da moderna legislação penal, ou se cuidava mais de problemas dogmáticos específicos. Houve também uma tentativa de formular condições de legitimidade de um inevitável direito penal do inimigo, tentativa essa que não atraiu atenção alguma”.

87 GRECO, Luis. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*: “Como conceito legitimador-afirmativo, ele é nocivo; como conceito descritivo, inimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário”.

88 JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas, p. 75-81.

89 CONDE, Francisco Muñoz. *As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003*: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”.

90 MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*.

91 Apesar da dita proximidade, seria incorreto, contudo, dizer que Jakobs nutre-se ou utiliza-se das ideias de Schmitt e Mezger. O que Jakobs propõe é uma tática de contenção do poder punitivo, dentro do Estado de direito, enquanto que os teóricos do nazismo pretendiam a expansão do controle penal e, por isso, partiam da tradição garofaliana de inimigo ôntico, que só é admissível num Estado absoluto. Nesse sentido: ZAFFARONI, *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 160.

92 De se ressaltar que a colaboração de Schmitt e Mezger ao regime nazista não invalida por completo as grandes contribuições destes juristas ao direito. Sobre este último autor, confira-se o excelente trabalho de: CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo*: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

93 ESER, Albin in CONDE, *As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003*: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”, sem grifos no original.

Cabe fazer, ainda, no contexto das críticas dirigidas ao direito penal do inimigo, uma referência especial às críticas de Eugenio Raúl Zaffaroni e de Juárez Cirino dos Santos. Segundo o mestre argentino,

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como *entes perigosos ou daninhos*. Esses seres humanos são assinalados como *inimigos* da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.⁹⁴

E essa constatação não é apenas *de fato* (histórica ou sociológica), mas também *de direito*, “posto que tanto as leis quanto a doutrina jurídica legitimam este tratamento diferenciado”⁹⁵. A justificação científica da introdução do conceito de *inimigo* no direito penal veio com a criminologia etiológica (positivista) de Rafael Garofalo, esta que procurava um *inimigo óptico*, mau por natureza⁹⁶, que acabou coroada com a legitimação do genocídio pelo direito penal no século XX⁹⁷.

A introdução do conceito de inimigos, para Zaffaroni, é incompatível com o Estado de direito, servindo apenas para um Estado absoluto e pretendê-la desta forma representa uma verdadeira *contraditio in terminis*, pois *não existem conceitos limitados de inimigos*. O que Jakobs almeja é inserir elementos próprios de Estados autoritários no interior do Estado de direito, sem se dar conta que isso o implode⁹⁸. Assim, cabe à doutrina consequente com o Estado republicano, se não conseguir extirpar, ao menos limitar e reduzir tal fenômeno.

Juárez Cirino dos Santos inicia suas críticas ao direito penal do inimigo lembrando que a teoria divide a sociedade em categorias antagônicas de *cidadão* e de *inimigo*, que poderiam ser exprimidas nos exemplos do sobrinho que mata o tio para antecipar a herança como *fato do cidadão*, e da criminalidade organizada, econômica ou sexual e, em especial, ações de terrorismo político como *fatos do inimigo*.⁹⁹

Isso leva a um silogismo jurídico peculiar ao direito penal do inimigo: quem pratica ações de terrorismo ou da criminalidade sexual etc. é inimigo e deve ser processado sem garantias legais mínimas (*premissa maior*); um sujeito A comete um desses delitos (*premissa menor*); logo, o sujeito A deve ser considerado inimigo e processado como se num Estado de exceção (*conclusão lógica do silogismo*).

Embora o silogismo seja interiormente coerente, isso não significa que ele esteja necessariamente correto, em especial se se constata que as premissas de Jakobs “cancelam princípios jurídicos civilizados separando a população entre *cidadãos* e *inimigos*, tudo conforme sentimentos idiossincráticos ou opções ideológicas deste ou daquele **funcionário** do Sistema de Justiça Criminal, com a consequência de reinstaurar o proscrito Direito penal do **autor**”.¹⁰⁰

Além disso, o direito penal do inimigo trabalha com um duplo sistema de imputação penal e processual penal: ao *cidadão* o direito penal da culpabilidade e o processo penal de garantias; ao *inimigo* o direito penal preventivo e periculosista e um processo penal sem garantias jurídicas nenhuma.

Entretanto,

O **duplo sistema de imputação** de JAKOBS suprime seculares garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, como expressamente propõe: o processo contra o *inimigo* não precisa ter **forma de Justiça** (*justizförmig*), porque não é regido pelo *processo legal devido*; ao contrário, o processo contra o *inimigo* deve ter **forma**

94 ZAFFARONI, *O inimigo no direito penal*. p. 11.

95 ZAFFARONI, *O inimigo no direito penal*. p. 11.

96 “Para o positivismo, o inimigo ou estranho não era alguém assinalado como tal pelo poder, mas sim pela natureza, pretendendo deste modo a existência ótica do inimigo; [...] As expressões mais grosseiras desta teorização da periculosidade e da pretensão de individualização ótica do inimigo pertencem a Rafael Garofalo, para quem a ciência penal teria por objeto a defesa contra os ‘inimigos naturais da sociedade’ e a indulgência dos magistrados não seria mais que ‘o triunfo da lógica conseguido às expensas da segurança e da moralidade sociais’. ‘Aos olhos do povo’ – escrevia, no que se assemelha ao melhor tom völkisch ou popularesco da publicidade vingativa cool do início do século XXI –, ‘os códigos, os procedimentos e mesmo o Poder Judiciário parece que fizeram um acordo para proteger o criminoso contra a sociedade, em vez de proteger a sociedade contra o criminoso’.” (ZAFFARONI, *O inimigo no direito penal*. p. 93).

97 ZAFFARONI, *O inimigo no direito penal*. p. 102-109.

98 ZAFFARONI, *O inimigo no direito penal*. p. 160.

99 “Esses exemplos e propostas são concluídos por um convite singular, cuja natureza denuncia as raízes ideológico-afetivas da teoria: a quem *isso* pareça obscuro, diz JAKOBS, toda dúvida seria dissipada pelos acontecimentos de 11 de setembro de 2001, representados na memória universal pela cena de destruição das torres gêmeas do World Trade Center mediante impacto de aeronaves comerciais seqüestradas por terroristas do Al Qaeda. Esse apelo parece indicar o papel daqueles acontecimentos nos mecanismos que liberaram os impulsos psíquicos de JAKOBS para separar os sujeitos não perigosos do *direito penal do cidadão* (delinquentes comuns) dos indivíduos perigosos em geral, integrantes de organizações criminosas e outros criminosos por tendência, em especial os terroristas, do *direito penal do inimigo*”. (CIRINO DOS SANTOS, Juárez. *O direito penal do inimigo* – ou o discurso do direito penal desigual. Disponível em: <<http://cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 22 mar 2015, grifos no original.

100 CIRINO DOS SANTOS, Juárez. *O direito penal do inimigo* – ou o discurso do direito penal desigual, grifos no original.

de guerra (*kriegsförmig*): é preciso *destruir o terrorismo*, ou, pelo menos, *matar o terrorista*, ainda que implique a morte de terceiros inocentes, segundo JAKOBS.¹⁰¹

Finalmente – e aqui parece residir a crítica inovadora e mais contundente de Cirino dos Santos –, a teoria do direito penal do inimigo apresenta um modelo de política-criminal sem criminologia; melhor dizendo: um discurso que é aparentemente moderno mas que não leva em consideração séculos de história de evolução do pensamento humano e criminológico.

O salto epistemológico de 4 séculos tentado por JAKOBS é também ingênuo, ao transferir conceitos da metafísica medieval para a sociedade tecnológica do Século 21. Pior ainda, suprime aquisições das modernas ciências sociais e criminológicas, já no âmbito das teorias *etiológicas* da criminalidade, muito mais na área das teorias *políticas* da criminalização [...]

A ingenuidade desse *direito penal do inimigo* não está em apostar na violência do Estado sobre o indivíduo – afinal, um dado universal –, mas em ignorar as aquisições científicas sobre crime e controle social nas sociedades atuais.¹⁰²

Logo, conclui o professor Cirino, o direito penal do inimigo institucionaliza o maniqueísmo nas relações econômicas e políticas da globalização – o ocidente/hemisfério norte civilizado contra a periferia mundial (oriental/hemisfério sul) que permanecem no estado de natureza. Com isso, abre-se um perigoso precedente para fazer casuísmo com as garantias constitucionais dos cidadãos e perde-se mais uma importante barreira contra o crescimento do estado policial.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CRISE: A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Não se pode dizer que uma lei ou uma teoria é inconstitucional sem que se especifique qual artigo ou qual direito fundamental essa lei ou essa teoria viola. Por isso, faz-se necessário, para essa aferição de constitucionalidade do direito penal do inimigo, que se individualize e se estude, detalhadamente, algumas garantias jurídicas previstas na Constituição brasileira de 1988, em especial aquelas que podem entrar em confronto com os postulados da doutrina desenvolvida por Günter Jakobs na Alemanha.

Passa-se, então, ao exame de três direitos fundamentais que podem se mostrar incompatíveis com a teoria do direito penal do inimigo.

2.1 Direito Penal do Inimigo e Isonomia: da desigualdade material à desigualdade formal

O princípio da isonomia implica duas garantias ao cidadão: uma, a igualdade formal, correspondente ao “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” do texto da Constituição; e duas, a igualdade material, mais próxima de uma ideia de *justiça social*.

Em relação à primeira dimensão do princípio da isonomia – a igualdade formal –, é válido recordar que essa garantia impede a criação de leis que tratem de maneira desigual cidadãos que tenham os mesmos direitos, sem que haja uma justificativa constitucional de pressupostos lógicos e racionais para tanto (vedação ao arbítrio).

O direito penal do inimigo, por sua vez, pretende, em nome de preservar um “direito penal do cidadão”, criar uma categoria jurídica específica, de *inimigos*. Em outras palavras, pretende criar, legalmente, um direito penal desigual para certas pessoas (inimigos) que, a princípio, teriam os mesmos direitos dos demais (cidadãos). Resta saber, portanto, se a justificativa apresentada para essa desequiparação é lógica e racional dentro do modelo constitucional brasileiro.

Aqui reside a primeira inconstitucionalidade da admissão (formal) do direito penal do inimigo no Brasil: os critérios e fundamentos invocados por Jakobs para diferenciar *cidadãos* de *inimigos* não convencem.

E não convencem porque sua teoria passa ao largo de conceitos primários da criminologia moderna, como

101 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo* – ou o discurso do direito penal desigual., grifos no original.

102 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo* – ou o discurso do direito penal desigual., grifos no original.

a seletividade do sistema penal. Afora os exemplos retóricos, Jakobs tenta justificar a aplicação do direito penal do inimigo àqueles que, reiteradamente, não correspondem às *expectativas normativas* da sociedade: multirreincidentes, criminosos sexuais incontroláveis, criminalidade organizada em geral.

Entretanto, a criminalidade não corresponde – e nunca corresponderá – ao total de crimes cometidos, pois entre eles há o processo de criminalização, que se dá em duas fases distintas: a criminalização primária e a criminalização secundária. Por criminalização primária entende-se “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”¹⁰³, ou seja, é a seleção abstrata realizada pelo legislador de *comportamentos socialmente negativos*, na acepção de Baratta¹⁰⁴, que serão tidos como crimes, fixando-lhes uma pena.

Já nessa etapa verifica-se uma discrepância entre o tratamento dado às classes inferiores e ao concedido às classes economicamente favorecidas. Referido fenômeno acontece, num primeiro momento, na escolha das condutas que serão criminalizadas: diversos *comportamentos socialmente negativos* não estão estipulados como criminosos, especialmente quando se trata de atos praticados majoritariamente por pessoas pertencentes às classes sociais mais elevadas.

Logo em seguida opera-se uma segunda incoerência: a desconexão entre lesividade/gravidade do crime e a pena abstratamente cominada ao delito. A proteção desigual de bens jurídicos reflete, como lembra o mestre italiano, “o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados.”¹⁰⁵

No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o “caráter fragmentário” do direito penal perde a ingênua justificação baseada na natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto do controle penal. Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes do poder.¹⁰⁶

A criminalização secundária, por seu turno, “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”¹⁰⁷. Referido processo opera-se quando há a detecção, pelos órgãos executivos, de que um cidadão supostamente tenha cometido um ato objeto de criminalização primária e sobre esta pessoa fazem incidir o sistema penal: a agência policial passará a investigá-lo para, logo após, sujeitá-lo à agência judicial; esta, por sua vez, submetê-lo-á a um processo e, caso verificado que tal pessoa tenha realmente cometido o delito investigado e processado, impor-lhe-á uma pena (privativa de liberdade ou não) que será executada por uma agência penitenciária.

Obviamente que em todo esse processo de criminalização secundária há um enorme e gritante descompasso entre o número de crimes cometidos e os que são efetivamente investigados, processados, punidos e executados pelas agências penais, uma vez que estas não têm e nunca terão capacidade para incidir sobre todos as condutas desviantes praticadas.

A disparidade entre o exercício do poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população.

103 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 43.

104 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 89 e ss.

105 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. *Direito penal brasileiro*. p. 176.

106 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. *Direito penal brasileiro*. p. 165.

107 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. *Direito penal brasileiro*. p. 165.

Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.¹⁰⁸

No Brasil, algo ainda mais espantoso e desesperador acontece: o número de mandados de prisão “em aberto”, isto é, pendentes de cumprimento, é tão grande que o seu mero implemento, com a detenção dos “foragidos”, representaria o imediato colapso do já desestruturado sistema prisional.

Assim como acontece no processo de criminalização primária, a criminalização secundária também atua seletivamente, escolhendo como alvos pessoas mais vulneráveis ao sistema, representadas, basicamente, em três tipos:

- a) *pessoas estereotipadas como criminosos* (normalmente proveniente das camadas mais baixas da sociedade) que, uma vez reiterada a incidência do sistema penal sobre elas, assumem definitivamente tal papel (etiqueta) e, por isso, são tidos como “perigosos” pelas agências policiais;
- b) em menor número, pessoas que, sem se enquadrar no esteriótipo, *atuam de forma tão tosca ou bárbara*, que se tornam vulneráveis ao sistema e;
- c) extraordinariamente, pessoas que possuem posição social que as tornam imunes ao exercício do poder punitivo, mas por terem perdido a disputa pelo poder hegemônico, ficaram vulneráveis ao sistema, também chamada de criminalização devida à falta de cobertura¹⁰⁹.

Todo este processo criminalizante condenado à falência dá margem à existência da chamada “cifra oculta” ou “cifra negra”, pois, conforme aduzem Zaffaroni, Nilo Batista e outros,

A criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-la a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma cifra oculta. As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se natural que o sistema penal leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como parte ínfima do programa primário.¹¹⁰

Desse modo, chega-se à conclusão que todos são criminosos (isto é, já praticaram condutas criminalizadas), mas apenas alguns – notadamente os de menor poder aquisitivo (não consumidores) – serão estereotipados e estigmatizados pelo processo de criminalização.

Ora, se todos são criminosos – com a diferença de que alguns são criminalizados e outros não –, desaparece a justificativa de Jakobs segundo a qual algumas poucas pessoas não correspondem, *de forma reiterada*, às expectativas normativas e por isso poderiam ser tratadas como inimigos. Esse critério, somado à constatação de que nenhum ser humano corresponde integralmente às expectativas normativas, leva à inexorável conclusão de que todos *são* ou *podem ser*, em potencial, *inimigos*.

Se todos *são* ou *podem ser* inimigos, abre-se espaço para a arbitrariedade do estado policial em selecionar *alguns* e transformá-los nessa odiosa figura (de inimigo). Logo, em pouco tempo, sujeitos aos humores do legislador penalmente expansivo e dos burocratas do sistema penal, meros dissidentes políticos, certas religiões, raças ou ideologias podem ser facilmente transformados em *inimigos* e submetidos a esse direito penal diferenciado – sem garantias e sem direitos. Caminha-se a passos largos, desse modo, para se retornar aos campos de concentração – e Guantánamo está aí como prova.

Não é difícil prever que a *pecha de inimigo* recairá, imediatamente, sobre as classes subalternas, pois “as maiores chances de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais

108 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 26.

109 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. *Direito penal brasileiro*. p. 49.

110 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. *Direito penal brasileiro*. p. 43/44.

baixos da escala social”¹¹¹, aumentando a já imensa seletividade do sistema penal e o processo de marginalização e de exclusão social, que há de ser combatido, e não fomentado.

À vista disso, pode-se concluir que a substituição da igualdade (formal) no direito penal pelo critério de desigualdade legal proposto pela teoria do direito penal do inimigo fere, estreme de dúvidas, o princípio da isonomia previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

2.2 Direito Penal do Inimigo e Presunção de Inocência: a Constituição não tolera prognósticos de culpa

Como visto, Jakobs propõe um modelo diferenciado de função da pena aos *cidadãos* e aos *inimigos*. Aos primeiros a punição serve como reafirmação da validade da norma, pois o cidadão é capaz de orientação normativa; aos segundos, por outro lado, a infidelidade jurídica tem como consequência a aplicação da pena como segurança para impedir fatos futuros, que certamente os inimigos cometerão, motivo pelo qual a pena ganha contornos de medida de segurança, para *neutralizar a periculosidade do autor*.

O suporte empírico da proposta de dividir a sociedade nas categorias antagônicas de *cidadãos* e de *inimigos*, que permitiria fundamentar a pena (a) como **contradição da lesão da norma** para o *cidadão* e (b) como **segurança contra fatos futuros** para o *inimigo*, é indicado por alguns comportamentos típicos cuidadosamente selecionados, definidos por JAKOBS como **fatos do cidadão** e como **fatos do inimigo**.¹¹²

Para o professor de Bonn,

A reação do Direito a tal criminalidade [...] não se dirige, primariamente, para a compensação de um dano à validade da norma, mas para a eliminação de um perigo: a punibilidade é antecipada amplamente no âmbito da preparação, e a pena serve para segurança de fatos futuros, não para castigo de [fatos] realizados.¹¹³

Logo se vê que a teoria do direito penal do inimigo pretende, à vista de fatos passados, prever fatos futuros para garantir, com a pena, que o *perigo representado pelo inimigo* não se concretize. Em outras palavras, faz um prognóstico de culpabilidade do *inimigo*: presume-se que ele irá agir de forma contrária à norma novamente e por isso justifica-se sua *neutralização* como mera contenção física. Esse prognóstico, contudo, parece não estar de acordo com o princípio da presunção de inocência consagrado no texto da Constituição Federal.

É conhecida a velha discussão travada na doutrina italiana acerca da presunção de inocência. Manzini a entendia como inaceitável extravagância e perguntava, ironicamente, se se presume a inocência do imputado, para que serviria processá-lo?¹¹⁴ Assim, criar-se-ia uma nova categoria de *cidadão*: o inocente, o culpado e o investigado (ou denunciado ou processado).

Evidentemente, esse tipo de debate perdeu todo seu sentido diante da clareza do texto constitucional, pois todos são presumidamente inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E esse marco temporal – trânsito em julgado – é importante, pois identifica o compromisso da Constituição com o princípio: ela não se refere ao mero recebimento da denúncia ou ao vago e impreciso conceito de (*até*) *prova em contrário*. Logo, forçoso concluir que, para a Lei Maior, sobre um determinado fato, ou se é inocente, antes da sentença definitiva, ou se é culpado, depois dela: não há meio-inocente ou meio-culpado.

Entretanto, é essa mesma discussão, há tempos superada na doutrina mundial, que a teoria do direito penal do inimigo parece querer ressuscitar, dando-lhe uma nova (e moderna) roupagem. Quando Jakobs diz que o *inimigo* deve ser neutralizado porque já não há mais esperanças de que ele agirá dentro das expectativas normativas, nada mais faz do que reviver o velho conceito de *periculosidade* da criminologia etiológica, obviamente incompatível com a Constituição Federal.

É que o *estado de inocência* não convive com o termo *periculosidade*, pois ainda que alguém seja o mais bárbaro

111 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. p. 165.

112 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*.

113 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*.

114 DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 62.

dos criminosos, ainda que seja o maior dos *inimigos* do Estado, para fatos futuros a Constituição exige que ele seja tratado como inocente. É dizer: a Constituição não admitiria e muito menos toleraria que alguma pessoa, seja cidadão ou inimigo, possa ser tratada como culpada com base em algo que *poderá fazer*, mas *ainda não fez*.

Além disso, com o direito penal do inimigo ressurgem o direito penal do autor, aquele que olha para o agente e não para o fato cometido, como bem observou o professor Juarez Cirino dos Santos:

O estranho critério que permite classificar autores de homicídio como *cidadãos* e autores de crime econômico ou sexual como *inimigos* não exclui a estrutura lógica do silogismo jurídico, assim pensada para o *direito penal do inimigo*: a *premissa maior* imaginada (quem pratica ações de crime econômico, organizado, sexual, terrorismo etc. é *inimigo* – portanto, processado *sem garantias* legais), subsume a *premissa menor* exemplificada (X praticou crime econômico, sexual etc.), com a *conclusão* lógica do silogismo (logo o *inimigo* X deve ser processado *sem garantias* legais).

Não obstante, como se pode ver, o problema desse silogismo está na natureza das *premissas* que o estruturam, premissas que podem corresponder às preferências pessoais de JAKOBS, mas que cancelam princípios jurídicos civilizados separando a população entre *cidadãos* e *inimigos*, tudo conforme sentimentos idiossincráticos ou opções ideológicas deste ou daquele **funcionário** do Sistema de Justiça Criminal, com a consequência de reinstaurar o proscrito Direito penal do **autor**.¹¹⁵

Nesse contexto, vem bem a calhar as palavras do Ministro Eros Grau no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078 pelo Supremo Tribunal Federal:

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Portanto, a lógica da teoria do direito penal do inimigo – lógica do prognóstico de culpa, lógica do direito penal do autor – não encontra terreno fértil para vingarem no Brasil em face da garantia constitucional da presunção de inocência.

2.3 Direito Penal do Inimigo e Devido Processo Legal: o processo como instrumento contra – e não a favor – dos excessos do estado

A garantia do *due process of law* representa importante vitória dos direitos do homem contra a atuação arbitrária do Estado. Sua importância é tamanha que se pode dizer que não há Estado de direito ou democracia sem a garantia do devido processo legal. A Constituição brasileira, vale recordar, expressa o conceito do *due process* na seguinte locução: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Jakobs, contudo, propõe um modelo diferenciado de processo aos *inimigos*, que não necessitaria ter forma de justiça, bastando que tenha forma de *guerra*, pois seria preciso neutralizar imediatamente o perigo representado pelo *inimigo*, o que deve ser feito de maneira inquisitória, sem garantir ao imputado nenhuma garantia jurídica mínima.

Em um processo, que [...] certamente não pode ser designado como conforme à Justiça, mas [pode ser designado] muito bem como conforme à guerra, tenta o Estado [...] destruir as fontes dos terroristas e tornar-se senhor deles mesmos, melhor ainda, matá-los imediatamente, assumindo o risco, no caso, também da morte de pessoas inocentes, conhecido como dano colateral.¹¹⁶

Além da chocante constatação de que para Jakobs a morte de inocentes seja algo natural, para se afirmar que a teoria do direito penal do inimigo viola a garantia constitucional do devido processo legal é necessário esmiuçar, em dois pontos distintos, o texto disciplinado na Lei Maior, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Primeiro: a Constituição fala em *ninguém* e essa única palavra exclui por completo a possibilidade de punir alguém sem a garantia do devido processo legal, por mais que essa pessoa tenha cometido os piores crimes ou

115 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo* – ou o discurso do direito penal desigual.

116 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo* – ou o discurso do direito penal desigual.

integre o mais violento grupo terrorista do mundo. *Ninguém* é ninguém, seja pobre ou rico, preto ou branco, cidadão ou inimigo, sob pena de ninguém não ser.

Ou seja: ainda que a isonomia e a presunção de inocência permitissem, a adoção formal da teoria do direito penal do inimigo não poderia ultrapassar a barreira do devido processo legal, pois o legislador não poderia *excluir* certo tipo de pessoa do âmbito de proteção dessa garantia constitucional.

Segundo: a Constituição não se resume a garantir um processo legal, ou seja, um processo que siga as leis vigentes no país, mas sim o *devido* processo legal, conceito que vai muito além do mero cumprimento da legislação ordinária. A palavra *devido* está estrategicamente colocada no texto constitucional porque a função histórica do *due process* é o de colocar o processo como instrumento contra – e não a favor – dos excessos do Estado, garantindo ao cidadão um processo não só legal, mas também justo (*fair trail*).

Isso significa dizer que um processo em *forma de guerra* (em tempos de paz), por mais que viesse legitimado por uma lei ordinária que o regesse, não resistiria ao exame de constitucionalidade porque a Constituição não admite a existência de qualquer outro tipo de processo que não em *forma de justiça*.

Ademais, a teoria de Jakobs parece olvidar a grande influência que a mídia exerce nos sistemas penais modernos e como os meios de comunicação colaboram com o declínio da principal função da garantia do devido processo legal: atuar como instrumento contra o arbítrio estatal.

Foucault, em *Vigiar e Punir*¹¹⁷, constata e explica o fim dos suplícios corporais na França pós-revolução como forma de punição criminal, transmutando-se para a pena de prisão que culmina em uma sociedade de controle. O retrato da execução pública de Damiens, condenado à morte em 1757, narrado logo na abertura do livro, traz à tona a exposição pública a que eram submetidos os condenados naquela época.

Nos dias atuais, diante do fim das penas corpóreas, os sujeitos submetidos a um processo judicial estão à mercê de outra exposição pública: a exposição midiática, sem a garantia do *devido processo legal*. A exibição de programas que exploram casos policiais reais – muitos ainda em vias de investigação – e a sensação de insegurança na população que dela subjaz, apenas contribuem para tornar o exercício do poder punitivo ainda mais irracional.

Na verdade, a punição deixou de ser apenas física; agora ela é moral. Não há mais motivos para levar o acusado ao patíbulo, ao cadafalso, ou mesmo à prisão: basta exibir sua imagem no horário nobre em rede nacional. E, como lembra Nilo Batista, não só sobre os acusados recai o ônus da exposição midiática: a advocacia criminal passa a ser vista como modalidade consentida de cumplicidade com o delito; alguns membros do Ministério Público (felizmente ainda uma restrita minoria, diga-se), atuando como paladinos morais da sociedade na “cruzada contra o crime”¹¹⁸, regozijam-se a cada condenação conseguida, mesmo que para isso tenham que vulnerar o sistema processual vigente; e, por fim, “magistrados que levem a sério a tarefa de velar pelas garantias constitucionais e de conter o poder punitivo ilegal ou irracional são fracos e tolerantes (a tolerância já não é uma virtude, como supunha Locke)”¹¹⁹.

E o pior de tudo é que “a universidade não consegue influenciar o discurso criminológico da mídia, mas a recíproca não é verdadeira: a mídia pauta um bom número de pesquisas acadêmicas, remuneradas em seu desfecho por consagrada divulgação, que revela as múltiplas coincidências que as viabilizaram”¹²⁰.

Por conta disso,

enunciados secundários do discurso criminológico da mídia (“a impunidade aumenta o número de crimes”;

117 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

118 Alegam os partidários de tal corrente que houve um considerável e vertiginoso acréscimo nos índices de criminalidade nos últimos anos, gerando uma “crise” no sistema penal. Porém, como bem demonstra Zaffaroni (**Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal), não há falar em “crise”, pois crises são fases passageiras, dependentes de fenômenos conjunturais, enquanto que o poder punitivo está *estruturalmente* dirigido à seleção arbitrária das ações criminosas, de modo que sempre agirá da mesma maneira, independente do tempo. Igualmente, falar em “aumento de criminalidade” é desconhecer os processos de criminalização e a existência da chamada “cifra negra”.

119 BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.html>>. Acesso em: 22 mar 2015.

120 BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*.

“nas drogas é como uma escada, passa-se das mais leves para as mais pesadas”; “penas elevadas dissuadem”, etc), que não alcançariam jamais constatação empírica, por serem completamente indemonstráveis, precisam de um respaldo “científico”, que os conduza respeitavelmente à doutrina dos editoriais. É aí que entram os especialistas. Como o discurso criminológico da mídia não representa o produto de um esforço na direção do saber, mas sim uma articulação retórico-demonstrativa daquele credo a que nos referimos, ele selecionará os especialistas segundo suas opiniões coincidam ou dissintam daquelas crenças. Bourdieu atribuiu-lhes o nome provocante de *fast-thinkers*¹²¹

Em 1997, a revista *Imprensa* denunciou a Escola Base, uma escola de primeiro grau em que os professores supostamente abusavam sexualmente dos alunos. Repentinamente, os donos do estabelecimento educacional viram seus nomes e rostos estampados nas capas dos mais variados jornais e nas emissoras de TV. O caso repercutiu na sociedade, produzindo o famigerado clamor público, e logo os proprietários da escola eram considerados *inimigos* da sociedade. Assim, “com a comoção nacional que o caso gerou, a imprensa não hesitou em veicular os nomes dos envolvidos até mesmo em manchetes do tipo ‘escola de tarados’ ou ‘Polícia investiga professores que davam aula de sexo para crianças’”.¹²²

Todavia, a perícia médica realizada na criança que originou todas as denúncias concluiu que as marcas existentes na pele do infante eram meras assaduras, consideradas normais naquela idade. Não foram encontrados quaisquer vestígios de violência contra qualquer outro aluno da escola. Todos os acusados foram absolvidos e o caso arquivado.

Esse exemplo histórico demonstra a facilidade com que se pode criar (e acusar, processar e julgar), longe dos critérios jurídicos, mas a partir dos critérios da mídia, a figura do *inimigo*, aspecto que não foi observado por Jakobs ao propor que parte dos cidadãos criminalizados não fossem contemplados com um processo justo (*fair trial*).

Em face disso, *se se* entende que a garantia do *due process of law* atua no combate da arbitrariedade estatal, e que *ninguém*, seja cidadão ou inimigo, pode ser punido antes de encerrado um *devido* processo legal, então a teoria do direito penal do inimigo, ao propor um processo designado conforme a *guerra*, não é compatível com a Constituição Federal brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto, dentro de seus limites, propôs-se a responder à seguinte indagação: há espaço, dentro do modelo de processo e direito penal escolhido pela Constituição Federal, para o desenvolvimento da teoria do direito penal do inimigo?

A resposta é desenganadamente negativa. E isso pode ser dito, em resumo, porque a teoria do direito penal do inimigo a) *ferre o princípio da igualdade* ao legitimar a desigualdade formal entre cidadãos sem apresentar um fundamento sério ou razoável que justifique essa desequiparação e em total desconhecimento dos processos de criminalização primária e secundária; b) *ferre a presunção de inocência* ao realizar um intolerável prognóstico de culpa do inimigo, punindo-o antecipadamente por algo que poderá, eventualmente, acontecer, mas que, de fato, ainda não ocorreu; e c) *ferre o devido processo legal*, porque propõe que a imputação de um fato ao inimigo seja feita como se estivesse em *guerra*, o que não é compatível com um processo que, além de legal, há de ser *devido*.

Felizmente, a Constituição Federal foi generosa e pode-se dela extrair fundamentos suficientes para o reproche absoluto do discurso antidemocrático de Jakobs.

Em conclusão, **se** o princípio de *igualdade perante a lei* é substituído pelo princípio da *desigualdade legal*, ou **se** as *garantias constitucionais* do processo legal devido são casuísmos dependentes do **tipo de autor** – aplicadas ao *cidadão* e negadas ao *inimigo*, conforme preferências idiossincráticas dos agentes de controle social –, **então** o Estado Democrático de Direito está sendo deslocado pelo estado policial.¹²³

121 BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*.

122 MENDONÇA, Kleber. *A punição pela audiência: um estudo do Linha Direta*. Rio de Janeiro: Quartet, 2002. p. 124.

123 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*.

Na verdade, o verdadeiro inimigo do direito penal é admitir que o direito penal do inimigo ingresse formalmente no ordenamento jurídico brasileiro, cedendo espaço ao estado policial para o exercício (cada vez mais) arbitrário do poder punitivo, de forma a ampliar o genocídio legitimado pelo sistema penal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.html>>. Acesso em: 14 jun 2010.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 27 jun 2010.

_____. *A criminologia radical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”*. Disponível em: <www.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2005/AS_REFORMAS_PARTE_ESPECIAL_DIREITO_PENAL_ESPANHOL.doc>. Acesso em: 22 mar 2015.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 22 mar 2015.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDONÇA, Kleber. *A punição pela audiência: um estudo do Linha Direta*. Rio de Janeiro: Quartet, 2002.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. Et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DIFICULDADES PARA CONCEITUAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DISTINÇÃO COM OS DIREITOS PATRIMONIAIS

Frederico Andrade Siegel¹²⁴

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Questão Terminológica; 2. A Problemática da Conceituação; 3. Aspectos Distintivos entre Direitos Fundamentais e Patrimoniais; Considerações Finais; Referência das Fontes Citadas

INTRODUÇÃO

As categorias necessitam de definições objetivas e concisas para que seu conteúdo e alcance sejam melhor compreendidos; para que se tenha segurança sobre a fidelidade das informações que são transmitidas e recebidas.

É certo que nem tudo pode ser resumido em poucas linhas, ou ainda, em algumas páginas. A teia da vida, cada vez mais complexa, tem exigido e oferecido quantidade insaciável de conteúdo para tentar explicar e compreender as relações humanas. E quanto mais conhecimento é produzido, mais dinâmica se torna a vida, curta demais para tudo aquilo que somos capazes de apreender e fazer.

Por outro lado, definir objetivamente as categorias pode limitar, esvaziar ou confundir o conteúdo da categoria que é estudada.

A dificuldade em definir categorias reside justamente no equilíbrio entre a objetividade e a complexidade de conteúdo.

O presente estudo tem por objetivo apresentar, pelo método indutivo, alguns aspectos destacados envolvendo as dificuldades de entendimento sobre direitos fundamentais.

A abordagem do tema é iniciada pela ausência de consenso a respeito da questão terminológica para apresentação de seu conteúdo jurídico.

Na sequência, são apresentadas dificuldades para conceituação da expressão direitos fundamentais, visto que o termo direito é polivalente por sofrer influências das diversas disciplinas que compõe as ciências humanas.

Por fim, são mencionadas algumas características distintivas entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, bem como condutas não recriminadas, que introjetam discussão a respeito da tênue fronteira entre os direitos acima mencionados.

1 A QUESTÃO TERMINOLÓGICA

Falar e escrever sobre direitos fundamentais depende, antes, de acordo semântico quanto à utilização dessa expressão, vale dizer, sobre o conteúdo daquilo que se pretende transmitir. A problemática não reside apenas na tentativa de conceituação mas também, no consenso a respeito da sua terminologia.

Tanto na doutrina quanto no direito positivo (constitucional e internacional) são encontradas expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”¹²⁵ que explicitam conteúdos semelhantes.

A respeito da ausência de acordo doutrinário e legal para utilização da expressão “direitos fundamentais”, Ingo W. Sarlet observa:

124 Juiz de Direito do Estado de Santa Catarina. Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Especialista em Processo Civil pela faculdade de Direito de Joinville. Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FUBR).

125 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 33

Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado, o que apenas reforça a necessidade de obtermos, ao menos para os fins específicos deste estudo, um critério unificador. Além disso, a exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pese os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais¹²⁶.

Não se pretende ingressar na diferenciação de cada expressão acima citada; mas sim, encontrar o conteúdo e significado daquilo que se entende por direitos fundamentais.

No entanto, merece destaque a distinção apresentada por Ingo W. Sarlet entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Estes termos, comumente utilizados como sinônimos, encontram suas diferenças no plano de aplicação.

É que o termo “direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional”¹²⁷.

Essa dificuldade terminológica também é levantada por Paulo Bonavides, ao questionar a utilização indifferente das expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais.

Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães¹²⁸.

A expressão “direitos fundamentais” é utilizada na epígrafe do título II da Constituição Federal de 1988, e parece ter tido influência do constitucionalismo alemão.

A explicação sobre a transformação de nomenclatura é apresentada por Paulo Cruz, através de uma noção histórica do surgimento do Direito Constitucional.

O Direito Constitucional surgiu para garantir a liberdade individual e proteger um conjunto de direitos da pessoa humana, assegurando-lhe um âmbito próprio de autonomia e autodecisão, e para deter os poderes do Estado¹²⁹.

A divisão social das classes (nobreza, clero, cavaleiros, burgueses), que caracterizava a época medieval, cedeu ao pensamento moderno, na medida em que “o constitucionalismo proclamava um princípio de liberdade, enquanto que os direitos inalienáveis – direitos do homem ou direitos humanos, na formulação anterior – seriam atribuídos a todos os cidadãos e não a uns setores ou grupos”¹³⁰.

A inclusão dos direitos do homem em textos constitucionais teve como consequência a transformação de princípios filosóficos em normas jurídicas. A conceituação de direitos do homem ou direitos humanos decorre da noção filosófica ou ideológica, que implica reconhecer que certos direitos são necessários para que se possa falar de ser humano e dignidade humana¹³¹.

E foi assim, portanto, que “os ‘Direitos Humanos’ se transformaram em ‘Direitos Fundamentais’ ou, usando uma outra terminologia, em ‘liberdades públicas’. Dessa forma, se passa de um conceito jusnaturalista para um conceito positivo”¹³².

126 Ob. cit. p. 33.

127 SARLET, Ingo W. Ob. cit. p. 35/36.

128 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 560.

129 CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 153.

130 CRUZ, Paulo Márcio. Ob. cit. p. 154.

131 CRUZ, Paulo Márcio. Ob. cit. p. 154.

132 CRUZ, Paulo Márcio. Ob. cit. p. 154.

2 A PROBLEMÁTICA DA CONCEITUAÇÃO

A conceituação dos direitos fundamentais pode ser encontrada pelas diversas teorias utilizadas para sua explicação. A teoria histórica pode explicar o desenvolvimento dos direitos fundamentais; teorias filosóficas se empenham em esclarecer seus fundamentos; e as teorias sociológicas abordam a função dos direitos fundamentais no sistema social¹³³.

Aliás, difícil haver disciplina no âmbito das ciências humanas que, a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais¹³⁴.

A Constituição Federal enumera, no Título I, quais são os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, e no Título II, prevê alguns direitos e garantias fundamentais.

No entanto, a definição de direitos fundamentais não é encontrada no ordenamento jurídico brasileiro, restando ao exegeta fazê-lo. E na doutrina, essa expressão pode ser enquadrada no pensamento de alguns doutrinadores que entendem pela existência de cláusulas abertas ou conceitos indeterminados.

Aliás, a esse respeito, oportuno os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

De fato, a técnica legislativa, ao longo do século XX, passou a utilizar-se, crescentemente, de *cláusulas abertas ou conceitos indeterminados*, como dano moral, justa indenização, ordem pública, melhor interesse do menor, boa-fé. Por essa fórmula, o ordenamento jurídico passou a transferir parte da competência decisória do legislador para o intérprete. A lei fornece parâmetros, mas somente à luz do caso concreto, dos elementos subjetivos e objetivos a ele relacionados, tal como apreendidos pelo aplicados do Direito, será possível a determinação da vontade legal. O juiz, portanto, passou a exercer uma função claramente integradora da norma, complementando-a com sua própria valoração¹³⁵. (destaque no original).

No entanto, há quem discorde da expressão conceito (jurídico ou não) indeterminado, já que, a determinação é condição de validade do conceito.

Nas palavras de Eros Roberto Grau, “se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja um conceito, é que seja determinada”¹³⁶.

Todo conceito, ainda segundo Eros Grau, “é uma suma de ideias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de ideias, não chega a ser conceito”¹³⁷.

É possível focar a definição da expressão, pelo aspecto semântico, mediante a cissão do termo: “direito” “fundamental”. Aliás, para tentar definir o que são direitos fundamentais, por certo, necessário tentar entender, ainda que em linhas generalíssimas, o que se concebe por direito.

Assim, Direito, para Norberto Bobbio, “não é norma, mas um conjunto coordenado de normas¹³⁸, e mais adiante define norma jurídica “como aquela norma ‘cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada’”¹³⁹.

A continuidade deste raciocínio permite compreender o que ele [Bobbio] apresenta como normal fundamental, entendida como a norma última sobre a qual se fundam todas as demais normas, vale dizer, é a norma jurídica que produz o poder constituinte¹⁴⁰.

A definição algébrica de Bobbio não encerra o assunto, pois o termo direito é polivalente ao extremo, e exclui possibilidade de conceituação clara e definitiva.

133 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 31.

134 ALEXY, Robert. Ob. cit. p. 31.

135 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional – tomo III*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 82.

136 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 194.

137 GRAU, Eros Roberto. Ob. cit. p. 194.

138 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Brasília: Ed. UnB, 1999, p. 21.

139 Ob. cit. p. 27.

140 Ob. cit. p. 59/60.

No pensamento clássico o terreno do direito não é estranho à metafísica [direito natural clássico possui dimensão cosmológica]; nem à teologia [existência de direito divino]; nem à ética [o direito pode designar uma “faculdade moral da pessoa”]; nem à antropologia [direito natural moderno é inerente à natureza humana]; nem à política [direito humano voluntário é determinado pelo poder soberano do Estado]¹⁴¹.

No campo de compreensão multidimensional e complexo, resta claro que o termo direito corresponde a um conceito vago, difícil de definir com rigor.

Na nossa época, essa pluralidade da palavra *direito* acentuou-se ainda mais: a reivindicação incessante dos ‘direitos’ vinculados a pessoa é levada em consideração pelo direito objetivo; a juridicização dos direitos subjetivos ou o reconhecimento dos ‘direitos do homem’ acarreta a diferenciação deles em categorias, cuja aparente ordem classificatória ameaça mascarar inúmeras obscuridades filosóficas.

Em sua persistência, o pluralismo semântico da palavra *direito* decerto não é acidental. Ele corresponde à *ambiguidade essencial de seu conceito*: na verdade, a multiplicidade de relações que o direito mantém com outros campos da existência humana mostra a dimensão da dificuldade existente para circunscrever seu campo próprio¹⁴².

Não obstante as dificuldades encontradas na conceituação da própria conceituação, e da conceituação apenas do termo “direito”, é possível encontrar conceito operacional de “direitos fundamentais” na doutrina.

Para Paulo Bonavides¹⁴³, “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”¹⁴⁴. Trata-se, sem dúvida, de um conceito puramente normativo e restrito, analisado por um critério formal.

Já pelo ponto de vista material, segundo Carl Schmitt, os direitos fundamentais “variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos”¹⁴⁵.

Luigi Ferrajoli também propõe uma definição puramente formal ou estrutural de direitos fundamentais: “são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”¹⁴⁶ (destaque no original).

No entanto, os direitos fundamentais possuem caráter intrínseco tão grande que transcendem uma expressa previsão constitucional. É possível perceber, então, que os direitos fundamentais não são aqueles apenas previstos na Constituição.

Além do catálogo de direitos fundamentais previstos expressamente na Constituição, essa mesma Constituição fez incluir “o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode ser deduzido”¹⁴⁷.

Assim, pelo caráter formal, direitos fundamentais são aqueles previstos no catálogo constitucional; e no sentido material, são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais¹⁴⁸.

3 ASPECTOS DISTINTIVOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PATRIMONIAIS

Os direitos fundamentais podem ser melhor compreendidos por seus elementos caracterizados. Luigi Ferrajoli apresenta quatro teses sobre as quais os direitos fundamentais assentam sua definição.

A primeira delas refere-se à diferenciação de estrutura entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais. A segunda é fundada no caráter universal dos direitos fundamentais, base e parâmetro da igualdade jurídica. A terceira

141 GOYARD-FABRE, Simone. *Fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XVIII.

142 GOYARD-FABRE, Simone. Ob. cit. p. XVIII.

143 Citando Konrad Hesse

144 Ob. cit. p. 560.

145 BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p. 561.

146 FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadernatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadernatori. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 9.

147 SARLET, Ingo. Ob. cit. p. 93.

148 SARLET, Ingo. Ob. cit. p. 95.

diz respeito à natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais. E a quarta relaciona os direitos (fundamentais) às suas garantias¹⁴⁹.

Em relação a primeira tese, Ferrajoli apresenta quatro diferenças entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais.

A primeira das diferenças é que os direitos fundamentais são concedidos a título universal, enquanto o direito de propriedade é adquirido de forma singular. A liberdade, o direito à vida, bem como os direitos políticos e sociais atingem a todos em igual forma e medida. Já os direitos patrimoniais são exclusivos e correspondem à base da desigualdade jurídica¹⁵⁰.

A segunda diferença é que os direitos fundamentais são direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos. Por outro lado, os direitos patrimoniais são disponíveis por sua natureza – da propriedade privada aos direitos de crédito – negociáveis e alienáveis. Não é possível tornar-se juridicamente mais livre, mas é possível tornar-se juridicamente mais livre¹⁵¹.

A terceira diferença é que os direitos fundamentais são conferidos através de regras gerais de grau normalmente constitucional. Os direitos patrimoniais, por sua vez, são sujeitos a acontecimentos, ou seja, destinados a serem constituídos, modificados ou extintos por atos jurídicos. Enquanto os direitos fundamentais são normas, os direitos patrimoniais são predispostos por normas¹⁵².

A quarta e última diferença, de cunho formal, é que os direitos fundamentais são verticais, enquanto os direitos patrimoniais são horizontais. As relações entre titulares de direitos patrimoniais são intersubjetivas do tipo civilístico (contratual, sucessória ou similar), enquanto as relações existentes entre titulares de direitos fundamentais são do tipo publicístico, do indivíduo nos confrontos com o Estado¹⁵³.

A universalidade, acima mencionada, implica reconhecer ausência de distinção entre nacionais e estrangeiros, já que os direitos fundamentais toca a todos, da mesma forma e medida, como já dito, muito embora.

A extensão das declarações internacionais de direitos, que reconhecem um elenco mínimo a todos os seres humanos, independente da sua nacionalidade, possibilitou que, efetivamente, na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, não existam diferenças entre nacionais e estrangeiros no que diz respeito ao conjunto de direitos indissociavelmente ligados à dignidade humana, como o direito à vida, à integridade física, etc¹⁵⁴.

Em algumas Constituições, todavia, ainda estão reservando direitos exclusivos aos nacionais, ou a autorização ao legislador para que regule discricionariamente e de forma discriminatória os direitos dos estrangeiros. E isso decorre de situações econômicas, no que se refere ao direito de trabalho ou à livre residência, por exemplo, mas sobretudo, de princípios políticos. A concepção da comunidade política como comunidade nacional, unidade por laços de cultura e sangue, faz com que os direitos políticos se restrinjam aos nacionais, em maior ou menor medida¹⁵⁵.

Entretanto, há uma visível tendência no constitucionalismo moderno para permitir maior participação na vida política aos estrangeiros vinculados à atividade da comunidade nacional. O voto do estrangeiro é aceito em muitos países¹⁵⁶.

Como visto, os direitos fundamentais são reconhecidos pelos Estados, de forma universal a todas as pessoas, e que são indisponíveis e inalienáveis.

Numa sociedade de livre mercado, no entanto, é difícil reconhecer que os direitos fundamentais reúnem todas

149 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 15/16.

150 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 20.

151 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 21.

152 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 23.

153 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 24.

154 CRUZ, Paulo Márcio. Ob. cit. p. 171.

155 CRUZ, Paulo Márcio. Ob. cit. p. 171.

156 CRUZ, Paulo Márcio. Ob. cit. p. 171.

essas características, já que são poucas as coisas que o dinheiro não compra, pois hoje, como reconhece Michael J. Sandel, quase tudo esta há venda.

Há um grande número de normas jurídicas que cedem ao mercado financeiro, possibilitando acesso, através do poder econômico, a alguns direitos que podem ser ditos como fundamentais.

Não há dúvidas de que a cidadania, o direito a paternidade, e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para ficar apenas com três exemplos, podem ser caracterizados como direitos fundamentais. No entanto, todos estes podem ser corrompidos pelo poder econômico, numa sociedade regida pelo livre mercado.

A cidadania americana pode ser adquirida por U\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares). Em 1990 o congresso americano determinou que os estrangeiros que investissem essa quantia no país poderiam imigrar, com suas famílias, por dois anos e posteriormente receber o green card em caráter permanente se o investimento criasse pelo menos dez empregados. Em 2011, devido a crise econômica imobiliária, novo projeto foi apresentado autorizando o mesmo benefício, para o estrangeiro disposto a pagar a referida quantia na aquisição de um imóvel nos Estados Unidos. O visto seria válido enquanto o estrangeiro permanecer proprietário do imóvel¹⁵⁷.

Na china, a política do filho único, adotada há mais de três décadas para tentar conter a explosão populacional, restringe a liberdade de procriação com a aplicação de multa (em torno de U\$ 30.000,00) aos casais que tiverem segundo filho (as famílias rurais são autorizadas a ter segundo filho, caso o primeiro seja menina). No entanto, o crescimento econômico do país tem impulsionado a riqueza familiar, de modo que a multa tem se transformado em taxa para os mais abastados burlar a política governamental¹⁵⁸.

Na conferência sobre o aquecimento global realizada em Kyoto em 1997, os Estados Unidos insistiram em que, para o estabelecimento de padrões mundiais de emissões poluentes, teria que ser levado em consideração um esquema de permutas que permitisse aos países comprar e vender o direito de poluir. Assim, para um país cumprir suas obrigações no contexto do Protocolo de Kyoto, ao invés de reduzir suas próprias emissões de gases estufa, poderá pagar para reduzir emissões em outros países¹⁵⁹, no que se convencionou estabelecer os créditos de carbono.

A característica (in)alienável dos direitos fundamentais também atingem o direito à saúde. Alienar algo significa tornar alheio o que lhe é próprio.

A Lei 9.434/97 permite a disposição gratuita de órgãos, tecidos e partes do corpo, em vida ou post mortem, para fins de transplante ou tratamento. Assim, alguém doe parte de sua saúde para outrem. O que se proíbe, no Brasil, é mercantilizar órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

Nos EUA, todavia, o banco de sangue é composto por um sistema misto, onde parte do sangue é doada e outra parte por bancos comerciais a pessoas, em geral pobres, que se dispõem a vender o próprio sangue para receber dinheiro¹⁶⁰.

Aliás, não só o sangue pode ser vendido, mas também suas características genéticas, ou melhor, o direito da personalidade.

Na Califórnia é sediado o Cryobank, um dos bancos de sêmen mais destacados do mundo. Trata-se de uma empresa com fins lucrativos que anuncia em jornais universitários (oferece até U\$ 900,00 por mês) a procura de doadores. No entanto, o padrão que o Cryobank impõe para os vendedores de esperma é altamente exigente, e aceita apenas 3% dos candidatos¹⁶¹.

Na própria página virtual da Cryobank¹⁶² é possível encontrar esperma mediante seleção das mais diversas

157 SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução de Clóvis Marques, 4ª ed. Rio de Janeiro, 2013, p. 64

158 SANDEL, Michael J. Ob. cit. p. 70.

159 SANDEL, Michael J. Ob. cit. p. 73.

160 SANDEL, Michael J. Ob. cit. p. 121.

161 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 86.

162 www.cryobank.com – acesso em 10.01.2014.

características¹⁶³, não só físicas, como também, intelectuais.

Logo, é possível selecionar esperma, cujo doador (vendedor) desse esperma possuía 1,80 de altura, olhos verdes, cabelos loiros e lisos, tipo sanguíneo A+, engenheiro, pós-graduado, latino por origem étnica, com ancestrais filipinos, praticante da religião católica, e que o doador (vendedor) tenha aparência semelhante ao Chuck Norris.

A personalidade pode ser definida como um conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade¹⁶⁴.

Na atualidade, resta superada controvérsia a respeito da natureza jurídica da personalidade, que reconhece como sendo um direito subjetivo¹⁶⁵.

A doação de sêmen se apresenta como alternativa para o casal infértil que sonha com a concepção de um filho. E todo sêmen, por óbvio, carrega as características do doador. E, aparentemente, não se encontravam objeções enquanto o a doação de sêmen provinha de loteria, com características aleatórias ou não definidas.

No entanto, quando as características do sêmen são definidas, e o banco de esperma é introduzido no mercado livre, como objeto de compra e venda, parte das características que formam a personalidade do doador se transformam em algo alienável.

Também é possível, para citar mais um exemplo, alugar uma barriga indiana por U\$ 6.250,00. Os casais ocidentais em busca de uma mãe de aluguel recorrem cada vez mais à terceirização na Índia, onde a prática é legal¹⁶⁶.

Nos casos acima citados, o direito alienado não é desnaturado, em sua essência, pelo ato negocial, já que o alienante mantém saúde e personalidade, mesmo após a doação de sangue, de sêmen, ou aluguel de barriga.

E ainda, é possível sobreviver às doações de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, após transplante de fígado, rim, pâncreas, medula óssea e pulmão.

E isto pode sugerir, ao menos em relação ao direito fundamental à saúde, que à característica inalienável deve ser agregada uma nova categoria. Assim, o direito à saúde só será inalienável naquilo que não desnaturar a sua própria essência, vale dizer, que não compromete a existência do ser.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A definição de direitos fundamentais enfrenta problema inicial de consenso sobre sua terminologia, visto que, se para uns, direitos fundamentais possui um significado, para outros, esse mesmo significado é encontrado sob outra rubrica.

Além disso, para entender direitos fundamentais, necessário, antes, tentar definir o que se entende por direito, tema componente da referida expressão, tarefa árdua e altamente complexa, que recebe influência de diversas disciplinas, e por isso, é multidimensional.

Não fosse apenas isso, a realidade apresenta profundos desafios para distinguir direitos fundamentais e direitos patrimoniais, fruto de uma sociedade ditada pelo livre mercado, em que restam poucas coisas que ainda não são objeto compra e venda.

Alguns direitos que antes eram reconhecidos pelo Estado, e não estavam na esfera de negociação entre particulares; agora podem ser negociados com o próprio Estado, como a cidadania americana ou o direito de paternidade chinês. Eis, portanto, o primeiro exemplo prática que dificulta distinção entre direitos fundamentais

163 Altura, cor dos olhos, cor do cabelo, textura do cabelo, tipo sanguíneo, nível educacional, área de estudo, origem étnica, ancestrais, religião praticada, e com aparência de alguém famoso.

164 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

165 SZANIAWSKI, Elimar. Ob. cit. p. 71.

166 SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra*. p. 9.

e direitos patrimoniais.

A alienação de direitos entre particulares, para que estes direitos se enquadrem entre os fundamentais, deve ocorrer a título gratuito, pois a legislação ordinária permite a doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano; então, o que se encontra vedado não é a alienação em si, mas a taxação de um valor qualquer para tecidos, órgãos e partes do corpo.

O caráter inalienável de direitos fundamentais, portanto, se relaciona à impossibilidade de valorar tecidos, órgãos e partes do corpo humano, pois, nesse caso, tornaria a saúde integrante dos direitos patrimoniais. No entanto, ainda assim, foi mencionada a possibilidade de vender sangue e sêmen, práticas reconhecidas num país altamente desenvolvido e democrático.

Esses outros exemplos práticos também dificultam sustentar uma distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, também somente pela característica da inalienabilidade do direito ou do bem fundamental em questão.

E muito embora foram citados exemplos de práticas ocorridas em países estrangeiros, necessário lembrar o caráter supranacional dos direitos fundamentais.

Ainda assim, sujeitar os direitos fundamentais à prática do livre mercador, desnatura sua própria essência, na medida em que não atinge a universalidade de pessoas; o poder econômico coage o mais pobre a vender e seleciona o mais rico a comprar, aquilo que antes, era inestimável.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, da 5ª ed. Alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der grundrechte*.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional – tomo III*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1999. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado)

GOYARD-FABRE, Simone. *Fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Les fondements de l'ordre juridique*.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução de Clóvis Marques, 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. Título original: *What money can't buy*.

_____. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. Título original: *The case against perfection*.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: UMA ANÁLISE DA REDUÇÃO DAS ASTREINTES À LUZ DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN

Queila Jaqueline Nunes Martins¹⁶⁷

SUMÁRIO: Introdução; 1. Sobre Dworkin; 2. O Modelo Dworkiano: o direito como integridade a partir da fusão entre direito e moral; 3. A Interpretação do Direito nos Precedentes Jurisprudenciais e as Violações aos Direitos Fundamentais pela via do Poder Judiciário: o caso da redução das astreintes; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

INTRODUÇÃO

O presente estudo foi desenvolvido no decorrer da disciplina *Principiologia e Política Constitucional*, Ministrada pelo Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão, no Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI, a nível de Doutorado, na qual debatemos os temas propostos a partir do referencial teórico de quatro autores: Estudos sobre Direitos Fundamentais, de *José Joaquim Gomes Canotilho*; Teoria dos Direitos Fundamentais, de *Robert Alexy*, Levando os Direitos a Sério, de *Ronald Dworkin* e *Konrad Hesse*.

O fio condutor da disciplina foi a discussão da Principiologia e Política Constitucional a partir dos discursos acadêmicos em debate hoje no Brasil sobre a aplicação de Regras e Princípios Constitucionais, como também, a reflexão sobre em que medida os autores das obras acima mencionados apresentam possibilidades de análise da aplicação de Regras e Princípios no contexto brasileiro, tendo sempre em vista a contextualização das obras e seus referenciais teóricos em comparação com as especificidades do nosso sistema jurídico brasileiro.

Nosso Grupo de Trabalho ficou responsável pelo estudo da Obra de Ronald Myles Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, a partir da qual passamos a compreender o pensamento deste autor e a fazer um paralelo entre sua linha teórica e o contexto mais geral da disciplina em estudo.

Durante o transcorrer das leituras, dos seminários e dos estudos realizados a partir da análise da prática dos Tribunais, a disciplina foi consolidando as ideias sobre como está se aplicando Regras e Princípios constitucionais hoje no contexto brasileiro. A partir do desenvolvimento de uma dinâmica crítica entre teoria e prática, passamos a refletir seriamente sobre os Direitos Fundamentais no Brasil na atualidade e como nós Juristas, Pesquisadores, Professores e Sociedade como um todo estamos contribuindo ou não para o avanço da consolidação de uma Teoria e Prática dos Direitos Fundamentais no Brasil.

Neste contexto acima relatado, Dworkin é um autor que apresenta uma importante contribuição para a compreensão do Direito como Integridade, assim como, apresenta a sua Teoria sobre Regras e Princípios, e também, um dos pontos que estudamos mais profundamente em nosso Seminário, a fusão entre Direito e Moral como ponto de partida para a realização da Integridade.

Assim, o presente artigo pretende apresentar algumas considerações acerca da Teoria Dworkiana, dando enfoque ao tema das Violações dos Direitos Fundamentais na Interpretação do Direito pelos Tribunais Superiores no Brasil. Far-se-á a análise de um julgado recente da Justiça Federal Catarinense (de Julho de 2014), que versa sobre Redução de Astreintes, à luz das leituras dworkianas realizadas durante a disciplina de Principiologia e Política Constitucional. O objetivo da análise deste Julgado é demonstrar que na Interpretação do Direito no Brasil encontramos incoerências e inconsistências que acabam por detectar a Violação aos Direitos Fundamentais, as quais são denotadas em um contexto de análise dworkiano do Direito como Integridade. O presente artigo não apresenta

¹⁶⁷ Doutoranda em Direito pela UNIVALI. Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela UNIVALI. Professora dos Cursos de Direito e Relações Internacionais da UNIVALI. Email: queilamartins@univali.br; correiomartins@gmail.com.

soluções finais ou respostas definitivas. Pretende, entretanto, ser uma reflexão sobre o tema, assim como, instigar alguns questionamentos para estudos futuros.

1 SOBRE DWORKIN

Para uma melhor compreensão do tema deste trabalho, importa conhecer um pouco a respeito do autor Ronald Myles Dworkin, assim como, das influências doutrinárias que possivelmente determinaram os rumos da carreira acadêmica do referido autor.

Em interessante Monografia defendida por Sheila Catarina da Silva Sens no Curso de Graduação em Direito da UNIVALI, sobre *o Papel do Poder Judiciário na Construção do Direito na Teoria de Ronald Dworkin*¹⁶⁸, trabalho orientado pela Dra. Claudia Rosane Roesler (<http://lattes.cnpq.br/8239120259275298>), a autora menciona que o norte-americano Ronald Myles Dworkin nasceu em Worcester, Massachusetts (EUA) em 1931 e teve seu interesse inicial por filosofia. Estudou na Universidade de Harvard e Oxford. Posteriormente, ingressou na *Law School* em Harvard e, após graduar-se, se tornou auxiliar do notável juiz norte-americano conhecido como *Learned Hand*, durante o período de 1957-1958.

Dworkin exerceu a profissão de advogado por um tempo, tornando-se membro da firma de advogados Sullivan e Cromwell de 1958 a 1962. Após esse período, ingressou na carreira acadêmica onde passou a lecionar na Universidade de Yale em 1962, em 1969 foi convidado a suceder Hart como professor de *Jurisprudence* em Oxford, e em 1975, se tornou professor da Universidade de Nova Iorque. Desde 1984 é professor visitante da Universidade de Londres.¹

Para Sens¹⁶⁹,

Suas obras expõem teorias que possuem complexidade, poder moral e inovação³ que têm despertado intensas discussões dentro dos círculos não só jurídicos, mas filosóficos, políticos, sociológicos e econômicos. A contribuição de Dworkin para a teoria legal é marcada por uma intensa crítica às correntes doutrinárias jurídicas que encaram a moralidade como irrelevante para o direito.

Com seu método incisivo e provocativo, Dworkin volta seus afiados argumentos contra as doutrinas positivistas e utilitaristas, gerando um intenso incômodo aos defensores da teoria analítica do direito, sobre a qual se assenta o atual sistema jurídico não só norte-americano e inglês, mas de muitos países ocidentais.

Como não poderia deixar de ser, Dworkin atraiu mais detratores que simpatizantes de suas obras, chegando mesmo a afirmar que é pelos críticos que têm trabalhado, como expressou no prefácio de sua obra “O Império do Direito”: *Sou grato, acima de tudo, aos prestigiosos críticos que tive a sorte de atrair no passado; este livro poderia ter sido dedicado a eles. Responder às críticas tem sido, para mim, o lado mais produtivo de todo o meu trabalho.*⁴

Assim, estudar Dworkin não precisa da análise do *lugar* de onde ele escreve e *para quem* escreve. Entender Dworkin a partir de seu contexto, possibilita entender a crítica e o seio da controvérsia entre Dworkin e o Positivismo Jurídico¹⁷⁰.

Dworkin é um autor americano que tem como alvo de seu trabalho a crítica ao Positivismo Jurídico, sendo esta a *marca* de construção de suas teorias. Ressalta de suas obras e textos publicados que foi fortemente influenciado

168 SENS, Sheila Catarina da Silva. *O papel do Poder Judiciário na construção do Direito na Teoria de Ronald Dworkin*. 91 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI, Itajaí, 2008. Disponível em (<http://siaibib01.univali.br/pdf/Sheila%20Catarina%20da%20Silva%20Sens.pdf>). Acesso em 15/07/2014. O estudo realizado, ainda que em sede de Graduação, deve ser referenciado, como forma de ressaltar o empenho da pesquisadora, aventurando-se por searas teóricas mais afetas ao Pós Graduação, e que com êxito consegue apresentar um ensaio de Dworkin, do ponto de vista de suas concepções sobre o Poder Judiciário e sua função social nos sistemas jurídicos das sociedades contemporâneas, sua visão a respeito da atividade do julgador e dos limites valorativos que se aplicam à atividade judiciária, bem como, qual o sentido que a instituição judiciária adquire ao exercer suas atividades e o seu papel social na construção do Direito. Para tanto, o trabalho apresenta a crítica de Dworkin ao Positivismo Jurídico, a regra de reconhecimento de Hart e a crítica de Dworkin a este instituto; as diferenças entre princípios e regras e suas aplicações no controle da atividade valorativa desempenhada pelo Poder Judiciário, passando-se, então, ao tema do poder discricionário na decisão judicial. Apresenta, também, o processo interpretativo construtivo de Dworkin, descrevendo as etapas de interpretação que constroem a decisão judicial dworkiniana; em seguida, discorre a respeito das doutrinas convencionalista e pragmatista do Direito, apontando seus pontos principais e as críticas de Dworkin a essas doutrinas, de forma a que analisa o pensamento posteriormente apresentar a teoria do Direito de Dworkin, chamada de Direito como Integridade. Por fim, a pesquisa apresenta o papel do Poder Judiciário na construção do Direito, a partir do juiz-filósofo Hércules, personagem fictício que Dworkin utiliza para descrever a atividade jurisdicional e o papel do julgador no Direito como Integridade; em seguida, ocupa-se da importância para Dworkin do princípio da igualdade, os direitos individuais e a judicialização da política; discute-se, também, a atividade judiciária sob a perspectiva política.

169 SENS, Sheila Catarina da Silva. *O papel do Poder Judiciário na construção do Direito na Teoria de Ronald Dworkin*. 91 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI, Itajaí, 2008. Disponível em (<http://siaibib01.univali.br/pdf/Sheila%20Catarina%20da%20Silva%20Sens.pdf>). Acesso em 15/07/2014. P. 4-6.

170 Sobre as críticas dirigidas à Dworkin, e as respostas às críticas, consultar: BURLEY, Justine (edited). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. USA: Blackwell Publishing Ltd, 2004.

pelas lutas liberais pela ampliação dos direitos civis, aparecendo em diversos trechos de suas obras e textos estudados de casos concretos que são apresentados como fonte para o desenvolvimento de suas teorias e explicações. Seus primeiros textos foram sistematizados em em duas obras principais: *Levando os Direitos a Sério* e *Uma Questão de Princípio*, quando resgata para a ciência do Direito a Questão Moral nas relações jurídicas, expondo as primeiras linhas acerca de sua metodologia da formação do Direito e aplicação jurisdicional ao analisar casos controversos importantes da história jurídica anglo-saxã¹⁷¹.

O autor também publicou *Império do Direito*, obra pela qual, através de seu estilo argumentativo minucioso, demonstrou sua *Teoria Construtivista do Direito*: direito produto da construção interpretativa, à semelhança das práticas sociais, na qual os participantes são levados a se apropriar da história institucional constituída para dar a ela a melhor justificativa à luz da *moralidade política* estabelecida no seio da comunidade.¹⁷²

Atuante no debate público dos Estados Unidos, contribuiu com artigos para o *New York Review of Books* comentando decisões da Suprema Corte norte-americana, participando das polêmicas nacionais de temas como aborto, pornografia, feminismo. Sua contribuição se estendeu por mais de 40 anos. Dentre as principais ideias apresentadas pelo Autor, estão a atitude interpretativa frente ao Direito, a interpretação como forma de enxergar a norma sob sua melhor luz, os diferentes estágios da interpretação (etapa pré, etapa interpretativa, etapa pós-interpretativa), o Direito orientado por um ideal político de integridade, e a distinção entre conceito e concepções de Direito.¹⁷³

A Teoria Dworkiana está presente em inúmeros trabalhos acadêmicos no Brasil ¹⁷⁴e no mundo e, somada a outras teorias e autores, contribui de forma importante para a compreensão da questão da efetividade dos Direitos Fundamentais no Brasil.

2 O MODELO DWORKIANO: O DIREITO COMO INTEGRIDADE A PARTIR DA FUSÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Em qualquer Curso de Direito existente no Brasil, já nos primeiros anos do ensino jurídico, deparamo-nos com a discussão sobre o que é Direito e o que é Moral. É uma discussão obrigatória e que, por vezes, fica relegada aos primeiros anos da Universidade, naquelas disciplinas mais “filosóficas” ou “sociológicas”, como fizem os estudantes, como se, depois, ao se adentrar nos estudos mais processuais e mais profissionalizantes (últimos anos da Universidade), não se precisasse mais falar em “Direito e Moral”. Pois bem, este é exatamente um dos temas mais importantes da Teoria Dworkiana, pois é a partir da ideia de fusão entre Direito e Moral que Dworkin apresenta o argumento de que as regras morais e as regras jurídicas pertencem a um mesmo ordenamento.

Dworkin é um autor liberal, que vive no contexto americano, sabidamente um contexto que tem um forte movimento da sociedade civil, aliás, suas obras são permeadas de casos reais que tratam de temas de interesse social, tais como, aborto, homossexualismo, racismo, eutanásia, liberdades individuais entre outros temas advindos da ebulição social¹⁷⁵.

171 SENS, Sheila Catarina da Silva. *O papel do Poder Judiciário na construção do Direito na Teoria de Ronald Dworkin*. 91 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI, Itajaí, 2008. Disponível em (<http://siaibib01.univali.br/pdf/Sheila%20Catarina%20da%20Silva%20Sens.pdf>). Acesso em 15/07/2014. P. 4-6.

172 SILVA, Davi José de Souza da; FERREIRA, Luciano Cavalcante de Souza. *A moralidade política na prática judicial em Dworkin*. Trabalho apresentado ao XVI Congresso Nacional do CONPEDI, grupo de trabalho Filosofia e Teoria do Direito, Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/davi_jose_de_souza_da_silva2.pdf. Acesso em 15/07/2014.

173 SILVA, Davi José de Souza da; FERREIRA, Luciano Cavalcante de Souza. *A moralidade política na prática judicial em Dworkin*. Trabalho apresentado ao XVI Congresso Nacional do CONPEDI, grupo de trabalho Filosofia e Teoria do Direito, Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/davi_jose_de_souza_da_silva2.pdf. Acesso em 15/07/2014

174 Sobre Dworkin e Teoria da Argumentação Jurídica, algumas publicações são de interessante leitura: **A)** DUARTE, D. (Org.); SARLET, I. W. (Org.); BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). *Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 1. 360p.; **B)** ROESLER, Claudia Rosane; CRUZ, Paulo Márcio. *Direito e Argumentação: no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Nesta obra, a Claudia Roesler trata a respeito da teoria dworkiana. **C)** O Banco de Teses da Capes acusa 78 teses já cadastradas desenvolvidas no Brasil sobre Dworkin (in <http://bancodeteses.capes.gov.br/>). **D)** Na produção científica da UNIVALI, encontramos 41 produções de Monografias, Dissertações e Teses sobre Dworkin (in <http://siaibib01.univali.br/pergamum/biblioteca/index.php>).

175 Em *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, Dworkin enfrenta a questão da vida e da morte e as relações entre ambas. Para Dworkin, a vida para além da razão é um Direito à Dignidade, pois a indignidade seria um dos piores tratamentos a que a pessoa humana poderia ser submetida. Na obra *Levando os direitos a sério*, Dworkin apresenta debates sobre casos de judeus, negros, homossexuais e outros, questões de políticas cotas, discriminação, apresentando como estes casos foram julgados pelas Cortes e Tribunais Americanos e analisando as soluções encontradas do ponto de vista de sua Teoria. Disto decorre que Dworkin era um analista de casos e julgados, tendo como fonte de suas pesquisas os precedentes jurisprudenciais e os fatos sociais.

E é nesta ebulição do mundo da vida que Dworkin busca o Direito como realização da própria Vida. O Direito como integração da vida, da história, dos valores, dos destinos da humanidade. Portanto, para Dworkin as regras e princípios que regem um sistema jurídico são um movimento constante entre a sociedade e a Lei, razão de ser, de evoluir, de construir e desconstruir um determinado valor jurídico a partir das “luzes” que regem aquela comunidade e daquilo que a sociedade considera como desejável para a sua existência. Um Direito que se encontra no tempo e no espaço em constante movimento político e social, pois que o Direito é fato social¹⁷⁶.

Para demonstrar como Dworkin constrói a ideia de Direito e Moral, apresentaremos o capítulo 10, da obra *Levando os Direitos a Sério*¹⁷⁷, no qual Dworkin discute o conceito de moralismo, partindo da análise de fatos sociais tais homossexualismo, prostituição e publicações pornográficas. A pergunta chave proposta para resposta no referido capítulo é a seguinte: Uma condenação pública num destes casos públicos poderia, por si mesma, justificar a transformação de um ato em crime? Ainda neste capítulo, Dworkin coloca em destaque o conceito de opinião pública e de posição moral.

Neste capítulo 10 da obra, Dworkin conta que Lorde Devlin, na Academia Britânica, na Conferência dos Macabeus, realizada em 1958, em Londres, fez um pronunciamento que teria sido mal interpretado posteriormente, no qual menciona que, as pessoas deveriam se perguntar, de modo desapassionado e frio, se o homossexualismo teria uma presença tão abominável que sua presença constituísse uma ofensa. Em caso positivo, não via como poderia ser negado à sociedade o direito de erradicá-lo. Esta posição foi questionada à época, levando Lorde Devlin a reescrever diversos outros textos sobre a sua posição.

Ocorre que, a Comissão Wolfenden havia publicado uma recomendação de que as práticas homossexuais privadas, entre adultos que nelas consentissem, não fossem mais consideradas criminosas. Havia aí uma distinção entre crime e pecado. Ou seja, alguns poderiam até considerar homossexualismo um pecado, mas nem por isto esta conduta poderia ser transformada em crime.

Diante desta posição da Comissão, Lorde Devlin estaria inclinado a, diante das mudanças sociais que se apresentavam na Inglaterra em relação ao homossexualismo, acolher os argumentos da Comissão e adaptar o direito penal da Inglaterra a elas.

Mas, depois de seus estudos, ele viu que estes ideais – os quais de início acreditou que eram inquestionáveis, não só eram questionáveis, como estavam incorretos. Este desencantamento do Lorde Devlin com a sua posição inicial, vem apresentado por Dworkin com dois argumentos:

No primeiro argumento¹⁷⁸, Devlin sustenta o direito da sociedade de proteger a si mesma. Refere-se que deve haver tolerância com a máxima liberdade individual que seja coerente com a integridade da sociedade. Ou seja, o direito deve abster-se de interferir sempre que detectar qualquer indecisão, indiferença ou tolerância latente na condenação social da prática. Quando a moralidade pública é desafiada, é a própria sobrevivência da sociedade, e a sociedade estaria autorizada a preservar-se¹⁷⁹.

No segundo argumento¹⁸⁰, Devlin sustenta o direito da sociedade de seguir suas próprias luzes. A comunidade deve assumir a responsabilidade moral. Deve agir de acordo com suas próprias “luzes”, ou seja, de acordo com a fé moral de seus membros¹⁸¹.

176 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

177 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 371.

178 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 375.

179 Neste argumento, Devlin conclui que *se nossa sociedade odeia suficientemente a homossexualidade, ela está justificada ao marginalizá-la e a forçar seres humanos a escolher entre as misérias da frustração e as da perseguição, em nome do perigo que a prática representa para a existência da sociedade. Segundo Dworkin, Devlin chega a essa conclusão sem oferecer provas de que a homossexualidade representa qualquer perigo para a existência da sociedade, além da afirmação não confirmada de que todos os desvios de uma moral social compartilhada [...]podem, por sua natureza, constituir-se em uma ameaça à existência da sociedade e, por esse motivo, não podem ser colocadas fora da esfera do direito* (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 380).

180 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 380.

181 Neste argumento, Devlin conclui que *se a grande maioria da comunidade concordar acerca de uma resposta, mesmo que uma pequena minoria de pessoas cultas discorde, o legislador tem o dever de agir com base no consenso. ... Uma mudança nas instituições sociais é o tipo de dano contra o qual uma sociedade tem o*

Neste tema, Dworkin questiona a posição de Devlin, pois acredita que nossas práticas morais são muito mais complexas e estruturadas do que Devlin havia previsto. Neste sentido, Dworkin afirma que é necessário se entender como se forma uma Posição Moral.

Ensina Dworkin que Posição Moral é uma posição sobre algum tema, de que quero convencê-lo, a, se não aceitares a minha ideia de fundo, ao menos acredite que tenho o direito de defender esta posição. Por isso, torna-se uma Posição Moral¹⁸². Para formar uma Posição Moral, é preciso convencer de que aquela posição é uma Posição Moral.

Dworkin assim pergunta e, depois, responde¹⁸³:

O que devo fazer para convencê-lo de que minha posição é uma posição moral?

- 1) Devo apresentar algumas razões que a justifiquem. Ex. Não voto em candidatos homossexuais, porque acredito que a homossexualidade é profundamente imoral. Razões: a) homossexuais são inferiores, por não terem desejos heterossexuais, b) homossexuais me enjoam, c) as práticas homossexuais são prejudiciais à saúde, d) opiniões dos outros, todo mundo sabe que a homossexualidade é pecado;
- 2) Devo tentar embazar minhas idéias em algum princípio ou teoria geral, muito embora eu nem saiba explicá-los claramente. Ex. A Bíblia proíbe atos homossexuais.
- 3) Preciso de fato de uma razão para fazer de minha posição uma matéria de convicção moral? Sabemos que a maioria dos homens considera imorais os atos que provocam sofrimentos desnecessários, ou que quebram uma promessa seria sem justificativa e, ainda assim, não podem oferecer nenhuma razão para tais opiniões.
- 4) Sentimentos não bastam. É preciso examinar as razões que posso produzir em defesa de minha crença, e se minhas outras opiniões e comportamentos são compatíveis com as teorias que essas razões pressupõem.
- 5) Dworkin afirma que quando os legisladores têm necessidade de resolver uma questão moral, eles precisam orientar-se por alguma Posição Moral consensual a que o conjunto da comunidade tenha chegado, porque isso é o que exige o princípio democrático e porque uma comunidade tem o direito de orientar-se por suas próprias “luzes”.

Portanto, a alegação de que existe um consenso moral *não deve se embasar em uma pesquisa de opinião*.

Ela tem por base um apelo à percepção do legislador de como sua comunidade reage a alguma prática não aceita. Mas essa mesma percepção inclui uma consciência das bases em que tal reação geralmente se assenta. Se houver um debate público envolvendo editoriais, discursos de seus colegas, o testemunho de grupos interessados e sua própria correspondência, iso tudo irá aguçar sua consciência de quais argumentos e posições estão em disputa. Ele deve esquadrinhar esses argumentos e posições para tentar descobrir quais são preconceitos ou racionalizações, quais dentre eles pressupõem princípios gerais ou teorias que não se esperaria que vastos setores da comunidade aceitassem e assim por diante. É possível que, terminado esse processo de reflexão, ele descubra que a alegação da existência de consenso moral não ficou comprovada¹⁸⁴.

Para Dworkin, as regras morais e as regras jurídicas pertencem a um mesmo ordenamento. Há uma fusão entre Direito e Moral. Acredita serem inválidas as normas injustas. Em outras palavras, para Dworkin, a moralidade condiciona a validade das normas; não lhes confere apenas sentido. Dworkin defende que as argumentações jurídicas adequadas se fundam na melhor interpretação moral possível das práticas vigentes em certa sociedade¹⁸⁵.

Então, arriscamo-nos a afirmar que Dworkin conceitua o Direito como Integridade, pois o *Direito como integridade pede que os Juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo*

direito de proteger-se. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 382).

182 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 385.

183 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 385-391.

184 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 393.

185 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 393.

Para Dworkin¹⁸⁷,

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa restrutura e esse repositório complexos.

Um dos cernes da teoria dworkiana é o Princípio da Integridade¹⁸⁸, cuja ideia central reside na constatação de que, ainda que uma comunidade tenha divergências e pluralidades acerca de temas que lhe afetam, a mesma tem princípios de base, tais como, moralidade, liberdade, igualdade, os quais estão sempre presentes na atividade interpretativa do Direito.

Para Dworkin¹⁸⁹:

Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. Nosso maior interesse é o princípio jurisdicional, mas não ainda. Neste capítulo, sustento que o princípio legislativo faz parte de nossa prática política a tal ponto que nenhuma interpretação competente dessa prática pode ignorá-lo. Avaliamos essa afirmação segundo as duas dimensões que agora nos são familiares. Perguntamos se o pressuposto de que a integridade é um ideal político distinto se adapta a nossa política e, em segundo lugar, se honra nossa política. Se o princípio legislativo de integridade é poderoso nessas duas dimensões, então o argumento em favor do princípio jurisdicional e da concepção do direito que defende já terá começado bem.

Ou seja, o Princípio Judiciário de Integridade concede ao julgador a potencialidade de identificar direitos e deveres legais como criação de uma comunidade personificada, com sua história, seus anseios, seus princípios morais de base. O Direito como Integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica, quanto sua fonte de inspiração. Há um movimento de revisitação ao elementos do passado, em consonância ao presente e com uma visão de futuro. A história está presente como um ponto de coerência ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade faz vigorar.

O Direito passa a apresentar-se, desta forma, como um Romance em Cadeia, onde há um conjunto de romancistas (operadores jurídicos) escrevendo um grande romance, e este romance deve ter uma integridade interpretativa, em que pese o estilo pessoal de cada romancista.

Nesta trilha de raciocínio, tem-se que a atividade jurídica é uma atividade de interpretação entre Regras e Princípios, para a realização do Direito como Integridade. Nesse sentido, a Teoria de Interpretação proposta por Dworkin prevê que a atividade interpretativa é um exercício constante de aplicação de regras, princípios e políticas públicas, todas tendo como ponto convergente a realização da igualdade e da liberdade para a sociedade.

Para a Interpretação do Direito, o Julgador deverá ter claro a distinção entre Regras e Princípios.

Regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada, pois para Dworkin¹⁹⁰,

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. 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 oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui a decisão.

Já os Princípios¹⁹¹, “Diferentes das regras jurídicas, subitamente nos damos conta de que estão por toda a parte, à nossa volta.”

186 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 291.

187 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 305.

188 Na obra *O Império do Direito*, Dworkin apresenta de forma minuciosa estudos sobre o que é o Direito?, os conceitos de interpretação, convencionalismo, pragmatismo e personificação. Depois, o autor apresenta o que é Integridade e a Integridade no Direito. A seguir, apresenta o “common law, as Leis, a Constituição e finaliza com um capítulo sobre o Direito além do Direito.

189 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 213.

190 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

191 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46.

Os Princípios devem ser aplicados mediante seu peso ou importância. E se houver colisão de Princípios, haverá o sopesamento daquele que deva ser aplicado¹⁹².

Ao concluir seu Modelo I e II de Regras e Princípios, Dworkin diz que¹⁹³: “O meu ponto não é que “o direito” contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à ideia de que “o direito” é um conjunto fixo de padrões de algum tipo.”

Tanto Regras quanto Princípios, no Modelo Dworkiano, são decorrentes das “luzes” da sociedade. Portanto, neste entendimento, a atividade de Interpretação do Direito será tanto mais justa, mais correta e mais aceitável quanto mais atenda às “luzes” da sociedade para a qual ela está voltada e para a qual objetiva a melhoria.

Interpretar o Direito, a partir de uma base dworkiana, é compreender este conjunto de ideias: que entender Direito como Integridade será sempre um exercício de integração entre Regras e Princípios, derivados de um Ordenamento Jurídico no qual a Liberdade e a Moralidade estão fundidas no Direito, como forma de realização das “Luzes da Comunidade”, processo este sempre em movimento histórico, com o objetivo único de realizar a felicidade e o bem estar da humanidade.

Em face desta proposta teórica, passamos a analisar as violações aos Direitos Fundamentais pela Via do Poder Judiciário no Brasil.

3 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS E AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA VIA DO PODER JUDICIÁRIO: O CASO DA REDUÇÃO DAS ASTREINTES

Apresentaremos neste trabalho um recente caso, julgado pela Justiça Federal do Estado de Santa Catarina, neste Mês de Julho de 2014. Antes de se adentrar à apresentação do referido julgado, é preciso se dizer que o que temos lido, assistido e visto—e este caso que será/a seguir relatado comprova com clareza solar este ponto de vista—é a denegação oficial – pelo próprio Estado!, por seu Poderes de Estado! – da vigência e eficácia dos Direitos Fundamentais legislados e que há muito deveriam estar consolidados neste País – e não o estão! Pelo contrário, a situação é alarmante, agravada pelas constantes violações cometidas pelo próprio Poder Judiciário, justificadas por uma suposta “Interpretação do Direito”, que agora ganha uma nova “roupagem” absolutamente perigosa, que são os precedentes jurisprudenciais vinculantes e que estão sendo utilizados pelas Cortes Superiores como forma de elidir a revisão das decisões, tudo embasado em nome de uma também suposta “celeridade e economia processual”. O caso fala por si só, senão vejamos:

Relatam os autos da Ação Ordinária N° 5006299-09.2013.404.7208/SC¹⁹⁴, em que é Autor Jucemar Antônio Pias Nunes – EPP e Requerida a Caixa Econômica Federal –CEF, tendo como Julgador em Primeiro Grau de Jurisdição o Juiz Federal Dr. Zenildo Bodnar, que o Autor firmou, em 18 de Junho de 2009, acordo nos autos n.º 2008.72.08.001241-8/SC, em que eram partes Jucemar Antônio Pias Nunes ME e Caixa Econômica Federal, os quais tramitaram perante a 2ª Vara Federal de Itajaí, quitando-o pontualmente. Contudo, recebeu avisos de cobrança e inscreveu a parte autora no «Cadastro Interno de Bancos» e no SERASA. A CEF contestou o feito, suscitando preliminarmente falta de interesse de agir, no mérito alegando, em suma, que as renegociações se deram nos autos n.ºs 2007.72.08.004515-8 e 2007.72.08004514-6, mas os depósitos do autor foram realizados na ação 2008.72.09.001264-9, jamais sendo intimada ou tendo conhecimento dos depósitos, razão pela qual os débitos existentes decorrem de culpa exclusiva da vítima, não se caracterizando a responsabilidade civil da ré, portanto. Foi deferida a antecipação da tutela, determinando-se a exclusão do nome do autor dos cadastros de restrição ao

192 Ao tratar da questão do sopesamento dos Princípios, Dworkin trava um importante debate sobre o *poder discricionário*. Tal debate se encontra em *Levando os Direitos à Sério*, p. 50. Neste debate, Dworkin tenta responder *quando um Juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor?* Dworkin apresenta uma forte crítica ao positivismo, tentando apresentar um esquema teórico capaz de superá-lo.

193 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 120.

194 Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50062990920134047208&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=. Processo Eletrônico. Acesso em 25/04/2014.

crédito. O autor veiculou o descumprimento da liminar. A CEF informou o bloqueio da restrição. O autor requereu a inclusão na condenação do valor da multa diária, fixada para o caso de descumprimento da decisão liminar. Em sentença terminativa, o MM. Juiz Federal Dr. Zenildo Bodnar, julgou PROCEDENTE O PEDIDO, por entender que a questão fática fora analisada com acertadas luzes na decisão liminar, pois:

A inscrição da autora em cadastro de restrição ao crédito foi determinada pela ré em 21/10/2011, nos valores de R\$ 18.997,349 e 56.359,10, decorrente dos contratos n°s 01200921691000010672 e 01200921691000010753. Com efeito, nos autos n° 2008.72.08.001241-8/SC foi firmado acordo às fls. 113-114, restando consignado o seguinte: Caberá ao executado Jucemar abrir duas contas judiciais na CEF (PAB/JF), vinculadas aos processos de execução números 2007.72.08.004515-8 e 2007.72.08.4514-6 para efetivação de todos os pagamentos. Vê-se, no entanto, que as guias de depósito anexadas à inicial estão todas relacionadas àqueles autos—n° 2008.72.08.001241-8 (COMP6-30). Às fls. 116-117 do processo a CEF requereu autorização para apropriação dos valores depositados nas contas judiciais 12795-6 e 12796-4, ambas da agência 2705 e vinculadas a estes autos, pedido deferido pela sentença da fl. 118, datada de 27/07/2009, homologando-se ainda a alteração da forma de pagamento, para que se desse mediante emissão de boleto por agência de Balneário Camboriú/SC. Os valores correspondentes às entradas de ambos os acordos foram levantados pela ré em 19/08/2009 (fl. 121-v daquele processo), porém, como visto, os depósitos continuaram a ser feitos nos mesmos autos. Posteriormente, nos autos da execução n° 2007.72.08.004515-8, a CEF foi intimada para esclarecer o pedido de penhora da fl. 87, bem como para informar se o acordo feito continuava válido, visto que os executados vinham efetuando depósitos mensalmente nas contas judiciais 2705.005.12795-6 e 2705.005.12796-4, contas estas vinculadas aos autos da ação de Embargos à Execução n° 2008.72.08.001241-8. Silente a CEF, este juízo considerou vigente o acordo, e, em setembro de 2011, foi determinada a expedição de alvará para levantamento dos valores até então depositados. Desta forma, o Juiz Federal entendeu que o acordo permaneceu válido e vigente, tanto que a ré, embora não se manifestando nos autos, sacou os valores depositados pela autora ao longo da execução do pacto. Por outro lado, na contestação a CEF não questiona a suficiência dos valores depositados pela autora ao longo da execução do acordo, opondo-se somente à forma de execução. Destarte, tendo a ré sacado os valores depositados judicialmente, ainda que de forma diversa do previsto no título judicial, e que o processo judicial configura mero instrumento a serviço do bem da vida que lhe corresponde, não vislumbro o Julgador solução diversa ao caso concreto que não seja considerar adimplente a parte autora.

E, aplicando a Lei do Consumidor, entendeu haver prova conclusiva acerca da efetiva negativação do autor por dívida quitada, sendo inegável que este fato gera abalo moral substancial passível de indenização. Disse o Julgador:

Com efeito, a jurisprudência pacífica tem entendido que a inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito (SPC, SERASA, CADIN), por si só, traduz hipótese de dano moral, sendo desnecessária a prova objetiva do abalo à honra e à imagem das pessoas perante a sociedade. É o entendimento do STJ:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL. PROVA. ART. 159 DO CC/1916.

1. Jurisprudência desta Corte pacificada no sentido de que a indevida inscrição no cadastro de inadimplentes, por si só, é fato gerador de indenização por dano moral, sendo desnecessária a prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelo demandante.

2. Recurso especial conhecido, mas improvido.

(STJ, REsp n° 468573/PB, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 08-09-2003, p. 295).

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE DEVEDORES. PROVA DA EFETIVA EXISTÊNCIA DO PREJUÍZO.

- Segundo a jurisprudência desta Corte, 'a exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular'. Precedentes. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp n° 204036, 2ª Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 23-08-99, p.132).

Na mesma senda, colhe-se do TRF4:

ADMINISTRATIVO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO NO CADIN. INDENIZAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA NACIONAL. LEGITIMIDADE.

- Nas ações de dano moral, em casos de inclusão ou manutenção indevida em cadastro de inadimplentes, basta a prova do fato, não se exigindo a prova do sofrimento causado.

- Apelação conhecida e desprovida.

(AC n° 2004.72.04.001770-9/SC, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 3ª Turma, DJ 09-08-2006, p. 721).

No que tange ao arbitramento da indenização a título de danos morais, destaco particularmente os seguintes aspectos que considero preponderantes: a) gravidade objetiva da culpa; b) tempo de inscrição indevida (dois anos e três meses);

c) ausência de medidas concretas para mitigar os efeitos maléficos da inscrição.

Por todos estes aspectos, considero o dano moral como elevado e considerando as finalidades: preventiva, reparatória, pedagógica e principalmente sancionatória (viés imprescindível neste caso), tenho como necessário e suficiente o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

O valor arbitrado deverá ser corrigido monetariamente pelo IPCA-E, a partir desta data (Súmula 362 do STJ); e acrescido de juros da poupança, a partir do evento danoso [21/10/2011] (Súmula 54 do STJ), nos termos do art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/09, c/c com o que foi decidido pelo Plenário do STF nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 4.357/DF e 4.425/DF e pela 1ª Seção do STJ nos autos do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n.º 1.270.439/PR.

Prosseguindo em seu raciocínio, o Julgador entendeu pelo cabimento da Multa Cominatória, prevista na Lei do Consumidor, pois o autor requereu a execução da multa diária (R\$ 500,00), fixada na decisão liminar para o caso de descumprimento da determinação de retirada, em 5 dias, do seu nome dos cadastros de inadimplentes. Estando caracterizada a mora de 106 dias para o cumprimento da decisão, o autor apresentou como devido o valor de R\$ 53.000,00.

Disse o Julgador Federal:

As astreintes são o meio coercitivo apropriado para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer decorrente de decisão judicial ou sentença. Seria inócua a sua fixação se, uma vez verificado o descumprimento, aquela restasse inexigível. Neste sentido:

Lembro o argumento expendido pelo exmo. sr. Ministro LUIZ FUX, nos autos do REsp nº 699.495/RS no sentido de que '[...] a função das **astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalitrância**'. (in REsp 885737/SE, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T., j. em 27/02/2007)

A multa diária (astreintes) é típico meio executivo de coação. Atuando sobre a vontade do devedor, ela visa a fazer com que o devedor satisfaça, sob pressão, a prestação que deveria espontaneamente entregar ao seu credor. Daí afirmar-se que a execução por meios coativos é forma de execução forçada indireta, já que o cumprimento da obrigação ocorre, não diretamente pela ação do Judiciário, mas pela do próprio devedor. Os meios de sub-rogação, ao contrário, são os que o Estado utiliza para, ele mesmo, entregar ao credor o objeto da prestação, independentemente da vontade ou da colaboração do devedor. Há, aqui, portanto, caracterizadamente, execução forçada direta. Em três subespécies classificam-se ditos meios executivos: (a) meios de desapossamento, (b) meios de transformação e (c) meios de expropriação. Os primeiros, consistentes em providências para retirar o bem da posse do devedor ou de terceiro que o detenha, são utilizados para a execução forçada de obrigação de entregar coisa. Os meios de transformação prestam-se ao atendimento de obrigações de fazer e de não fazer. Por eles, o Estado providencia medidas para que a obra ou o serviço ou o desfazimento, reclamados pelo credor, sejam realizados por outrem, que não o devedor renitente. E, finalmente, os meios executivos de expropriação consistem em atos de invasão forçada do patrimônio do executado para dele separar um ou mais bens, que serão destinados a cumprir obrigação de pagar quantia. (in REsp 784188/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T., j. em 25/10/2005).

De fato, o prazo para o cumprimento da decisão findou no dia 14/10/2013 (evento 19). Em que pese a CEF tenha afirmado ter cumprido a decisão (evento 26, INF2), o autor comprovou que a restrição, com registro em 21/10/2011, ainda persistia na consulta realizada em 19/11/2013 (evento 32, INF1). O cancelamento somente foi efetuado no dia 28/01/2014, caracterizando a mora de 106 dias.

Destaco, por oportuno, que os prazos que se suspendem durante as férias forenses são os prazos processuais civis, e não os prazos fixados pelo Juízo para o cumprimento de provimentos liminares. Com efeito, a CEF não estava de 'recesso' e, muito menos, ficaram de 'recesso' as ordens judiciais.

Assim sendo, condeno a CEF ao pagamento em favor do autor do valor de R\$ 53.000,00.

De todo o exposto, em Primeira Instância o caso restou assim julgado: 1) condenação da Caixa Econômica Federal ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a serem corrigidos e acrescidos de juros de mora nos termos da fundamentação, e; b) pagamento de R\$ 53.000,00 (cinquenta e três mil reais) em favor do autor, corrigidos monetariamente pelo IPCA-E, a partir da publicação, referentes às astreintes.

A Caixa Econômica Federal recorreu da decisão e, em Segundo Grau de Jurisdição, quando o Julgador apreciou o Recurso de Apelação Cível n. 5006299-09.2013.404.7208/SC, aplicou interpretação completamente diversa, sem nenhum argumento plausível, sem nenhuma explicação aceitável, que pudesse justificar a modificação do *quantum condenatório* do patamar de R\$ 20.000,00 para R\$ 5.000,00.

Disse apenas o Julgador de Segunda Instância:

No caso em comento, como já relatado, a empresa/autora restou inscrita indevidamente em cadastros restritivos de crédito pelo período de dois anos e três meses.

Assim, configurado o equívoco na conduta da CEF ao efetuar a inscrição do nome do autor indevidamente no cadastro de inadimplentes, presente o nexu causal e surge o dever de indenizar.

Para fixação do quantum devido a título de reparação de dano moral, faz-se uso de critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, considerando: a) o bem jurídico atingido; b) a situação patrimonial do lesado e a da ofensora, assim como a repercussão da lesão sofrida; c) o elemento intencional do autor do dano, e d) o aspecto pedagógico-punitivo que a reparação em ações dessa natureza exigem.

Da análise dos autos, conclui-se que o autor cumpriu o acordo judicial, utilizando, todavia, conta diversa da acordada, e a CEF, intimada a se manifestar sobre a validade do acordo, quedou-se inerte, levando o magistrado ao entendimento de que tudo procedia corretamente, razão pela qual, inclusive, liberou à CEF o levantamento do depósito judicial.

Consideradas todas essas circunstâncias, tenho que o valor do quantum indenizatório deve ser adequado aos parâmetros adotados pela Corte, in verbis:

ADMINISTRATIVO. CIVIL. CEF. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSS. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. FALTA DE REPASSE. DANO MORAL. INDEVIDA INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. QUANTIFICAÇÃO. REDUÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO.

1. Tratando-se de empréstimo consignado, o § 2º do art. 6º da Lei nº 10.820/2003 estabelece que o INSS tem responsabilidade em relação à retenção dos valores e repasse à instituição bancária, devendo manter o pagamento do benefício na mesma casa bancária enquanto o empréstimo não for liquidado.

2. O dano moral decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplente é considerado in re ipsa, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato.

3. Na quantificação do dano moral devem ser sopesadas as circunstâncias e peculiaridades do caso, as condições econômicas das partes, a menor ou maior compreensão do ilícito, a repercussão do fato e a eventual participação do ofendido para configuração do evento danoso. A indenização deve ser arbitrada em valor que se revele suficiente a desestimular a prática reiterada da prestação de serviço defeituosa e ainda evitar o enriquecimento sem causa da parte que sofre o dano.

4. O montante indenizatório deve ser atualizado a contar da decisão que o arbitrou (Súmula 362 do STJ), com base no Manual de Cálculos da Justiça Federal, e cabe a incidência de juros de mora a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ e art. 398 do novo Código Civil).

5. ...

(TRF4R., AC n. 5000171-44.2011.404.7110/RS, 4ª Turma, Relator Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, j. 22/01/2013)

FINANCIAMENTO HABITACIONAL E CONTA CORRENTE OBRIGATÓRIA. NULIDADE DA CONTA. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃOS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL. DANO PRESSUPOSTO. VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. A conta-corrente aberta em nome da parte autora foi utilizada exclusivamente para o depósito das prestações do financiamento habitacional. As instituições financeiras não podem exigir a abertura de conta-corrente para a concessão de financiamentos. Prática vedada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

2. Como a parte autora demonstrou não ter interesse nos serviços bancários oferecidos e na manutenção da conta-corrente, esta deverá ser cancelada, pois é nula. Os valores cobrados para a manutenção da conta também são atingidos pela nulidade.

3. Inscrição indevida do nome da parte autora em cadastro de inadimplentes gera dano moral independente da prova do dano, que é presumido e decorre do próprio fato, bastando a comprovação da inscrição indevida.

4. O arbitramento do valor da indenização advinda dos danos morais deve ser pautado pelo bom senso e pela razoabilidade, não podendo ser irrisório nem ensejar enriquecimento ilícito. A indenização deve, de certa forma, amenizar o sofrimento da vítima e punir na medida certa o responsável pelo dano, a fim de desestimulá-lo à prática de novas condutas ilícitas. Assim, tendo em vista as particularidades do caso e a situação das partes, o valor da indenização deve ser fixado em R\$ 5.000,00, valor este de acordo com os parâmetros adotados pelo STJ e pelo TRF da 4ª Região em casos semelhantes.

(TRF4R., 4ª Turma, AC n. 5002550-19.2010.404.7101/RS, Relator Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior, j. 02/10/2012) grifei

Assim sendo, merece ser reformada em parte a sentença, para que seja adequado o valor da indenização por danos morais aos julgados semelhantes, razão pela qual o reduzo para a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a serem devidamente atualizados, como constou na sentença.

E, em relação às astreintes, disse o Julgador que, conquanto seja perfeitamente cabível a imposição de multa por descumprimento à ordem judicial como meio coercitivo,

De acordo com os precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, o valor da multa diária por descumprimento não faz coisa julgada material, podendo ser modificado, caso se mostre irrisório ou excessivo, nesse último caso representando enriquecimento sem causa do exequente.

Disse, ainda:

O valor dado à causa na inicial foi de R\$ 207.985,50 (duzentos e sete mil novecentos e oitenta e cinco reais e cinquenta centavos). Porém embasou-se tal pretensão nos valores constantes das cartas de cobrança enviadas pela CEF e em valor pretendido de danos morais, que estimou em R\$ 40.680,00 (quarenta mil seiscentos e oitenta reais). Assim, como a ação foi parcialmente procedente apenas para efetuar o pagamento de danos morais em vinte mil reais, que ora reduz para cinco mil, este é o valor que me norteará na avaliação do montante das astreintes.

Em que pese tenha havido o descumprimento da decisão pela parte ré—que deve ser penalizada, porque manifestamente descumpriu ordens judiciais—não se pode permitir o enriquecimento desproporcional de uma das partes em detrimento da outra, de modo que deve ser adequada a multa a valores proporcionais e razoáveis, de forma a penalizar a parte que descumpriu decisão judicial e assegurar à outra parte a devida compensação pela demora no cumprimento. Dessa forma, tenho por adequado, dadas as peculiaridades do caso concreto, reduzir a condenação da multa diária para o valor total de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigidos na forma determinada na sentença.

Decorrente do relatado acima, e que nos serve de análise, decorre a realidade com a qual nos deparamos dia a dia no País em relação à aplicação da Lei e à Interpretação da Lei. Ora, no Brasil sempre estamos tentando discutir novos paradigmas, novas teorias, novos aportes teóricos alienígenas, mas, do ponto de vista dos Direitos Fundamentais, não estamos dando conta de cumprir a Lei que se encontra evidente, clara e posta com abundância à nossa frente. A Lei, pura e simples, clara, sem dúvidas, constitucional, garantidora dos direitos dos cidadãos brasileiros. Lei esta que vem sendo renegada na aplicação diária na Justiça Brasileira, como o caso acima relatado. Ora, se o Julgador de Primeiro Grau – aquele que participou ativamente da causa, aquele que conheceu as partes, aquele que efetivamente desenvolveu todo o trabalho de julgamento do caso concreto – , decidiu em favor de quantias pecuniárias que encontraram respaldo na prova dos autos, quais são os argumentos interpretativos que poderiam autorizar a modificação tão profunda deste julgamento?

De que forma a teoria Dworkiana pode ajudar a compreender este caso com desfecho tão complexo?

Um dos argumentos que se apresenta recorrentemente quando tratamos de danos morais no Brasil, especialmente no Direito do Consumidor, é o relativo à “indústria do dano moral”. Julgados dos Tribunais Superiores demonstram claramente uma posição que “vem tomando corpo entre nós”, no sentido de até se conceder a indenização por danos morais, mas em valores bem ínfimos, para evitar que novas demandas sejam protocoladas, abarrotando-se o Judiciário de novos processos. Seria um “desincentivo” ao consumidor interessado em “danos morais”.

Ora, Dworkin, em suas obras, apresentou diversos casos americanos julgados pelas Cortes, e que tratavam de assuntos que o autor considerou importantes serem retratados em seus estudos. Mas temos que entender que no sistema americano a esfera extrajudicial é muito fortalecida e que para um caso alcance a esfera judicial, especialmente a Suprema Corte, é um caminho muito difícil, oneroso do ponto de vista financeiro, e que nem todos os cidadãos americanos optam por esta esfera. Pelo contrário, a Mediação e a Arbitragem Extrajudicial ganham cada vez mais espaço no Sistema Americano, como formas de Soluções Negociais Extrajudiciais de Conflitos. Portanto, as Cortes e Suprema Corte acabam por receber menor volume de casos para análise e julgamento, além do sistema jurídico próprio que é o *common law*¹⁹⁵.

195 Common law (do inglês “direito comum”) é o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos. Constitui portanto um sistema ou família do direito, diferente da família romano-germânica do direito, que enfatiza os atos legislativos. Nos sistemas de *common law*, o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juizes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, quando não existe um precedente, os juizes possuem a autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente.¹ O conjunto de precedentes é chamado de *common law* e vincula todas as decisões futuras. Quando as partes discordam quanto o direito aplicável, um tribunal idealmente procuraria uma solução dentre as decisões precedentes dos tribunais competentes. Se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, o tribunal é obrigado a seguir o raciocínio usado naquela decisão anterior (princípio conhecido como *stare decisis*). Entretanto, se o tribunal concluir que a controvérsia em exame é fundamentalmente diferente de todos os casos anteriores, decidirá como “assunto de primeira impressão” (*matter of first impression*, em inglês). Posteriormente, tal decisão se tornará um precedente e vinculará os tribunais futuros com base no princípio do *stare decisis* (In <http://pt.wikipedia.org/wiki/>

No Brasil, ao contrário, passamos por um movimento muito forte de acesso à justiça, consubstanciado por políticas públicas tais como a gratuidade da justiça, o *jus postulandi* gratuito nos Juizados Especiais e a facilitação de diversos meios de acesso ao Judiciário, sem maiores custos. Por isso, temos um Poder Judiciário lotado de demandas individuais e coletivas, tendo em vista esta abertura que o próprio Sistema Jurídico proporcionou ao cidadão brasileiro.

Todavia, o cidadão brasileiro não pode pagar o preço em relação a uma tentativa de “fechamento” das portas que foram anteriormente escancaradas, no sentido de se desincentivar as demandas entendidas por alguns como “desnecessárias” ou aquelas que estão sendo chamadas como “incômodos do mero dia a dia”, “indústria do dano moral”, “tentativa de enriquecimento ilícito” entre outros adjetivos que temos visto serem utilizados sem qualquer plausibilidade ou interpretação pelos Órgãos Judiciais Brasileiros, que, nesta tentativa de evitarem novas demandas, estão a desincentivar novos processos pela via da violação aos Direitos Constitucionais garantidos, num movimento contrário às conquistas cidadãs e ao princípio do não retrocesso.

Se queremos fortalecer a Via Extrajudicial de Resolução de Conflitos (e este seria um caminho fantástico, com a criação de uma Cultura do Consenso em contraposição à Cultura do Conflito), que fomentemos políticas públicas capazes de criarem uma nova cultura jurídica, de diálogo, de paz, de conciliação e por aí em diante.

Jamais podemos admitir que a Violação aos Direitos e Garantias Fundamentais seja uma via adequada para este fim.

Ao contrário disso, seria necessário se promover o fortalecimento dos serviços públicos de qualidade, capacitações aos fornecedores de serviços no Brasil, especialmente aos litigantes habituais de grande porte (bancos, telefonia, serviços aéreos etc), pois estamos cansados de saber que tais serviços são prestados com péssima qualidade no Brasil, tudo o que é denotado por pesquisas realizadas ordinariamente e mesmo pelos números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça.¹⁹⁶

Ao final do acórdão, quando o Julgador afirma que a decisão está sendo tomada para evitar o “enriquecimento ilícito”, pergunta-se: evitar o enriquecimento ilícito de quem? Pois o teor da decisão autoriza e legitima a absurda e ilícita conduta de um dos maiores bancos brasileiros em continuar violando direito fundamental do cidadão à imagem e honra, balisado pelo Judiciário, pois a decisão Judiciária somente teria sentido se pudesse atuar pedagogicamente no caso, o que, visivelmente, incorreu.

Dworkin¹⁹⁷, a esse respeito, diz que:

Se leigos, professores de direito, advogados em exercício e juizes não têm uma boa resposta para a pergunta de como é possível a divergência teórica, e do que se trata, não dispomos do essencial de um aparato razoável que nos permita fazer uma crítica inteligente e construtiva da atuação de nossos juizes.

Vivemos hoje no Brasil um império de violações de Direitos Fundamentais cometidas pelo Poder Judiciário, pela iniciativa privada, pelos Órgãos Públicos diretos e indiretos... E precisamos dizer, referenciar, estudar, pesquisar

Common law. Acesso em 16/07/2014.

196 A Pesquisa “100 Maiores Litigantes – 2012” (http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf), realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, denota que os setores públicos da Esfera Federal e dos Estados foram responsáveis por 39,26% dos processos que chegaram à Justiça de Primeiro Grau e aos Juizados Especiais entre janeiro e outubro de 2012. O setor público federal e os bancos respondem sozinhos por 76% dos processos em tramitação e isso é muito significativo, sendo objeto de todas as nossas preocupações e diálogos institucionais. Foi a segunda vez que o CNJ elabora a relação dos 100 maiores litigantes do Poder Judiciário brasileiro. A primeira lista foi divulgada em 2011 e teve como foco o estoque de processos em curso no Judiciário até 2010. Já a edição 2012 analisa apenas as novas ações judiciais, ingressadas na primeira instância da Justiça e nos juizados especiais. Segundo esta edição, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) continua a ocupar o primeiro lugar no *ranking* das organizações públicas e privadas com mais processos no Judiciário Trabalhista, Federal e dos estados. O órgão respondeu por 4,38% das ações que ingressaram nesses três ramos da Justiça nos 10 primeiros meses de 2012. Na sequência, vem a BV Financeira (1,51%), o município de Manaus (1,32%), a Fazenda Nacional (1,20%), o estado do Rio Grande do Sul (1,17%), a União (1,16%), os municípios de Santa Catarina (1,13%), o Banco Bradesco (0,99%), a Caixa Econômica Federal (0,95%) e o Banco Itaúcard S/A (0,85%), respectivamente ocupando da segunda à décima posição. Na divisão por setores, a pesquisa mostra que o setor público foi o que mais figurou na Justiça Federal, na do Trabalho e na dos estados, com 12,14% do total de casos novos registrados nesses três ramos, entre janeiro e outubro de 2011. Depois, encontram-se os bancos (10,88%), o setor público municipal (6,88%), o setor público estadual (3,75%), a telefonia (1,84%), o comércio (0,81%), a área de seguros/previdência (0,74%), a indústria (0,63%), os serviços (0,53%) e os conselhos profissionais (0,32%). A segunda edição dos 100 Maiores Litigantes também traz a relação das organizações com mais processos por ramo do Judiciário. No âmbito estadual, a pesquisa mostra que os bancos e o setor público (municipal, estadual e federal) foram responsáveis por 34,4% dos processos novos que chegaram à primeira instância entre janeiro e outubro de 2011. Nos Juizados Especiais, os bancos e o setor de telefonia figuram como os setores mais litigantes da Justiça Estadual, respectivamente com 14,7% e 8,3% do total de processos ingressados no período. Na Justiça Federal, o setor público federal e os bancos também apresentaram os maiores percentuais de processos novos, respectivamente com 68,8% e 13,4% na primeira instância e 92,3% e 7,2% nos juizados especiais. Nesse segmento, duas instituições se destacaram por concentrar boa parte das novas ações movidas nos 10 primeiros meses do ano passado: o INSS (com 34% de ações no primeiro grau e 79% nos juizados especiais) e a Caixa Econômica Federal (com 13% dos processos no primeiro grau e 7% nos juizados especiais). No Judiciário Trabalhista, a indústria foi o setor que mais respondeu pelas ações movidas entre janeiro e outubro de 2011.

197 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 15.

e falar sobre isso. Precisamos urgentemente pensar o Direito como este conjunto de atitudes que define a sociedade onde está inserido, um Império de Normas e Princípios autorizadores da forma de vida que aquele corpo social toma como escolha de vivência e que pode ou não assumir os contornos delineados para a realização da efetividade da Constituição que guia aquela sociedade.

Para Dworkin¹⁹⁸,

O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciousa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão.

E, continua ensinando Dworkin¹⁹⁹, que a atitude do Direito deve ser construtiva:

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé em relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.

Talvez esta seja uma das citações mais encantadoras de Dworkin, pois expressa o Direito como a representação da Vida, a vida que queremos para nós e para as gerações futuras. Não podemos relegar o papel do Direito como base da sociedade. Não podemos retroceder no caminho Constitucional já construído e negar o protagonismo de todos aqueles que já sofreram para a conquista do Estado Democrático de Direito no Brasil. A história não pode retroceder. Ela tem que avançar: avançar nas garantias, avançar na efetividade dos direitos, avançar na ética e no cumprimento da Lei.

A Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, há muito vem sustentando a Integridade do Direito, quando revela a sua Interpretação contrária à Redução de Astreintes, consoante o Acórdão abaixo relatado²⁰⁰:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ASTREINTE. VALOR ELEVADO. PEDIDO DE REDUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEM O NÃO CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. INDEFERIMENTO.

1. Para redução da multa diária fixada a fim de se cumprir obrigação de fazer ou de não fazer, é necessário que a elevação no montante não decorra simplesmente da resistência da parte em cumprir a ordem judicial.

2. A análise sobre o excesso da multa deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas no momento em que a multa incide e com o grau de resistência do devedor. Não se pode analisá-la na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo, depois de cumprida a obrigação, procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe um comportamento desarrazoado de uma das partes.

3. Recurso conhecido e improvido.

(REsp 1135824/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 14/03/2011).

No corpo do Acórdão, a Ministra aduz:

Resta analisar o principal tema do recurso especial, que é o pedido de redução da astreinte. Os dados relevantes para a apreciação desse pedido são os seguintes: (i) o título levado a protesto e a cadastros de restrição ao crédito montava a quantia de R\$ 1.630,00; (ii) a condenação por dano moral em decorrência dos indevidos apontamentos foi de aproximadamente R\$ 7.000,00; (iii) o juízo facultou ao lesado promover, diretamente, a retirada de seu nome dos cadastros discutidos; (iv) o lesado optou por pleitear que a instituição financeira fosse incumbida de tal medida, tendo sido a ela imposta tal obrigação em abril de 2004; (v) houve um atraso inicial de mais de 90 dias no cumprimento da determinação, pelo Banco; (vi) esse atraso motivou a propositura de uma primeira execução para cobrança de astreintes, que resultou na condenação do Banco a pagar aproximadamente R\$ 27.000,00 a esse título; (vii) não obstante tal

198 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 492.

199 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 492.

200 Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em 17/07/2014.

condenação, o Banco permaneceu inerte por mais de um ano, motivando o aumento da astreinte e a propositura de nova execução; (viii) o valor do débito correspondente ao segundo período de inadimplemento era de R\$ 121.873,55, na data da propositura da segunda execução; (ix) o Banco cumpriu a obrigação determinada na sentença em 19 de agosto de 2005.

...omissis...

Ora, a mesma facilidade que teria o recorrente para fazer cessar a lesão de seu direito teria também a recorrida, com a diferença de que a obrigação foi imposta a ela, não a ele. Este recurso especial é rico em argumentos para demonstrar o exagero da multa, mas é pobre em justificativas quanto aos motivos da resistência do Banco em cumprir a ordem judicial. Se não há qualquer demonstração dos motivos da resistência e se, como ocorre neste processo, a ordem judicial só foi cumprida após a multa ser elevada pela terceira vez, ao patamar de R\$ 1.000,00 por dia (após mais de um ano de resistência), reduzir a astreinte nesta sede produziria seguramente um efeito muito pernicioso: indicaria às partes e aos jurisdicionados em geral que as multas fixadas para cumprimento de obrigações de fazer não são sérias, são meros símbolos que não serão necessariamente tornados realidade. A procrastinação ao cumprimento das ordens judiciais, assim, sempre poderia se dar sob a crença de que, caso o valor da multa se torne elevado, o inadimplente a poderá reduzir, no futuro, contando com a complacência do Poder Judiciário.

...omissis...

Forte nessas razões, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

No caso que estamos analisando (Caixa Econômica Federal), em que pese a Interpretação do Juiz Federal de Primeiro Grau e da própria Ministra do STJ (em caso análogo), “vem tomando corpo entre nós” a posição assumida pelo Julgador Federal de Segundo Grau, sendo possível se encontrar inúmeros outros casos que dão eco a esta posição.

Diante da Posição Moral e Jurídica que vem tomando corpo no Judiciário Brasileiro, em favor da Redução de Astreintes, colocam-se alguns questionamentos: Que tipo de conduta estamos incentivando no País por meio de nossas atitudes enquanto Operadores do Direito? Que atitude estamos tomando para melhorar a sociedade? A interpretação levada a efeito no caso acima se adequa ao anseio da comunidade? A regra (a Lei) foi cumprida? A Lei deve ser cumprida. Cumprir a Lei não é ser positivista. A Lei, a regra, está posta, e enquanto atender ao anseio social, deve ser cumprida.

Segundo concluímos em nossos estudos na disciplina de Princípios e Política Constitucional²⁰¹:

- 1) As regras constitucionais sem concessão ou autorização, valem integralmente;
- 2) As regras constitucionais que excepcionam o direito assegurado, valem até o limite do limite;
- 3) As regras constitucionais que autorizam exceção em lei ou por força de lei, são limitadas no limite dos limites;
- 4) Os princípios constitucionais que veiculem direitos fundamentais, valem integralmente e são exigíveis desde logo, mas podem encontrar limites em outro princípio quando ocorra choque entre eles.

Portanto, se temos uma Lei do Consumidor aceitável como Posição Moral e como Regra, não há exceção: as astreintes devem ser aplicadas em patamares pedagógicos. Este o sentido de Regras e Princípios!

Não há como se compreender qual a coerência da Interpretação em favor da Redução das Astreintes, quando se tem uma pesquisa do CNJ a denotar que os bancos estão em primeiro lugar como os mais acionados no País como um todo, ante a má prestação dos serviços disponibilizados no mercado aos consumidores. Ora, se queremos construir uma mentalidade pedagógica de melhoria dos serviços bancários no País, precisamos agir pedagogicamente no curso dos processos, deixando de permitir (por meio da imposição das astreintes) que os bancos descumpram ao menos as ordens judiciais! Já que aos consumidores os bancos não respeitam, será que vamos admitir que, para além disso, também desrespeitem as ordens judiciais?

Em que medida a Interpretação levada a efeito pelo Julgador Federal de Segunda Instância em Reduzir Astreintes atende aos legítimos anseios da comunidade consumeirista, que está cansada de ter uma belíssima Lei do Consumidor em mãos, mas que não funciona na prática do dia a dia?

Não se pode ter medo de dizer que estamos retrocedendo. As causas de consumo devem ser analisadas do

201 Esta foi uma anotação pessoal procedida a partir da apresentação do Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão durante a Sistematização final da disciplina.

ponto de vista da sua repercussão social²⁰², e não estamos vendo isto acontecer de modo geral no Judiciário²⁰³. Elas tem uma função social. Deste ponto de vista, manter astreintes em patamares dignos e pedagógicos é contribuir para que haja menos litígios no Brasil, pois somente com medidas sérias, efetivas, eficientes, os litigantes habituais (fornecedores) poderão agir de modo diferenciado no mercado de consumo, mais comprometidos com o cumprimento efetivo das Regras e Princípios aplicáveis ao Consumidor, Fornecedor e Mercado de Consumo. Astreintes que não façam o menor sentido do ponto de vista pedagógico (analisando-se patrimônio de ofensor e ofendido) não contribuem em nada para a melhoria do sistema de consumo em geral no Brasil. Pelo contrário, o círculo vicioso continua: consumidor com direitos violados Poder Judiciário que continua violando os direitos do consumidor fornecedor que não muda. A história não muda, a vida social não muda, o mercado de consumo não muda. A Lei perde seu sentido. O Direito perde o seu sentido. O Direito não é Interpretado no âmbito de sua Integridade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise acima realizada, com coragem afirmamos, que o Brasil ainda precisa cumprir a sua Constituição. Dar efetividade real aos Direitos Fundamentais²⁰⁴. Precisamos ainda consolidar uma série de Direitos previstos na Carta Magna, que estão, ao contrário, sendo relegados nos Tribunais Superiores. Paradoxos se colocam na Jurisprudência Nacional aos borbotões: área cível, consumerista, penal, tributária etc. Julgados que ofendem aos Direitos Fundamentais, seja porque não tomam a atitude necessária para a correção social, seja porque retrocedem nas conquistas fundamentais já legitimadas e moralmente aceitas pela sociedade brasileira. Em algumas áreas as conquistas avançam. Mas, a área do Direito do Consumidor, por exemplo, está a merecer melhores análises e um compromisso maior com a efetividade das Garantias Fundamentais dos cidadãos.

Então nos resta perguntar: o que precisamos fazer nos Tribunais Brasileiros hoje a nível interpretativo? Pois Lei nós temos! Temos a Constituição, temos a Lei do Consumidor, Lei do Idoso, Lei de Acessibilidade, Lei da Transparência, temos leis para tudo o que quisermos e necessitarmos.

Precisamos urgentemente seguir o sistema interpretativo de Normas e Princípios que atenda ao nosso Sistema Brasileiro e que atente para as “luzes da nossa sociedade”. Em síntese, quando as decisões levadas a efeito pelas Cortes Superiores no Brasil contrariam os Direitos Fundamentais – e elas contrariam, como vimos acima – estamos diante de um movimento de retrocesso das lutas sociais dos movimentos que batalharam em todo um projeto de democratização do País. Há limites à interpretação dos Tribunais? Vivemos um momento histórico muito complicado no Brasil, onde as Câmaras, Turmas e Órgãos Colegiados das Cortes Superiores firmam suas posições, tornando-as vinculantes, e cujas decisões políticas e jurídicas muitas vezes constituem-se em afrontas às Regras e Princípios Constitucional, tudo em nome de uma suposta “Interpretação da Norma”.

“Vem tomando corpo entre nós” (na Jurisprudência) entendimentos, até mesmo sumulados, que contrariam cada vez mais a construção do Direito como Integridade na sociedade brasileira, que retrocedem nas conquistas democráticas dos Direitos Fundamentais e que encontram azo em uma interpretação equivocada dos Tribunais, engessando-se as Instâncias de Justiça Originárias, as quais, ainda que atendam às “luzes da comunidade”, não passam de um sopro de ar fresco que logo se esvai ante o calor emanado das fornalhas superiores.

Por se tratar de uma Ciência Interpretativa, tudo é possível? A Interpretação do Direito pode admitir retrocessos? No caso em análise acima, vimos que:

202 Sobre a Função Social do Estado Contemporâneo, consultar: PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do Estado contemporâneo*. (Recurso Eletrônico). 4 ed. Itajaí: Univali, 2013.

203 Sobre a Judicialização da Justiça consultar: **A)** BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo; SAVARIS, José Antônio; DUARTE, Maria Raquel (orgs.). *A judicialização dos direitos versus acesso à Justiça*. (Recurso Eletrônico). Itajaí: Univali, 2012. **B)** OLIVEIRA NETO, Francisco José de. *Esritia legalidade e atividade jurisdicional*. (Recurso Eletrônico). Itajaí: Univali, 2012.

204 Sobre a Efetividade dos Direitos Fundamentais consultar: **A)** MONTE, M. J. F.; BRANDÃO, P. T. *Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade: diálogo Luso-Brasileiro*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012. v. 1. 292p. **B)** SPENGLER, F. M. (Org.); BRANDÃO, P. T. (Org.). *Os(Des)Caminhos da Jurisdição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. v. 0. 259p. **C)** OLIVEIRA NETO, F. J. R. (Org.); COUTINHO, J. N. M. (Org.); MEZZARROBA, O. (Org.); BRANDÃO, P. T. (Org.). *Constituição e Estado Social: Os Obstáculos à Concretização da Constituição*. 1. ed. Coimbra; São Paulo: Coimbra; Revista dos Tribunais, 2008. v. 1. 358p. **D)** BRANDÃO, P. T. *Ações Constitucionais – “novos” direitos e acesso à Justiça*. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. v. 1. 320p. **E)** BRANDÃO, P. T. *Ação Civil Pública*. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. v. 1. 149p.

O Julgador de Primeira Instância julgou procedente o pedido de danos morais e astriantes, e quantificou-o em R\$ 20.000,00 e R\$ 53.000,00, respectivamente;

O Julgador de Segunda Instância julgou procedente o pedido de danos morais e astriantes, pelos mesmos motivos do Primeiro Julgador, e quantificou-o em R\$ 5.000,00 e R\$ 5.000,00 respectivamente;

Qual o sentido da interpretação levada a efeito neste caso? O argumento exposto na segunda decisão, na tentativa de justificar a redução de valores, é o referente à vedação de suposto enriquecimento ilícito da parte. Todavia, os padrões financeiros de ofensor (Caixa Econômica Federal) e ofendido (Empresa) denotam que a quantia fixada pelo Julgador de Primeira Instância atenderia com equidade aos padrões financeiros de ambos os litigantes, atendendo-se ao sentido pedagógico das indenizações (ou seja, impedir que novos casos injustos como este voltem a acontecer – sentido pedagógico da indenização).

Portanto, as posições que vêm sendo assumidas por alguns Tribunais Superiores no Brasil, especialmente na área dos Direitos dos Consumidores, são posições que não encontram qualquer respaldo jurídico do ponto de vista teórico ou de precedentes sociais, não realizando o Direito como Integridade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo; SAVARIS, José Antônio; DUARTE, Maria Raquel (orgs.). *A judicialização dos direitos versus acesso à Justiça*. (Recurso Eletrônico). Itajaí: Univali, 2012.

BRANDÃO, P. T. . *Ações Constitucionais – “novos” direitos e acesso à Justiça*. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. v. 1. 320p .

BRANDÃO, P. T. . *Ação Civil Pública*. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

BURLEY, Justine (edited). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. USA: Blackwell Publishing Ltd, 2004.

DUARTE, D. (Org.) ; SARLET, I. W. (Org.) ; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). *Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*. Barcelona: Paidós, 2003.

JURISPRUDÊNCIA. http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50062990920134047208&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspertes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sisistema=&hdn-RefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=. Processo Eletrônico. Acesso em 25/04/2014.

JURISPRUDÊNCIA. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em 17/07/2014.

MONTE, M. J. F. ; BRANDÃO, P. T. . *Direitos Humanos e sua Efeivação na Era da Transnacionalidade: diálogo Luso-Brasileiro*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVA, Liana Brandão. *O papel do Poder Judiciário na construção do Direito na Teoria de Ronald Dworkin*. 91 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI, Itajaí, 2008. Disponível em (<http://siaibib01.univali.br/pdf/Sheila%20Catarina%20da%20Silva%20Sens.pdf>). Acesso em 15/07/2014.

OLIVEIRA NETO, Francisco José de. *Estrita legalidade e atividade jurisdicional*. (Recurso Eletrônico). Itajaí: Univali, 2012.

OLIVEIRA NETO, F. J. R. (Org.); COUTINHO, J. N. M. (Org.); MEZZARROBA, O. (Org.); BRANDÃO, P. T. (Org.) . *Constituição e Estado Social: Os Obstáculos à Concretização da Constituição*. 1. ed. Coimbra; São Paulo: Coimbra; Revista dos Tribunais, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do Estado contemporâneo*. (Recurso Eletrônico). 4 ed. Itajaí: Univali, 2013.

ROESLER, Claudia Rosane; CRUZ, Paulo Márcio. *Direito e Argumentação: no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SENS, Sheila Catarina da Silva. *O papel do Poder Judiciário na construção do Direito na Teoria de Ronald Dworkin*. 91 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI, Itajaí, 2008. Disponível em (<http://siaibib01.univali.br/pdf/Sheila%20Catarina%20da%20Silva%20Sens.pdf>). Acesso em 15/07/2014.

SILVA, Davi José de Souza da; FERREIRA, Luciano Cavalcante de Souza. *A moralidade política na prática judicial em Dworkin*. Trabalho apresentado ao XVI Congresso Nacional do CONPEDI, grupo de trabalho Filosofia e Teoria do Direito, Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/davi_jose_de_souza_da_silva2.pdf. Acesso em 15/07/2014.

SPENGLER, F. M. (Org.); BRANDÃO, P. T. (Org.). *Os(Des)Caminhos da Jurisdição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: TRÍADE FUNDAMENTAL À GARANTIA E MANUTENÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Adriana Regina Dias Cardoso²⁰⁵

Queila de Araújo Duarte Vahl²⁰⁶

Sumário: Introdução; 1. Segurança jurídica, proteção da confiança e proibição de retrocesso: preceitos implícitos, porém de alta relevância; 1.1. O princípio da (ou direito à) segurança jurídica; 1.2. A proteção da confiança; 1.3. O princípio da vedação ao retrocesso; 2. O alcance da proibição de retrocesso em face dos direitos sociais; Considerações Finais; Referência das fontes citadas.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais constituem a parte mais sensível dentre os direitos constitucionalmente garantidos pela lei fundamental aos cidadãos, dada a sua vulnerabilidade em face de mudanças na conjuntura socioeconômica.

É o que afirma Theodoro Jr.: “quem diz direito, acima de tudo diz paz, paz no relacionamento daqueles que compõem o tecido social do estado de direito. Não é para outro fim que o direito organiza o Estado Democrático”²⁰⁷.

Assim, é necessária a criação de institutos jurídicos que protejam tais direitos, sem contudo, inviabilizar que sejam reformados.

Para tanto, o presente artigo busca analisar o princípio da vedação de retrocesso.

Antes, porém, impende discorrer acerca da segurança jurídica e da proteção da confiança – dois preceitos que se relacionam, intimamente, com a proibição de retrocesso e que lhe dão sustento.

Pavimentado o caminho mediante a exposição dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, chega-se, então, ao ponto fulcral deste trabalho, que se ocupa de verificar o papel e a extensão do princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais, dada a já aludida vulnerabilidade destes.

1 SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: PRECEITOS IMPLÍCITOS, PORÉM DE ALTA RELEVÂNCIA

1.1 O princípio da (ou direito à) segurança jurídica

O direito tem por fim precípuo a obtenção de paz social; em verdade, mais que a obter, visa mantê-la, sendo necessário, para tanto, garantir a estabilidade de situações jurídicas em que se encontram os destinatários das normas.

Fala-se, nesse contexto, em segurança jurídica, que figura, concomitantemente, como direito e princípio.

É direito de que gozam os cidadãos na medida em que o Estado deve lhes assegurar uma estabilidade razoável nas suas relações jurídicas, bem como, de modo geral, a proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito. Acerca desses três elementos, cuja proteção, em nível constitucional e mesmo infraconstitucional, constitui corolário da segurança jurídica, discorrem Oliveira e Siqueira Jr.²⁰⁸:

205 Auditora Fiscal de Controle Externo junto ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Administração e Auditoria Aplicada ao Controle Externo pelo Centro de Ciências da Administração – ESAG, da Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: adrianaardcardoso@gmail.com. Currículo em plataforma *lattes*: <http://lattes.cnpq.br/2883821219510123>

206 Procuradora do Estado de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: queilavahl@hotmail.com. Currículo em plataforma *lattes*: <http://lattes.cnpq.br/4718107911514845>

207 THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Processo*. v. 136. p. 32. Jun. 2006, p. 43. Disponível em: <http://revistadotribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>. Acesso em 20 fev. 2015.

208 OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de; SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 26-27.

O texto constitucional, combinado com o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil [atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro], estabelece os casos de irretroatividade da norma jurídica, com a finalidade de garantir a estabilidade dos direitos subjetivos: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O direito adquirido é aquele que já se incorporou ao nosso patrimônio ou personalidade. O ato jurídico perfeito é aquele que já se consumou segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (art. 6º, § 1º, LICC). A coisa julgada é a decisão judicial de que não cabe mais recurso (art. 6º, § 3º, LICC c/c art. 467 do CPC).

Ainda a respeito da consagração do preceito em comento pelo ordenamento jurídico, Theodoro Jr. assinala:

A Constituição brasileira consagra o princípio da segurança jurídica em mais de uma oportunidade. Já no preâmbulo se anuncia que o Estado Democrático de Direito, de que se constitui a República Federativa do Brasil, está destinado a garantir, entre outros direitos fundamentais, a segurança. Esta, ao lado de outros direitos da mesma estirpe, se insere no rol dos “valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Também no art. 5º, caput, da CF/1988, a declaração dos direitos e garantias fundamentais tem início com a proclamação de que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a todos os residentes no país a inviolabilidade do direito à segurança e à propriedade. Esse compromisso do estado de direito com o princípio de segurança, aliás, não é uma peculiaridade da República brasileira. Todo o constitucionalismo ocidental de raízes européias o adota e exalta²⁰⁹.

Vale destacar, nesse contexto, que o panorama visualizado no direito brasileiro – em que a segurança jurídica não figura explicitamente, a despeito de ter manifestações suas pulverizadas no texto constitucional e de ser princípio informativo de todo o ordenamento jurídico – não difere daquilo que se encontra no além mar²¹⁰.

Acerca da segurança jurídica como direito, é precisa a lição de Sarlet:

[...] é certo que o clamor das pessoas por segurança [...] e [...] por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no art. 5º, assim como em outros dispositivos da Lei Fundamental²¹¹.

209 THEODORO JR. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. p. 35.

210 A título ilustrativo, recorre-se, uma vez mais, à lição de Theodoro Jr., que assim explana: “Em Portugal, v.g., embora a Constituição não consagre de maneira direta e textual o princípio da segurança jurídica, no enunciado dos fundamentos do Estado de Direito Democrático (art. 2º da CF/1988, doutrina e jurisprudência estão acordes em que dito princípio “decorre necessariamente da idéia de Estado de direito e, assim, o têm por consagrado pela Constituição”. Não é diferente o posicionamento do direito grego, segundo o qual “o princípio da segurança jurídica é um elemento substancial do Estado de direito, que é o fundamento jurídico da dignidade humana, que o Estado democrático deve respeitar e proteger”. Tal como se passa em Portugal, também na Constituição dos Estados Unidos não há uma expressa menção ao princípio da segurança jurídica. A jurisprudência, no entanto, chega à segurança jurídica indiretamente, por meio da aplicação da exigência de não-retroatividade e do respeito à cláusula do due process. Pode-se, então, alcançar à concepção, por via jurisprudencial, de que o princípio de segurança jurídica também é visto como “um componente essencial” do Estado de direito e que “o sistema constitucional americano não ficaria realmente fora de suas exigências”. Na Itália, em que o princípio da legalidade sofreu pesados comprometimentos durante o regime fascista, quando o autoritarismo e arbitrariedade fizeram escola, a doutrina contemporânea valoriza o princípio da segurança jurídica, fazendo-o corresponder à idéia de “certeza de direito”. Na concepção jurisprudencial muito se tem discutido a propósito do tema e, mesmo no silêncio da Constituição, a Corte Constitucional italiana já proclamou que a “segurança jurídica é de fundamental importância para o funcionamento do Estado democrático”, 8e que deve ser definida como “um princípio supremo”, ao afirmar que “a confiança do cidadão na segurança jurídica constitui um elemento fundamental e indispensável do Estado de Direito”. Goze ou não do elevado grau de princípio supremo, na ordem constitucional italiana, o certo é que o princípio de segurança jurídica na doutrina e jurisprudência daquele país ocupa uma posição superior à de simples princípio geral de direito. A segurança jurídica insere-se numa ordem superior, para desfrutar do status de “um princípio constitucional não-escrito, que pode interligar-se com diversas exigências e com diversos outros princípios”, e que, na realidade, desempenha um papel de “importância fundamental para o funcionamento do Estado de Direito Democrático”. Na Alemanha, onde em passado de lastimável memória se ofenderam profundamente as idéias de liberdade e dignidade humana, seu atual Direito Constitucional, voltado para o resgate da democracia e dos direitos da personalidade, atribui à segurança jurídica o status de um princípio, mais precisamente de um imperativo (Gebot der Rechtssicherheit) portador de um valor constitucional. Não se trata de um valor próprio, mas algo derivado do princípio geral do Estado de Direito, no sentido da Lei Fundamental. Ou seja: “o princípio de segurança jurídica é um elemento essencial, com a justiça (Gerechtigkeit), do princípio do Estado de direito e tem, por conseguinte, como todos os elementos estruturadores da noção do Estado de direito, um valor constitucional. Isto decorre de uma concepção teórica mais global da liberdade individual e da sociedade liberal que é aquela onde se nutre a democracia. No seio desta sociedade onde a liberdade individual se determina a ser um valor de referência e onde o Estado de direito se empenha a ser a garantia, a segurança jurídica aparece como um componente essencial de tal proteção”. A tal princípio—é bom dizer—não faz menção expressa a Constituição alemã. Sua feição constitucional irrecusável, no entanto, deriva da própria concepção da noção do Estado de direito concebido como forma institucional da Alemanha nos termos do art. 20 de sua Lei Fundamental. O princípio de segurança jurídica é considerado, no mesmo nível que a justiça, como elemento essencial, da noção de Estado de direito. O princípio de segurança jurídica, principalmente em razão da valorização dos direitos do homem no seio do direito comunitário, encontra grande sucesso no direito francês. Tem-se a consciência de que a segurança jurídica acompanha os desdobramentos da noção de estado de direito e atende às exigências de segurança impostas em face do desenvolvimento de um ambiente cada vez mais complexo e sujeito a evoluções cada vez mais incertas. Assim como o meio ambiente reclama atenção científica eficiente, o meio social também exige do legislador, para evitar penalizações excessivas, “regras jurídicas que sejam simples, claras, acessíveis e previsíveis”. A presença do princípio da segurança jurídica no Direito Constitucional francês é interpretada como fruto da evolução do estado de direito de um sistema formal para um sistema que contém exigências materiais. Liga-se ao novo Estado em que se enfraquece o princípio da democracia majoritária e se reforça o sistema dos direitos fundamentais. Essa evolução busca superar a visão de um sistema fundado unicamente sobre o respeito à hierarquia das normas jurídicas para se interessar pelo conteúdo dessas normas. Diz-se então que o Estado de direito se organiza por meio de um sistema político e jurídico voltado para a proteção dos direitos fundamentais. É nesse Estado de direito preparado para tutelar os direitos fundamentais que aos princípios clássicos da separação dos poderes, da legalidade e da proporcionalidade, se agrega o princípio da segurança jurídica, dentro das exigências materiais do atual Estado de direito. Nos julgamentos do Conselho Constitucional da França, a propósito principalmente do princípio que exige a clareza e a precisão da lei, é que se revela a importância e a natureza do princípio de segurança jurídica. E nele se vê “uma exigência constitucional”. Essa mesma ótica prevalece quando se trata da jurisprudência relativa à retroatividade das leis fiscais, classificando a irretroatividade, na espécie, como uma das imposições da segurança jurídica, a que se atribui a natureza de “uma das exigências constitucionais”. Esse posicionamento do Direito Constitucional francês afina-se com todo o nível do direito comunitário europeu. Com efeito, “o princípio de segurança jurídica foi erigido pela Corte de Justiça das comunidades européias ao grau de exigência fundamental” (THEODORO JR.. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. p. 37)

211 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso

O primeiro ponto a se destacar do excerto doutrinário supra colacionado refere-se à definição da menção à segurança jurídica como direito humano e fundamental. Tais categorias, conquanto bastante semelhantes e mesmo utilizadas indistintamente – embora tal uso constitua um equívoco – correspondem a diferentes acepções de um direito. E é salutar explanar, ainda que brevemente, a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, a fim de, logo de plano, averiguar a importância da segurança jurídica tanto no plano do ordenamento jurídico-constitucional, quanto no âmbito internacional.

Assim, recorre-se, novamente, à lição de Sarlet²¹². De maneira bastante sintética, pode-se afirmar que direitos humanos estão atrelados à acepção de direitos dos quais são titulares absolutamente todos os seres humanos, independentemente da ordem jurídico-constitucional em que se achem insertos, como decorrência da dignidade da pessoa humana, que é ínsita a todos os indivíduos. Os direitos fundamentais, por outro lado, atrelam-se à concepção de um ordenamento jurídico; não necessariamente estão positivados – uma vez que é possível o reconhecimento de um direito fundamental não positivado, como é aquele à segurança jurídica –, mas são, em geral, acolhidos pelo direito nacional. Assim, os direitos humanos, quando albergados por uma ordem jurídica, assumem, também, o caráter de direitos fundamentais.

A segurança jurídica, portanto, é tida como direito humano por constituir prerrogativa de todos os seres humanos, onde quer que estejam, uma vez que é decorrência da dignidade da pessoa humana; é direito fundamental – no Brasil, pelo menos –, ademais, porque recepcionada, ainda que implicitamente e em manifestações esparsas pelo texto constitucional, pelo ordenamento jurídico brasileiro. O duplo caráter de que se reveste o direito à segurança jurídica demonstra a importância que lhe é imputada pelo direito brasileiro. Para além de direito, é princípio, por constituir, inarredavelmente, figura central do moderno Estado de Direito, uma vez que “um autêntico Estado de Direito é um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, o governo das leis poderá resultar em despotismo e toda sorte de iniquidades”²¹³.

Aborda-se, sob esse aspecto, a segurança jurídica como subprincípio do princípio do Estado de Direito, segundo o qual o poder se rege e é exercido, necessariamente, balizado por normas. É evidente que o exercício de poder livre de amarras legais – característica inerente, por exemplo, aos Estados absolutistas – conduz, inexoravelmente, à insegurança jurídica, porquanto ausente qualquer diretriz normativa que confira previsibilidade à ordem jurídica.

Embora seja direito e princípio inerente dos Estados de Direito – concepção cristalizada pela Constituição Federal e desta indissociável – e, mesmo, pilar daqueles, a segurança jurídica raramente se acha expressamente positivada, a exemplo do que ocorre na lei fundamental brasileira. Contudo, tal fato não conduz, por óbvio, à conclusão de que a ordem jurídico-constitucional brasileira não acolheu a segurança jurídica – e nem poderia fazê-lo.

Assim, embora não se encontre expressa em momento algum, a segurança jurídica, como um sobreprincípio, possui várias manifestações ao longo do texto constitucional.

Apenas a segurança, de modo genérico, tem referências expressas na Constituição Federal: esta menciona segurança no preâmbulo, e a trata com um dos direitos invioláveis no artigo 5º²¹⁴, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade; mais, incumbe o Estado de garantir a segurança pública a todos, em seu artigo 144²¹⁵.

E, não tendo abordado a segurança jurídica explicitamente, a Constituição Federal e mesmo normas

social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 57, p. 5-48, out./dez. 2006. p. 6.

212 SARLET, Ingo Wolfgang. As aproximações e tensões existentes entre Direitos Humanos e Fundamentais. *Revista Consultor Jurídico*, 25 jan. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>>. Acesso em 15 fev. 2015.

213 SARLET. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. p. 10.

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

215 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

internacionais não especificaram o contorno do direito à segurança jurídica, de sorte que não precisaram seu âmbito de atuação. Mesmo os principais documentos em matéria de reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos Fundamentais não contêm referência expressa a um direito à segurança jurídica – somente à segurança do indivíduo –, de maneira que, repise-se, a segurança jurídica somente se acha de modo implícito, como no âmbito criminal, quando se impede a irretroatividade de leis penais prejudiciais ao réu, bem como, de modo semelhante, na seara tributária²¹⁶, com a atuação do princípio da anterioridade e suas decorrências; pode-se dizer que, genericamente, a segurança jurídica institui a irretroatividade das disposições sancionadoras desfavoráveis ou restritivas de direitos individuais, como nos exemplos supra mencionados.

Na mesma linha de pensamento, discorre Sarlet:

Muito embora em nenhum momento tenha nosso constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, II), passando pela proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (art. 5.º, XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o art. 5.º, XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (art. 5.º, XI), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (art. 5.º, XLV a XLVIII), das restrições à extradição (art. 5.º, LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do art. 5.º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a noção de segurança jurídica²¹⁷.

São várias, portanto, as manifestações da segurança jurídica na Constituição Federal, embora nenhuma faça referência expressa ao instituto ora abordado.

O caráter de destaque assumido pela segurança jurídica no direito nacional justifica-se, em boa parte, por sua vinculação com a segurança social – esta, sim, expressa, e traduzida, basicamente, nos direitos fundamentais à saúde, assistência e previdência social.

É necessário afiançar, a seguir que, muito embora intimamente ligada aos direitos sociais, a segurança não abrange somente estes, e tampouco somente aqueles direitos consagrados pelo constituinte. A proteção conferida pela segurança jurídica estende-se para além dos direitos supramencionados, ocasião em que emergem as ideias de proteção da confiança e proibição de retrocesso – dois institutos a serem adiante analisados.

A segurança, de modo geral, atua com vistas a dirimir inseguranças de toda ordem: sejam aquelas relativas à economia ou à instabilidade social, ou mesmo concernentes a ondas reformistas que, de tempos em tempos, assolam o direito brasileiro, muito em virtude daquelas primeiras formas de insegurança aludidas.

Theodoro Jr. conceitua, então, a segurança jurídica nesse contexto de mudanças de toda ordem:

a segurança jurídica não é outra coisa senão a possibilidade reconhecida pelo operador econômico, fiscal, e por todos os jurisdicionados, de um meio jurídico seguro, posto ao abrigo das áleas e reviravoltas eventualmente ocorridas nas regras do ordenamento jurídico²¹⁸.

E, precisamente acerca das desenfreadas mudanças legislativas, o mesmo autor formula pontual crítica:

Por simples modismo e, às vezes por comodismo, o legislador contemporâneo é levado à edição de normas incompletas e vagas, que importam em verdadeira delegação de poder normativo aos órgãos da Administração e do Judiciário. Não que se deve impedir a adoção de cláusulas gerais nos textos legislativos. Valores éticos, para serem incorporados ao direito positivo reclamam a observância dessa técnica. O abuso, contudo, do emprego constante e injustificado de cláusulas gerais pelo legislador pode desestabilizar o ordenamento jurídico, gerando dúvidas, incertezas e mesmo imprevisibilidade no meio social.

216 Mantendo a discussão na seara tributária, Marins destrincha a atuação da segurança jurídica nesse campo do Direito: “segurança material consiste na plena previsibilidade das regras de tributação, o que se logra tão-somente através da observância formal e material da reserva absoluta de lei, do princípio da estrita legalidade que se desdobra na tipicidade em matéria tributária (art. 150 da CF/1988, e seus diversos parágrafos e incisos). Segurança formal que se expressa no modus operandi administrativo revelado pelo procedimento de fiscalização e lançamento. Segurança processual revelada pela qualidade do procedural due process of law que baliza a atuação dos julgadores administrativos e judiciais, para a lide fiscal (art. 5.º da CF/1988) e seus diversos incisos)” (MARINS, James. *Elisão tributária e sua regulação*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 13-14).

217 SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 11.

218 THEODORO JR.. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. p. 39.

Falha, portanto, o legislador quando, empolgado por alguns valores relevantes e positivos, neles se concentra, e realiza obra renovadora de importantes capítulos do ordenamento jurídico, ignorando, porém, a necessidade de preservar, nas estruturas normativas renovadas, a segurança jurídica [...].

Todo o ordenamento jurídico brasileiro, nas últimas décadas, tem sido perpassado por uma onda intensa de revisão e atualização, tanto no terreno do direito público como do direito privado. Em nome do princípio da socialidade e da justiça, porém, nem sempre se tem destinado ao princípio de segurança jurídica a atenção que ele reclama²¹⁹.

Em um cenário de aceleradas mudanças sociais, econômicas, geográficas e políticas – as quais, inexoravelmente, se espraiam ao direito –, a assecuração de segurança jurídica aos cidadãos se faz ainda mais indispensável à garantia de estabilidade social.

Assim, a eficácia e a efetividade do direito à segurança – ressaltado, neste escrito, o direito à segurança jurídica – assumem papel de destaque, o que de modo algum conduz, destaca Sarlet²²⁰, a uma total previsibilidade ou uma imutabilidade dos atos do poder público.

A segurança é um dos direitos – ou até mesmo conjunto de direitos, haja vista as diversas facetas de segurança que há, como, a título ilustrativo, a segurança pública, a segurança social e a segurança jurídica – que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana. Assim, a esta, que informa e permeia todo o ordenamento jurídico pátrio, está umbilicalmente ligada a segurança jurídica.

Logo, a dignidade da pessoa humana achar-se-á violada onde quer que as pessoas não estejam em condições, de, com razoáveis segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas – ou seja, onde não haja segurança jurídica.

De modo semelhante, é possível asseverar que os direitos fundamentais somente estarão suficientemente protegidos quando houver uma mínima segurança jurídica, considerada a relação entre esta e a dignidade humana, da qual os direitos fundamentais são explicitações. De outra forma, pode-se dizer que, somente havendo dignidade da pessoa humana onde houver segurança jurídica, a garantia desta é *conditio sine qua non* para a assecuração de direitos fundamentais.

Dessa forma, um *standart* minimamente desejável de segurança jurídica somente se alcança se assegurada a proteção da confiança do indivíduo e do corpo social como um todo.

Realizada a conexão entre a segurança jurídica e a proteção da confiança, discorrer-se-á acerca deste princípio no próximo subitem.

1.2 A proteção da confiança

De plano, recorre-se à lição de Canotilho, a fim de evidenciar que, tanto quanto a já comentada segurança jurídica, a proteção da confiança também assume caráter principiológico e, apresentando mais uma semelhança com o primeiro princípio, igualmente só se encontra de modo implícito na Constituição Federal, o que não exclui o fato de que seus efeitos se estendem a toda a ordem jurídica:

O Estado Democrático de Direito conta com os princípios de segurança jurídica e de proteção da confiança como elementos constitutivos da própria noção de estado de direito. [...]

Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas.

O autor prossegue, citando as principais manifestações do princípio da proteção da confiança:

(1) Relativamente a actos normativos–proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais–inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração–tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.

219 THEODORO JR. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. p. 38 e 43.

220 SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 13.

Por fim, completa o constitucionalista português:

O princípio da segurança jurídica exige tanto a confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder público, quanto a segurança do cidadão no que diz com as suas disposições pessoais e efeitos jurídicos de seus próprios atos, de tal sorte que tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança incidem em face de qualquer ato de qualquer órgão estatal²²¹.

De modo semelhante, também relacionando a segurança jurídica e a proteção da confiança – e já antecipando uma menção à proibição de retrocesso –, Mathieu²²² desdobra aquele primeiro preceito em dois grandes grupos de exigências, que vão desde a forma até a substância das normas editadas pelo legislador democrático. Assim, a exigência de qualidade forma um dos grupos e a exigência de previsibilidade configura o outro grupo. Em nome da exigência de qualidade da lei atuam o princípio da clareza, o princípio da acessibilidade, o princípio da eficácia e o princípio da efetividade. No tocante à exigência de previsibilidade da lei, arrolam-se o princípio da não-retroatividade, o princípio da confiança legítima, o princípio da estabilidade das relações contratuais e o princípio da proteção dos direitos adquiridos; este último, é evidente, constitui manifestação do princípio da vedação de retrocesso.

A fim de concluir este introito ao princípio da proteção da confiança, há que se considerar, nos termos de Zimmer, que

a confiança é considerada como conceito de base da democracia. Constitui o fundamento moral da democracia representativa (que começa com o mandato dos eleitores aos eleitos) e se propaga como fundamento de todas as relações travadas pelos cidadãos e os poderes públicos²²³.

Portanto, logo de início, constata-se a íntima relação entre a segurança jurídica e a proteção da confiança: são, reciprocamente, uma requisito para a existência da outra.

Une os dois princípios retro mencionados, ademais, o fato de que a proteção da confiança não se acha, de modo explícito, positivada em lugar algum das normas brasileiras, mas tem manifestações pontuais – assim como ocorre com a segurança jurídica. Caso ilustrativo é o do princípio da boa-fé objetiva, que, embora seja, tradicionalmente, vinculado ao âmbito privado, também se espraia para o direito público, conforme discorre Di Pietro:

Na realidade, o princípio da proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo poder público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros²²⁴.

E, muito embora a proteção da confiança seja princípio autônomo – mas dependente – da segurança jurídica, é possível afixar que aquela constitui a dimensão subjetiva desta. Isto é, enquanto a dimensão objetiva exige uma mínima continuidade do Direito, o caráter subjetivo se consubstancia na proteção da confiança do indivíduo na continuidade da ordem jurídica, no sentido de uma segurança das suas posições jurídicas²²⁵.

Uma vez mais, recorre-se à lavra de Canotilho, que analisa, novamente, a relação entre segurança jurídica e proteção da confiança:

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção à confiança andam – estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos.²²⁶

Analisada, então, a vinculação entre os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança – uma

221 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 250-252.

222 MATHIEU, Bertrand. *Relatório na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema Constitution et sécurité-juridique*. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999. Paris: Economica, 2000. p. 193.

223 ZIMMER, Willy. *Relatório na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema Constitution et sécurité-juridique*. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999. Paris: Economica, 2000, p. 193.

224 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 100, jun. 2009. p. 127.

225 SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 15

226 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 256.

relação de autonomia e dependência recíprocas –, há que se discorrer acerca do papel desempenhado por este último preceito na ordem jurídica.

A proteção da confiança, pode-se dizer, é um dos critérios para mensuração da legitimidade constitucional de leis e atos de cunho retroativo; assim é que a irretroatividade de leis e atos do poder público é regra – a exemplo dos já citados casos de anterioridade das leis penal e tributária –, com vistas a salvaguardar os direitos adquiridos dos cidadãos.

Ilustrando a assertiva supra, Machado, no que pertine à seara tributária, leciona o seguinte:

Há dois sentidos, segundo certos autores, a serem distinguidos no conceito de segurança jurídica: a) a segurança que deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas; e b) a segurança que se traduz na estabilidade das relações jurídicas definitivas.

Entre os doutrinadores brasileiros, o princípio da segurança jurídica tem provocado, no campo do Direito Tributário, estudos excelentes. É que, numa área delicada como a do Direito Tributário, maior é a exigência de cuidados com a observância da segurança jurídica porque a taxação da atividade individual interfere significativamente na viabilidade, no planejamento e na gestão das empresas e dos patrimônios das pessoas físicas ou jurídicas. Vários princípios constitucionais atuam na espécie a fim de assegurar aos contribuintes a “tranquilidade, confiança e certeza quanto à tributação”, como o “princípio da legalidade”, “da anterioridade da lei ao exercício de sua aplicação” e da “irretroatividade da lei tributária, salvo para beneficiar o contribuinte”²²⁷.

Não obstante, a proteção da confiança e a segurança jurídica não se ocupam exclusivamente, por óbvio, de limitar atos retroativos; voltam especial atenção aos atos de cunho retrocessivo, considerados aqueles que, embora não atinjam o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, restringem ou extinguem direitos consagrados pela ordem constitucional, seja essa supressão operada pela própria lei fundamental ou mesmo por normas que limitam alguns de seus dispositivos, nomeadamente os direitos sociais. Fala-se, assim, em proibição ou vedação do retrocesso, que, cominada com a segurança jurídica e a proteção da confiança, completa uma tríade de institutos jurídicos fundamentais à salvaguarda dos direitos fundamentais – e, repete-se, notoriamente dos direitos sociais, cuja garantia em muito depende de prestações positivas do poder público, como adiante se verá.

1.3 O princípio da vedação ao retrocesso

Embora não consagrada explicitamente com esta denominação, a proibição de retrocesso é acolhida pela ordem jurídico-constitucional brasileira, pelo menos em algumas de suas dimensões. É o caso da proteção – que desempenha em conjunto com os já aludidos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança – ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e aos direitos adquiridos; das limitações constitucionais a atos e normas retroativos; e das garantias contra restrições legislativas de direitos fundamentais, como exemplificam as cláusulas pétreas. Estas, a propósito, que constituem os limites materiais à reforma da Constituição Federal pelo constituinte derivado, são a mais evidente manifestação da vedação do retrocesso, sobretudo quando se proíbe, no art. 60, § 4º²²⁸, da Carta Magna, a deliberação acerca de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Assim, à moda da segurança jurídica e da proteção da confiança, a vedação de retrocesso, ainda que não explicitamente adotada, é, inquestionavelmente, figura de destaque no ordenamento jurídico nacional.

Partindo da acepção segundo a qual o ordenamento jurídico consagra elementos que proíbem o retrocesso, é certo que, no plano constitucional, tal vedação é bastante clara, sobretudo em razão da proteção às cláusulas pétreas, cuja existência vincula-se, igualmente, à segurança jurídica e à proteção da confiança. No âmbito infraconstitucional, é nebuloso o alcance da vedação de retrocesso, sobretudo no que tange aos direitos sociais, uma vez que, em seu espectro de liberdade, o legislador pode suprimir direitos constitucionalizados mantendo intocado o texto da

227 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 31.

228 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º–Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV–os direitos e garantias individuais.

Constituição Federal, mas alterando a legislação infraconstitucional que a regulamenta. E é de se ressaltar que o retrocesso pode ser operado pelo legislador não somente com medidas retroativas, mas também, embora de modo menos notório, com medidas prospectivas²²⁹, que podem trazer consigo severos retrocessos normativos e sociais.

Com este introito acerca da relação entre a vedação de retrocesso e os direitos sociais, passa-se, então, ao próximo item, concernente a um tema especialmente sensível.

2 O ALCANCE DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS

A seara dos direitos sociais é especialmente sensível a retrocessos, uma vez que a implementação e manutenção daqueles depende, de modo bastante intenso, do poder público, destacadamente quando são necessárias prestações positivas – a regra, em se tratando de direitos sociais. Assim, se os chamados direitos de primeira geração – as liberdades públicas, eminentemente individuais – exigem mais uma abstenção do Estado que uma prestação subjetiva, os direitos sociais, econômicos e culturais – que constituem a segunda geração de direitos fundamentais – demandam prestações positivas e, em regra, bastante onerosas, por parte do poder público.

Em razão disso, é necessário explicitar que os direitos sociais têm especial relação com a proibição de retrocesso por serem acentuadamente vulneráveis às mudanças econômicas e sociais que atingem o plano jurídico-normativo. Desse modo, se não forem suficientemente salvaguardados, é certo que serão restringidos mais facilmente que os demais – sobretudo os de primeira geração –, cuja implementação e manutenção têm menor dependência de atos do poder público e da conjuntura sócio-econômica. Não se imagina, por exemplo, que a pena de morte – cuja proibição é expressão do direito à vida – seja implantada unicamente em razão de uma crise econômica, ao passo em que é perfeitamente concebível que, se não protegido a contento, o direito à seguridade social sofrerá severas restrições na mesma situação hipotética – ou não tão hipotética assim.

Não se olvida, é evidente, que a proteção social conferida pelo Estado aos cidadãos não somente pode, como também deve, mudar como forma de adaptar-se à conjuntura socioeconômica que a cerca. É necessário, todavia, que tal adaptação se opere balizada em critérios que impeçam que as mudanças importem em retrocesso, tarefa especialmente hercúlea a ser desempenhada por um Estado cuja capacidade prestacional reduz-se continuamente em favor de uma sociedade cuja demanda cresce significativamente, sobretudo com a potencialização da exclusão social. Nesse quadro, a tendência é que, se não protegidos suficientemente, os direitos sociais sejam prejudicialmente afetados, uma vez que representam significativos gastos para o ente público; e tal tendência deixa de concretizar-se se a ordem jurídica vedar de modo efetivo e eficaz tal retrocesso, protegendo a confiança do indivíduo e garantindo-lhe a segurança jurídica de que espera gozar.

A discussão ora travada é essencial se considerado o fato de que, tão relevante quanto a conquista dos direitos sociais – operada, sobretudo, pela Constituição Federal – e a sua implementação, a cargo das normas que regulamentam os dispositivos constitucionais, é a manutenção daqueles. O debate assume especial relevância no cenário jurídico brasileiro, uma vez que as promessas de garantia de bem-estar social formuladas pelo Estado desde 1988 não chegaram nem perto de se realizar. Assim, nesse quadro em que a implementação dos direitos sociais em favor dos brasileiros é uma tarefa ainda incipiente, é essencial que se assegure a incolumidade dos poucos direitos já garantidos aos cidadãos. Em outras palavras, se os brasileiros carecem de boa parte dos direitos sociais que lhes são constitucionalmente prometidos – sobretudo se considerado o modelo dirigente seguido pela lei fundamental –, permitir a restrição daqueles poucos que já lhes são assegurados seria um golpe significativo não somente em cada um dos indivíduos lesados, mas também na própria essência do Estado Democrático de Direito que o Brasil propala ser, tendo em vista os objetivos a que o constituinte atrelou a nação, no artigo 3º da Constituição Federal²³⁰.

229 SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 21.

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

O que se constata na doutrina nacional e estrangeira, a respeito da proibição de retrocesso, é que, de modo geral, se defende que, após sua concretização a nível infraconstitucional – ou seja, após sua regulamentação –, os direitos fundamentais sociais albergados pela ordem constitucional assumem caráter de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de modo que não mais se acham na esfera de liberdade do legislador. Isso importa em afirmar que tais direitos, uma vez adquiridos, não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de violação ao princípio da proteção da confiança; “tal infração representa a inconstitucionalidade de qualquer medida que ameace o padrão de prestações já alcançado”, aduz Sarlet²³¹, haja vista que o legislador não pode simplesmente eliminar as normas legais concretizadoras de direitos sociais.

A esse respeito, assevera Barroso:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, 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 suprimido²³².

Também no que tange à proibição de retrocesso, Silva classifica-a como um direito subjetivo negativo, o que implica afirmar que os cidadãos, em face de uma medida supressiva de direitos fundamentais, têm direito a impugná-la judicialmente, a fim de buscar a manutenção de seu direito ameaçado²³³. Ou seja, embora os direitos sociais exijam, em regra, uma prestação positiva por parte do Estado, o princípio da proibição de retrocesso, visando protegê-los, demanda uma abstenção por parte do poder público, que não poderá, portanto, imiscuir-se em matéria de direitos sociais já concretizados.

Assim, ao reconhecimento de direitos sociais positivos corresponde uma proibição de retrocesso, a qual, consoante se asseverou, acrescenta àquele direito um caráter negativo, consubstanciado na impossibilidade de contra ele se apresentarem ameaças.

A efetividade e a eficiência da segurança jurídica pugnam por uma proteção da ordem jurídica contra medidas estatais que restrinjam, de modo desproporcional ou atentatório à dignidade da pessoa humana, direitos – sobretudo os de caráter social – já consagrados pela ordem jurídico-constitucional. Assim, o princípio da proibição de retrocesso impede, de maneira geral, que se atente contra a efetividade da Constituição²³⁴, que surge com a regulamentação de seus dispositivos por meio da legislação infraconstitucional; assim, alterando esta última no sentido de suprimir direitos por esta efetivados – e garantidos pela Constituição –, o legislador nada mais faz que atentar contra a própria lei fundamental; trata-se, portanto, inexorável e inquestionavelmente, de uma inconstitucionalidade.

E é na ordem constitucional que a vedação de retrocesso encontra seu fundamento, destacadamente no princípio do Estado democrático e social de Direito – do qual também decorrem a segurança jurídica e a proteção da confiança – e no princípio da dignidade da pessoa humana, assumindo caráter garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados. Verificam-se, então, as semelhanças existentes entre os princípios constituintes da tríade referida pelo título do presente artigo: encontram-se na ordem constitucional somente de modo implícito, ou em manifestações esparsas; são expressão da dignidade da pessoa humana e componentes de seu núcleo; são inafastáveis do princípio do Estado de Direito.

Cotejada com os outros princípios já abordados, a vedação de retrocesso clarifica o fato de que os direitos fundamentais positivados pela Constituição não estão protegidos contra mudanças retrocessivas apenas na própria lei fundamental – em seu artigo 60, que dispõe acerca dos limites formais e materiais para a reforma constitucional –, mas também na ordem infraconstitucional, cuja alteração pode implicar, reflexamente, em reforma – ainda que indireta – à Constituição, restringindo a eficácia desta última. Assim é que, além de atuar em prol dos direitos ameaçados por alterações retrocessivas, a proibição de retrocesso tem papel fundamental, também, na salvaguarda

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

231 SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 25-26.

232 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

233 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 147 e 156 e ss.

234 BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. p. 158-159.

da eficácia da Constituição Federal.

Há que se ressaltar, contudo, que a exposição que ora se elabora, ressaltando a importância da proibição de retrocesso, não implica, de maneira alguma, afirmar que tal preceito é absoluto. Bastam duas razões para bem evidenciar a assertiva anterior. Inicialmente, é de se verificar que, conferindo um caráter absoluto àquele princípio, se estaria conferindo uma inadequada primazia aos direitos sociais – principais alvos de proteção da proibição de retrocesso – diante das demais formas de direitos, garantias e liberdades. Ademais, não se pode tornar absoluto tal preceito, a fim de que não se transforme a legislação infraconstitucional em um cipoal de normas que, materialmente, teriam um caráter constitucional, usurpando a competência do constituinte derivado e procedendo a um formalmente inadequado acréscimo de normas à Constituição Federal.

Assim, se é certo que a proibição de retrocesso é princípio constitucional dos mais relevantes, igualmente preciso é afirmar que não é absoluto, pelo menos pelas razões supra esposadas. Retoma-se, assim, a lógica da célebre construção doutrinária que, abordando a dupla face dos direitos fundamentais, versa acerca da proibição de proteção deficiente – concebível em um quadro em que ausente a vedação de retrocesso –, bem como da proibição de proteção excessiva, que teria lugar se fosse inadequadamente considerado absoluto o preceito em questão.

A impossibilidade de se tornar absoluta a vedação de retrocesso em matéria de direitos sociais leva em conta, ainda, a dinamização das relações econômicas e sociais, bem como a variabilidade da capacidade prestacional do Estado, da qual aqueles direitos – que, em geral, demandam prestações positivas – dependem severamente. Paradoxalmente, os mesmos fatores que fundamentam a impossibilidade de a proibição de retrocesso ser absoluta, são motivos para que tal preceito exista: a dinamização das relações econômicas, que traz consigo a maximização das desigualdades sociais, torna os indivíduos ainda mais vulneráveis, de sorte que lhes assegurar que os direitos de que já gozam não lhes serão usurpados é essencial, ao mesmo tempo em que os cidadãos não podem ter seus direitos suscetíveis de restrição, à mercê da capacidade prestacional do Estado.

Em outras palavras, Nenhum princípio, na seara jurídica – nem mesmo nos domínios constitucionais – é absoluto. A relatividade é característica inerente a todos os princípios, mesmo àqueles mais fundamentais à ordem jurídica e à própria sustentação do Estado Democrático de Direito. Os preceitos ora abordados, por óbvio, não fogem à regra.

Nesse contexto, é especialmente relevante questionar em que medida e de qual maneira pode ser relativizado o princípio da proibição de retrocesso, sobretudo em matéria de direitos sociais.

Assim, por mais que esteja vinculado aos princípios da segurança jurídica, da proteção de confiança e da vedação de retrocesso, o legislador deve atentar-se aos anseios sociais e, quando estes lhe impuserem mudanças no ordenamento jurídico, deve atender a tais brados, nos limites dos preceitos sobreditos.

É evidente, portanto, que existe um meio termo a ser encontrado, cuja mensuração se dá pelos já aludidos preceitos de proibição de proteção deficiente e proibição de proteção excessiva, bem como pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade – os quais, à moda dos dois primeiros, não se acham de modo explícito na Constituição Federal, embora seja inquestionável sua recepção pela ordem constitucional. Assim, há que se manter incólume o núcleo essencial dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles de caráter social²³⁵ –, sem, contudo, engessar mudanças legislativas, as quais podem até mesmo, eventual e excepcionalmente, importar em redução ou flexibilização daqueles direitos, se presentes os requisitos para tanto e em atenção à liberdade de que goza o legislador – a qual, vale dizer, jamais será irrestrita em um Estado constitucional de Direito²³⁶.

O primeiro – e mais essencial – de tais requisitos é a já mencionada preservação do núcleo essencial dos direitos afetados pelas mudanças que se desejam promover, cujo conteúdo se acha vinculado à dignidade da pessoa humana e a um mínimo existencial. Tais preceitos também se acham intimamente imbricados entre si, uma vez que a dignidade da pessoa humana não somente representa o núcleo dos direitos fundamentais, como também informa

235 SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 39.

236 SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 43.

qual é o patamar a se considerar como mínimo existencial – cuja aferição condiciona-se às circunstâncias históricas, geográficas, políticas, culturais e econômicas em que insere o sujeito. Recorre-se, nesse contexto, ao artigo 6º da Constituição Federal, que informa quais são os direitos sociais, os quais, por sua vez, são indispensáveis à vivência digna, bem como à garantia do mínimo existencial:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Esses elementos, destacadamente a dignidade da pessoa humana – “valor (e princípio) máximo da ordem jurídica e social²³⁷” –, devem prevalecer até mesmo quando em confronto com outros princípios constitucionais (a exemplo da reserva do possível e da separação de poderes), motivo pelo qual resta evidente que é terminantemente vedado qualquer ato que tenda a retroceder nessas matérias.

Neste ínterim, Canotilho sustenta que

o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-reversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado²³⁸.

Trata-se, portanto, de uma solução apresentada pela doutrina, que, ao passo em que busca garantir os direitos sociais contra mudanças retrocessivas, não tolhe, totalmente, a liberdade do legislador, fundamental à sobrevivência da ordem legislativa infraconstitucional – a qual, embora tome seu fundamento de validade na Constituição, também é essencial à sobrevivência da lei fundamental, notoriamente no que diz respeito a sua eficácia.

A dignidade da pessoa humana e a noção de mínimo existencial daí decorrente não são, contudo, os únicos critérios para aferir a possibilidade de medidas retrocessivas: também exercem importante papel, nesse contexto, a segurança jurídica e a proteção da confiança, já exploradas neste trabalho. Um padrão mínimo de segurança jurídica importa, inexoravelmente, dar causa a que os cidadãos confiem que lhes serão garantidas condições básicas de vida e, mais, que tais condições serão mantidas, incólumes a qualquer medida retrocessiva que lhes tenha como alvo.

A proteção de retrocesso representa, assim, uma assecuração adicional dos direitos fundamentais criada pela ordem constitucional, que se acrescenta às tradicionais formas de proteção, a exemplo das cláusulas pétreas, das figuras da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, bem como de outros dispositivos que vedam medidas retrocessivas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha, citada por Sarlet²³⁹, ao comentar o princípio da proibição de retrocesso, afirmou que

as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares.

Buscou-se, então, no presente escrito, discorrer acerca de três dos mais importantes princípios jurídicos que informam a ordem constitucional brasileira.

Abordaram-se, inicialmente, o princípio da segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança, para, após, culminar no princípio da vedação de retrocesso. Aprofundou-se a exposição mediante o enfrentamento entre a proibição de retrocesso e os direitos sociais, dada a especial particularidade apresentada por estes últimos, consubstanciada no elevado grau de sensibilidade a mudanças que apresentam.

237 SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 46.

238 CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 327.

239 SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 47.

Almejou-se, então, encontrar os fundamentos para a proteção dos direitos sociais tendente a vedar qualquer alteração legislativo ou ato do poder público que importem em retrocesso para aqueles, sobretudo se já concretizados na ordem constitucional.

Não se olvidou, contudo, que é inviável barrar toda e qualquer mudança retrocessiva; sabe-se que tais alterações são, por vezes, necessárias, desde que operadas em prol do bem comum.

Assim, os princípios acerca dos quais aqui se discorreu constituem a resposta para o embate entre os direitos sociais e a necessidade de promover ajustes – por vezes retrocessivos – na ordem jurídica, alegadamente em prol do bem comum.

O que se buscou, ao fim e cabo, é a construção de um raciocínio que, dentro de um contexto realista, busque manter incólumes os direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 100, jun. 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINS, James. *Elisão tributária e sua regulação*. São Paulo: Dialética, 2002.

MATHIEU, Bertrand. *Relatório na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema Constitution et sécurité-juridique. Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XV, 1999*. Paris: Economica, 2000.

OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de; SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 57, p. 5-48, out./dez. 2006.

_____. As aproximações e tensões existentes entre Direitos Humanos e Fundamentais. *Revista Consultor Jurídico*. 25 jan. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>>.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Processo*. v. 136. Jun. 2006. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>.

ZIMMER, Willy. *Relatório na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema Constitution et sécurité-juridique. Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XV, 1999*. Paris: Economica, 2000, p. 193.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O VALOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO²⁴⁰

Monike Silva Póvoas²⁴¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Um breve histórico dos direitos naturais do homem aos direitos fundamentais; 2. O conceito de Direito Fundamental; 3. O valor da liberdade de expressão como direito fundamental; Considerações Finais; Referência das Fontes Citadas.

INTRODUÇÃO

Desde a constituição do Estado, através do pacto social, buscam os homens a proteção de seus direitos. Primeiramente contra o inimigo externo, posteriormente contra eles próprios, prevenindo-se do abuso das liberdades individuais.

A evolução para um Estado Democrático de Direito proporcionou a previsão constitucional dos direitos fundamentais, especialmente os de igualdade e de liberdade, bem como das garantias para a sua efetivação.

É consenso na ordem normativa constitucional contemporânea que os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes da coletividade, os quais se propõem a comandar a vida social e orientar as ações dos poderes públicos.

Dentre esses direitos merece destaque a direito à liberdade, que representa tanto a garantia do indivíduo de não sofrer qualquer restrição ou impedimentos no exercício de uma atividade, de um direito ou de algo que se deseje realizar como a garantia à participação nas decisões políticas da sociedade em que se vive.

E, como seu corolário, o direito à liberdade de expressão, à livre exposição de ideias, pensamentos, opiniões e sentimentos. Sem liberdade não é possível falar em dignidade, nem em desenvolvimento sadio. Sem a proteção à liberdade, muitos outros direitos perdem sua razão de ser. Sem liberdade de expressão não há democracia.

O presente artigo emprega o método indutivo para a captação, tratamento e o relato dos dados colhidos durante a pesquisa.

1 UM BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS NATURAIS DO HOMEM AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS²⁴²

A filosofia (ou doutrina) jusnaturalista foi a primeira a conceber o homem como titular de direitos naturais e inalienáveis.

Do Antigo Testamento herdou-se a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, criado a imagem e semelhança de Deus. Da Doutrina Greco-Romana e do Cristianismo originaram-se, respectivamente, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens perante Deus. Os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade também encontram raízes na filosofia clássica.²⁴³

Há quem reconheça, aliás, que o denominado *jusnaturalismo* tenha origem na cultura grega, quando Platão se referia a uma justiça inata, universal e necessária. Todavia, destaca-se nessa fase o pensamento de São Tomás de Aquino que, além de defender a concepção cristã da igualdade dos homens, profetizava a existência de duas ordens

240 Artigo elaborado como trabalho de conclusão da disciplina “Teoria Política” do Curso de Mestrado em Ciência do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Referente metodológico utilizado: PASOLD, Cezar Luis. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*: teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

241 Aluna Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Juíza de Direito da Comarca de Rio Negrinho/SC.

242 Conteúdo elaborado com base nas obras: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

243 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.38.

distintas, formadas pelo direito natural e pelo direito positivo.

Foi igualmente com a doutrina de São Tomás de Aquino que o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, entendido como “um valor próprio, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem”, teve particular relevância.²⁴⁴

A partir dos séculos XVII e XVIII a doutrina jusnaturalista atinge seu apogeu em termos de desenvolvimento. Paralelamente, inicia-se um processo de laicização do direito natural, que vai culminar no pensamento iluminista.

Em suas teorias, Hugo Grócio apelou à razão como único fundamento do Direito, afirmando sua validade universal, pois comum a todos os seres humanos, independentemente de suas crenças religiosas.

Thomas Hobbes, por sua vez, atribuiu ao homem a titularidade de determinados direitos naturais que, entretanto, somente alcançariam sua validade no “estado de natureza”, pois, no mais, estariam à disposição da vontade do soberano.

Relevante para o pensamento iluminista foi também a doutrina de John Locke (século XVIII), o primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, em especial ao soberano e aos detentores do poder.

Para Locke, o homem vivia num estado de natureza, guiado por esses direitos essenciais, mas—aquí desenvolvendo a idéia do contrato social, já propugnada por Hobbes, Locke – teria o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade.

Desse “estado de natureza”, seja ele pacífico (como em Locke) ou violento (como em Hobbes), o homem sentiu a necessidade de uma proteção maior para si e para seus bens, contra os membros da própria comunidade e aqueles que não pertenciam a ela.

Segundo a teoria de John Locke,

de tantos direitos que o homem natural possui, ele apenas tem uma fruição precária e constantemente exposta à usurpação por outrem, em suma, uma fruição ‘muito perigosa e muito incerta’. [...] Faltam três condições num tal estado: uma lei estabelecida, fixada, conhecida, admitida na base de um acordo geral sobre o critério de bem e de mal; um juiz competente e imparcial para aplicar essa lei; uma força coercitiva para impor a execução da sentença do juiz. [...] os vemos romper a unidade da grande comunidade humana onde vivem, a fim de se constituírem em sociedades civis particulares, mediante convenções particulares.²⁴⁵

Precisamente nesse momento da história, segundo Celso Lafer, “foram lançadas, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal.”²⁴⁶

Em meados do século XVIII, principalmente com Rousseau, na França, Tomas Paine, na América, e Kant, na Alemanha (antiga Prússia) chega ao seu ponto culminante o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo.

É o pensamento de Kant, segundo Norberto Bobbio, o marco dessa fase dos direitos humanos. Para a teoria de Kant, o homem natural tem um único direito, o direito de liberdade, entendida esta como “independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro”, estando os demais direitos, como o direito de igualdade, nele incluídos.²⁴⁷

Para Bobbio, os direitos do homem nascem quando o aumento do poder do homem sobre a natureza e sobre os outros homens cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas carências. Àquelas correspondem os direitos de liberdade, ou um não agir do Estado; a esses, os direitos sociais, ou uma ação

244 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.38.

245 LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 38.

246 LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.122-123.

247 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 73-74.

positiva por parte do Estado.²⁴⁸

Durante a Idade Média, surgiram as primeiras declarações de direitos e, dentre elas, a mais célebre foi a Declaração de Direitos outorgada pelo Rei João Sem Terra, em Runnymede, na Inglaterra, assinada no ano de 1215, quando coagido pelos barões e pelo clero. Foi a chamada Magna Carta, na qual o rei concedia, perpetuamente, em seu nome e de seus sucessores, “para todos os homens livres do reino de Inglaterra, todas as liberdades, cuja continuação se expressam, transmissíveis a seus descendentes.” Muito embora fosse destinada a sustentar o privilégio dos donos de terras e os direitos dos homens livres, a Magna Carta serviu como um símbolo das liberdades públicas.

Depois vieram a Petição de Direitos (*Petition of Rights*, 1628), o *Habeas Corpus Act* e, ainda, a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*, 1688) que fez surgir, para a Inglaterra, a monarquia constitucional submetida à soberania popular (afastando a idéia de que o poder real era divino). O *Bill of Rights* teve John Locke como seu principal teórico e serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX.

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (uma das treze colônias americanas), de 12 de janeiro de 1776, pode ser considerada a primeira declaração de direitos em sentido moderno, pois se preocupava com a estrutura de um governo democrático, proclamando limitações ao poder estatal, inspiradas na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem.

Posteriormente, os Estados Unidos da América, em congresso, adotavam, por unanimidade, em 04 de julho de 1776, uma declaração de Independência, de autoria de Thomas Jefferson, que assim dispunha:

Consideramos estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade; que a fim de assegurar esses direitos, instituem-se entre os homens os governos, que derivam seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhes os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para lhe realizar a segurança e a felicidade.²⁴⁹

A Constituição dos Estados Unidos, aprovada na Convenção de Filadélfia em 17 de setembro de 1787, inicialmente não continha uma declaração dos direitos fundamentais do homem, entretanto, alguns estados só concordaram em aderi-la se o documento incluísse uma Carta de Direitos, o que acabou dando origem às dez primeiras Emendas à Constituição da Filadélfia, das quais destacamos a 1ª delas: “liberdade de religião e culto, de palavra, de imprensa, de reunião pacífica e direito de petição.”

Em 26 agosto de 1789, na França, foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que dispunha, em seu art. XI: “A livre comunicação do pensamento e da opinião é um dos direitos mais preciosos do homem, todo cidadão pode, pois, falar, escrever, imprimir livremente, salvo quando tiver que responder ao abuso desta liberdade, nos casos previstos pela lei.” É a consagração do princípio da liberdade.

Para José Afonso da Silva, a Declaração dos Direitos do Homem representou

o documento marcante do Estado Liberal e que serviu de modelo às declarações constitucionais de direitos do século passado e deste [...]. O texto da Declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escorreito, que em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas, salvas as liberdades de reunião e de associação que ela desconheceu, firmado que estava numa rigorosa concepção individualista.²⁵⁰

A Declaração dos Direitos do Homem traz uma inversão da tradicional relação entre os direitos dos governantes e as obrigações dos súditos, pois, primeiro afirma que os indivíduos têm direitos e, depois, que o governo, em consequência desses direitos, tem a obrigação de garanti-los.

Finalmente, em resolução da III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro

248 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 05-06.

249 Apud. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 158-159.

250 SILVA, José A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 162.

de 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo art.19 assim dispõe: “Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão, direito esse que inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões, e de procurar, receber e transmitir informações e idéias, por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

Dalmo de Abreu Dallari entende que a Declaração Universal dos Direitos do Homem acabou por consagrar três objetivos fundamentais:

a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições;

a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstancia, os direitos fundamentais serão respeitados;

a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas.²⁵¹ (grifou-se)

A primeira Constituição brasileira a subjetivar e positivar os direitos do homem foi a do Império, de 1824, que, inclusive, já consignava, quase que integralmente, os direitos individuais dos cidadãos brasileiros. As demais constituições passaram a contemplar inúmeros outros direitos, contudo foi com a atual Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988, que os direitos fundamentais experimentaram seu auge, ao eleger a dignidade humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Definida como a essência de todos os direitos humanos, a dignidade reúne quase todos os direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional, dentre os quais destacam-se a liberdade de pensamento e de expressão, a liberdade de imprensa (ou liberdade de informação) e, ainda, o direito à honra, à vida privada, à imagem, e à intimidade.

Com a nova Carta, adota-se o conceito de Estado Democrático de Direito, que reúne as concepções de Estado de Direito e de Estado Democrático. O primeiro tem origem liberal e caracteriza-se, basicamente, pela ‘submissão à lei’, a ‘divisão dos poderes’ e a ‘garantia dos direitos fundamentais’. O segundo tem como alicerce o princípio da soberania popular como garantia geral dos direitos fundamentais do homem.²⁵²

Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, a Carta de 1988 é a primeira Constituição que eleva à categoria dos direitos fundamentais os direitos sociais, que nas Constituições anteriores constavam no capítulo pertinente à ordem econômica e social. A partir da Constituição de 1988, torna-se inconcebível separar os valores liberdade (diretos civis e políticos) e igualdade (direito sociais, econômicos e culturais).

Especificamente quanto aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 representou um marco na história do Constitucionalismo pátrio por tratá-los com a merecida relevância, especialmente por lhes conferir um *status jurídico* nunca antes reconhecido.

Ingo Sarlet destaca, entre as inovações da Carta de 1988 no que se refere aos direitos fundamentais:

- a) a sua situação topográfica, ou seja, positivados no início do texto constitucional, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais;
- b) a utilização da terminologia “direitos e garantias fundamentais”, rejeitando a já superada expressão “direitos e garantias individuais”;
- c) a previsão dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio;
- d) a atribuição de aplicabilidade imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, conforme previsão do art.5º, §1º, da CF;
- e) a inclusão dos direitos fundamentais no rol das cláusulas pétreas do art.60, §4º, da CF, impedindo a sua supressão ou relativização pelo Constituinte derivado;
- f) a amplitude do catálogo dos direitos fundamentais;

251 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 199, p. 179.

252 SILVA, José A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 116-121.

- g) a previsão de direitos fundamentais das diversas dimensões, demonstrando estar a Carta em sintonia com a Declaração Universal de 1948 e com os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos;
- h) a possibilidade de se reconhecer novos direitos fundamentais, por meio da cláusula de abertura prevista no art.5, §2º, da CF;

2 O CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos do homem são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos e que, apesar disso, ainda não foram reconhecidos em toda a parte e em igual medida. Acredita-se na idéia de que lhes encontrando um fundamento, eles serão amplamente reconhecidos. Surge, a partir de então, a ilusão de que há um fundamento absoluto para todos os direitos. No entanto, os direitos do homem nascem de uma forma gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. São direitos históricos, pois se modificam – e continuam a se modificar – dependendo da época e da cultura em que são adotados. Assim, na visão de Norberto Bobbio seria melhor falar-se em fundamentos dos direitos do homem.²⁵³

Há que se reconhecer que, dentre os direitos do homem, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há aqueles que, em algumas circunstâncias, são suspensos e outros que não se aplicam a todas as categorias de pessoas, mas também há os que valem em qualquer circunstância e para todos os homens indistintamente. Estes gozam de um privilégio e, por isso, são chamados de direitos fundamentais.²⁵⁴

Todavia, ainda que positivados no texto constitucional, estabelecer-se um conceito de direito fundamental é uma tarefa um tanto difícil já que, para designá-lo, são utilizadas diversas expressões, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Segundo Carl Schmitt, os direitos fundamentais podem ser definidos com base em dois critérios formais: a) são direitos fundamentais todos aqueles direitos que constam na Constituição; e b) são direitos fundamentais aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou de mudança dificultada, isto é, somente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.²⁵⁵

De qualquer forma, do ponto de vista material, Carl Schmitt observa que os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, e a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra.²⁵⁶

Assim, na medida em que foram elevados à categoria de norma positiva constitucional, esses preceitos passaram a ser definidos como normas jurídicas de caráter objetivo e subjetivo, em defesa da dignidade, da liberdade e da igualdade da pessoa humana.

São características dos direitos fundamentais, segundo José Afonso da Silva:

Historicidade. Nascem, modificam-se e desaparecem. Surgiram com a revolução burguesa e, com o passar do tempo, foram evoluindo e ampliando-se. Sua historicidade repele toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;

Inalienabilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;

Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica, ou seja, nunca deixam de ser exigíveis e, ao mesmo tempo, são sempre exercíveis e exercidos;

Irrenunciabilidade. Podem até não ser exercidos, mas nunca renunciados.²⁵⁷

No direito positivo, porém, a expressão “direitos fundamentais do homem” talvez seja a mais adequada para

253 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 16-19.

254 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 20.

255 Apud. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 515.

256 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 515.

257 SILVA, José A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 184.

designar aquelas prerrogativas e instituições que são sublevadas ao *status* de garantias de uma convivência digna, livre e igual para todos os homens. A qualidade ‘fundamentais’ indica que, sem essas garantias, a pessoa humana não se realiza, não convive e, por vezes, nem sobrevive. O complemento ‘do homem’ significa que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente, mas concretamente reconhecidos esses direitos.²⁵⁸

3 O VALOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A liberdade, a par do direito à vida, é o maior bem do ser humano. Sem liberdade não é possível falar em dignidade, nem em desenvolvimento sadio. Sem a proteção à liberdade, muitos outros direitos perdem sua razão de ser.

Para Rousseau, “renunciar à própria liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, inclusive a seus deveres.”²⁵⁹

Já para José Afonso da Silva, a liberdade “consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.”²⁶⁰

A liberdade pode ser definida levando-se em conta seus aspectos negativo e positivo. Por liberdade negativa entende-se o direito do indivíduo de não sofrer qualquer restrição ou impedimentos no exercício de uma atividade, de um direito ou de algo que se deseje realizar. Já a liberdade positiva diz respeito à garantia de participação nas decisões políticas da sociedade em que se vive.

A liberdade pode também ser analisada sob seu aspecto individual ou coletivo – ou social. É curioso é que, em sendo um direito individual, pode não apenas ser oponível a outro indivíduo, mas também ao próprio Estado – aquele que tem que garantir a esfera de atuação livre do indivíduo. Por outro lado, é instrumento de desenvolvimento da sociedade e da concretização de seus valores.

A proteção à liberdade figura hoje na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos, mas além da garantia legal, cabe ao Estado promover as condições necessárias para que a liberdade possa ser exercida dentro dos limites estabelecidos nessas codificações.

Em seu sentido jurídico, segundo João dos Passos Martins Neto (valendo-se da teoria jurídica de Kelsen), a liberdade “apresenta-se inicialmente como uma autorização para agir conforme se queira em razão da inexistência de impedimentos de caráter normativo que imponham uma ação ou uma omissão de conteúdo diverso, como são as proibições e os mandamentos.”²⁶¹

A liberdade de expressão é uma das vertentes do direito à liberdade e hoje tem assegurada sua qualidade de direito fundamental não apenas nas Constituições de diversos países, mas também, e especialmente, em Tratados e nas Declarações de Direitos Humanos.

A liberdade de expressão corresponde à exteriorização do pensamento, de ideias, opiniões e convicções. Representa a revelação de sentimentos e sensações em suas mais variadas formas. Corresponde ao direito dos homens de se comunicar e de serem ouvidos.

Para Alexis de Tocqueville, a liberdade não faz sentir seu poder apenas sobre as opiniões políticas, mas ainda, sobre todas as opiniões dos homens. Não modifica somente as leis, mas os costumes.²⁶²

Eric Barendt e Thomas I. Emerson apontam quatro argumentos utilizados pela doutrina para atribuir à liberdade de expressão o caráter de direito fundamental e assegurar sua proteção: a) a liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de garantir uma satisfação individual (*self-fulfilment*); b) a liberdade de expressão é um

258 SILVA, José A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 182.

259 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Escala, p.21.

260 SILVA, José A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 182.

261 MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p.25.

262 TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 1 ed. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010, p.143.

direito fundamental em razão de ser um importante instrumento para a descoberta da verdade; c) a liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de possibilitar a participação do cidadão na democracia; e d) a liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de determinar a manutenção da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade.²⁶³

Nesse primeiro aspecto, podemos identificar a liberdade de expressão, segundo Cláudio Chequer, “com uma premissa, bastante aceita no mundo ocidental: a de que o fim do homem encontra-se na busca da realização de suas características e potencialidades como ser humano.”²⁶⁴

A liberdade de expressão apresenta-se, assim, como a possibilidade de desenvolvimento mental do homem, da descoberta de suas emoções e pensamentos e, conseqüentemente, lhe permite experimentar a vida em sociedade.

O segundo aspecto tem por fundamento uma das teorias mais importantes do pensamento jurídico norte-americano: a de que apenas um debate livre das idéias (*marketplace of ideas*) permitiria a descoberta da verdade.

A metáfora do *marketplace of ideas* é frequentemente atribuída ao juiz Oliver Wendell, da Suprema Corte Americana, porque registrada em um voto seu no julgamento do caso *Abrams vs United States*²⁶⁵. Todavia, sua autoria também é apontada a John Stuart Mill, filósofo inglês do sec XIX, autor do ensaio *On liberty* (Sobre a liberdade), na qual apresenta a defesa clássica da liberdade de expressão e a interferência mínima do Estado no seu exercício.

A base dessa teoria é a também clássica concepção de que a verdade é relativa, só podendo ser avaliada quando há o livre debate entre diferentes idéias e concepções. E a busca da verdade é considerada meio importante para o progresso da humanidade e para a realização do bem estar das pessoas.

Quanto ao seu terceiro aspecto, a liberdade de expressão representa o direito a participar das decisões políticas do seu país. Segundo João dos Passos, o conceito de autogoverno ou de soberania popular é impraticável se os cidadãos não tiverem o direito de falar e ouvir livremente.²⁶⁶

Para Alexis de Tocqueville,

Num país onde reina ostensivamente o dogma da soberania, do povo, a censura não é apenas um perigo, mas ainda, um grande absurdo. Quando se concede a cada um o direito de governar a sociedade, é necessário reconhecer também a sua capacidade de escolher entre as diferentes opiniões que agitam seus contemporâneos e de apreciar os diferentes fatos cujo conhecimento pode guiá-los. A soberania de um povo e a liberdade de imprensa são, pois, duas coisas inteiramente correlatas.²⁶⁷

Por fim, a quarta teoria reconhece a liberdade de expressão como instrumento para a garantia da estabilidade do governo, no sentido de que, num estado democrático, onde há ampla liberdade de expressão, há menos chance de revoltas sociais do que num estado autoritário, baseado na repressão e no medo.

Os partidários dessa teoria entendem que a liberdade de expressão irá produzir maior estabilidade no governo por dois motivos: primeiro porque as pessoas tendem a confiar mais num governo disposto a ouvir e considerar a amplitude dos argumentos e segundo porque, tendo a liberdade de participar no processo político, estarão os indivíduos mais inclinados a obedecer as leis aprovadas, ainda que não lhes sejam totalmente favoráveis, do que se não pudessem ter contribuído com a sua discussão e elaboração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar, com segurança, que, não obstante ainda passíveis de críticas e aperfeiçoamento, os direitos fundamentais estão experimentando sua melhor fase na história do constitucionalismo brasileiro, ao menos sob a

263 CHEQUER, Claudio. *A Liberdade de Expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.17.

264 CHEQUER, Claudio. *A Liberdade de Expressão como direito fundamental preferencial prima facie*, p.18.

265 250 US 616 (1919). LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*. São Paulo: Acarái, 2011, p.225.

266 MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*, p.50.

267 TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*, p.144-145.

ótica do seu reconhecimento na ordem jurídica positiva interna e pelos instrumentos colocados à disposição dos operadores do Direito para se tornarem efetivos.

Embora consagrado o regime democrático, a liberdade de expressão, contudo, ainda não encontrou ampla efetividade. Ao contrário, constata-se por vezes uma forte tendência de se restringir e até mesmo de cercear o seu exercício.

Juristas e operadores do direito estão ainda hoje presos a modelos de raciocínio e teorias que empobrecem a discussão quanto à amplitude da liberdade de expressão, provocando em muitos casos uma aplicabilidade mínima e restrita de tão importante direito fundamental.

O quadro atual mostra-se crítico, merecendo que se faça uma reflexão séria e aprofundada quanto ao verdadeiro valor da liberdade de expressão – em especial num regime que se autodenomina democrático.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- CHEQUER, Claudio. *A Liberdade de Expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*. São Paulo: Acaraí, 2011.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.
- PASOLD, Cezar Luis. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 11 ed. Florianópolis: Conceito, 2008.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Escala.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 1 ed. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NAS AÇÕES DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Fabrcia Alcantara²⁶⁸

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Poder Familiar e o Processo de Destituição; 2. Discricionariedade Judicial; 3. Aplicação das Teorias da Decisão nas Ações de Destituição do Poder Familiar; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa propõe a investigação de um impasse considerado de difícil solução na legislação brasileira: Como conciliar as medidas de proteção aplicadas à família da criança ou adolescente em situação de risco com a exigência de celeridade de tramitação processual das ações de destituição do poder familiar?

Em outras palavras: Quando desistir das tentativas de reestruturação familiar para priorizar a célere destituição do poder familiar e colocação da criança ou adolescente em família substituta?

O sistema jurisdicional brasileiro adota o modelo juspositivista desenvolvido por Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio. Em tal modelo, a decisão judicial é estudada com enfoque na atividade do juiz, que resolve os casos por subsunção ou, na ausência de regras claras, com discricionariedade.

A verificação de algumas falhas nas construções teóricas desses autores deu espaço a propostas de superação e aperfeiçoamento, conhecidas como pós-positivistas, que passam a admitir a legitimidade moral das decisões judiciais, a ponderação de princípios jurídicos, a superação das regras por outras fontes e a busca da redução da discricionariedade judicial.

Fato é que o modo legalista de julgar não oferece respostas razoáveis a todos os conflitos jurídicos sobre os quais os juízes hão de se pronunciar.

1 O PODER FAMILIAR E O PROCESSO DE DESTITUIÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, assegura que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, violência ou opressão, além de constituir um dever de todos prevenir o desrespeito a seus direitos fundamentais.

Confira-se, a respeito, os seguintes dispositivos do referido diploma legal: “Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”; e “Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”.

O cuidado, na lição de Leonardo Boff, representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, define, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana²⁶⁹.

Diante de situações de violação de direitos da criança e do adolescente, é poder-dever do juiz a aplicação de medidas protetivas, com respaldo no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tais como: a)

268 Mestranda em Direito (UNIVALI). Juíza de Direito.

269 BOFF, Leonardo *apud* PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 58.

encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; b) orientação, apoio e acompanhamento temporários; c) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; d) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; e) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; f) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; g) acolhimento institucional; h) inclusão em programa de acolhimento familiar; i) colocação em família substituta; dentre outras.

Segundo Guilherme Gonçalves Strenger, o poder familiar, ou pátrio poder, “deve ser concebido, em nossos dias, segundo a noção de direito-função, que atribui aos seus titulares missão e não poder subjetivo”. Trata-se de um conjunto de direitos e deveres, sobre a pessoa e os bens dos filhos, vale dizer, de prerrogativas que devem ser exercidas “não no interesse de seu titular, mas no da criança, visando a sua segurança, sua saúde e sua moralidade, circunstâncias que podem ser sintetizadas com direito e dever de guarda, de vigilância e de educação”²⁷⁰.

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias ensina que:

O poder familiar é um dever dos pais a ser exercido no interesse do filho. O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Assim, reserva-se o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender e até excluir o poder familiar. Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa vir em prejuízo do filho, o Estado deve intervir. É prioritário preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais²⁷¹.

Dispõe o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente que incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

No entanto, não raro verifica-se flagrante violação por parte dos genitores dos deveres inerentes ao poder familiar, em desobediência injustificada ao supracitado dispositivo, além da prática de atos contrários a moral e aos bons costumes, negligência ou castigos imoderados.

Nas hipóteses em que as medidas de proteção adotadas pelo juízo não surtem efeitos, pode-se fazer necessário proceder à destituição do poder familiar.

As hipóteses de extinção do poder familiar estão elencadas no art. 1.635 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

- I – pela morte dos pais ou do filho;
- II – pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;
- III – pela maioridade;
- IV – pela adoção;
- V – por decisão judicial, na forma do art. 1.638.

O art. 1.638 do Código Civil, por sua vez, prevê as hipóteses autorizadas da destituição do poder familiar por decisão judicial (CC, art. 1.635, inciso V), *in verbis*:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I – castigar imoderadamente o filho;
- II – deixar o filho em abandono;
- III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Fato é que a destituição do poder familiar não se reveste de sanção imposta aos pais, mas de uma medida

270 STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 30.

271 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 385-386.

de proteção à criança e ao adolescente, os quais têm direito à convivência familiar e comunitária (ECA, art. 19), ainda que em família substituta.

A gravidade das situações que se cuida é muitas vezes apta a autorizar a destituição daquele poder. Em algumas famílias se constata a ausência das mínimas condições pessoais dos genitores para o exercício do poder familiar, haja vista que negligenciam os cuidados demandados pelos filhos e violam as obrigações de assistência moral, material e afetiva.

O pai ou a mãe que castigar imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, de acordo com o previsto no art. 1638 do Código Civil, perderá por ato judicial o poder familiar.

Demonstrada a prática de tais atos e, ainda, a infringência dos deveres estipulados nos artigos 1634 e 22, respectivamente do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe-se a destituição do poder familiar exercido pelos pais em relação a seus filhos, como forma de garantir o melhor interesse da criança ou adolescente.

O Estado é legitimado a interferir no âmbito da família para defender as crianças e os adolescentes, reservando-se o direito de fiscalizar o adimplemento dos encargos do poder familiar.

É preciso preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso o Poder Público precise afastá-los do convívio de seus pais.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que privilegia a permanência da criança ou adolescente no ambiente familiar e indica a aplicação de medidas de proteção à família das crianças e adolescentes em situação de risco, exige do julgador celeridade no julgamento das ações de destituição do poder familiar.

Nesse sentido, o art. 101 da Lei n. 8.069/90 enuncia que a medida de acolhimento familiar ou institucional ocorrerá como parte do processo de reintegração familiar e, sempre que identificada a necessidade, a família de origem será incluída em programas oficiais de orientação, de apoio e de promoção social.

Tal medida é utilizada como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta (§ 1º). E, em sendo constatada a impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à família de origem, após seu encaminhamento aos programas oficiais, deverão os técnicos da entidade de acolhimento ou os responsáveis pela execução da política municipal enviar relatório fundamentado ao Ministério Público, com a recomendação para a destituição do poder familiar.

Por outro lado, tem-se a determinação do art. 163 da Lei n. 8.069/90: “O prazo máximo para conclusão do procedimento de destituição do poder familiar será de 120 (cento e vinte) dias”.

Daí que se instaura o problema enunciado neste trabalho de pesquisa: ao mesmo tempo em que se busca conferir maior efetividade às medidas de proteção adotadas para reintegração familiar de crianças e adolescentes em situação de risco, exige-se tramitação célere das ações de destituição do poder familiar nos casos em que essas medidas não surtiram os efeitos desejados.

No processo de tomada de decisão, na área da infância e da juventude, é preciso, primeiramente, que o magistrado investigue a eficácia das medidas de proteção aplicadas à família da criança ou adolescente em situação de risco. E durante essa análise, é tarefa realmente difícil estabelecer o momento em que é preciso cessar as tentativas de reestruturação para priorizar a célere destituição do poder familiar.

Quando necessário o acolhimento institucional de criança ou adolescente em situação de risco, ao mesmo tempo em que é preciso dar aos genitores uma chance de se reestruturarem para receberem os filhos novamente no seio da família, não se pode conceber que as tentativas de reintegração familiar perdurem por tempo indeterminado.

Não pode o operador do direito olvidar que, na entidade de acolhimento institucional, os infantes se formam sem vínculos e históricos familiares, tão necessários ao seu normal desenvolvimento psicológico.

Deve-se considerar ponderadamente a hipótese de aplicação de medidas de proteção que permitam a

reestruturação da família, de modo a decretar a perda do poder familiar somente quando seja estritamente necessária à proteção da criança ou adolescente.

Quando da construção da decisão judicial, o magistrado é desafiado a realizar a interpretação de institutos jurídicos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil, Código de Processo Civil Brasileiros e nos tratados de direitos humanos.

A pesquisa proposta pretende investigar qual das teorias estudadas permite a redução da discricionariedade judicial na tomada de decisão em ações de destituição do poder familiar, verdadeiros “hard cases”, insertos na zona aberta ou de indeterminação.

A solução do impasse exige do magistrado a busca do ténue equilíbrio entre os interesses relevantes (reestruturação familiar vs. colocação em família substituta) e a definição de um limite temporal para aplicação das medidas de proteção voltadas à reintegração familiar.

O instrumental utilizado para solução desse conflito varia conforme a teoria da decisão adotada. Da mesma forma como, a depender da base teórica utilizada, serão produzidas decisões com maior ou menor espectro de discricionariedade judicial.

Hoje, o operador do direito enfrenta o desafio de estabelecer qual é o momento certo de parar e quando deve prosseguir nas tentativas de reestruturação familiar. Este desafio certamente é agravado pela ausência de estruturação na prestação de serviços públicos e de formulação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, tema este que merece profunda análise em outro trabalho de pesquisa.

Por ora, quanto a este tema, fica apenas a inquietação: “O Estado que não confere possibilidades de mudança e as condições mínimas de existência às camadas mais carentes da população é o mesmo que destitui os pais do poder familiar sobre seus filhos?”.

É o que se verifica: negligência do Poder Executivo de um lado e negligência familiar de outro. E as crianças? Essa pergunta vem sendo frequentemente respondida pelo Poder Judiciário com a resposta: “Destituição do poder familiar”.

No espaço da denominada ausência de atuação estatal, o Poder Judiciário é chamado a resolver os conflitos. O magistrado aparece como a primeira figura desse sistema que não pode se escusar de atuar, em razão do princípio do “non liquet”, segundo o qual o juiz deve julgar todas as demandas que lhe são submetidas, ainda que não esteja convicto, no quesito prova, sobre qual seja a melhor decisão.

O juiz é desafiado, então, a compatibilizar a necessidade de maior efetividade das medidas adotadas para reintegração familiar de crianças e adolescentes em situação de risco, com a exigência de tramitação célere das ações de destituição do poder familiar, nos casos em que tais medidas não surtiram os efeitos desejados.

O que se deseja, primordialmente, é encontrar soluções que representem maior efetividade às medidas de proteção aplicadas e que permitam a reestruturação dos genitores, para que seja possível a reintegração dos filhos na família natural.

Subsidiariamente, buscam-se soluções que representem maior celeridade às ações de destituição do poder familiar, para colocação em família substituta, quando as medidas de reintegração familiar falharem.

A respeito de como deve proceder o juiz, ao julgar ações de destituição do poder familiar, e de quais os elementos influenciam a decisão, cite-se a conclusão da Ministra Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.106.637/SP²⁷²:

Todas as circunstâncias deverão ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório, determinando-se, outrossim, a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por

272 STJ, REsp 1106637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010.

equipe interprofissional, segundo estabelece o art. 162, § 1º, do Estatuto protetivo, sem descuidar que as hipóteses autorizadas da destituição do poder familiar, que devem estar sobejamente comprovadas, são aquelas contempladas no art. 1.638 do CC/02 c.c. art. 24 do ECA, em *numerus clausus*. Isto é, tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna.

O que não pode passar despercebido pelo magistrado é o fato de que, “com fundamento na paternidade responsável, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, e com base nessa premissa deve ser analisada sua permanência ou destituição”²⁷³.

O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo.

Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança.

Diante dos complexos arranjos familiares existentes no universo jurídico, ampliados pelos interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas, “deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e conseqüente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras”²⁷⁴.

2 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A tomada de decisões em condições de incerteza é um tema de especial importância.

Como bem afirma Orlando Luiz Zanon Junior, “uma teoria do Direito completa deve apresentar uma tese para resolução dos chamados casos difíceis ou duvidosos (*hard cases*), nos quais os métodos tradicionais de resolução de controvérsias não sejam suficientes”²⁷⁵.

O juspositivismo, para atender tal exigência teórica, fornece a proposição do poder discricionário do juiz, segundo a qual eventuais lacunas ou antinomias devem ser corrigidas mediante a criação de uma regra jurídica pelo juiz, ainda que aplique seu entendimento subjetivo para resolver a controvérsia, pois não está obrigado nem mesmo pela moral. Assim sendo, o magistrado juspositivista primeiro escolhe a linha de decisão que reputa a mais adequada e, posteriormente, elabora uma fundamentação para justificar sua decisão²⁷⁶.

Nesse contexto, ressaltam-se as considerações do juspositivista Hart:

Desde o início do século 20, o estudo crítico das formas de raciocínio pelas quais os tribunais decidem casos tem sido uma das principais preocupações de autores na área da teoria do direito. [...] É verdade que tanto juristas quanto juizes, particularmente em jurisdições em que a separação dos poderes é respeitada, frequentemente suprimiram ou minimizaram a indeterminação das regras ou precedentes jurídicos ao darem uma explicação do seu uso no processo de decisão. [...] Mesmo em casos em que os tribunais reconhecem que uma regra jurídica anterior determina unicamente um resultado particular, alguns teóricos afirmaram que os tribunais sempre ‘têm uma escolha’ [...]. Dessa forma, argumenta-se que embora os tribunais possam mostrar certo grau de regularidade nas decisões, eles nunca estão obrigados a segui-lo; portanto, eles estão sempre livres para decidir de modo diverso²⁷⁷.

E a crítica formulada pelo autor pós-positivista Ronald Dworkin:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder

273 STJ, REsp 1106637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010.

274 STJ, REsp 1106637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010.

275 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Juspositivistas e Pós-positivistas*. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013. p. 153.

276 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Juspositivistas e Pós-positivistas*. p. 153-154.

277 HART, H. L. A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 109-117.

discricionário' para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão²⁷⁸.

Dworkin elaborou a “teoria dos direitos”, para a qual o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Esta teoria, segundo o autor, “não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente”²⁷⁹.

Tal teoria distingue os argumentos de política—que justificam uma decisão política, mostrando que ela fomenta algum objetivo da comunidade—dos argumentos de princípios—que justificam uma decisão política, mostrando que ela respeita algum direito de um indivíduo ou grupo de pessoas. O autor faz esta separação para defender que as decisões judiciais, mesmo nos casos difíceis, devem ser pautadas em argumentos gerados por princípios e não por políticas²⁸⁰. E esclarece:

Os juízes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando, em um primeiro momento, os limites das restrições institucionais, para só então deixar os livros de lado e resolver as coisas a seu próprio modo. As restrições institucionais que eles intuem estão disseminadas, e perduram até a própria decisão. Precisamos, portanto, de uma explicação da interação da moralidade pessoal e da moralidade institucional que seja menos metafórica, e explique essa interação constante de maneira mais satisfatória²⁸¹.

Para tanto, Dworkin propõe a técnica de Hércules²⁸² já enunciada no capítulo anterior, e conclui com um lembrete aos juízes: “de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade”²⁸³.

O pós-positivista Lenio Streck, por sua vez, para a solução de “hard cases”, propõe que as escolhas interpretativas disponíveis ao jurista sejam limitadas pela tradição. Ele afirma:

Uma resposta adequada para a questão interpretativa do Direito resulta quando a tradição entra em uma relação dialética com a criatividade e a crítica. A tradição não amarra a uma via que possa dar uma resposta certa para todas as questões colocadas. Ela dá os limites para a decisão. Após esta limitação é que entra a tarefa da criatividade e da razão crítica, para, assim, construir um sentido (uma decisão) adequada²⁸⁴.

Em várias oportunidades, no estudo das teorias da decisão, parece nítida a prevalência de uma postura voluntarista.

No Brasil, Rui Portanova defende que “o que importa para o juiz é fazer justiça conforme *sua convicção*, [...] não é escravo da lei; [...] a sentença, provindo de *sentir*, tal como *sentimento*, deve expressar o que o juiz sente, e diante sentimento definir a situação”²⁸⁵ e Luís Roberto Barroso sustenta que “cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade do intérprete”²⁸⁶, aceitando a discricionariedade como componente indispensável para solucionar casos difíceis.

Conforme explica Streck:

No Brasil, essa dependência do juiz atravessou o século XX, sendo que tais questões estão presentes na concepção instrumentalista do processo [...], com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da ‘boa escolha dos juízes’ e, conseqüentemente, de seu (‘sadio’) protagonismo [...]. Daí minha insistência: se interpretar é dar sentido,

278 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 127.

279 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 127.

280 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 129-132.

281 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 136.

282 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 179: “A teoria da decisão judicial de Hércules não configura nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem”.

283 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 203.

284 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 280-281.

285 PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

286 BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 315.

e não reproduzir sentido, isto não significa que, nesta quadra da história, em pleno giro linguístico-ontológico, seja aconselhável estimular subjetivismos e/ou axiologismos, alçando o intérprete a senhor do texto [...]. Há-e deve haver-limites no processo interpretativo. *O processo hermenêutico não autoriza atribuições discricionárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete* (ou asseada nas virtudes pessoais do juiz)²⁸⁷.

Segundo ele, a defesa do positivismo pode proporcionar a institucionalização da crença no poder discricionário dos juízes. Então enfrenta a seguinte pergunta: “Como controlar esse poder”?

Em países como o Brasil, a fronteira entre a discricionariedade e a arbitrariedade por vezes é inexistente. [...] Em síntese, discricionariedade quer dizer “escolhas”. Quer dizer “o direito estar à disposição do intérprete”. A discricionariedade implica que o direito pode amparar soluções diferentes de um mesmo caso, dentre as quais o juiz escolhe a que lhe parece moral ou socialmente mais útil. Assim, embora o pós-positivismo, o não-positivismo e o neoconstitucionalismo tenham surgido com a pretensão de superar o paradigma positivista, em que pese tenham trazido importantes avanços, não romperam com a discricionariedade [...]. Neste contexto, assim como as teorias kelseniana e hartiana não foram desenvolvidas objetivando controlar a decisão judicial, também nas propostas contemporâneas inexistente um elemento de enfrentamento do arbítrio judicial, que não é colocado como um problema²⁸⁸.

O controle da discricionariedade, consoante a proposição de Streck, deve ocorrer por meio da autoridade da tradição, do círculo hermenêutico e da manutenção da coerência do Direito²⁸⁹. O referido autor propõe, então, um conjunto de cinco princípios conformadores de uma teoria da decisão judicial: 1) preservação da autonomia do direito; 2) controle hermenêutico da interpretação constitucional; 3) efetivo respeito à integridade e à coerência do direito; 4) dever fundamental de justificar as decisões; e 5) direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada²⁹⁰.

Já, segundo os ensinamentos do pós-positivista Richard Posner, é desejável minimizar a discricionariedade dos juízes, mas indesejável – e também impossível – eliminar totalmente a discricionariedade oficial²⁹¹. Para este autor, “o juiz que se sente confortável em seu papel toma a melhor decisão possível, e o faz sem arrependimentos”²⁹². Nesse contexto, “se pergunta se juízes não poderiam fazer melhor em casos difíceis do que chegar a resultados razoáveis (em oposição a resultados demonstravelmente corretos)”²⁹³.

Posner considera que “o legalismo existe e, portanto, nem tudo está permitido”, porém “o legalismo se encontra em grande medida confinado aos casos rotineiros”²⁹⁴. Fato é que existe uma zona aberta ou de indeterminação, na qual os juízes possuem discricionariedade decisória.

O modo legalista de julgar não oferece respostas razoáveis a todos os conflitos jurídicos sobre os quais os juízes hão de se pronunciar. Assim, eles são forçados a recorrer a outras fontes, incluindo suas opiniões pessoais de natureza política e suas particularidades. Portanto, a liberdade de julgamento que têm os juízes é uma liberdade involuntária, consequência da incapacidade do legalismo de determinar o resultado em muitos casos²⁹⁵.

Orlando Luiz Zanon Junior, analisando o modelo teórico proposto por Posner, afirma que, embora o autor adjective de “desejável” a redução da amplitude decisória do magistrado ao deliberar acerca de políticas públicas, entende que se trata de uma característica típica e inafastável²⁹⁶.

Ao direito se acusa de ser demasiado caro, de invadir em excesso a esfera privada e a mercantil, de ser

287 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 281-288.

288 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. p. 595-598. E p. 407-413: “Kelsen “desiste” de enfrentar o problema dos “casos difíceis”, deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um “ato de vontade”. Já Hart confia plenamente nos juízes para a resolução dos casos difíceis, desde que tal “escolha” se dê no interior da zona de penumbra da norma. [...] Mas em todos eles está presente a indissociabilidade entre “discricionariedade/arbitrariedade” [...]. Alexy, nos casos difíceis, aposta em soluções que perpassam o âmbito jurídico [...] isso fica patente na problemática da ponderação, tão cara à Teoria da Argumentação Jurídica: *quem escolhe os princípios que estarão em situação de colisão?* [...] o juiz, o *sub-jectum* da interpretação jurídica”.

289 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 99.

290 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. p. 600-620.

291 POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 81.

292 POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do direito*. p. 257.

293 POSNER, Richard Allen. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 65.

294 POSNER, Richard Allen. *Cómo deciden los jueces*. Tradução de Victória Roca Pérez. Madri: Marcial Pons, 2011. p. 6.

295 POSNER, Richard Allen. *Cómo deciden los jueces*. p. 19-20.

296 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Juspositivistas e Pós-positivistas*. p. 257 e 260-261: “Para o autor, o principal óbice à possibilidade de se cogitar da existência de apenas um resultado escorrido para cada caso reside na heterogeneidade das atuais sociedades, em que as pessoas divergem sobre uma miríade de temas. Mesmo magistrados com formação acadêmica similar e integrantes do mesmo grupo social podem, eventualmente, ter opiniões diversas acerca da melhor solução para determinada controvérsia jurídica. Por esta razão, é impossível determinar objetivamente se uma resposta é efetivamente a única correta”.

demasiado propenso ao erro, inseguro e uma fonte de imensos custos indiretos. Se essas críticas são merecidas, a quem fazer recair a responsabilidade? Se partir do pressuposto de que os juízes apenas aplicam as regras criadas, a responsabilidade pela falta de organização é dos legisladores. Caso contrário, a responsabilidade é do decisionismo judicial, que cria as próprias regras, administra uma justiça míope à luz das peculiaridades de cada caso e gera enorme insegurança jurídica²⁹⁷.

Fato é que muitas das teorias da decisão judicial “ainda colocam o julgamento à sombra da legislação”²⁹⁸.

Observa Zanon, quanto à discricionariedade para resolução dos casos difíceis, que a proposta juspositivista precisa ser aprimorada para reduzir a margem de manobra do órgão aplicador, aumentar o grau de previsibilidade das decisões jurisdicionais e, conseqüentemente, ampliar a taxa de satisfação da segurança jurídica, mas sem descuidar da legitimação moral²⁹⁹.

3 APLICAÇÃO DAS TEORIAS DA DECISÃO NAS AÇÕES DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Para a solução do problema de pesquisa inicialmente exposto, propõe-se a utilização das teorias da decisão formuladas pelos autores juspositivistas e pós-positivistas.

Se adotada a teoria da decisão de Hans Kelsen, a atividade do intérprete será conduzida por subsunção e o Direito será aplicado no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.

Assim, neste modelo, o juiz utiliza como ponto de partida as disposições constitucionais em que se funda o ramo do Direito – infância e juventude – e, depois, investiga a legislação infraconstitucional aplicável ao tema específico – destituição do poder familiar.

Exemplificando: o juiz interpreta os artigos 6º, 24, XV, 226, 227 e 229 da Constituição da República de 1988; em seguida, analisa o disposto nos tratados de direito internacional e na Lei n. 8.069/90, especialmente os artigos 4º, 19, 22, 23, 24, 98, 101, 155 e 163, do Estatuto da Criança e do Adolescente; para os prazos processuais omissos na lei especial aplica os prazos previstos no Código de Processo Civil (ex. prazo do edital de citação dos genitores que se encontram em local desconhecido); então, na falta de uma solução legal efetiva para o “hard case” acima proposto, recorre à sua margem de discricionariedade.

Segundo a teoria de Kelsen, o processo de tomada da decisão judicial tem caráter constitutivo, pois o julgador cria uma norma inferior, em conformidade com a norma superior, para produzir efeitos no caso concreto. É justamente porque o ordenamento jurídico autoriza mais de uma resposta adequada que os juízes exercem discricionariedade quando da interpretação/aplicação da norma.

Se em vez da teoria da decisão de Kelsen adotar-se a proposta de Hart, o resultado será semelhante. Da mesma forma, este autor admite que o juiz, ao resolver casos difíceis, não encontrará uma resposta preestabelecida no ordenamento jurídico e será forçado a escolher entre as opções existentes na tessitura aberta da norma.

O que defende Hart é que o juiz deve construir a solução mais adequada às circunstâncias e limita-se a afirmar que, para tanto, não basta usar de mera subsunção ou raciocínio lógico dedutivo, porém não desenvolveu tal operação cognitiva.

Ainda dentre os positivistas, destaca-se a teoria da decisão de Bobbio, que, da mesma forma como já referiam Kelsen e Hart, admite o uso da discricionariedade do julgador quando insuficientes os critérios clássicos de solução

297 POSNER, Richard Allen. *Cómo deciden los jueces*. p. 14.

298 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 128: “Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita”.

299 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Teoria Complexa do Direito*. Tese de doutorado. Univali, 2013. p. 118 e 121: “Com efeito, os próprios juspositivistas foram os primeiros a encarar o problema da discricionariedade judicial (*judicial discretion*), confirmando que os métodos de interpretação cunhados pelo Paradigma do Positivismo Jurídico, apesar de seus esforços, ainda franqueiam uma larga margem para o exercício da livre atividade discricionária do órgão aplicador, nos chamados casos difíceis (*hard cases*), em razão da ambigüidade da linguagem (*open texture*) ou das eventuais lacunas e antinomias”.

de antinomias (critérios hierárquico, cronológico e da especialidade).

Bobbio reconhece que a ordem jurídica é incompleta e que, para completá-la e evitar que conflitos fiquem sem solução, o magistrado pode se utilizar de analogia, interpretação analógica e princípios gerais do Direito (autointegração) ou de elementos externos ao sistema, tais como normas do direito natural, costume e equidade (heterointegração).

Esta teoria diferencia-se da de Kelsen porque considera os princípios gerais do Direito, extraídos implicitamente do sistema, como normas jurídicas, ao lado das regras.

Exemplificativamente, pode-se mencionar o princípio do atendimento prioritário dos interesses da criança e do adolescente, que, se adotado isoladamente no caso proposto, conduzirá a uma destituição do poder familiar mais célere, em detrimento do prazo das tentativas de reestruturação familiar, pois considera as melhores condições que a família substituta poderá proporcionar ao infante.

Ocorre que, se de um lado os princípios gerais de Direito podem operar como mais um parâmetro limitador das opções do julgador, de outro podem também servir como elementos de abertura do sistema, por abrangerem amplo espectro de interesses e permitirem a mais vasta gama de argumentos.

Conclui-se, portanto, que a partir da adoção das teorias positivistas, a decisão do conflito proposto será necessariamente permeada por grande dose de discricionariedade.

Passa-se, então, a investigar se adotadas as teorias pós-positivistas o resultado será diferente.

De acordo com os ensinamentos de Alexy, a decisão jurídica é tomada por meio do procedimento lógico dedutivo de subsunção de regras jurídicas ou, alternativamente, por meio da operação argumentativa da ponderação de princípios jurídicos, balizada pela lei da colisão e pela proporcionalidade, cujo resultado é uma nova regra jurídica, a qual então é aplicada por subsunção³⁰⁰.

No conflito proposto nesta pesquisa, como já visto, as regras jurídicas não são suficientes para estabelecer o lapso temporal a partir do qual o magistrado deve desistir da reestruturação familiar. Então, aplica-se a técnica da ponderação, mediante o sopesamento dos princípios envolvidos no caso concreto, tais como o princípio da prioridade absoluta, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da paternidade responsável.

Embora inúmeras críticas tenham sido formuladas contra a ponderação, principalmente sob o argumento de que se trata de um procedimento caracterizado pelo subjetivismo do julgador, ela, em verdade, constitui um elemento de limitação das opções do julgador, na medida em que permite o controle da racionalidade dos argumentos utilizados na fundamentação da decisão judicial.

Em que pese não existir uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer discricionariedade do juiz, a técnica da ponderação desnuda as razões de decidir, que, antes, na doutrina positivista, ficavam veladas e despreocupadas com o crivo da doutrina e da jurisprudência. É nesse sentido que se diz que a teoria de Alexy representa uma vantagem quando comparada à discricionariedade positivista.

Já a teoria da decisão de outro pós-positivista, Ronald Dworkin, conduz a outra proposta de resolução dos casos difíceis. Para além da mera subsunção de regras jurídicas, propõe o autor que o juiz utilize a operação argumentativa do balanceamento dos demais padrões de julgamento, de acordo com uma interpretação construtivista da história institucional das práticas jurídicas da comunidade, considerando a integralidade do sistema³⁰¹.

Daí que, para Dworkin, a solução judicial do problema aqui proposto consideraria todo o conjunto de padrões de julgamento, os quais devem ser balanceados pelo juiz sem perder de vista a tradição da comunidade.

Assim, estariam envolvidos no processo decisório, para além do complexo de regras jurídicas, os princípios

300 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Teoria Complexa do Direito*. p. 251-252.

301 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Teoria Complexa do Direito*. p. 252.

relacionados ao tema (prioridade absoluta, melhor interesse da criança e do adolescente e paternidade responsável), políticas públicas (a exemplo do fomento da adoção tardia e de grupos de irmãos) e outros elementos de justificação utilizados pelo magistrado.

A adoção deste modelo supera a visão positivista de que as deliberações são tomadas partindo do topo da pirâmide até a base. Como alternativa para a ausência de regras positivas claras, Dworkin propõe a interpretação construtivista dos princípios jurídicos incidentes na espécie, realizada dentro da trama coerente do ordenamento jurídico e de acordo com a história institucional do Direito, objetivando preservar os aspectos morais da Constituição.

O que não se pode concordar, diante da ampla abertura do sistema a critérios da moral e da tradição, é com a construção de que sempre haverá apenas uma solução correta.

Nesse contexto, é que o pós-positivista Lenio Streck ressalta que a resposta que se busca não é a única nem a melhor, simplesmente a “resposta adequada à Constituição”³⁰². Frisa o autor que a decisão judicial não pode ser construída com base na consciência ou no sentimento do juiz, e sim no sentido da norma jurídica “projetado pela comunidade jurídica”³⁰³. Porém, tal teoria não estabelece mecanismos para a efetiva resolução da controvérsia.

Por fim, de acordo com a teoria do pós-positivista Richard Posner, durante o processo de tomada de decisões, o juiz deve visualizar os problemas concretamente, com consciência das limitações da razão humana, do caráter espaço-sócio-cultural do conhecimento humano, da inalcançabilidade da verdade, da existência de diferentes caminhos de investigação e, sobretudo, das consequências do resultado razoável³⁰⁴.

De acordo com tal teoria, nos casos difíceis, o objetivo do juiz é um resultado razoável, e não um resultado correto. Para tanto, estabelece quatro passos das deliberações em *hard cases*³⁰⁵, que, com adaptações, podem bem ser aplicados no sistema jurídico brasileiro e apresentam soluções diversas das teorias anteriormente analisadas.

O que se verifica de novo em Posner é que ele não pretende limitar a discricionariedade judicial. Ao contrário, admite existir interesse social na adaptabilidade da lei à mudança, que é importante para elaborar decisões sensíveis às circunstâncias do caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As medidas de proteção destinadas à reintegração familiar devem ser implementadas, porém brevemente. Caso não surtam os efeitos desejados, impõe-se proceder à destituição do poder familiar e colocação em família substituta.

Após uma incursão nas teorias da decisão elaboradas por autores juspositivistas e pós-positivistas, percebe-se a ausência de critérios objetivos seguros que permitam eliminar a discricionariedade judicial na solução do “hard case” proposto.

Durante o processo de tomada de decisão, mesmo que o magistrado adote um critério legalista, não é garantida a estrita previsibilidade do resultado, pois algumas controvérsias são insolúveis pelos critérios tradicionais de solução de antinomias e métodos de interpretação.

As novas propostas teóricas que surgem ora propõem novas técnicas de interpretação (a exemplo da ponderação), ora preveem novas influências ou limites para a construção da decisão judicial (a exemplo da moral, da tradição e da razoabilidade). Estas soluções, da mesma forma que o positivismo, não garantem a exclusão da discricionariedade dos juízes.

O intérprete/juiz tem preconceções determinadas por suas experiências pessoais. O texto/norma é linguagem, passível da atribuição de diferentes significados. Assim sendo, quando na zona aberta ou de indeterminação,

302 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. p. 386.

303 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. p. 98.

304 POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do direito*. p. 621-622.

305 POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do direito*. p. 177-178.

diante do amplo leque de opções de interpretação/decisão, o magistrado escolhe um caminho a trilhar amparado no arcabouço teórico acima explanado ou em suas preconceções, de acordo com o que entende ser razoável ou moral.

Fato é que a discricionariedade não pode mais ser tratada como um fator a ser eliminado. Mesmo que indesejável para a chamada “segurança jurídica”, ela existe e é inevitável.

Talvez deva ser reconhecida como instrumento de vivificação do Direito, sem, contudo, alimentar a ilusão da única resposta correta e de que o juiz pode ter características sobre-humanas.

A teoria da decisão a ser adotada hoje é complexa, haja vista que não se baseia apenas em premissa maior e premissa menor e afasta-se da tendência da decisão mais cômoda, com diminuição do gasto de energia³⁰⁶.

Na área da infância e da juventude, decide-se muitas vezes com base na intuição, muito mais do que na razão, conforme explica Alexandre Morais da Rosa em sua disciplina “Fundamentos da Percepção Jurídica”, ministrada no curso de mestrado da Universidade do Vale do Itajaí, no ano de 2014.

Da mesma forma que nas questões atinentes à infância e juventude, no processo civil, também se percebe o excesso de liminares deferidas, motivadas geralmente pelo medo ou precaução do magistrado, o que demonstra a utilização do sistema intuitivo na atividade de julgar.

A vida tem diversos gabaritos, assim como a justiça. Não se pode, então, aplicar a justiça como conceito positivado em lei. É necessário se basear em princípios de direito, aspectos da sociedade e argumentação jurídica para construir uma decisão judicial.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 315.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HART, H. L. A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- POSNER, Richard Allen. *Cómo deciden los jueces*. Tradução de Victória Roca Pérez. Madri: Marcial Pons, 2011.
- POSNER, Richard Allen. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- STJ, REsp 1106637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. 1ª ed. São Paulo: RT, 1998.
- ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Juspositivistas e Pós-positivistas*. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013.
- ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Teoria Complexa do Direito*. Tese de doutorado em Direito. Universidade do Vale do Itajaí, 2013.

306 MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL E HUMANO À EDUCAÇÃO: UM PARADIGMA UNIVERSAL

Daniel Mayerle³⁰⁷

Pablo Franciano Steffen³⁰⁸

SUMÁRIO: Introdução; 1. a constituição da república federativa do brasil de 5 de outubro de 1988 como garantidora do direito fundamental à educação; 1.1 a educação e o direito fundamental; 1.2 direitos fundamentais: conceituação e terminologia; 1.3 as gerações de direito; 2. o direito à educação; 2.1 dificuldades entre o conceito de educação e direito à educação; 3. abordagens acerca dos direitos humanos; 3.1 características dos direitos humanos; 3.1.1 da universalidade; 3.1.2 da indivisibilidade; 3.1.3 da interdependência; 3.1.4 da exigibilidade e justiciabilidade; 3.2 educação como direito humano; considerações finais; referências das fontes citadas.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o propósito de apresentar didaticamente alguns elementos fundamentais da doutrina dos Direitos Fundamentais e Humanos, tendo em vista o norte educacional, discorrendo sobre o quão importante é a aplicação do Direito Fundamental à educação previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988³⁰⁹.

Inicialmente, para introduzir o tema, discorre-se sobre o Direito Fundamental Constitucional à educação. Após, são descritas a conceituação e a terminologia de Direito Fundamental, para na sequência, abordar a questão das gerações de Direitos Fundamentais as quais são listadas e abordadas com mais profundidade.

Em um segundo momento, com o intuito de melhor explicar o tema, busca-se explicar o Direito à educação em si e, sequencialmente, se demonstra a dificuldade de colmatar conceito de educação com o Direito à educação.

Muito se fala na violação dos direitos fundamentais, na exclusão das classes desfavorecidas da conquista efetiva desses direitos, os quais se referem a todos os integrantes de uma sociedade pertencente a um Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais foram sistematizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988³¹⁰ nos seguintes artigos: Art. 5º: engloba os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Art. 6º a 11: Aborda os Direitos Sociais e, 12 a 17: que dispõe sobre a Nacionalidade e os Direitos Políticos.

Desta forma, a fim de contribuir para a mudança desse quadro, o qual deixa à margem os brasileiros que não conseguem ter seus direitos mínimos assegurados, dá-se ênfase ao Direito à Educação, previsto no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988³¹¹, como direito fundamental, e principalmente como esperança motivadora para que a sociedade possa buscar a sua plenitude enquanto sujeitos de direitos. Assim, a educação deve ser prioridade e integralmente viabilizada ao ser humano.

Por fim, discorre-se sobre os Direitos Humanos e suas características, pois são eles universais, interdependentes, exigíveis e indivisíveis, para finalmente, através dos aportes introdutórios supra delineados, tratar a educação como um Direito Humano, baseando-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 5 DE OUTUBRO DE 1988 COMO GARANTIDORA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

O presente tópico versa sobre a Educação como Direito Fundamental na Constituição da República

307 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI.

308 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI.

309 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

310 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

311 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988³¹², retratando o conceito e a terminologia de Direito Fundamental. Apresenta a sua classificação e demonstra ainda as características dos direitos fundamentais e por fim, versa sobre as gerações de tais direitos.

1.1 A educação e o direito fundamental

A Educação é um direito de todos, independentemente de qualquer fator, sendo essencial para o desenvolvimento do ser humano, para que possa reivindicar seus direitos e em contrapartida cumprir com seus deveres.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988³¹³ traz no seu artigo 6º³¹⁴ a educação como um direito social (fundamental) de todos, “art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O mesmo dispositivo legal em seu artigo 205, determina que a educação deva atender o pleno desenvolvimento da pessoa, bem como prepará-la para o exercício da cidadania e qualificá-la profissionalmente.

Vejamos a íntegra do artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988³¹⁵:

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

O direito fundamental à educação é assegurado a todas as crianças e adolescentes entre 7 a 14 anos de idade, bem como, para os que não tiveram acesso na idade própria (artigo 208, I³¹⁶ da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 e artigo 54, I³¹⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente), sem discriminação.

No entendimento de Castilho o direito à educação é:

Definido basicamente como obrigação do Estado de prover, gratuitamente, ensino primário a todos, de implementar progressivamente o acesso universal e gratuito do ensino secundário, inclusive técnico e profissional, e igualmente do ensino superior, com base no mérito. É obrigação, ainda, respeitar a liberdade das famílias de escolher escolas privadas que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, bem como proporcionar educação religiosa ou moral de acordo com as convicções das famílias.³¹⁸

A atual dimensão em que se encontra o direito à educação, positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988³¹⁹, como direito fundamental, público, gratuito, obrigatório e subjetivo, tem seu avanço ligado diretamente às lutas pelos direitos humanos e pela emancipação dos povos.³²⁰

1.2 Direitos fundamentais: conceituação e terminologia

Inicialmente faz-se necessário destacar que segundo Abreu, os direitos fundamentais têm origem em um

312 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

313 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

314 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

315 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

316 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 45. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I—educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.”

317 BRASIL. *Lei 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 07 de setembro de 2011. “Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I—ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria.”

318 CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Direito à educação e o ministério público*. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/downloads/EST1.pdf>>. Acesso em 20 de novembro de 2011. p. 2.

319 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

320 DELEVATTI, Alex Faturi. *A educação básica como direito fundamental na constituição brasileira*. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) Universidade do Vale do Itajaí. p. 12.

movimento de constitucionalização que começou no século XVIII. Atualmente, encontram-se incorporados ao patrimônio comum da humanidade e são reconhecidos internacionalmente a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.³²¹

A ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem através dos anos dificultam desenvolver um conceito preciso e resumido, e qualquer constatação final que se faz, estará desatualizada. Além do mais, várias são as expressões usadas para nomeá-los: direitos do homem, direitos naturais, direitos individuais, direitos humanos, liberdades fundamentais, entre outros.

Neste sentido corrobora Silva:

Aumenta-se a dificuldade de conceituação em virtude de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. 322

A problemática da conceituação dos direitos fundamentais toma maior intensidade quando vista sob duas perspectivas, a formal e a material. Por formal entende-se todo direito reconhecido e consagrado no texto da Lei Maior; enquanto por material, entendem-se como fundamentais aqueles direitos, que embora fundamentais, não constam do catálogo da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988³²³, decorrente da não taxatividade dos direitos fundamentais, podendo sempre surgir novos direitos decorrentes de novas carências, individuais, sociais, coletivas.³²⁴

Ainda, sobre o tema, Sarlet destaca uma conceituação de cunho genérico nos quais direitos fundamentais são “posições jurídicas concernentes às pessoas, que por seu conteúdo e importância foram integradas ao texto da Constituição”.³²⁵

Os direitos fundamentais têm sua origem com as Constituições, nas quais são reconhecidos e positivados, sendo assim, a partir de agora este trabalho discorrerá sobre as gerações/dimensões dos direitos fundamentais.

Garcia descreve que:

Diversas expressões foram utilizadas através dos tempos para designar o fenômeno dos direitos humanos, e diversas também foram suas justificações. Na nossa opinião três são expressões as corretas para serem usadas atualmente: direitos humanos, direitos fundamentais e direitos do homem. Respalda nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos direitos humanos e direitos do homem se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo direitos fundamentais para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado.³²⁶

Para que os Direitos Fundamentais sejam de fato respeitados, faz-se necessário que os mesmos sejam garantidos, portanto, trata-se a seguir sobre os direitos e garantias fundamentais.

1.3 As gerações de direito

Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas aos poucos, em consonância com a demanda de cada época, motivo pelo qual os estudiosos costumam dividi-los em gerações ou dimensões, conforme sua ingerência nas constituições. Paulo Bonavides foi um dos principais constitucionalistas que leu os direitos fundamentais a partir de um perfil histórico, agrupando os mesmos em gerações de direitos.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração, marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito.

Os direitos de primeira dimensão são direitos ligados à individualidade, e são tidos como atributos naturais,

321 ABREU, Neide Maria Carvalho. *Os direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Disponível em: <http://www.passeja.com.br/file/download/Os_direitos_fundamentais_na_constituicao.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2011. p.2

322 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.175. (itálicos conforme o original)

323 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

324 DELEVATTI, Alex Faturi. *A educação básica como direito fundamental na constituição brasileira*. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) Universidade do Vale do Itajaí. p.14.

325 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77.

326 GARCIA, Marcos Leite. *Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343>. Acesso em 27 dez. de 2011.

inalienáveis e imprescritíveis. Tais direitos visam, em regra, defender os direitos dos cidadãos perante a intervenção do Estado, e por esse motivo, são dirigidos a abstenções, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos.³²⁷

No entendimento de Bonavides:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.³²⁸

São exemplos desses direitos: à vida, à liberdade de locomoção, à liberdade de opinião, à liberdade de expressão, à propriedade, à manifestação, à expressão, ao voto e ao devido processo legal. Em suma, os direitos de primeira dimensão dizem respeito aos direitos políticos e civis, os quais constituem a liberdade.

Com a consagração e solidificação dos direitos de primeira dimensão, e também a partir da constatação de que não bastava, para a obtenção do bem comum, um mero não agir do Estado, deu-se início ao desenvolvimento, aprimoramento e consagração dos chamados direitos de segunda geração ou dimensão.³²⁹

Os direitos fundamentais da segunda dimensão foram impulsionados pela Revolução Industrial Europeia, a partir do século XIX. Em virtude das condições de trabalhos, que eram péssimas, os trabalhadores e a população se uniram reivindicando direitos trabalhistas e normas de assistência social.

Bobbio afirma que os direitos sociais é que formam chamados de direito de segunda geração.³³⁰

Como exemplos clássicos desses direitos têm-se: o direito à saúde, ao trabalho, à assistência social, à educação, e o direito dos trabalhadores. Estes exemplos são representados pelos direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual, baseado no princípio da igualdade.

Para Cruz:

A percepção da existência de direitos vinculados à pessoa de modo indissociável experimentou uma notável evolução. O desenvolvimento do princípio democrático e o acesso de camadas cada vez mais amplas da população à vida política, permitiram tornar evidente que o efetivo exercício dos direitos de Liberdade e de cidadania política só ganham sentido se algumas condições materiais forem garantidas. Sem dispor dos meios básicos para garantir uma qualidade mínima de vida, poucas serão as “esferas próprias” que possam estar imunes a ingerências exteriores.³³¹

Nesta segunda geração os cidadãos também tiveram liberdade sindical, o direito à greve, a férias, ao descanso remunerado semanal, e ao salário mínimo, entre outros direitos.

No entendimento de Wolkmer o principal direito fundamental de segunda dimensão é o da educação, senão vejamos:

O principal direito fundamental de segunda dimensão é à educação, o qual também serve para legitimar os direitos de liberdade no sentido de que é fundamental para que os cidadãos saibam seus direitos e saibam escolher seus representantes, da mesma maneira tem-se outro exemplo clássico no qual o analfabeto não poderia exercer seu direito de liberdade de imprensa, de informação, entre outros.³³²

Os direitos de segunda geração surgiram para favorecer o cidadão, possibilitando condições materiais minimamente necessárias ao exercício de uma vida digna. Além do mais, obrigam o Estado a fazer-se presente mediante prestações que venham a proteger o ser humano, outorgando a população direitos a prestações sociais estatais, mediante políticas públicas efetivas condizentes com a carência social diretamente relacionada com a assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outras.³³³

327 DELEVATTI, Alex Faturi. *A educação básica como direito fundamental na constituição brasileira*. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) Universidade do Vale do Itajaí. p. 25.

328 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 563 e 564.

329 SILVA, Cristiano de Barros Santos. *Direito fundamental à educação: ditames constitucionais e a atuação do Centro Universitário Claretiano*. Disponível em: <<http://sm.claretiano.edu.br/upload/4/revistas/sumario/pdf/18.pdf>>. Acesso em 29 de novembro de 2011. p. 08.

330 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

331 CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. 2 ed. (ano 2003), 2 tir. Curitiba: Juruá, 2004. p.161

332 WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos Direitos”. In. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. p. 8.

333 DELEVATTI, Alex Faturi. *A educação básica como direito fundamental na constituição brasileira*. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) Universidade

Ressalta-se que ao contrário da primeira geração onde o Estado tinha o dever de nada fazer, de abster-se, na segunda geração foi exigido do Estado intervir.

Em suma, os direitos de segunda dimensão resumem-se em direitos sociais, culturais, econômicos, bem como coletivos ou de coletividades. Esses direitos nasceram abraçados ao Princípio da Igualdade e não podem ser separados.

Os direitos fundamentais continuaram se desenvolvendo, até o momento em que novos direitos foram consolidados, tem-se então, os direitos de terceira geração, conhecidos como direitos de solidariedade ou de fraternidade. “Assim temos o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade”.³³⁴

Essa terceira geração de direitos surge no fim da Segunda Guerra Mundial, marcado pelo espírito de fraternidade ou solidariedade.

Nesta perspectiva, são exemplos desses direitos: direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito à comunicação, o direito à autodeterminação entre os povos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Segundo Silva³³⁵ a terceira geração ou terceira dimensão, foi desenvolvida no século XX e seriam:

Os direitos da fraternidade, no qual está o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, etc. Essa geração é dotada de um alto teor de humanismo e universalidade, pois não se destinavam somente à proteção dos interesses dos indivíduos, de um grupo ou de um momento. Refletiam sobre os temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

2 O DIREITO À EDUCAÇÃO

Este tópico trata-se do Direito à Educação, iniciando com o conceito de Educação, um relato do tema Educação nas Constituições Brasileiras, demonstrando a organização e estrutura do sistema educacional brasileiro. Aborda o Direito a Educação como um direito fundamental, expõe a responsabilidade da família, da Sociedade³³⁶ e do Estado no dever educacional. Faz-se uma explanação sobre a Educação e os recursos financeiros, bem como sobre a Educação e a administração pública, segue-se então para os objetivos constitucionais da Educação, descrevendo sobre as cláusulas pétreas e os direitos fundamentais sociais.

2.1 Dificuldades entre o conceito de educação e direito à educação

Ao longo dos anos com as transformações ocorridas na Sociedade³³⁷ a Educação ganha cada vez mais relevância, vez que esta é o pilar para que o cidadão tenha consciência dos seus direitos, inclusive do direito que possui a ter uma educação de qualidade.

Não é fácil conceituar Educação, pois são diversos os contornos apresentados pela mesma através dos anos.

A Educação é uma influência intencional e sistemática sobre o ser juvenil, com o propósito de formá-lo e desenvolvê-lo. Significa também a ação ampla de uma Sociedade³³⁸ sobre as gerações jovens, com a finalidade de conservar e transmitir a existência coletiva.³³⁹

do Vale do Itajaí. p. 27.

334 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

335 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.175.

336 “[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra E em maiúscula, porque, afinal, a **SOCIEDADE** é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 169. (negritos e destaques no original)

337 “[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra E em maiúscula, porque, afinal, a **SOCIEDADE** é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 169. (negritos e destaques no original)

338 “[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra E em maiúscula, porque, afinal, a **SOCIEDADE** é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 169. (negritos e destaques no original)

339 LUZURIAGA, Lorenzo. *História da educação e da pedagogia*. São Paulo: Nacional, 1985.

O que distingue o ser humano dos demais animais é o fato de que os homens transformam o mundo intencionalmente.³⁴⁰

Tais características estão intimamente ligadas ao fato de que o homem, ao se desprender de sua condição animal, transformou a natureza. O resultado dessa transformação se chama cultura, que é a ordem simbólica, a qual, devido ao desenvolvimento cognitivo do homem, num processo multimilenar, vem desde a utilização do fogo, a manipulação da pedra lascada, a invenção do arco e flecha, até a era cibernética, dos satélites e das viagens espaciais.³⁴¹

Morin comenta que “os humanos são, aparentemente, os únicos seres vivos na Terra, que dispõem de um aparelho neurocerebral hipercomplexo, e os únicos que dispõem de uma linguagem de dupla articulação para comunicar-se de indivíduo a indivíduo.”³⁴²

Para Morin, Motta e Roger-Ciurana “essa idéia é hoje fundamental para compreender a condição humana e a de toda a humanidade através de uma verdadeira contextualização de nossa complexa situação no mundo.”³⁴³

Segundo o dicionário, educação é o “processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano”.³⁴⁴ No entanto, a educação significa bem mais do que um conceito, é a prática contínua e intermitente de se transmitir e receber conhecimento, ajudando, assim, o ser humano a crescer intelectualmente.

O conceito de educação³⁴⁵ conforme ensina Celso de Mello:

É mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: a) qualificar o educando para o trabalho; b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. [...]”³⁴⁶

Para Durkheim, a educação é a atividade praticada pelas gerações adultas sobre as gerações atuais para serem preparadas para a vida social; tem por objetivo suscitar e desenvolver, no jovem, habilidades físicas, intelectuais e morais.³⁴⁷

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 26, menciona que:

A educação deve visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. Ela deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, assim como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.³⁴⁸

Para Libâneo educar é uma atividade intencional entendida de duas maneiras, sendo a primeira delas a “atividade humana intencional cuja intervenção está voltada para fins desejáveis do processo de formação quanto à concepção de homem e sociedade.”³⁴⁹

A outra forma de atividade intencional destacada por Libâneo é a “prática social que faz parte de uma determinada sociedade, estando subordinada a interesses sociais, políticos e ideológicos de grupos ou classes sociais.”³⁵⁰

Com base na Lei 9.394³⁵¹, de 20 de Dezembro de 1996—Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional,

340 LOPES, Uaçai de Magalhães; TENÓRIO, Robinson Moreira. *Educação como fundamento da sustentabilidade*. 1 ed. Salvador: EDUFBA, 2011. p. 13.

341 LOPES, Uaçai de Magalhães; TENÓRIO, Robinson Moreira. *Educação como fundamento da sustentabilidade*. 1 ed. Salvador: EDUFBA, 2011. p. 13.

342 MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita*: repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução de Eloá Jacobina. 16 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. p. 36.

343 MORIN, Edgar; MOTTA, Raul Domingo; ROGER-CIURANA, Emilio. *Educar na era planetária*: o pensamento complexo como método de aprendizagem no erro e na incerteza humana. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela; revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez, 2003. p.64

344 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Míni Aurélio*: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 271.

345 Para Libâneo a Educação: “[...] pode ser conceituada como um conjunto de ações, processos, influências, estruturas que intervêm no desenvolvimento humano de indivíduos e grupo na sua relação ativa com o meio natural e social, num determinado contexto de relações entre grupos e classes sociais. Educação é uma prática social que atua na configuração da existência humana individual e grupal, para realizar nos sujeitos humanos as características de “ser humano”. LIBÂNEO, José Carlos. *Pedagogia e pedagogos, para quê?* 12 ed. São Paulo: Cortez, 2010. p.30. (destaques conforme o original)

346 MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 533.

347 DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. São Paulo: Melhoramentos, 1978. p. 41.

348 DELEVATTI, Alex Faturi. *A educação básica como direito fundamental na constituição brasileira*. 2006. p. 69. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) Universidade do Vale do Itajaí.

349 LIBÂNEO, José Carlos. *Pedagogia e pedagogos, para quê?* 12 ed. São Paulo: Cortez, 2010. p.33

350 LIBÂNEO, José Carlos. *Pedagogia e pedagogos, para quê?* 12 ed. São Paulo: Cortez, 2010. p.33 e 34.

351 BRASIL. *Lei 9394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei9394_ldbn1.pdf>. Acesso em 07 de setembro de 2011.

a educação pode ser definida como “ato ou efeito de educar-se; o processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano, visando a sua melhor integração individual e social. Significa também os conhecimentos ou as aptidões resultantes de tal processo, ou o cabedal científico e os métodos empregados na obtenção de tais resultados”.³⁵²

A mesma Lei em seu artigo 1º menciona que:

A educação abrange os processos formativos, que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.³⁵³

O direito à educação pode ser compreendido no entendimento de Lima como:

[...] direito de “toda a pessoa”, sem discriminação alguma e sem limites de tempo ou espaços exclusivos para o seu exercício. É direito da criança e do adulto, da mulher e do homem, seja qual for a sua capacidade física e mental, a sua condição e situação. É direito dos brancos, dos pretos, dos mestiços e dos amarelos, dos pobres e dos ricos, dos emigrantes, dos refugiados, dos presos etc. É direito das populações indígenas e de todas as minorias. [...] Ou seja, direito à educação é direito às aprendizagens indispensáveis ao desenvolvimento de todas as dimensões da personalidade humana, desde a sua dimensão física à sua dimensão estética, no interesse individual e social.³⁵⁴

A Educação pode ser classificada em informal, formal e não formal. Neste sentido, Libâneo afirma que a educação informal

corresponderia a ações e influências exercidas pelo meio, pelo ambiente sociocultural e que se desenvolve por meio das relações dos indivíduos e grupos com o seu ambiente humano, social, ecológico, físico e cultural, das quais resultam conhecimentos, experiências, práticas, mas que não estão ligadas especificamente a uma instituição, nem são intencionais e organizadas.³⁵⁵

A educação não-formal é aquela realizada em instituições educativas não propriamente escolares, mas com certo grau de organização e sistematização, como nas associações de bairro (uma palestra sobre aleitamento materno); em atividades de animação cultural; equipamentos urbanos culturais e de lazer (museus, cinemas, praças, áreas de recreação). As atividades extra-curriculares são enquadradas nesta modalidade.³⁵⁶

No que tange a educação formal é considerada aquela que se dá em instâncias de formação escolares ou não, onde os objetivos educativos são explícitos e onde há uma ação intencional, institucionalizada, estruturada, sistemática.³⁵⁷

Para Morin, os três graus de ensino são “Primário, Secundário e Universitário. [...]”³⁵⁸

Morin afirma ainda que: “[...] é paradoxal a dupla função da Universidade: adaptar-se à modernidade científica e integrá-la; responder às necessidades fundamentais de formação, mas também, e sobretudo, fornecer um ensino metaprofissional, metatécnico, isto é, uma cultura.”³⁵⁹

Morin acredita também que: “[...] a reforma da Universidade não poderia contentar-se com uma democratização do ensino universitário e com a generalização do *status* de estudante e aponta uma reforma que leve em conta a aptidão do ser humano para organizar o conhecimento, ou seja, o exercício do pensar.”³⁶⁰

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁶¹ proclama que a educação é direito de todos

352 RAPOSO, Gustavo de Resende. *A educação na constituição federal de 1988*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6574>. Acesso em: 23 novembro de 2011. p. 02.

353 BRASIL. *Lei 9394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei9394_ldbn1.pdf>. Acesso em 07 de setembro de 2011, artigo 1º.

354 LIMA, Marcela Catini de. *Eficácia e efetividade do direito à educação enquanto direito fundamental social à luz da constituição de 1988*. Disponível em: <<http://revistaeletronica.fdf.unibrazil.com.br/index.php/rdf/article/viewFile/300/227>>. Acesso em: 13 de novembro de 2011. p.14.

355 LIBÂNEO, José Carlos. *Pedagogia e pedagogos, para quê?* 12 ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 31.

356 LIBÂNEO, José Carlos. *Pedagogia e pedagogos, para quê?* 12 ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 89.

357 LIBÂNEO, José Carlos. *Pedagogia e pedagogos, para quê?* 12 ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 88 e 89.

358 MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução de Eloá Jacobina. 16 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. p. 75

359 MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução de Eloá Jacobina. 16 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. p. 82

360 MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução de Eloá Jacobina. 16 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. p. 83

361 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2011.

e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. Assim é competência privativa da União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional.³⁶²

O artigo 205³⁶³ da Constituição da República Federativa do Brasil³⁶⁴, combinado com o artigo 6^o³⁶⁵ do mesmo diploma legal eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem, assim se afirma que a educação é direito de todos.

Segundo Silva³⁶⁶ a educação, direito de todos e dever do Estado e da família significa que:

Em primeiro lugar que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuidos na Constituição, que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham exercer igualmente esse direito; e que em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização.

Adiante, a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988³⁶⁷ determina que o ensino fundamental seja de acesso obrigatório e gratuito a todos os indivíduos sendo direito público subjetivo.

“A Constituição mesmo já considerou que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é *direito público subjetivo*; equivale reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente.”³⁶⁸

A Educação é um dos direitos sociais previstos no artigo 6^o da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁶⁹: “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.”³⁷⁰

Portanto, a educação é um direito fundamental do ser humano, um direito social que todo cidadão tem de se desenvolver e, conseqüentemente, uma obrigação para a Sociedade³⁷¹, e o Estado de garantir e proteger esse desenvolvimento, com ações efetivas e concretas.

Analisado o conceito de educação, bem como o direito à educação, embora de forma breve, mostra-se importante destacar a organização e estrutura do sistema educacional brasileiro.

3 ABORDAGENS ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos foram construídos com base na ideia de dignidade da pessoa humana, ou seja, de que todo ser humano, independentemente de qualquer condição pessoal, deve ser igualmente reconhecido e respeitado, não podendo ser tratado como instrumento de poucos, mas sim como fim de toda organização social e política. No entanto, para se chegar a essa construção, muitas foram as lutas travadas por camponeses, pequenos comerciantes, trabalhadores, mulheres, intelectuais, escravos, homossexuais, jovens, indígenas, etc.

362 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 857.

363 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45. ed. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2011. “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

364 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2011.

365 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45. ed. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2011. “Art. 6^o 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.”

366 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 314.

367 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2011.

368 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 314. (itálicos conforme o original)

369 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

370 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45. ed. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2011, artigo 6^o.

371 “[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra E em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 169. (negritos e destaques no original)

Da mesma forma, para que tais direitos sejam mantidos e aplicados na prática, e para que novos direitos sejam conquistados, é necessário que a luta continue.

Nesse sentido, o reconhecimento internacional dos direitos humanos representou, assim, um passo histórico decisivo. Hoje muitos desses direitos estão previstos em documentos internacionais assinados por centenas de países e foram criados órgãos específicos para acompanhar sua implementação ao redor do mundo. Com esse processo, os direitos foram colocados acima das contingências políticas dos países, fortalecendo a luta contra os regimes autoritários, o imperialismo e a discriminação. A todos enfim, devem ser garantidos os direitos humanos, estejam ou não em seu país de origem.

3.1 Características dos Direitos Humanos

Os direitos humanos são normas mínimas necessárias para uma vida digna. Possuem quatro características que ajudam a entender como devem ser interpretados e realizados na prática: são universais, interdependentes, indivisíveis e justiciáveis.

Vamos então, dissecar cada uma destas características.

3.1.1 Da universalidade

Significa que os direitos humanos valem para todo mundo. Nenhuma condição ou situação pode justificar o desrespeito à dignidade humana. Além disso, ninguém pode renunciar a seus direitos. Não importa o país em que a pessoa tenha nascido ou viva, seus direitos são os mesmos. O que pode mudar é a forma como esses direitos são garantidos pelos governos. Por exemplo, o fato de uma pessoa estar fora do país em que nasceu ou do qual é cidadão, seja ou não de forma permanente, não justifica que lhe seja negado o acesso à saúde, à alimentação, à educação e a todos os demais direitos.

Da mesma forma, não podem os governos nacionais adotar medidas contra os direitos humanos de sua população ou de parte dela, pois a chamada “soberania nacional” não está acima do compromisso com os direitos humanos internacionalmente assumidos.

3.1.2 Da indivisibilidade

Todas as pessoas têm direito a gozar dos direitos em sua totalidade, sem fracionamento ou redução, sem serem obrigadas a abrir mão de um direito para acessar outro. Mais um exemplo: na educação, não basta apenas garantir vagas (acesso), é preciso que o ensino seja de qualidade e atenda às necessidades e às especificidades dos diferentes grupos.

3.1.3 Da Interdependência

Todos os direitos estão relacionados entre si e nenhum tem mais importância do que outro. Também não há direito que possa ser realizado isoladamente, desconsiderando os demais. Assim, só se pode exercer plenamente um direito se todos os outros são respeitados.

Para desfrutar do direito à educação, por exemplo, é necessária a garantia de outros direitos fundamentais, como a alimentação e a saúde. E a saúde está mais protegida se a pessoa tem uma moradia digna, uma alimentação adequada e uma educação de qualidade. Também para participar ativamente da vida política e para se inserir de forma digna no mundo do trabalho é preciso ter acesso a uma escola de qualidade.

3.1.4 Da exigibilidade e justiciabilidade

Os direitos podem ser exigidos quando forem desrespeitados ou violados. Como os direitos são previstos em leis nacionais e também em normas internacionais – como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os

Pactos de Direitos Humanos de 1966, entre outros –, para exigí-los, pode-se recorrer tanto ao sistema de justiça nacional como internacional. Essa exigibilidade ocorre tanto no âmbito político, por meio de mobilizações sociais e de atuação nos poderes públicos, como no âmbito jurídico (Poder Judiciário e Cortes Internacionais), quando é chamada de Justiciabilidade.

3.2 Educação como direito humano

A educação é um dos direitos humanos. Ela está reconhecida no art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

- 1 – Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
- 2 – A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
- 3 – Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada aos seus filhos.

O direito humano à educação reconhecido na Declaração foi fortalecido como norma jurídica internacional, principalmente, pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (arts. 13 e 14), da Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, da Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 28 e 29) e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 13).

Tratar a educação como um direito humano, significa reconhecer que ela (a educação) não deve depender das condições econômicas dos estudantes ou estar sujeita unicamente às regras de mercado. Também não pode estar limitada à condição social, nacional, cultural, de gênero ou étnico-racial da pessoa. O mais importante é conseguir que todas as pessoas possam exercer e estar conscientes de seus direitos. Nesse sentido, o tópico 2 do art. 26 da Declaração é fundamental na definição dos propósitos universais da educação.

O direito à educação tem um sentido amplo, não se refere somente à educação escolar. O processo educativo começa com o nascimento e termina apenas no momento da morte. A aprendizagem acontece em diversos âmbitos, na família, na comunidade, no trabalho, no grupo de amigos, na associação e também na escola. Por outro lado, nas Sociedades³⁷² modernas, o conhecimento escolar é quase uma condição para a sobrevivência e o bem-estar social. Sem ele, não se pode ter acesso ao conhecimento acumulado pela humanidade.

Além de sua importância como direito humano que possibilita à pessoa desenvolver-se plenamente e continuar aprendendo ao longo da vida, a educação é um bem público da Sociedade⁵⁵, na medida em que possibilita o acesso aos demais direitos. Portanto, a educação é um direito muito especial: um “direito habilitante” ou “direito de síntese”. Tal fato se dá, porque uma pessoa que passa por um processo educativo adequado e de qualidade pode exigir e exercer melhor todos os seus demais direitos.

A educação contribui para que crianças, adolescentes, jovens, homens e mulheres saiam da pobreza, seja pela sua inserção no mundo do trabalho, seja por possibilitar a participação política em prol da melhoria das condições de vida de todos. Também contribui para evitar a marginalização das mulheres, a exploração sexual e o trabalho infantil, possibilita o enfrentamento de discriminações e preconceitos, entre muitos outros exemplos que poderiam ser citados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo Estado Democrático de Direito necessita de cidadãos comprometidos com o respeito aos ideais de

372 “[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra E em maiúscula, porque, afinal, a **SOCIEDADE** é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 169. (negritos e destaques no original)

liberdade, igualdade e fraternidade. Mas, o que se vê atualmente, são cidadãos desprovidos de tais sensibilidades, muitas vezes, pessoas com pensamentos extremamente capitalistas e egoístas, e, quando estes chegam o poder, geralmente esquecem os ideais no quais estão defendendo, sendo que, essas pessoas são, ou deveriam ser, a voz do povo. Porém, a conquista desse comprometimento não é natural e espontânea, ela precisa ser forjada no interior dos sujeitos e da Sociedade³⁷³, enfim, ela necessita ser educada.

O processo de humanização é longo e permanente, é um processo que necessita de cuidados e habilidades, comprometimento e liberdade. Dessa forma, o processo educativo tem papel fundamental na qualidade da persuasão que estabelece a humanidade em cada um dos indivíduos.

Se precisa pensar, propriamente, em tornar o ser humano, humano. Assim, pode-se dizer que a persuasão educativa busca, através dos valores humanos, internalizar e solidificar os princípios de cuidado, zelo e proteção da humanidade do outro. Essa é a linha norteadora da educação em direitos humanos, prevista no artigo 4º, inciso II, da Constituição da República Federativa de 5 de Outubro de 1988³⁷⁴, claramente inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos. A força legislativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988³⁷⁵ garante o compromisso do processo educativo em humanizar os indivíduos.

Não é difícil perceber que a realidade de sua implementação mostra-se bem diferente e distante das proposições iniciais. A principal dificuldade está em estabelecer critérios universais para o trabalho com direitos humanos no conjunto do processo educativo, pois, muitas vezes, são considerados direitos de minorias e abordados pelo viés subjetivo, garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988³⁷⁶ através de seu artigo 3º, inciso IV, que diz que é preciso “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Muitas vezes, a interpretação desse artigo fomenta a particularização dos direitos. Assim, a escola parece ser o universo ideal para a discussão sobre o particular e o universal no processo de humanização dos indivíduos. Será nesse local que o comprometimento dos sujeitos com a humanidade pode se manter vivo, pois é um ambiente de formação individual e coletiva. Porém, o caminho é longo e permeado de sectarismos, ideologias os quais devem ser diuturnamente superados.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- ABREU, Neide Maria Carvalho. *Os direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Disponível em: <http://www.passeja.com.br/file/download/Os_direitos_fundamentais_na_constituicao.pdf>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. *Lei 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 07 de fevereiro de 2015.
- BRASIL. *Lei 9394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei9394_ldbn1.pdf>. Acesso em 07 de fevereiro de 2015.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Direito à educação e o ministério público*. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/downloads/EST1.pdf>>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. 2 ed. (ano 2003), 2 tir. Curitiba: Juruá, 2004.
- DELEVATTI, Alex Faturí. *A educação básica como direito fundamental na constituição brasileira*. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) Universidade do Vale do Itajaí.

373 “[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra E em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 169. (negritos e destaques no original)

374 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

375 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

376 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

- DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. São Paulo: Melhoramentos, 1978.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Míni Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.
- GARCIA, Marcos Leite. *Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343>. Acesso em 27 fevereiro de 2015.
- LIBÂNEO, José Carlos. *Pedagogia e pedagogos, para quê?* 12 ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- LIMA, Marcela Catini de. *Eficácia e efetividade do direito à educação enquanto direito fundamental social à luz da constituição de 1988*. Disponível em: <<http://revista-eletronica.dfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/300/227>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2015.
- LOPES, Uaçai de Magalhães; TENÓRIO, Robinson Moreira. *Educação como fundamento da sustentabilidade*. 1 ed. Salvador: EDUFBA, 2011.
- LUZURIAGA, Lorenzo. *História da educação e da pedagogia*. São Paulo: Nacional, 1985.
- MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução de Eloá Jacobina. 16 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
- MORIN, Edgar; MOTTA, Raul Domingo; ROGER-CIURANA, Emilio. *Educar na era planetária: o pensamento complexo como método de aprendizagem no erro e na incerteza humana*. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela; revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez, 2003.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- RAPOSO, Gustavo de Resende. *A educação na constituição federal de 1988*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6574>. Acesso em: 23 fevereiro de 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, Cristiano de Barros Santos. *Direito fundamental à educação: ditames constitucionais e a atuação do Centro Universitário Claretiano*. Disponível em: <<http://sm.claretiano.edu.br/upload/4/revistas/sumario/pdf/18.pdf>>. Acesso em 29 de janeiro de 2015.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos Direitos”. apud Garcia, Marcos Leite. “*novos*” *direitos fundamentais*: características básicas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654> Acesso em mar. 2015.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL EM TEMPOS DE CRISE

Gláucia Mattjie³⁷⁷

Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld³⁷⁸

SUMÁRIO: Introdução; 1. O princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental; 2. A influência do princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental na legislação, na jurisprudência e na Administração Pública; 2.1 A influência do princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental na jurisprudência; 2.2 A influência do princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental na legislação; 2.3 A influência do princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental na Administração Pública; Considerações finais; Referências das Fontes Citadas

INTRODUÇÃO

Em tempos de crise como os que estamos vivendo atualmente, é comum o caminho que aponta para a redução de direitos sociais. Todavia, há um núcleo de direitos essenciais para a sobrevivência humana que não pode retroceder por estarem relacionados diretamente com a vida que são os direitos fundamentais ambientais.

Em um contexto em que mais de cinquenta por cento dos recursos naturais dos ecossistemas do planeta estão degradados³⁷⁹, há necessidade de se garantir que as conquistas do direito ambiental obtidas sejam preservadas e progredam cada vez mais, sendo salutar, assim, a consolidação do princípio da proibição de retrocesso ambiental no âmbito do direito interno brasileiro, uma vez que há uma tendência, principalmente por parte do legislador, em retroagir no âmbito dos direitos sócio-ambientais como ocorreu, por exemplo, com o Código Florestal (Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012).

Frisa-se que o princípio da proibição do retrocesso sócio-ambiental já é consagrado pelo direito internacional, estando inserido em importantes instrumentos, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969.

Nesta perspectiva, este artigo objetiva contribuir para a consolidação interna deste relevante princípio analisando, inicialmente, o princípio da proibição de retrocesso social, sua definição e fundamentos constitucionais, bem como sua aplicação ao direito fundamental ambiental.

A partir da análise constitucional, será visto como o princípio da proibição de retrocesso sócio ambiental influencia na legislação, jurisprudência e Administração Pública.

Por fim, serão lançadas reflexões acerca da importância do princípio da proibição de retrocesso ambiental para a sobrevivência da humanidade.

1 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SÓCIO-AMBIENTAL

Antes abordar o princípio da proibição do retrocesso sócio-ambiental, salutar situar o direito ambiental no rol dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, Sarlet aduz que “a CF88 (art. 225, caput, e art. 5.º, § 2.º) atribuiu ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade”³⁸⁰ e, conforme salienta Molinaro, além de a Constituição

377 Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Auditora Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. E-mail: glauciamattjie@ig.com.br

378 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Auditora Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. E-mail: valeriarlg@gmail.com

379 MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 69

380 SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental*. In Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de

Federal de 1988 ter elevado “o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado à qualidade de direito fundamental”, “elevou-o à qualidade de um direito fundamental anacrônico”, não “submetido ao tempo linear”³⁸¹, o que demonstra a relevância deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

Prieur também faz esta constatação ao analisar a Constituição e a doutrina brasileira, destacando ainda que o direito fundamental ambiental se insere no rol das cláusulas pétreas previsto no art. 60, § 4º da Constituição Federal brasileira, conforme colacionado abaixo:

A Constituição brasileira de 1988 comporta vários dispositivos sobre o meio ambiente, dando, assim, a essa política, um lugar eminente na hierarquia jurídica. Com efeito, apesar de esses dispositivos não figurarem no Título II, consagrado aos direitos e garantias fundamentais, a doutrina considera que os direitos ligados ao meio ambiente constituem, tanto no plano material como no plano formal, direitos fundamentais (LEME MACHADO, 2005 e 2011; FENSTERSEIFER, 2008, p. 159 e s.). Essa Constituição comporta um dispositivo original, que consiste em enunciar que os “direitos e garantias individuais” estão excluídos de uma revisão constitucional, segundo o artigo 60, § 4º – é a chamada “cláusula pétrea”, ou cláusula de intangibilidade constitucional. Esses direitos são considerados, assim, como direitos adquiridos. Parece, portanto, estar claramente admitido que a proteção constitucional do meio ambiente faça parte dos direitos adquiridos qualificados de pétreos, não admitindo qualquer revisão.³⁸²

Satisfeita a premissa de conceber o direito ambiental como direito fundamental, cumpre agora esclarecer o significado do princípio da proibição do retrocesso social e sua aplicação na seara ambiental.

O princípio da proibição do retrocesso social se constitui em uma garantia de proteção aos direitos fundamentais sociais já conquistados e foi definido por Canotilho, que é apontado como seu precursor³⁸³, da seguinte maneira:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei de segurança social”, lei do subsídio de desemprego”, “lei de serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação”, ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captados em termos ideológicos ou formulados em termos gerais ou de garantir em abstracto um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial.³⁸⁴

Sarlet esclarece que em uma acepção mais ampla, o princípio da proibição de retrocesso social abrange todas as formas de proteção de direitos fundamentais contra medidas adotadas não apenas pelo legislador, mas também pelo administrador público que suprimam direitos fundamentais sociais e não sociais já consagrados pelo ordenamento jurídico.³⁸⁵

No que refere especificamente ao legislador, o princípio da proibição de retrocesso veda tanto alterações constitucionais tendentes a abolir os direitos fundamentais, que no Brasil também é protegido pelas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF/88), quanto as alterações na legislação infra-constitucional garantidora de direitos fundamentais.

No direito brasileiro, Sarlet aponta que a proibição de retrocesso social, em sua acepção mais estrita segundo a qual o princípio é dirigido contra medidas contrárias aos direitos fundamentais praticadas pelo legislador, é considerada como um princípio constitucional implícito decorrente de outros princípios constitucionais como o do Estado Democrático e Social do Direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º § 1º, da CF/88), da proteção da confiança dos quais decorrem as garantias do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88), apenas para citar os mais relevantes.³⁸⁶

Retrocesso Ambiental.2012: Brasília, DF. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em 14/02/2015.p. 122-123

381 MOLINARO. Carlos Alberto. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. p 71

382 PRIEUR. Michel. *O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental*. In Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental.2012: Brasília, DF. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em 14/02/2015.. p. 31-32

383 GHISLENI. Giancarlo Maturano. DAL RI. Luciene. *A Progressiva Efetividade Dos Direitos Sociais No Ordenamento Brasileiro*.Revista Eletrônica Direito e Política, v. 07, p. 705-722, 2012.p. 716

384 CANOTILHO. JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ªed. 9 reimp. Coimbra: Almedina. 2003. p. 339-340

385 CANOTILHO. JJ Gomes. CORREIA. Marcus Orione Gonçalves. CORREIA Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo:Saraiva: 2010. p. 74

386 CANOTILHO. JJ Gomes. CORREIA. Marcus Orione Gonçalves. CORREIA Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 88-89 e SARLET. Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental*. p. 143

Cabe destacar também, pela sua relevância, um fundamento do princípio da proibição de retrocesso social colhido do direito internacional que é o dever de progressividade em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais (DESCA) previsto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o quais impõem “aos Estados pactuantes a implementação progressiva dos direitos sociais nele consagrados”³⁸⁷.

Tanto o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 quanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 foram alterados (o primeiro pela Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano em 1972 e o segundo pelo Protocolo de San Salvador em 1988) para incluir em seu texto a proteção também ao meio ambiente.

Nesse sentido, o Protocolo de San Salvador em 1988 estabeleceu que “toda pessoa tem direito a viver em um meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos” (art. 11.1), bem como que “os Estados-Partes promoverão a proteção e melhoramento do meio ambiente” (11.2) e a Declaração de Estocolmo dispõe “sobre o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado e de uma melhoria contínua das condições de vida (art. 11.1), bem como acerca do direito de toda pessoa a desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental relacionado à melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente (art. 12.1 e 12.2.b)”³⁸⁸.

Desta forma, conforme ensina Sarlet, os direitos sociais e ecológicos receberam do direito internacional dos direitos humanos tratamento integrado e interdependente, o que incorporou a tutela do meio ambiente do privilegiado núcleo de proteção da pessoa conhecido como DESCAs (direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais), conforme se extrai da seguinte passagem:³⁸⁹

Portanto, a cláusula de progressividade atribuída aos direitos sociais deve abarcar, necessariamente, também as medidas normativas voltadas à tutela ecológica, de modo a instituir uma progressiva melhoria da qualidade ambiental e, consequentemente, da qualidade de vida em geral. De tal sorte, é possível sustentar a ampliação da incidência do instituto da proibição de retrocesso para além dos direitos sociais, de modo a contemplar os direitos fundamentais em geral.³⁹⁰

Deste modo, a cláusula de progressividade dialoga com o princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental, pois vincula os Estados a não retrocederem nos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, bem como conduz ao entendimento que ao Estado impõe-se também “uma obrigação de “melhorar”, ou seja, de aprimorar tais condições normativas – e também fáticas – no sentido de assegurar um contexto cada vez mais favorável ao desfrute de uma vida digna e saudável pelo indivíduo e pela coletividade como um todo”³⁹¹.

Por conseguinte, é correto afirmar que o direito ambiental, como direito fundamental que é, também deve ser protegido pelo princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental, avaliando a legitimidade de leis que reduzam as garantias já estabelecidas em matéria de meio ambiente, bem como melhorar aquilo que já foi conquistado na seara ambiental.³⁹²

2 A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SÓCIO-AMBIENTAL NA LEGISLAÇÃO, NA JURISPRUDÊNCIA E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios constitucionais, assim como o princípio da proibição do retrocesso, constituem o fundamento da ordem jurídica do Estado Brasileiro. Segundo Paulo Bonavides, os princípios constituem “verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”³⁹³, sendo o centro do sistema jurídico, à margem do qual gravitam todas as normas.

387 Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental*. p. 143 e 152-153

388 SARLET. Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental*. p.155

389 SARLET. Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental*. p. 155

390 SARLET. Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental*. p.156

391 SARLET. Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental*. p. 153-154

392 BENJAMIN. Antonio Herman. *Princípio da Proibição de retrocesso ambiental*. In Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. 2012 : Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em 14/02/2015. p. 62 e 64

393 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 229

Por encontrar-se no centro do sistema jurídico o princípio da proibição do retrocesso deve ser aplicado por todas das autoridades públicas, executivas, legislativas e judiciais.

2.1 A influência do princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental na jurisprudência

O Poder Judiciário constantemente manifesta-se tutelando a proibição do retrocesso ambiental, demonstrando a necessidade de proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, conforme se observa das Decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, respectivamente, cuja análise minuciosa do tema impõe a transcrição de grande parte dos julgados:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNI FAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. **INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICOAMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO.**

[...]

11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. **Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.** [...] ³⁹⁴. Grifou-se

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39, *CAPUT*, §§ 2º E 3º, E 45 *CAPUT*, §§ 1º E 3º DA LEI N. 1.658/2013, DO MUNICÍPIO DE LAGUNA, QUE DISPÕE SOBRE ZONEAMENTO, USO E OCUPAÇÃO DO SOLO MUNICIPAL. [...] **NORMATIVO QUE PERMITE A OCUPAÇÃO DE ÁREA CLASSIFICADA POR LEGISLAÇÃO ANTERIOR COMO DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO ENCARTADO NA INICIAL.**

[...]

Sob o falacioso argumento de suprir necessidades, setores poderosos (político e econômico) sustentam ser de fundamental importância a alteração da legislação ambiental, em todos os níveis da Federação. **Tais modificações visam, sobremaneira, à flexibilização de regras de proteção ambiental e imposição de retrocessos permissionários de exploração, dos quais, sem dúvida, resultará na degradação em larga escala.** Observa-se, mais uma vez, a supremacia da livre iniciativa em detrimento da tutela ambiental.

[...]

Não se está a fazer libelo contra o crescimento econômico. Apenas o que se deseja é que o meio ambiente ecologicamente equilibrado seja o esteio de toda a atividade produtiva ou de ocupação do solo. Progresso ilimitado, tão só para enriquecimento de poucos, levará a sociedade a um futuro sem ar para respirar, água para beber, árvores para darem sombra e frutos, verde para se ver. Assim, qualquer modificação que se pretenda promover deve ter como núcleo a sociedade em sua totalidade, e não apenas os setores que se beneficiam dos lucros. Nenhum interesse pode se sobrepor aos direitos fundamentais, porque, como é de conhecimento público e notório, a tutela ambiental tem natureza de direito fundamental e consubstancia o epicentro do direito à vida.

Dessa forma, para conjugar os interesses econômicos (lucro, empregos,...) e ambiental, deve ser buscada uma forma de desenvolvimento sustentável, com amplo debate, no qual haja a participação de todos os setores da sociedade. (Grifou-se) ³⁹⁵

AÇÃO CIVIL PÚBLICA–IMPOSIÇÃO DE INSTITUIÇÃO DE ÁREA DE RESERVA LEGAL–AVERBAÇÃO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS–SUPERVENIÊNCIA DO NOVO CÓDIGO

394 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma, REsp. 2001/0014094-7, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 26/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=retrocesso+e+ambiental&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 16/02/2015.

395 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – Órgão Especial, ADI 2014.034935-2, Rel. Desembargador Lédio Rosa de Andrade, julgado em 19/11/2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=vedação+retrocesso+ambiental&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACA-A10Y1AAG&categoria=acordao> Acesso em 17/02/2015.

FLORESTAL—CRIAÇÃO DO CADASTRO AMBIENTAL RURAL—REGULAMENTAÇÃO—NECESSIDADE—MANUTENÇÃO DA OBRIGAÇÃO—FUNÇÃO PROTETIVA DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL—**PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SÓCIOAMBIENTAL**—ALEGAÇÃO DO DEMANDADO DE CUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA LEGAL NO CURSO DA LIDE—PLEITO MINISTERIAL DE CONDENAÇÃO DO REQUERIDO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AMBIENTAIS—QUESTÕES QUE DEMANDAM REGULAR DILAÇÃO PROBATÓRIA—JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE—IMPOSSIBILIDADE—SENTENÇA ANULADA.

1—A obrigatoriedade de constituição da área de reserva legal, que era prevista no antigo Código Florestal, Lei nº. 4.771/65, foi mantida pela Lei nº. 12.651/12, com a criação, pela novel legislação, do ‘Cadastro Ambiental Rural—CAR’, no qual passará a ser feito o registro da área de reserva.

2—**Ante a finalidade protetiva da legislação ambiental, não é cabível a desoneração do proprietário rural de procedimento de averbação junto ao registro imobiliário, enquanto não for efetivamente implementada nova forma de registro da área de reserva legal. Princípio da proibição do retrocesso socioambiental.** [...] (Grifou-se)³⁹⁶

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS. UHE BELO MONTE. COMPROMETIMENTO DO DIAGNÓSTICO DE VIABILIDADE AMBIENTAL. DESCONSIDERAÇÃO DAS CONCLUSÕES DA PARTICIPAÇÃO POPULAR (AUDIÊNCIAS PÚBLICAS). POSTERGAÇÃO INDEVIDA DO PROGNÓSTICO DA QUALIDADE DA ÁGUA. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO INDIVIDUALIZADA DA EFICIÊNCIA DAS MEDIDAS MITIGADORAS DE IMPACTOS NEGATIVOS. INVALIDADE DA DECLARAÇÃO DE RESERVA DE DISPONIBILIDADE HÍDRICA—DRDH. NULIDADE DA LICENÇA PRÉVIA Nº 342/2010. **AGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA DA PRECAUÇÃO, DA PREVENÇÃO, DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO ECOLÓGICO E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (CF, ARTS. 170, INCISOS I E VI, E 225, CAPUT).** [...]

VIII—No caso concreto, subsistindo sérias dúvidas acerca da viabilidade ambiental do empreendimento hidrelétrico em questão, mormente em face do conjunto fático-probatório carreado para os autos, impõe-se a realização de estudos complementares, antes da sua implementação, **sob pena de violação aos princípios da precaução, da prevenção, da proibição do retrocesso ecológico e do desenvolvimento sustentável (CF, arts. 170, incisos I e VI, e 225 caput).** [...] Grifou-se.³⁹⁷

Como visto, o Poder Judiciário tem se demonstrado sensível à problemática da degradação ambiental, fazendo valer na prática o princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental como garantia ao direito fundamental ao meio ambiente saudável.

2.2 A influência do princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental na legislação

O princípio da proibição do retrocesso sócio-ambiental impõe ao legislador brasileiro a edição de medidas normativas voltadas à tutela do meio ambiente, efetivando as diretrizes constitucionais por meio de regras instituidoras de uma progressiva melhoria na qualidade ambiental.

Como exemplo da influência positiva da cláusula de progressividade e do princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental em âmbito legislativo é possível arrolar as Leis de Política Nacional do Meio Ambiente, de Política Nacional de Saneamento Básico e a Lei que dispõe a respeito de crimes ambientais.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente — Lei Federal nº 6.938 de 31 de agosto de 1981 —, em harmonia com o princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental, objetiva a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, buscando assegurar, no Brasil, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. Tal objetivo tem por base, além de outros, o princípio da manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.

Por sua vez, a Lei de Política Nacional de Saneamento Básico — Lei Federal nº 11.445/07 de 05 de janeiro

396 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. TJ-MG-AC: 10702110422160001 MG, Relator: Sandra Fonseca, Data de Julgamento: 03/12/2013, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/12/2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118552052/apelacao-civel-ac-10702110422160001-mg>>. Acesso em 21/02/2014.

397 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.—AC: 259997520104013900 PA 0025999-75.2010.4.01.3900, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 26/03/2014, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.360 de 22/04/2014). Disponível em <<http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25057536/apelacao-civel-ac-259997520104013900-pa-0025999-7520104013900-trf1>>. Acesso em 21/02/2015

de 2007 — estabeleceu o conceito de saneamento básico como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais urbanas.

Sarlet destaca da Lei 11.445/07 que do seu art. 3, inciso III, o qual prevê “a ampliação progressiva de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico”, decorre o dever do legislador e do administrador de atentar para a proibição do retrocesso ambiental quando da adoção de medidas legislativas e de políticas públicas para a efetivação do direito fundamental ao saneamento básico³⁹⁸.

Por fim, a denominada lei de crimes ambientais — Lei Federal nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 — que tratou a respeito das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, dá “cumprimento aos deveres de proteção ambiental atribuídos ao Estado pela CF88”³⁹⁹, e é um importante instrumento para a concretização do princípio da proibição do retrocesso ambiental na medida em que inibe a prática de condutas que retrogradem o meio ambiente.

Entretanto, nem sempre estes nortes são respeitados pelo legislador, como se observa por algumas das determinações, em âmbito nacional, da Lei Federal nº 12.651/12 e, na esfera estadual, do Código Florestal de Santa Catarina.

A Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012, denominada de Novo Código Florestal, que revogou a Lei nº 4.771/1965, é motivo de muita discussão acadêmica, pois sua análise leva a conclusão de que a *novel legis* constituiu verdadeiro retrocesso ambiental, ante as normas menos exigentes de proteção sócio-ambiental.

Dentre as regras que configuram verdadeiro retrocesso ambiental pelo Novo Código Florestal podemos mencionar a drástica redução das áreas de preservação permanente e das reservas legais; a consolidação de intervenções em APP na zona rural; dispensa da recuperação de reserva legal degradada em imóveis de até quatro módulos fiscais.⁴⁰⁰

De outro norte, o Novo Código Florestal trouxe avanços para legislação brasileira na proteção do meio ambiente, de acordo com o pesquisador Britaldo Soares-Filho, professor da Universidade Federal de Minas Gerais, que menciona a possibilidade de comercialização de títulos referentes a propriedades que conservem a mata nativa:

O sistema permite que propriedades que tenham mata nativa com áreas superiores à reserva florestal determinada pelo código (80% em propriedades na Amazônia e 20% em propriedades em outros biomas) possam vender títulos referentes a esse excedente a propriedades que estejam em dívida ambiental, como forma de compensação. “O grande sonho da conservação é agregar valor à floresta em pé. Hoje, a floresta só tem valor quando é derrubada para a exploração da madeira ou para pastagem”, diz Soares-Filho.⁴⁰¹

De forma suplementar a legislação federal, cita-se com exemplo de desrespeito à cláusula de progressividade e do princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental o Código Florestal de Santa Catarina — Lei Estadual nº 14.675, de 13 de abril de 2009.

A Lei catarinense reduziu os níveis de proteção e promoção ambiental que havia em nível federal, flexibilizando e enfraquecendo institutos jurídicos ambientais, tal agressão foi percebida pelo Procurador Geral da República que ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4252, demonstrando, dentre outros, que a lei estadual enfraqueceu a proteção das matas ciliares e das faixas marginais ao longo dos rios, cursos d’água, banhados e nascentes e permitiu a compensação entre áreas de preservação permanente e reserva legal de forma a não salvaguardar o meio ambiente. Sobre este caso específico ensina Sarlet⁴⁰²:

398 SARLET. Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental*. p. 159-160

399 SARLET. Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental*. p. 133

400 SILVA, Larissa Rocha. *O princípio da proibição do retrocesso no direito ambiental brasileiro*. 2013: Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOMACE/pdf/artigos/Monografia-Vedacao.do.retrocesso.ambiental.pdf>>. Acesso em 17/02/2015. p. 62-63

401 Artigo da ‘science’ aponta avanços e retrocesso no novo código florestal. G1, São Paulo, 24/04/2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/noticia/2014/04/artigo-da-science-aponta-avancos-e-retrocessos-do-novo-codigo-florestal.html>> Acesso em 22/02/2015.

402 SARLET. Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental*. p. 178

No entanto, o que se viu, [...] do ponto de vista legislativo, foi à redução da proteção normativa dispensada ao patrimônio ambiental estadual, favorecendo a ocorrência de novos desastres ambientais e, portanto, violando, pela ótica dos princípios da proibição de insuficiência e da proibição de retrocesso, o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado da população catarinense – e mesmo da população brasileira como um todo. A luz do exposto, o que se pretende demonstrar, ainda que em caráter sumário, é que com a edição do Código Estadual do Meio Ambiente (Lei 14.675/2009), o Estado de Santa Catarina, [...] acabou por violar tanto o princípio da proibição de retrocesso, quanto a proibição de insuficiência de proteção, por sua vez decorrente da violação do dever de proteção ambiental. A principal razão a embasar tais alegações reside no fato de que, mediante a “flexibilização” levada a cabo pela lei em comento, o legislador catarinense reduziu substancialmente os níveis de proteção ambiental assegurados pela legislação federal vigente, o que pode ser exemplificado diante do tratamento normativo conferido aos institutos da área de preservação permanente e da reserva legal.

Constata-se que o legislador muitas vezes atua em prol do meio ambiente, promulgando leis em consonância com princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental, como, por exemplo, na elaboração das Leis de Política Nacional do Meio Ambiente, de Política Nacional de Saneamento Básico e da lei que dispõe a respeito de crimes ambientais. Em outras oportunidades o legislador despreza os nortes principiológicos determinados pela Constituição Federal e profere leis como os Códigos Florestais Nacional e o de Santa Catarina.

2.3 A influência do Princípio da Proibição de Retrocesso Sócio-Ambiental na Administração Pública

O princípio da proibição de retrocesso além de vetar condutas que retrocedam os direitos ambientais já conquistados, por meio da cláusula da progressividade, também pode ser concebido na vertente de estímulo às práticas que buscam “assegurar um contexto cada vez mais favorável ao desfrute de uma vida digna e saudável pelo indivíduo e pela coletividade como um todo”.⁴⁰³

Um exemplo da Administração Pública empreendendo esforços para sensibilizar na prática de atos ambientalmente sustentáveis, visando à redução do impacto pelo desenvolvimento de suas atividades institucionais, pode ser observado no Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina — TCE/SC, dentre os quais se destacam a construção de uma nova sede considerada Prédio Verde; o estabelecimento de um plano estratégico prevendo boas práticas e a agenda ambiental; a regularização da minimização do uso de recursos ambientais e a regulação de compras sustentáveis.

O prédio sede do TCE/SC atenta para conceitos de sustentabilidade, acessibilidade, segurança e ecologia, e foi construído dentro dos padrões de *green building* ou prédio verde, isto é, constitui uma obra que “atende às necessidades de tecnologia avançada, funcionalidade e conforto, com o mínimo de consumo energético e poluição.”⁴⁰⁴ Neste edifício público há o aproveitamento da água, tanto a pluvial quanto a dos drenos do sistema de ares condicionados, para uso nas descargas dos banheiros; a utilização de vidros refletivos, que controlam a intensidade da luz e do calor transmitidos para o ambiente interno, reduzindo o uso de ar condicionado e, conseqüentemente, de energia elétrica, a qual também foi reduzida com o sistema de iluminação de baixo consumo.

No tocante ao plano estratégico do TCE/SC, que consiste no procedimento pelo qual a organização pensa e planeja uma maneira de facilitar sua gestão, definindo metas e objetivos, os quais lhe são relevantes, referente ao período de 2013/2016, editou-se a Resolução N.TC-83/2013⁴⁰⁵, prevendo as seguintes ações⁴⁰⁶:

- realizar, com participação dos servidores, diagnóstico socioambiental (avaliação inicial), identificando os aspectos socioambientais mais relevantes para o Tribunal de Contas;

403 SARLET. Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental*. p. 153-154

404 SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Notícias. In: *Inauguração do novo edifício-sede marca os 57 anos do TCE/SC*. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/noticia/8767/inaugura%C3%A7%C3%A3o-do-novo-edif%C3%ADcio-sede-marca-os-57-anos-do-tce-sc>>. Acesso em 18 jul. 2014.

405 SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Legislação. In: *Resolução 83, de 30 de outubro de 2013*. Disponível em: <http://web01.tce.sc.gov.br/site/legislacao/arquivos/resolucao_n_83-2013_consolidada.pdf>. Acesso em: 20 fev 2015.

406 SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. ACOM. In: *TCE/SC realiza semana do meio ambiente*. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/files/file/acom/Semana%20do%20Meio%20Ambiente%20SAIBA%20MAIS%201.pdf>> Acesso em 20 fev 2015.

- elaborar, com base no diagnóstico, o plano de ações estratégicas, incluindo aspectos socioambientais como: a gestão de resíduos sólidos e perigosos gerados; redução de consumo e reaproveitamento de materiais; combate ao desperdício de energia e de água; cidadania, ética, equidade, segurança e qualidade de vida no trabalho, entre outras medidas necessárias para a implementação, detectadas nos diagnósticos;
- estabelecer cronograma para implementação das ações e promover metodologia para mensuração do desempenho do Tribunal de Contas;
- estabelecer ações de substituição de insumos e materiais que provoquem danos ou riscos à saúde do servidor ou da população e ao meio ambiente;
- estabelecer avaliação periódica da implementação das ações previstas divulgando os resultados alcançados no próprio Tribunal para redirecionamento das ações de acordo com os resultados;
- desenvolver subprograma de formação do “servidor educador socioambiental” comprometido com os princípios da responsabilidade socioambiental e efetiva implantação da A3P; e
- elaborar Relatório Técnico explicitando as ações implementadas, os resultados quali-quantitativos alcançados e as metas futuras para a continuidade do projeto, com periodicidade anual contada a partir da data de assinatura do Termo de Adesão celebrado entre a União, por meio do Ministério do Meio Ambiente, e o Tribunal de Contas de Santa Catarina.

O TCE/SC, buscando a utilização racional do papel, implementou o processo eletrônico⁴⁰⁷, incentivou o uso de meios eletrônicos de comunicação na própria instituição, e, quando indispensável a utilização de papel, determinou que ocorresse em papel reciclado, impresso em frente e verso, com o máximo aproveitamento da folha, nos termos da Resolução N. TC-367/2012, que assim estabeleceu:

Art. 1º Determinar a todas as unidades que compõem a estrutura organizacional do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina que, no exercício de suas atribuições administrativas ou de controle externo, adotem as seguintes medidas socioambientais em relação ao uso racional do papel:

- I – Priorização do uso do papel reciclado na elaboração dos trabalhos;
- II – Impressões no modo frente e verso;
- III – Utilização dos sistemas informatizados disponibilizados na rede do TCE/SC para geração, transmissão e compartilhamento de documentos e informações;
- IV – Priorização do uso do e-mail institucional e do telefone como ferramentas de comunicação interna e externa, em vez da comunicação impressa;
- V – Opção pela qualidade econômica de impressão;
- VI – Diminuição dos espaços ociosos nas páginas;
- VII – Reaproveitamento dos papéis não utilizados no verso, inclusive para impressão de documentos cuja circulação fique adstrita ao âmbito da unidade;
- VIII – Concentração, no setor de reprografia da unidade, do papel excedente não utilizado no verso para encaminhamento semanal ao setor central de reprografia do TCE/SC, visando a confecção de mini notas e blocos de anotação/rascunho.

Além da preocupação do TCE/SC com a economia de papel também é possível citar a iniciativa de distribuição a cada servidor e estagiário de uma caneca de porcelana, com o objetivo de reduzir o consumo de copos descartáveis. De acordo com o Chefe de Departamento de Materiais e Patrimônio do TCE/SC na época “em 2011, foram utilizados no TCE/SC cerca de 500 mil copos plásticos de água e café”⁴⁰⁸. Posteriormente, estudo constatou que o montante pago na aquisição das canecas de porcelana já havia resultado em economia em compra de copos plásticos pelo TCE/SC⁴⁰⁹.

Recentemente o TCE/SC publicou a Resolução N.TC-90/2014⁴¹⁰, que dispõe sobre práticas e critérios destinados à defesa do meio ambiente e promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações de

407 A Resolução N. TC 60/2011, que regulamentou no processo eletrônico, possibilitando a constituição e tramitação do processo exclusivamente por meio eletrônico para o desempenho as atribuições de controle externo relativas à fiscalização, apreciação e julgamento das matérias de sua competência, inclusive para o exercício da função administrativa, sem tramitação em meio físico, dispensando o uso de papel para formar os autos.

408 SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Notícias. In: *Palestras, oficinas e exibição de documentários marca Semana do Meio Ambiente no TCE/SC*. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/noticia/8527/palestras-oficinas-e-exibi%C3%A7%C3%A3o-de-document%C3%A1rio-marcam-semana-do-meio-ambiente-no-tcesc>>. Acesso em 20 fev 2015.

409 PINHO, Nayara Limas de; BORGERT, Altair. RICHARTZ, Fernando. O impacto nos custos do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina após a adoção de práticas socioambientais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CONTABILIDADE, AUDITORIA, CONTROLE E GESTÃO DE CONTAS 2013. Lyon, França.

410 SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Legislação. In: *Resolução 90, de 7 de maio de 2014*. Disponível em: <http://web01.tce.sc.gov.br/site/legislacao/arquivos/resolucao_n_90-2014_consolidada.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2014.

bens, serviços e obras, no âmbito do Tribunal de Contas do de Santa Catarina.

De acordo com esta Resolução o fornecimento de bens, prestação de serviços e realização de obras ao TCE/SC, sempre que cabíveis, observarão as práticas e critérios ambientais que atendam aos objetivos e às diretrizes das Políticas Nacional e Estadual de Proteção ao Meio Ambiente e de Desenvolvimento Sustentável, as normas técnicas brasileiras e os regulamentos pertinentes, nesses termos:

- I – prioridade para os bens constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, reciclável, atóxico ou biodegradável, nos termos estabelecidos na legislação vigente, normas técnicas brasileiras ou regulamentos pertinentes;
- II – preferência para os bens que propiciem maior economia de energia elétrica, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de geração de resíduos, de acordo com o disposto nas Leis (federais) ns. 12.187/2009, 12.305/10, 9.433/1997 e 10.295/2001 e certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO;
- III – preferência para bens acondicionados em embalagens adequadas a sua proteção e segurança, com o menor volume possível e que utilize materiais recicláveis e plásticos degradáveis e/ou de fontes renováveis (ABNT NBR – 15448-1 e 15448-2), de forma a garantir a máxima proteção durante o transporte e o armazenamento;
- IV – os bens adquiridos não devem conter substâncias perigosas em concentração acima da recomendada nos regulamentos pertinentes, bem como nas normas técnicas brasileiras;
- V – os bens não devem conter substâncias perigosas em concentração acima da recomendada na diretiva de RoHS (Restriction of Certain Hazardous Substances), tais como mercúrio (Hg), chumbo (Pb), como hexavalente (Cr(VI)), cádmio (Cd), bifenil-polibromados (PBBs), éteres difenil-polibromados (PBDEs);
- VI – os fornecedores de eletroeletrônicos, lâmpadas, pilhas, baterias, pneus e demais produtos classificados como poluidores, devem possuir estruturas de sistema de logística reversa, conforme estabelece a Lei n. 12.305/2010;
- VII – os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de produtos ou embalagens enquadrados nas hipóteses previstas na Lei n. 6.938/81 e Instrução Normativa IBAMA n. 31/2009 devem possuir Certificado de Registro no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais – CTF do IBAMA, nos termos da Lei n. 12.305/2010.

Portanto, as práticas adotadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina demonstram que a garantia constitucional do princípio da proibição do retrocesso sócio-ambiental, conforme defendido por Sarlet⁴¹¹, também pode (e deve) ser exercida pela Administração Pública melhorando a qualidade de vida de toda a coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os tempos de crise, de fato, batem à porta dos direitos sociais.

Os Poderes do Estado não podem aceitar, tolerar ou pactuar com qualquer tipo de retrocesso que agrida direito fundamental, pelo contrário, deve mover-se no sentido de preservar os recursos naturais. O Direito fundamental ao meio sócio-ambiental equilibrado, para a presente e futuras gerações, é dever que se impõe a toda sociedade.

O Estado Brasileiro, signatário de Tratados Internacionais que vedam o retrocesso em direitos sociais e garantidor dos Princípios que arrolou em sua Constituição Federal de 1988, promulgou, sob a influência positiva da cláusula de progressividade e do princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei de Política Nacional de Saneamento Básico e a Lei que disciplina os crimes ambientais.

O poder judiciário, ao lado da doutrina especializada, vem tutelando o Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso Sócio-Ambiental, coibindo atitudes, leis, atos administrativos e particulares que possam prejudicar o meio ambiente.

Na Administração Pública Brasileira, especificamente o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, pode se encontrar exemplos de boas práticas que visam à conservação ambiental, inibindo o desperdício e estimulando o uso consciente dos recursos naturais.

A preservação do meio ambiente e o progresso sócio-ambiental não são responsabilidades apenas de alguns,

411 CANOTILHO. JJ Gomes. CORREIA. Marcus Orione Gonçalves. CORREIA Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo:Saraiva: 2010. p. 74

mas de toda a sociedade em busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, contudo, é essencial que o princípio da proibição de retrocesso ambiental seja uma prática comum no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como de toda a Administração Pública brasileira.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- Artigo da 'science' aponta avanços e retrocesso no novo código florestal. *G1*, São Paulo, 24/04/2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/noticia/2014/04/artigo-da-science-aponta-avancos-e-retrocessos-do-novo-codigo-florestal.html>> Acesso em 22/02/2015
- BENJAMIN, Antonio Herman. *Princípio da Proibição de retrocesso ambiental*. In Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. 2012: Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em 14/02/2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma, REsp. 2001/0014094-7, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 26/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=retrocesso+e+ambiental&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 16/02/2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. TJ-MG–AC: 10702110422160001 MG, Relator: Sandra Fonseca, Data de Julgamento: 03/12/2013, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/12/2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118552052/apelacao-civel-ac-10702110422160001-mg>>. Acesso em 21/02/2014.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – Órgão Especial, ADI 2014.034935-2, Rel. Desembargador Lédio Rosa de Andrade, julgado em 19/11/2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=vedação+retrocesso+ambiental&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAI0YIAAG&categoria=acordao> Acesso em 17/02/2015.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.–AC: 259997520104013900 PA 0025999-75.2010.4.01.3900, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 26/03/2014, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.360 de 22/04/2014). Disponível em <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25057536/apelacao-civel-ac-259997520104013900-pa-0025999-7520104013900-trf1>>. Acesso em 21/02/2015
- CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ªed. 9 reimp. Coimbra: Almedina. 2003.
- CANOTILHO, JJ Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo:Saraiva: 2010.
- GHISLENI, Giancarlo Maturano. DAL RI, Luciene. *A Progressiva Efetividade Dos Direitos Sociais no Ordenamento Brasileiro*.Revista Eletrônica Direito e Política, v. 07, p. 705-722, 2012.
- MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre:Livraria do Advogado. 2007.
- PINHO, Nayara Limas de; BORGERT, Altair. RICHARTZ, Fernando. O impacto nos custos do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina após a adoção de práticas socioambientais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CONTABILIDADE, AUDITORIA, CONTROLE E GESTÃO DE CONTAS 2013. Lyon, França.
- PRIEUR, Michel. *O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental*. In Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental.2012: Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em 14/02/2015.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Notícias. In: *Inauguração do novo edifício-sede marca os 57 anos do TCE/SC*. Disponível em : <<http://www.tce.sc.gov.br/noticia/8767/inaugura%C3%A7%C3%A3o-do-novo-edif%C3%ADcio-sede-marca-os-57-anos-do-tcesc>>. Acesso em 20/02/2015.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Legislação. In: *Resolução 83, de 30 de outubro de 2013*. Disponível em: <http://web01.tce.sc.gov.br/site/legislacao/arquivos/resolucao_n_83-2013_consolidada.pdf>. Acesso em: 20/02/2015.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. ACOM. In: *TCE/SC realiza semana do meio ambiente*. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/files/file/acom/Semana%20do%20Meio%20Ambiente%20SAIBA%20MAIS%201.pdf>> Acesso em 20/02/2015.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Notícias. In: *Palestras, oficinas e exibição de documentários marca Semana do Meio Ambiente no TCE/SC*. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/noticia/8527/palestras-oficinas-e-exibi%C3%A7%C3%A3o-de-document%C3%A1rio-marcam-semana-do-meio-ambiente-no-tcesc>> Acesso em 20/02/2015.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Legislação. In: *Resolução 90, de 7 de maio de 2014*. Disponível em: <http://web01.tce.sc.gov.br/site/legislacao/arquivos/resolucao_n_90-2014_consolidada.pdf>. Acesso em: 21/07/2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental*.In Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental.2012: Brasília, DF. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em 14/02/2015.
- SILVA, Larissa Rocha. *O princípio da proibição do retrocesso no direito ambiental brasileiro*. 2013: Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOMACE/pdf/artigos/Monografia-Vedacao.do.retrocesso.ambiental.pdf>>. Acesso em 17/02/2015.

AÇÃO AFIRMATIVA E SUPERAÇÃO DAS DESIGUALDADES

Tiago do Carmo Martins⁴¹²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Esgotamento da noção de igualdade formal em realidades desiguais; 2. Fundamentos filosóficos das ações afirmativas; 3. Objetivos das ações afirmativas; 4. Conceito de ação afirmativa; 5. Exame da legitimidade de programas de ação afirmativa à luz do Direito norte-americano: breve panorama; 6. Ações afirmativas na experiência brasileira; Considerações finais; Referências das Fontes Citadas.

INTRODUÇÃO

Desde os tempos antigos se controverte sobre a igualdade, seu significado e alcance. Na Grécia, civilização que até hoje lança luzes sobre o pensamento ocidental, se admitia, em contraste com a vanguarda de certas posições, a submissão de um ser humano a outro por relação de escravidão. A Idade Média também conviveu com o subjugo, sob a roupagem da vassalagem servil ao senhorio.

No retorno às luzes, o tema não passou despercebido. Os movimentos revolucionários dos Estados Unidos (1787) e da França (1789) foram permeados pelo debate acerca da igualdade, muito embora com foco distinto, pois no primeiro caso se tratava de não mais se submeter à antiga metrópole, que oprimia a colônia com excessiva tributação; enquanto no segundo se tratava de derrubar os privilégios da nobreza dominante em relação ao povo oprimido.

Estas Constituições, contudo, deixaram um importante legado, qual seja a fixação da noção de igualdade formal, perante à lei, garantidora de tratamento isonômico a todos. Ou, dito de outra forma, inibidora de qualquer discriminação.

Embora encerre uma grande virtude, consistente na proibição de que a lei faça discriminações entre indivíduos, a noção de igualdade formal é insuficiente para vencer as diferenças já existentes no seio social, como, por exemplo, as que se verificam no mercado de trabalho de homens e mulheres, ou as que subjazem ao acesso de negros aos níveis mais altos de ensino.

Este é um debate que ganha espaço somente na segunda metade do Século XX, especialmente nos Estados Unidos da América do Norte, quando aquele Estado passou a se ocupar dos direitos civis de seus grupos minoritários, que clamavam pela mesma oferta de possibilidades de desenvolvimento e subsistência disponibilizados à maioria branca.

Eis o momento e o contexto em que se lançam as bases sobre a ação afirmativa, mecanismo destinado a corrigir desigualdades fáticas e, por isto, a serviço da igualdade material, faceta do princípio da igualdade que admite, às vezes até recomenda, tratamentos desiguais, voltados à superação de tratamentos discriminatórios não admissíveis.

O presente ensaio tem por objetivo, nesta senda, analisar o papel das ações afirmativas na superação das desigualdades, especialmente através da promoção da igualdade material.

1 ESGOTAMENTO DA NOÇÃO DE IGUALDADE FORMAL EM REALIDADES DESIGUAIS

Em um contexto de desigualdade social, racial e econômica, faz-se necessária a adoção de providências concretas e positivas tendentes à superação das injustiças verificadas.

A garantia de igualdade perante à lei (formal), não se mostra suficiente para promoção da igualdade material. Se ostenta a grande virtude de proscriver a discriminação, tornando norma legal a repulsa a este tipo ignominioso de conduta, não tem o condão de apagar todo o histórico de opressão contra certos grupos e

412 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI.

desfazer seus nefastos efeitos.

Como lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha⁴¹³, “proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica”, pois “o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), [...] não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica”.

Mais é preciso. E se o Estado assume para si o papel de agente transformador da realidade, como o fizera a República Federativa do Brasil, consoante se pode perceber ao ler seu preâmbulo⁴¹⁴ e de seu artigo 3º⁴¹⁵, torna-se impositiva uma atitude positiva.

Nesta senda, é lícito inferir que as ações afirmativas estão substancialmente calcadas no postulado da igualdade. Mas doravante em sentido dinâmico, para transformar a realidade e assegurar a igualdade de fato entre indivíduos ou grupos. Nesta tarefa, por vezes se torna imperativo o estabelecimento de desigualdade jurídica entre estes, de modo a remover as barreiras que estão a obstaculizar a equânime fruição dos bens sociais.

2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

A origem do instituto remonta ao direito norte-americano^{416, 417}, no seio do movimento pela conquista dos direitos civis, momento em que aquele Estado se achava diante do desafio de superar uma longa história de segregação racial.

Naquele país, o modo de tratar os efeitos da discriminação e as soluções propostas para corrigi-la assentam-se em, primordialmente, duas concepções, caracterizadas pelos postulados da *justiça compensatória* e da *justiça distributiva*.

Segundo a teoria da *justiça compensatória*, os programas de ação afirmativa, ao concederem vantagens a grupos minoritários em disputas por empregos ou acesso à educação, por exemplo, estariam promovendo uma compensação pela marginalização a que submetidos ditos grupos.

Trata-se, assim, de reparar a falta de oportunidades a que sujeitos os indivíduos pertencentes às minorias, a qual acaba privando-os da plena fruição dos bens sociais e de uma vida plena. Consoante explana Joaquim B. Barbosa Gomes⁴¹⁸:

A Justiça Compensatória teria assim, uma natureza iniludivelmente “restauradora”, na medida em que, segundo Coleman, se trataria simplesmente de pôr em prática os postulados da Justiça, “não porque se promova justiça na distribuição de bens, mas por que se remediavam injustiças no ponto de partida inicial” da distribuição de vantagens e benesses.

O mesmo autor aponta falhas importantes nessa vertente, em especial o fato de operar com conceitos rígidos como dano, ilicitude e remédio compensatório, bem como a necessidade de demonstração da relação de causa e efeito entre eles. Isto acaba por dificultar muito a legitimação de uma política de ação afirmativa, bem como restringe demasiadamente seu espectro de atuação, pois, “em regra, somente quem sofre diretamente o dano tem legitimidade para postular a respectiva compensação”. Ainda, “essa compensação só pode ser reivindicada de quem efetivamente praticou o ato que resultou no dano”⁴¹⁹.

413 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: *O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista Trimestral de Direito Público. Brasília: Malheiros. n. 131, jul./set. 1996, p. 285.

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

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

416 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37.

417 O Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 186/DF, atribui a origem do instituto à Índia, através do *Government of India Act*, de 1935.

418 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 62.

419 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência*

De outro prisma, segundo leciona o ex- Ministro da Corte Constitucional brasileira, a concepção fundada na *justiça distributiva* tem por fundamento a:

[...] necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes 'bens' e 'benefícios' entre os membros da sociedade. Tal distribuição teria o efeito de mitigar as iniquidades decorrentes da discriminação. [...] A noção de justiça distributiva é a que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a certas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça⁴²⁰.

Esta vertente tem como premissa a *equality at birth*, segundo a qual todos são iguais ao nascer, e as barreiras decorrentes de gênero ou cor só assim se caracterizam por influência da sociedade, através da carga pejorativa que atribui a esses fatores. A ação afirmativa assume o papel de remover essa barreira, para que a pessoa possa fruir daquilo que naturalmente obteria, não fosse a discriminação.

Nesta esteira, constatada a discriminação e seus efeitos, a ação afirmativa é vista como instrumento redistributivo, não compensatório, das riquezas e oportunidades sociais, servindo como agente removedor daquelas barreiras que obstam a plena e equânime fruição dos bens da vida pelos indivíduos e grupos discriminados.

Os debates que se travaram naquele país permitem identificar, ainda, através das posições a favor e contrárias às ações afirmativas, dois *modelos de justiça* diversos para fundamentar o instrumento.

O primeiro, que apregoa um modelo de justiça individual, fulcrado em concepções de justiça compensatória, refuta classificações raciais e só admite compensações a discriminações imediatas, a favor do discriminado e somente suportáveis pelo discriminador.

O segundo, do modelo de justiça grupal, *ênfatisa a situação de desvantagem da população negra e preocupa-se com a discriminação indireta, institucional, sofrida por indivíduos pertencentes às populações minoritárias*⁴²¹.

Todavia, segundo magistério de RIOS⁴²², a insuficiência argumentativa de ambas as correntes levou a doutrina norte-americana a tecer um terceiro modelo, o da *justiça social*, que é bem sintetizado pelo autor da seguinte forma:

Diante dos limites dos dois modelos e da ambivalência de decisões da Suprema Corte, Richard Fallon e Paul Weiler propõem um terceiro modelo, por eles denominado de "modelo de justiça social". Esta alternativa pode ser sintetizada como uma rejeição simultânea dos atos discriminatórios autônomos voltados por indivíduos contra outros indivíduos e da discriminação sistemática difusa que legou à população negra uma condição de subordinação social. Ele abrange, portanto, tanto a repressão a atos individualizados quanto a adoção de medidas racialmente conscientes, voltadas para o combate da discriminação institucional.

Este modelo, aliás, tende a se consolidar como supedâneo das ações afirmativas no Direito brasileiro, uma vez que expressamente adotado no *leading case* nacional, a ADPF 186/DF, ocasião em que o relator do julgado, Ministro Ricardo Lewandowski, asseverou que "a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada *justiça distributiva*"⁴²³.

Releva notar que essa corrente de pensamento toma a realidade social e todo o histórico de desigualdade praticado contra grupos minoritários, com o objetivo primordial de promover a inclusão não apenas de indivíduos, mas dos próprios grupos marginalizados.

3 OBJETIVOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

As ações afirmativas são instrumentos de mudança e transformação. Uma vez identificada uma realidade social corroída pela desigualdade, representam o instrumento profilático para correção da realidade anti-isonômica.

dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 65.

420 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66.

421 RIOS, Roger Raupp. *Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense*. In *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Vol. 1, Tit. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, p. 291.

422 RIOS, Roger Raupp. *Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense*, p. 292.

423 STF, ADPF 186-DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski, p. 7.

Este ideal transformador foi de plano percebido no Direito norte-americano, tendo o Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Harry Blackmun, no julgamento do caso *Bake v. Regent of University of California*⁴²⁴, assinalado com muita precisão: “In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way. And in order to treat some persons equally, we must treat them differently. We cannot – we dare not – let the Equal Protection Clause perpetrate racial supremacy.”

Com efeito, da compreensão de que a igualdade real e efetiva só é alcançada mediante ações concretas e positivas, de modo que a mera proibição de tratamento desigual perante a lei não é de *per se* suficiente para tal desiderato, torna-se mister admitir que, para que seja atingida a plena igualdade, certas vezes é necessária a instituição de tratamento jurídico desigual.

Como preleciona Cármen Lúcia Antunes Rocha⁴²⁵, através de uma “desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático”.

Na mesma linha afirma RIOS⁴²⁶, denotando que as ações afirmativas “objetivam o combate à discriminação através da instituição de medidas especiais, conscientes das realidades discriminatórias, em face de situações de desvantagem ou exclusão”. Em suma, “elas almejam alterar os efeitos das práticas discriminatórias, intencionais ou não intencionais”.

A superação da sensação de superioridade de grupos majoritários em face de minoritários e dos estigmas suportados historicamente por estes é também missão visada pelas ações afirmativas. Sobre isto leciona Joaquim B. Barbosa Gomes⁴²⁷ que “não basta proibir, é preciso também promover”. Ainda, “induzir transformações de ordem cultural, pedagógica, psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação a outra, do homem em relação à mulher”.

Outrossim, a busca da diversidade é ideal legítimo e natural a ser alcançado por meio de ação afirmativa. Este, aliás, foi argumento nodal no julgamento do caso *Bake v. Regent of University of California*, o qual constituiu a primeira ocasião em que a Suprema Corte dos Estados Unidos teve para proclamar a constitucionalidade de programas de ação afirmativa que levem o fator *raça* como elemento de *discrimen*⁴²⁸.

Em exame da experiência norte-americana, Joaquim B. Barbosa Gomes proclama que as ações afirmativas “também têm como meta a implantação de uma “certa” diversidade e de uma maior “representatividade” dos grupos minoritários nos mais diversos domínios da atividade pública e privada”⁴²⁹. Igualmente, aponta benefícios para o país com a adoção de ações afirmativas, mediante aumento de produtividade decorrente do oferecimento de oportunidade de trabalho a uma gama maior de pessoas.

Além disso, há a formação dos chamados *role models*, indivíduos pertencentes às minorias que ascendem, graças a políticas de ação afirmativa, a postos e funções mais elevados, as quais passam a ser exemplos a serem

424 438 U.S. 265 – 1978.

425 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: *O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*, p. 285.

426 RIOS, Roger Raupp. *Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense*, p. 295.

427 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*, p. 44.

428 Naquela ocasião, o Tribunal avaliava a constitucionalidade de programa de admissão para a Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, a qual instituiria uma reserva de 16% das vagas para pretendentes pertencentes a grupos minoritários (negros, latinos, asiáticos). A Corte analisou o caso sob *standart* rigoroso (*strict scrutiny*), pois o caso se pautava em *discrimen* racial suspeito (para o Tribunal, toda classificação jurídica baseada em fato racial deve ser considerada a princípio como suspeita). Assim, havia-se de provar, primeiro, que a medida visava atender *interesse governamental imperativo*. A promoção da diversidade e, principalmente, a reparação de uma discriminação passada (justiça compensatória), constituiriam esse imperativo. Ainda, a medida deveria ser *estritamente talhada* (*narrowly tailored*) para atingimento do fim visado.

A Corte reconheceu que a superação da discriminação e a busca da diversidade racial e étnica em sala de aula constituíam interesse governamental imperativo, pois haveria ganhos à atividade acadêmica, através da incorporação de pontos de vista os mais distintos, uma vez que o âmbito acadêmico passaria a refletir com maior fidelidade ambiente mais aproximado do existente fora dali, no seio social.

Contudo, embora o caso seja emblemático por certificar a compatibilidade de ação afirmativa calcada em critérios raciais, o programa da Universidade da Califórnia foi proclamado inconstitucional, sob consideração de que a constatação da existência de discriminação passada no acesso à educação, requisito básico para se ter o critério racial como admissível, haveria de ser atestada por órgão governamental competente, no que a Universidade não se constituía. Além disso, o plano da Universidade não fora concebido de modo estritamente talhado, ostentando falhas evidentes, como a possibilidade de que os indivíduos pertencentes a grupos minoritários poderiam concorrer para as vagas a si reservadas, bem como para as vagas remanescentes à seleção geral.

429 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*, p. 47.

seguidos em suas comunidades⁴³⁰.

RIOS⁴³¹ também identifica outro importante objetivo das ações afirmativas: o oferecimento de novos serviços às comunidades excluídas. Isto ocorre, por exemplo, com o estabelecimento de profissionais de nível superior (médicos, dentistas, advogados) em suas comunidades de origem, levando a elas oportunidades de atendimento até então de difícil acesso, uma vez que as majorias também tendem a se estabelecer profissionalmente em seus lugares de origem e identificação.

4 CONCEITO DE AÇÃO AFIRMATIVA

Após as considerações até aqui exaradas, pode-se chegar a uma definição conceitual do instituto em análise. Da doutrina, colhem-se valiosos conceitos, sobrepujando o proposto por Joaquim B. Barbosa Gomes⁴³²:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e emprego. [...] Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Já RIOS define a ação afirmativa “como o uso deliberado de critérios raciais, étnicos e sexuais com propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual⁴³³”.

E a Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, ressaltando o caráter democrático da ação afirmativa, a define como⁴³⁴:

[...] um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não-cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é, na letra da lei fundamental, assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação.

Deste modo, pode-se inferir seja a ação afirmativa remédio destinado a corrigir situações de tratamento injustificadamente desigual, alcançando a indivíduos ou grupo de indivíduos desfavorecidos socialmente, em face da discriminação passada, acesso a bens, valores e oportunidades de determinada sociedade, aos quais não lograria acessar sem este mecanismo.

5 EXAME DA LEGITIMIDADE DE PROGRAMAS DE AÇÃO AFIRMATIVA À LUZ DO DIREITO NORTE-AMERICANO: BREVE PANORAMA

Identificados os fundamentos, objetivos e significado das ações afirmativas, é de se indagar em que situações despontam como instrumentos legítimos. Neste passo, a análise deve averiguar, ainda que de modo sumário e meramente ilustrativo, a experiência norte-americana, país de maior tradição no trato do tema.

É mister gizar, inicialmente, que ao contrário do que se passa no Direito brasileiro, a Constituição norte-americana não contempla cláusula expressa sobre ações afirmativas. As análises jurisprudenciais tem se dado, sobretudo, com base na XIV Emenda, cláusula geral de igualdade, que garante a todos os cidadãos, em relação aos estados

430 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*, p. 48-49.

431 RIOS, Roger Raupp. *Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense*, p. 287-288.

432 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*, p. 40-41.

433 RIOS, Roger Raupp. *Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense*, p. 284.

434 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*, p. 295.

membros, igual proteção da lei.

Além desta, as Emendas XIII, proibitiva da escravidão e, indiretamente, da discriminação, e XV, conhecida por *spending clause* (cláusula de dispêndio), que constitui mecanismo de restrição do repasse de subvenções federais a entidades que discriminem ou não promovam a diversidade, são elementos constitucionais invocados no trato do tema pelos Tribunais locais.

A invocação destas cláusulas deve ser cotejada com o magistério de DWORKIN⁴³⁵, o qual adverte que “não há nenhum texto na Constituição cujo significado claro proíba a ação afirmativa”.

De toda a experiência forense dos Estados Unidos, o caso mais comentado pela opinião pública norte-americana, até hoje, é *Regentes da Universidade da Califórnia contra Allan Bakke*, julgado pela Suprema Corte em 12 de Outubro de 1977.

Allan Bakke era pretendente a uma vaga na escola de Medicina da Universidade da Califórnia, com sede em Davis. No ano em que concorria ao ingresso naquela instituição, a Universidade implantara um “programa de força-tarefa”, com o intuito de promover o ingresso de mais negros e outras minorias em seus quadros. Para tanto, reservou dezesseis das cem vagas a estudantes desses grupos.

Bakke, que ostentava notas relativamente altas, fora rejeitado, não tendo a Universidade conseguido afastar a alegação de que, não fosse o programa de força-tarefa, teria havido o ingresso de Bakke. A Corte Suprema da Califórnia entendeu que Bakke tivera seus direitos constitucionais violados, em virtude do que ordenou seu ingresso na escola de Medicina, decisão contra a qual a Universidade recorreu ao Supremo Tribunal dos Estados Unidos⁴³⁶.

Após intenso debate, que por muito tempo ocupou a mídia e os editoriais do país, a Suprema Corte assentou, em caráter geral, que qualquer plano de ação afirmativa é compatível com a Constituição, desde que adequadamente concebido⁴³⁷, o que representou uma grande vitória aos defensores dos direitos civis. Embora tenha mostrado resistência a programas baseados em cotas fixas, “decidiu, por uma votação de cinco a zero, que a Constituição autoriza programas de ação afirmativa, como o de Harvard, que permite que a raça seja levada em consideração”, desde que “com a finalidade de obter um corpo estudantil diversificado”⁴³⁸.

O julgamento, no entanto, não representou uma vitória completa para os partidários da ação afirmativa, nem encerrou a questão.

A Corte analisou o caso sob *standart rigoroso* (*strict scrutiny*), pois o caso se pautava em uma “classificação suspeita”, qual seja a classificação com base na raça⁴³⁹. Assim, havia-se de provar, primeiro, que a medida visava atender interesse governamental imperativo. A promoção da diversidade e, principalmente, a reparação de uma discriminação passada (justiça compensatória), constituiriam esse imperativo⁴⁴⁰.

Mas a existência da discriminação deveria ser certificada por órgão governamental competente, não o sendo a universidade. Ainda, a medida deveria ser estritamente talhada para atingimento do fim visado. E a da Universidade da Califórnia tinha falhas evidentes, em especial permitir que os grupos minoritários concorressem nas vagas para si reservadas e também na seleção geral.

Assim, o programa da Universidade da Califórnia fora anulado, muito embora tenha restado assentada a declaração de que programas de ações afirmativas são compatíveis com a Constituição, mesmo os que levam o fator raça em consideração.

435 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 445.

436 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 437.

437 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*, p. 106.

438 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 455.

439 Para a Suprema Corte, toda classificação jurídica baseada em fato racial deve ser considerada a princípio como suspeita.

440 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*, p. 109-110.

Uma vez atestada a compatibilidade, ao menos em tese, de ações afirmativas com a Constituição, a Suprema Corte proclamou em outra ocasião a possibilidade de entes privados promoverem, voluntariamente, planos de ação afirmativa.

O caso *Steelworkers vs. Weber* foi o palco para esta decisão. A fábrica Kaiser Aluminum Company, na Louisiana, registrava notória sub-representação de trabalhadores negros em seus postos de trabalho mais destacados e com melhor remuneração. Isto em uma região de população negra expressiva. Para mudar esta realidade, a empresa, *sponte propria* e em acordo com o sindicato dos trabalhadores, criou um programa de treinamento para funções mais elevadas, baseado primeiramente na antiguidade do funcionário da empresa.

Mas, além do tempo de casa, se estabeleceu que, para cada branco admitido no programa de capacitação, haveria de ser admitido um negro também, até que se encontrasse equilíbrio entre o número de negros capacitados em relação à proporção de negros no mercado de trabalho local⁴⁴¹.

Weber foi um dos empregados que se inscrevera, mas, como não tinha tempo suficiente de trabalho, fora perdido nas vagas gerais, embora trabalhadores negros com menos tempo ainda na empresa houvessem sido admitidos. Alegou, então, que fora discriminado em virtude de sua raça, invocando o Estatuto de Direitos Cíveis de 1964, que, na Seção 703 (a), Título VII, veda ao empregador “deixar de contratar ou recusar-se a contratar, ou despedir, qualquer indivíduo ou discriminar qualquer indivíduo [...] por causa da raça, cor, religião, sexo ou origem nacional”.

No caso, como registra DWORKIN, a Suprema Corte asseverou que a cláusula de igualdade na lei impõe aos estados a igualdade de tratamento para com os cidadãos, “mas não impõe tal exigência a instituições privadas, a menos que a ‘ação estadual’ esteja envolvida no que fazem essas instituições privadas”⁴⁴².

Logo, como não havia nenhuma ação estatal imbricada, a questão não era constitucional e deveria ser examinada à luz do Estatuto dos Direitos Cíveis. Concluíra a Corte Suprema, então, segundo voto do Juiz Brennan, sintetizado por DWORKING, que:

A lei representava uma decisão do Congresso para promover a igualdade racial na educação, no emprego e em outras áreas e pôr fim a uma era econômica em que os negros não totalmente desempregados restringem-se a trabalhos menos interessantes e mal remunerados. Portanto, seria incompatível com a política subjacente da lei interpretá-la de modo a proibir planos industriais voluntários voltados para esses objetivos⁴⁴³.

Entretanto, esta faculdade das entidades privadas encontra temperamento na *teoria do impacto desproporcional*, a qual visa coibir a discriminação indireta, que decorre de “práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório”⁴⁴⁴. Sobre o tema, leciona GOMES:

Toda e qualquer prática empresarial, política, governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas⁴⁴⁵.

Em *Duke Power Co. Griggs vs. Duke Power Co.*, caso em que se discutia a política de promoção de negros a postos mais elevados na empresa energética, referida teoria fora aplicada. A empresa da Carolina do Norte passou a exigir um “teste de inteligência” para a promoção do trabalhador a melhores cargos, em substituição ao requisito anterior, de simples apresentação de diplomas escolares, o que foi visto como intenção discriminatória e tendente a manter o *status quo*, já que os negros, até a década de 60, freqüentavam escolas inferiores a dos brancos.

A exigência da empresa fora reputada inconstitucional, porquanto violadora da igualdade, posto representativa de um impacto desproporcional em face dos trabalhadores negros, oriundos de escolas segregadas.

441 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 471.

442 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 472.

443 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 475.

444 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*, p. 23.

445 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*, p. 24.

O direito norte-americano reconhece, outrossim, a validade do estabelecimento de ações afirmativas por ordem judicial (*court ordered affirmative action programs*). A possibilidade consta da Seção 706, g, do Estatuto dos Direitos Civis de 1964, tendo sido aplicada no caso *United States vs. Paradise*.

A discussão girava em torno de prática discriminatória do estado do Alabama, cujo departamento de polícia se recusava a admitir policiais negros. Em 1972, no âmbito de procedimento judicial, fora comprovada a prática e o juiz responsável, após uma década de recalcitrância do estado-membro em cumprir a sentença, impôs medida executória consistente em fixação de uma cota de cinquenta por cento de negros a serem admitidos, de modo que, para cada policial branco admitido ou promovido, haveria de ser admitido ou promovido também um negro⁴⁴⁶.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao validar o julgado e a medida afirmativa decretada judicialmente, valeu-se da apuração da denominada *disparidade estatística*⁴⁴⁷, que “consiste basicamente em demonstrar a ausência ou sub-representação de certas minorias em determinados setores de atividade”⁴⁴⁸, em comparação com sua representatividade na população local, a fim de demonstrar a discriminação sofrida por certo grupo.

Em síntese, a validação de políticas de ação afirmativa pelo Judiciário norte-americano demanda que os planos combinem o ideal de igualdade de resultados (econômicos sobretudo – *outcome equality*), com o *process equality*, de modo que os meios usados não sejam obstativos de oportunidade para os grupos não minoritários.

Ainda, a temporariedade é de fundamental relevância. Neste campo, a comprovação estatística na hora de instituir o plano é de máximo relevo, pois permitirá o cotejo futuro, a fim de aferir o êxito do programa. Planos mais flexíveis têm melhor aceitação, tais os que combinam o fator raça ou gênero com outros critérios, como qualificação, de modo que aqueles sejam apenas um *plus factor*⁴⁴⁹.

Por derradeiro, convém registrar que o Judiciário dos Estados Unidos tem validado a instituição de ação afirmativa decorrente de ato do Poder Executivo, materializado no Decreto (*Executive Order*) 11.246, o qual impõe o dever das entidades contratadas pelo poder público de seguir certos parâmetros inclusivos de minorias em seus quadros e também de promoção na carreira. Embora a questão nunca tenha sido julgada pela Suprema Corte, os tribunais federais de segunda instância reiteradamente declaram a constitucionalidade deste mecanismo, amparado que está na “cláusula de dispêndio” constante da XV Emenda⁴⁵⁰.

6 AÇÕES AFIRMATIVAS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, a Constituição Federal de 1988 contempla dispositivos que conferem, de modo mais explícito, supedâneo de validade para a adoção de ações afirmativas.

Já no Preâmbulo, que, em verdade, resume as intenções do Constituinte, transparece o ideal de se construir um Estado comprometido com a “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

O artigo 3º, ao enunciar os objetivos da República, assume postura ativa, afirmativa mesmo, ao dizer que o Estado há de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, comprometida com a erradicação da pobreza, da marginalização e com a redução das desigualdades sociais e regionais, além de impor-lhe a missão de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A assunção desta postura transformadora fora bem capitada por MELLO⁴⁵¹:

446 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*, p. 219.

447 Registre-se, contudo, que embora a Suprema Corte tenha adotado e ainda se valha ocasionalmente deste critério, não o faz de modo absoluto, como expressão matemática peremptória, mas cotejando o dado estatístico com demais elementos do processo.

448 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*, p. 220.

449 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*, p. 223-224.

450 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*, p. 215.

451 MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Ação afirmativa: óptica constitucional*. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 1, n. 1, abr. 2006, p. 85.

Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proíbe a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar “ação”. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa.

Para além da declaração de intenções e objetivos, tratou o Constituinte, em diversos dispositivos, de estabelecer parâmetros e instrumentos indicativos de como e a quem alcançar com esta postura promotora da igualdade.

O primeiro deles é o artigo 7º, XX, que garante “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Com efeito, embora não crie, ele próprio, ação afirmativa, o enunciado reconhece a maior vulnerabilidade do grupo minoritário formado pelas mulheres trabalhadoras, as quais, diante da reconhecida desvantagem em relação aos trabalhadores do sexo masculino, necessitam de incentivos legais para alcançar equilíbrio nas relações laborais.

Deste modo, ao enunciar que as o mercado de trabalho das mulheres deve ser fomentado por incentivos legais, nada mais fez o Constituinte do que determinar ao legislador ordinário a adoção de ações afirmativas em prol daquele grupo, historicamente preterido no momento das contratações, bem com exposto a remunerações inferiores às pagas, para funções equivalentes, a trabalhadores masculinos.

Mais contunde, o artigo, 37, VIII determina que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Embora não fixe percentual, obriga seja criada uma ação afirmativa, do tipo “cota”, em prol dos deficientes físicos, também vítimas de histórica discriminação no acesso ao trabalho.

Já o artigo 170 estatui como princípio da ordem econômica a concessão de “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. Nesta senda, ao reconhecer que as empresas de pequeno porte nacionais estão em desvantagem em relação às de maior poder econômico, previu o Constituinte a necessidade de um remédio para equacionar a disputa de mercado em face das empresas maiores. Outro campo aberto para a ação afirmativa.

O artigo 5º, parágrafo segundo (garantias constitucionais implícitas) é outro elemento a conferir respaldo constitucional à adoção de ações afirmativas, pois, através dele, restam incorporados, com status constitucional, ao Direito pátrio os tratados internacionais sobre direitos humanos que conferem tratamento privilegiado a minorias.

Como exemplo, pode-se citar a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, em 26 de março de 1968, que não considera discriminação racial as medidas especiais “tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades”; e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, ratificada pelo Brasil em 01.02.1984, que prevê a “adoção pelos Estados signatários de medidas especiais provisórias visando acelerar de fato a igualdade de homens e mulheres”.

Estes exemplos⁴⁵² atestam a conformidade de políticas de ação afirmativa com o texto constitucional, porquanto é, ele próprio, senão instituidor destas políticas, claro incentivador desse rumo, em busca da igualdade material em favor dos grupos minoritários.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu esta constitucionalidade, conforme denota o julgamento da APDF 186, tendo o Ministro Ricardo Lewandowski asseverado na ocasião que “não há dúvidas, a meu sentir, quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas universidades públicas, visto que a medida encontra amparo no próprio Texto Magno”.

452 RIOS cita ainda os artigos 215, § 1º e 221, II, da Constituição Federal, como denotativos da intenção do Constituinte de promover igualdade em favor de comunidades indígenas, afro-descendentes e que sofram discriminação em face de origem regional (RIOS, Roger Raupp. *Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense*, p. 294).

Aliás, embora este precedente se revista de contundência ímpar, pois representa o enfrentamento do tema de modo amplo pela formação plena do Tribunal constitucional brasileiro e em procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, é de se registrar que já é da tradição do Supremo Tribunal Federal atestar a constitucionalidade das ações afirmativas.

O julgamento da ADI 1276, quando a corte proclamou a constitucionalidade de lei do Estado de São Paulo que conferia tratamento tributário privilegiado a empresas que contratassem empregados com mais de quarenta anos⁴⁵³, já dava sinais da orientação que o tribunal iria acabar consolidando.

A decisão proferida na ADI 1946 vai também na mesma esteira. Na ocasião, o tribunal julgou procedente a ação para conceder interpretação conforme à Constituição ao artigo 14 da Emenda Constitucional 20 de 1998, excluindo interpretação que impusesse ao empregador o ônus de pagar à empregada gestante a diferença entre seu salário e o valor máximo dos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social⁴⁵⁴.

Entendera o Supremo que com a imposição desse ônus ao empregador restaria “facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora”, com o que “propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo”.

É de se notar que o Tribunal, nas duas Ações Diretas acima referidas, não encarou de frente a temática das ações afirmativas, assim como o fizera na ADPF 186, muito embora tenha analisado a compatibilidade constitucional de programa que conferia tratamento desigual em virtude de desigualdade fática, ainda que centrado em argumentos de extrafiscalidade tributária (ADI 1276); e refutado interpretação de emenda constitucional que pudesse resultar em retrocesso à proteção originalmente conferida pela Constituição em favor de grupo minoritário (ADI 1946).

Já no RMS 26071 ⁴⁵⁵, conquanto cingida aos limites do controle difuso, a análise se deu de forma mais direta, tendo a corte declarado que a reserva de vagas em concurso público para candidatos com deficiência se inseria em contexto de “reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual” passível de ser enfrentado com “política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988”⁴⁵⁶.

Destarte, o exame das disposições encartadas na Constituição Federal de 1988, acima referidas, bem assim a tradição jurisprudencial formada no Supremo Tribunal Federal, sintetizada no julgamento da ADPF 186, estão a denotar que a Carta Magna não só admite como até determina a adoção de ações afirmativas pelo poder público.

A fixação dos parâmetros de validade deste instrumento é tema ainda a ser melhor delimitado pela jurisprudência nacional. Contudo, a decisão tomada na ADPF 186 permite antever que nenhum programa de ação afirmativa poderá prescindir de natureza transitória, acompanhada de sistema de verificação periódica de resultados, devendo cessar quando superada a causa que lhe dera origem; e da submissão ao crivo da “proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados, em especial que sejam pautadas pela razoabilidade”⁴⁵⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se o período pós-revolucionário do Século XVIII foi um marco para a concretização da igualdade formal, tão importante fora a segunda metade do Século XX para a promoção da igualdade material.

Nesta tarefa, as ações afirmativas despontam como mecanismo fundamental de remoção das barreiras

453 STF, ADI 1276, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/2002, DJ 29-11-2002.

454 ADI 1946, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003.

455 STF, RMS 26071, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007.

456 O Voto-vista proferido pela Ministra CARMEN LÚCIA tratou do tema com enfoque centrado no princípio da igualdade: “... compete ao Poder Judiciário interpretar as normas constitucionais no sentido de dar efetividade ao princípio da isonomia, o que, no caso presente, impõe ser reconhecido como fundamento da decisão a ser tomada, pois a deficiência configura fator de discriminação e de inacessibilidade ou, no mínimo, de ampliação considerável da dificuldade de acesso às oportunidades que são ofertadas para o crescimento individual e profissional dos interessados que comparecem ao concurso público”.

457 STF, ADPF 186-DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski, p. 46.

históricas que impedem a plena fruição de oportunidades e bens por indivíduos pertencentes a grupos minoritários.

Seu caráter transformador, amparado na necessidade de reparar as injustiças individualmente sofridas pelos discriminados, bem assim no ideal de inclusão dos grupos até então marginalizados, tende a promover maior diversidade em setores dominados pelas maiorias, levar novos serviços para regiões periféricas e formar indivíduos que se constituam em exemplos para suas comunidades, por terem alcançado postos até então privativos das classes dominantes.

Estes objetivos louváveis, devidamente albergados no texto da Constituição Federal de 1988, não poderão prescindir, contudo, de políticas formuladas com estrito rigor técnico, calcadas, sobretudo, na temporariedade da medida afirmativa e na relação de estrita correspondência entre os fins visados e os meios aplicados para atingi-los, pois tal a garantia de conformação dos interesses dos grupos minoritários com os dos demais componentes da sociedade. Só assim se alcançarão os ideais de democracia e pluralidade, fundantes da República Federativa do Brasil, sem alijamento ou exclusão de ninguém.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição do Brasil (1998). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: novembro 2014.

CORSI, Giancarlo. *Sociologia da Constituição*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Trad. Juliana Neuenschwander. N° 39. Belo Horizonte: jan/jun. 2001.

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

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El Pluralismo jurídico em la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización*. [on line] Disponível em [HT-TP://6ccr.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/3_RYF_2010_CONSTITUCIONALISMO_Y_PLURALISMO_BR.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/3_RYF_2010_CONSTITUCIONALISMO_Y_PLURALISMO_BR.pdf). Acesso em 30/10/2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Trad. Perfecto A. Ibañes, et. al. Madri: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría Del derecho y de la democracia*. Vol. 2, Teoría de la democracia. Trad. de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Ação afirmativa: óptica constitucional*. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 1, n. 1, abr. 2006.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 164.

RIOS, Roger Raupp. *Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense*. In *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Vol. 1, Tit. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista Trimestral de Direito Público. Brasília: Malheiros. n. 131, jul./set. 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *História y Constitución*. Madri: Trotta, 2005.

A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO E CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Celso Costa Ramires⁴⁵⁸

SUMÁRIO: Introdução; 1. De Organização Social para Estado; 2. Do Modelo Feudal para o Estado Moderno; 2.1 Absolutismo e o início do Estado Moderno; 3. Do Estado Moderno para o Estado de Direito; 3.1 O Estado Liberal de Direito; 3.2 O Estado Social de Direito; 3.3 Estado Democrático de Direito; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas

INTRODUÇÃO

Sempre existiram formas de governo, ou formas de poder. Por isso a discussão sobre a origem do Estado está longe de chegar a um consenso. Passa por teorias que vai desde Jean Bodin, Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu, até Marx e Weber.

Considerando que a definição de Estado vem da relação estabelecida entre povo, território e soberania, o modelo que concebemos hoje é fruto de uma evolução gradual, caracterizada por eventos que diferenciaram as formas que o Estado foi assumindo ao longo da história. Neste sentido, foi concebido o Estado de Direito que consiste na subordinação do Estado ao ordenamento jurídico, alicerçado na soberania popular.

As formas que o Estado assumiu até chegar ao Estado de Direito Constitucional, implicaram em muitas lutas da sociedade, primeiramente, inconformada com a forma de dominação do Estado autoritário. Nesta caminhada, partindo do Estado Absolutista, que migra, da sujeição do súdito ao monarca, para a sujeição do cidadão ao governo, diante de uma política normatizada, surge o Estado Liberal de Direito.

Mais tarde, adquirindo uma concepção social o Estado Social de Direito, visa atender aos anseios sociais com a ampliação dos direitos fundamentais, e na sequência, com a necessidade do fortalecimento das normas constitucionais pautadas principalmente na questão da igualdade e na supremacia da Constituição, delimita-se o Estado Democrático e Constitucional de Direito.

A base do Estado Constitucional de Direito apregoa entre outros princípios, a igualdade e a isonomia, elementos que ainda são de aplicação questionável.

1 DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL PARA ESTADO

Desde a pré-história já se verificavam agrupamentos humanos denominados parentela e família, estes buscavam viabilizar sua sobrevivência através da associabilidade que no entendimento de Ehrlich:

Garante a sobrevivência dos que são capazes de se associarem, tornando-os mais fortes, porque são beneficiados pela força de toda associação. [...] Através da agregação de associações originárias como as parentelas, as famílias, as comunidades domésticas, surge a tribo, e num estágio posterior o povo.⁴⁵⁹

As características que levam um agrupamento humano a ser reconhecido como sociedade, incluem: a) uma finalidade ou valor social; b) manifestações de conjunto ordenadas, e; c) poder social. Os homens se reúnem entre si em busca do bem comum, portanto, a infinidade de sociedades que se formam, o fazem motiva das por aptidões e preferências, ou seja, pelas afinidades. Diante de situações conflitantes, já que os grupos têm suas diferenciações, há a necessidade de um poder superior que promova a conciliação em prol do bem comum.⁴⁶⁰

Sodré de Aragão, nesta seara aduz:

É certo que na infância da humanidade não existem código de Leis; há, porém, hábitos e costumes que vão se

458 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI-SC. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus-FDDJ-SC. Auditor Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de SC. e-mail: celso@tce.sc.gov.br.

459 EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 28.

460 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

formando lentamente e cujo respeito se impõem aos membros da coletividade como um dever que não pode ser impunemente violado. A ofensa aos usos já consagrados da maioria é reputada um mal contra o qual a comunidade reage por instinto de conservação e de defesa.⁴⁶¹

Como organização social Ehrlich entende o “conjunto de pessoas que em seu relacionamento mútuo reconhecem algumas regras como determinantes para seu agir e em geral, de fato, agem de acordo com elas”.⁴⁶²

No tocante às teorias que explicam a vida em sociedade, alguns autores defendem que o homem vive em sociedade porque é inerente à necessidade humana, e esta causa defende Aristóteles ao afirmar que “o homem é naturalmente um animal político” e observa que “o Estado tem, por natureza, mais importância do que a família e o indivíduo, uma vez que o conjunto é necessariamente mais importante do que as partes”.⁴⁶³ As necessidades materiais não seriam o motivo para a vida em sociedade, uma vez que o homem tem uma tendência natural para a vida associativa.⁴⁶⁴

Conforme a doutrina de Thomas Hobbes⁴⁶⁵, especialmente em o *Leviatã*, o homem, no período pré-associativo vivia em estado de natureza. Já no estado associativo a convivência exigia a fixação de limites às liberdades através de regras mutuamente aceitas. A sociedade é o produto de um acordo de vontades, ou seja, de um contrato firmado entre os homens, e para estes só a vontade humana justifica a existência da sociedade. Estes são os contratualistas.⁴⁶⁶

Para Locke, os homens são livres, iguais e independentes. Na concepção de Locke quanto ao “estado de natureza”, os homens já eram dotados de razão e usufruíam a propriedade, que significava a vida, a liberdade e os bens como direitos naturais do ser humano.⁴⁶⁷

Dallari em suas ponderações conclui:

Como conclusão pode-se afirmar que predomina, atualmente, a aceitação de que a sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas. É inegável, entretanto, que o contratualismo exerceu e continua exercendo grande influência prática, devendo-se mesmo reconhecer sua presença marcante na ideia contemporânea de democracia.⁴⁶⁸

Quanto aos tipos de sociedade, Dallari menciona as sociedades de fins particulares e destaca as sociedades de fins gerais ou sociedades políticas assim conceituando-a:

São sociedades políticas todas aquelas que, visando a criar condições para a consecução dos fins particulares de seus membros, ocupam-se da totalidade das ações humanas, coordenando-as em função de um fim comum. Isto não quer dizer, evidentemente, que a sociedade política determina as ações humanas, mas, tão só, que ela considera todas aquelas ações.⁴⁶⁹

Nesta seara, a família é a sociedade política que atinge o número mais restrito de pessoas e é universal. Considerando o tempo e o espaço há também as tribos, os clãs, mas a sociedade política de maior importância, pela amplitude e pela capacidade de influir e condicionar, é o Estado.⁴⁷⁰

A figura do Estado surge com a necessidade de o grupo social criar controle sobre a autotutela e o livre arbítrio, como elucida Bobbio em seu conceito de Estado:

O Estado, entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna (o sustento) e externas (a defesa). [...] O nascimento do Estado representa o ponto de passagem da idade primitiva, gradativamente diferenciada em selvagem e bárbara, à idade civil.⁴⁷¹

461 ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. 5. ed. Livraria Freitas Bastos, 1952, p. 31.

462 EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. p. 37.

463 ARISTÓTELES – Vida e obra. São Paulo: Nova Cultural, 1996. *Os Pensadores*. p. 146.

464 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*.

465 Thomas Hobbes prega que a primeira lei natural do homem é a da autopreservação que o induz a impor-se sobre os demais – “guerra de todos contra todos”. *Leviatã ou matéria forma e poder de um estado eclesiástico e civil*.

466 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*.

467 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 17.

468 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. p. 11.

469 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. p. 21.

470 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*.

471 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade; por uma Teoria Geral da Política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra,

No entendimento de Morais, o homem abandonou o estado de natureza para organizar-se em sociedade, na ânsia de disciplinar e organizar a convivência coletiva, considerando que:

O Estado torna-se fruto da razão. O homem convence-se de que nele conseguirá obter tudo aquilo que em natureza custa-lhe tão caro e, em muitos casos, é inatingível; aquilo que vem de suas paixões e desejos que no Leviatã permanecem, embora transformados. O cidadão não é um outro homem, o seu cálculo racional apenas tornou-se mais complexo, entendendo que na sociedade estatal terá multiplicado, ou adquirido, a possibilidade de uma vida exitosa.⁴⁷²

Assim como é da natureza humana a busca associativa, também o é a busca da ascensão e do poder e nesta questão cabe ao Estado centralizar e até monopolizar, como bem elucida Bobbio:

El estado puede ser definido como el detentador del poder político y, por tanto, como medio y fin de la acción política de los individuos y de los grupos en conflicto entre sí, en cuanto es el conjunto de las instituciones que en un determinado territorio disponen.⁴⁷³

Dallari adverte em sua doutrina que não é possível encontrar um conceito de Estado que satisfaça a todas as correntes doutrinárias. O Estado é um ente complexo e extremamente variável quanto à forma, por sua própria natureza, podendo ser observado por vários pontos de vista, e aduz: “haverá sempre um quantum de subjetividade, vale dizer, haverá sempre a possibilidade de uma grande variedade de conceitos.”⁴⁷⁴

2 DO MODELO FEUDAL PARA O ESTADO MODERNO

O Estado é uma grande organização política. A política e o Estado têm em comum a referência ao fenômeno do poder. Não existe política que não parta de uma definição de poder, e a análise do Estado se resolve praticamente no estudo dos diversos poderes que competem ao soberano.⁴⁷⁵

Partindo dos contratualistas para explicar a evolução do Estado, extraímos em Hobbes,⁴⁷⁶ que ante a tremenda e sangrenta anarquia do estado de natureza, os homens abdicaram em proveito de um homem ou de uma assembleia os seus direitos ilimitados, submetendo-se à onipotência da tirania que eles próprios criaram; em Locke⁴⁷⁷, o pacto ocorreu baseado no consentimento de todos a aceitar o princípio majoritário, dando nascimento à Sociedade Política; e, para Rousseau⁴⁷⁸ o Contrato ou Pacto Social deve ter sido geral, unânime e baseado na igualdade dos homens, cuja função seria defender com toda a força comum a pessoa e seus bens, mas que permaneça obedecendo senão a si mesma, continuando tão livre como antes.

No entender de Dallari o que os contratualistas têm em comum:

[...] é a negativa do impulso associativo natural, com a afirmação de que só a vontade humana justifica a existência da sociedade, o que vem a ter influência fundamental nas considerações sobre a organização social, sobre o poder social e sobre o próprio relacionamento dos indivíduos com a sociedade.⁴⁷⁹

O Estado deixou seu caráter natural e assumiu sua personalidade civil, através do contrato social. Nesse novo Estado, ou Estado Moderno, os indivíduos são vistos como seres detentores de deveres e direitos.

2.1 Absolutismo e o início do Estado Moderno

O absolutismo é teorizado por Hobbes, que em “Leviatã”, traz um engenhoso tratado de justificação dos poderes extremos do soberano, “com uma lógica perversa, em que a segurança sacrifica a liberdade e a lei aliena a justiça, conquanto que a conservação social de que é fiador o monarca seja mantida a qualquer preço”.⁴⁸⁰

1987, p.73.

472 MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ainda Hobbes! In: *Revista Jurídica*. a. I, n. 1 (setembro de 1999), Frederico Westphalen: URI, 1999, p.61.

473 BOBBIO, Norberto. PONTARA, Giuliano. VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1985, p. 6-7.

474 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2003, p.115.

475 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade; por uma Teoria Geral da Política*, p.76.

476 HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

477 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Maria Lobo Costa. Petrópolis: Vozes, 1994 – Clássicos do Pensamento Político.

478 ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

479 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. p. 12.

480 BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32.

Com o esforço dos reis e príncipes na concentração do poder político os vários feudos dos senhores e de seus vassallos, que representavam o poder pulverizado, começam a dar lugar à formação dos Estados nacionais. Nasce desta forma o Estado Moderno pautado no Absolutismo.⁴⁸¹

As principais características da formação do Estado Moderno foram os problemas surgidos da interação entre Igreja e Estado. Documentos do Tratado de Westfália (1648) caracterizam uma busca por uma unidade e identidade territorial e de poder soberano. Nasceu através de características absolutistas, que se iniciaram pela confusão entre a figura do Imperador ou Monarca com a figura do próprio Estado. Ressalte-se que no Século XVIII, o poder público era a figura mais contrária às liberdades individuais.⁴⁸²

Os monarcas absolutistas se apropriam dos Estados como o proprietário o faz com o objeto de sua propriedade e tal estratégia serviu fundamentalmente para, “na passagem do modelo feudal para o moderno, assegurar a unidade territorial dos reinos, sustentando um dos elementos fundamentais da forma estatal moderna: o território”.⁴⁸³

Desta forma o território tem uma significação jurídica positiva, que consiste na ação estatal dentro de seus limites, e negativa, que o obriga a agir em seu território.⁴⁸⁴

Com a Revolução Francesa a burguesia alcançou o comando do Estado. Partindo de uma política mercantilista da qual a burguesia comercial era privilegiada, com uma estreita regulamentação das atividades econômicas, o Estado Absolutista passou a ser um empecilho em relação ao desenvolvimento das atividades econômicas, quando o assunto era a expansão do capital além das fronteiras. Paralelo a isso, a Revolução aboliu os privilégios da nobreza e da igreja. Suas terras foram confiscadas e colocadas à venda e foram adquiridas pelos burgueses, já que eram os únicos que tinham recursos financeiros.⁴⁸⁵

O desejo da burguesia de tomar para si o poder político inaugura uma nova fase do absolutismo. Aliando-se ao restante da população de súditos, que pertenciam às camadas inferiores da sociedade e que estavam insatisfeitos com sua condição de miseráveis, formam a aliança adversária ao absolutismo.⁴⁸⁶

3 DO ESTADO MODERNO PARA O ESTADO DE DIREITO

Apesar de não ter sido o primeiro fato histórico influenciado pelas ideias liberais, a Revolução Francesa foi um dos mais expressivos e de consequências bastante profundas e determinantes para a construção de um Estado de direito.⁴⁸⁷

Nesta seara Bonavides contribui com a assertiva:

Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção de Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução histórica e decantação conceitual. [...] A pugna decide-se no movimento de 1789, quando o direito natural da burguesia revolucionária investe no poder o terceiro estado.⁴⁸⁸

O Estado de Direito é um Estado submetido às leis, o que o caracteriza é a ideia de limitação do poder, acrescido do elemento democrático, por estar se inserindo, ainda que de maneira formal e restrita, a participação popular, e nesta seara elucida Canotilho:

O Estado actua ou age através do direito. Também se compreende esta dimensão jurídica do Estado de direito. O Estado desenvolve actividades, desempenha tarefas, prossegue fins. O exercício dos poderes públicos através do direito significa precisamente que esse exercício só pode efectivar-se por meio de instrumentos jurídicos institucionalizados pela ordem jurídica. [...]. Só quem esteja habilitado, só quem tenha uma competência previamente definida por regras

481 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

482 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*.

483 STRECK, Lenio Luiz e MORAES, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 45.

484 SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2. ed. rev.e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 59-60.

485 SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*.

486 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*.

487 CHAUI, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1997.

488 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 41.

jurídicas, está apto, num qualquer Estado de direito, a desempenhar funções com o selo de autoridade pública.⁴⁸⁹

Destaca-se a contribuição de Kelsen para a definição de Estado de Direito:

Estado de Direito neste sentido específico é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis—isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do pensamento, são garantidas.⁴⁹⁰

No entendimento de Ferrajoli Estados de Direito são “aqueles ordenamentos nos quais, todos os Poderes, inclusive o Legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos costumeiramente por normas constitucionais, como a separação dos Poderes e os Direitos Fundamentais”.⁴⁹¹

Só haverá Estado de Direito quando dentre as preocupações estatais figurarem “a proteção e garantia dos direitos fundamentais, verdadeiro ponto de partida e de chegada do conceito”.⁴⁹²

3.1 O Estado Liberal de Direito

O liberalismo não começou como um liberalismo democrático; antecedeu a ele uma fase chamada de “despotismo esclarecido”, caracterizado pelo movimento iluminista, que foi uma espécie de transição. Só com o triunfo da Revolução Francesa é que as ideias de democracia e direitos do homem chegaram à hegemonia, criando-se as estruturas do Estado Liberal propriamente dito.⁴⁹³

Para Novais o Estado Liberal assumiu “essencialmente características de abstenção: não atuar na ordem econômica nem afrontar os direitos e as liberdades individuais”.⁴⁹⁴

Analisando o plano institucional Saldanha assevera: “No plano institucional, o liberalismo significou a construção de um Estado em que o poder se fazia função do consenso, e em que a divisão de poderes se tornava princípio obrigatório; o direito prevalecia em seu sentido formal e a ética social repudiava as intervenções governamentais.”⁴⁹⁵

Ao Estado liberal, caberia a função de garantir a segurança e paz, ou seja, de assegurar a ordem pública, abstendo-se o máximo possível da intervenção na vida econômica e social dos indivíduos.⁴⁹⁶

Conclui Chauí sobre o modelo de Estado Liberal: “Podemos observar, portanto, que a ideia de contrato social, pelo qual os indivíduos isolados se transformam em multidão e esta se transforma em corpo político de cidadãos, não previa o direito à cidadania para todos, mas delimitava o contrato ou pacto a uma classe social, a dos proprietários privados ou burguesia.”⁴⁹⁷

Historicamente, lutas populares reivindicam a participação política tanto dos trabalhadores quanto das mulheres.⁴⁹⁸ Por outro lado, a inclusão dos não possuidores de propriedades como participantes do processo político-eleitoral propiciou uma tendência por parte dos governantes em atender as reivindicações sociais, que na avaliação de Streck e Moraes:

Na medida em que o sufrágio se estendeu a novos setores sociais, os partidos políticos começaram a surgir, buscando votos de modo a governar na base do que ofereciam ao eleitorado, tornando os governos suscetíveis às solicitações populares, o que vai impor uma mudança de rota no projeto do Estado Mínimo no sentido de intervenção do poder

489 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 50.

490 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 346.

491 FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e o futuro. In: *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emílio. (Colab.) São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução Carlos Abertos Dastoli.

492 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Gráfica de Coimbra. 1987, p. 17.

493 SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2000.

494 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*, p. 73.

495 SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e o Constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 51-53.

496 CHAUI, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. p. 402.

497 CHAUI, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. p. 404.

498 CHAUI, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. p. 403.

público estatal em espaços até então próprios da iniciativa privada.⁴⁹⁹

Com relação aos direitos fundamentais Bonavides ensina que a liberdade concedida a cada indivíduo era indispensável para que a burguesia mantivesse “o domínio do poder político” que não se estendia às outras classes sociais.⁵⁰⁰

E acrescenta ainda o autor:

Permitia, ademais, à burguesia falar ilusoriamente em nome de toda a Sociedade, com os direitos que ela proclamara, os quais, em seu conjunto [...] se apresentavam, do ponto de vista teórico, válido para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir.⁵⁰¹

As constituições liberais eram bastante breves e calcadas na preocupação de preservar a esfera inviolável da iniciativa privada.⁵⁰²

Isto demonstra uma postura do Estado em favor da classe burguesa, constatando-se, pois, que a Constituição e o Estado Liberal impunham a parcialidade do Estado em prol de uma classe, que na visão de Streck e Moraes: adota uma postura de verdadeira “imparcialidade parcial”.⁵⁰³

Nesta seara Schmitt, chama atenção para esta pseudoneutralidade como um instituto falacioso, asseverando: “no hay ninguna constituicion que sea, puramente e sin residuo, um sistema de normas jurídicas para la proteccion del individuo frente al Estado.”⁵⁰⁴

E, corrobora Fernandes:

[...] não se pode desconsiderar o depauperamento crescente da classe trabalhadora, abandonada à regulação fixada unilateralmente pelos detentores dos meios de produção, sem a participação do Estado, fazendo com que à liberdade consagrada pelo Estado liberal fosse conferida feição meramente formal. [...].⁵⁰⁵

Conforme conclui Bastos, quem não era proprietário, encontrou imensa dificuldade em manter sua sobrevivência, na medida em que, “pelo livre jogo das forças econômicas, não foi possível atingir o bem-estar da classe trabalhadora”,⁵⁰⁶ que ficou abandonada à própria sorte.

3.2 O Estado Social de Direito

A nova concepção do Estado se mostra “um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana”.⁵⁰⁷

E, no entender de Bazilli e Montenegro:

O Estado liberal, [...], cede lugar ao Estado intervencionista; o movimento liberal, que teve em Adam Smith a sua grande expressão, não resiste às conseqüências da Revolução Industrial; e a experiência da Primeira Grande Guerra Mundial e a Revolução Russa de 1917 determinaram profundas modificações no Estado ocidental que abandona a sua postura de mero guardião da ordem e da segurança e transforma-se em inspirador e realizador do bem-estar social.⁵⁰⁸

Complementando a assertiva, comenta Verdú:

[...] el Estado de Derecho, ya no podía justificarse como liberal, necesitó para afrontar la marea social arrojar por la borda su neutralidad, integrar em su seno a la sociedad sin renunciar al primado del derecho. El Estado de Derecho, em la actualidad, dejó de ser formal, neutral e individualista, para transformarse em Estado material de derecho, em cuanto adopta una dogmática y pretende la justicia social.⁵⁰⁹

499 STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolsan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59-60.

500 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p.44.

501 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p.44.

502 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

503 STRECK, Lenio Luiz e MORAES, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 2003, p. 155.

504 SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitucion*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [s. d.]. p. 145.

505 FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Subsidiariedade e Parceria: O Terceiro Setor (As Organizações da Sociedade Civil)*, *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife – Pernambuco, nº 6, 2004, p. 272.

506 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. São Paulo: Saraiva, 3. ed., 1995, p. 69.

507 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115.

508 BAZILLI, Roberto Ribeiro; MONTENEGRO, Ludmila da Silva Bazilli. *Apostamentos sobre a reforma administrativa*. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 12.

509 VERDU, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia: Publicaciones Del Real Colégio de Espana, 1975, p. 94.

O Estado passou a adotar de modo mais ativo a intervenção em vários setores, o que viria a ser a grande marca do Estado Social, ou o “centro medular” do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica, que Bonavides denomina como princípio da igualdade. E acrescenta: “de todos os direitos fundamentais a igualdade é o que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social”.⁵¹⁰

O Estado Social de Direito acrescenta à legalidade liberal um conteúdo social, de modo que a lei passa a ser um instrumento estatal de ação concreta, assegurando sua efetividade através da promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.⁵¹¹

O Estado Social agregou e controlou várias atividades: estabeleceu limites à iniciativa privada e impôs diretrizes de caráter primordialmente social. Foi o “mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital”, passou a ser denominado de Estado prestador de serviços, pelo amparo aos menos favorecidos, resultado de uma nova postura.⁵¹²

O alargamento das atividades estatais, aliado a outros fatores trouxe consigo o aumento do déficit público. A eficiência do Estado Social começa a ser questionada diante da grande interferência na sociedade civil e na esfera privada, além de uma legislação social onerosa. Neste sentido, a ingerência estatal em todos os setores da vida econômica e social, começa a ser fortemente sentida.⁵¹³

Como bem lembra Dallari, no Estado do bem estar social, o intervencionismo estatal, em diversos setores, foi fundamental não só para a sobrevivência da maior parte da população como igualmente para a sobrevivência dos detentores do capital e daqueles que estavam no comando do Estado. Na medida em que o Estado fornecia aos indivíduos o que precisavam, o ente estatal promovia o desenvolvimento da economia e riqueza social, o que acabava sendo, por via de consequência, uma medida de contenção de conflitos e de proteção ao patrimônio da classe dominante. O ente estatal oferecia o que “os grupos privados não podiam ou não queriam oferecer”.⁵¹⁴

3.3 Estado Democrático de Direito

No entender de Verdú a evolução das fases que registraram a transformação do Estado aconteceu de maneira pacífica, com cada uma delas apresentando distintamente seus elementos, como aduz:

Recordemos que la formula Estado Social y democrático de Derecho es una síntesis constitucional de contraposiciones doctrinales y reales que han seguido el proceso histórico-ideológico e institucional: Estado liberal de Derecho, Estado Social de Derecho e Estado Democrático de Derecho. Quiero decir que cada una de estas fases es no solo cuantitativa, además es cualitativamente diferente de la anterior, pero, sin embargo, desarrolla la inmediatamente precedente y prepara a la inmediatamente posterior.⁵¹⁵

Qualificar o Estado com a expressão “democrático” significa que todos os valores da democracia, quais sejam: igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana se derramam sobre os elementos constitutivos do Estado e sobre a ordem jurídica e revestido destes valores o direito terá que ajustar-se ao interesse coletivo, como ensina Silva:

É da essência de seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Se sujeita, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais [...] A Lei deve influir na realidade social [...]. A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.⁵¹⁶

O redimensionamento do princípio da legalidade é para Freire, a afirmação do caráter normativo das

510 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 4. ed., 1993, p. 301-302.

511 STRECK, Lenio Luiz e MORAES, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 91-94.

512 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 185.

513 FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Subsidiariedade e Parceria: O Terceiro Setor (As Organizações da Sociedade Civil)*, p. 274.

514 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 59.

515 VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*, p. 134.

516 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 110.

constituições, integrando um plano de juridicidade superior, vinculante e disponível para todos os poderes do Estado, é a passagem do Estado legislativo para o Estado constitucional.⁵¹⁷

O Estado de Direito Democrático deve estruturar o Estado Constitucional, que é mais que um Estado de Direito, porque significa uma ordem jurídica limitada pelo povo, daí a afirmação de que “só o princípio da soberania popular ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular”.⁵¹⁸

O aspecto democrático leva em consideração a abertura do campo social para a ampliação de direitos, para Chauí dois traços próprios distinguem a democracia de todas as formas sociais e políticas:

1. A democracia é a única sociedade e o único regime político que considera o conflito legítimo. Não só trabalha politicamente os conflitos de necessidades e de interesses (disputas entre os partidos políticos e eleições de governantes pertencentes a partidos opostos), mas procura instituí-los como direitos e, como tais, exige que sejam reconhecidos e respeitados. Mais do que isso. Na sociedade democrática, indivíduos e grupos organizam-se em associações, movimentos sociais e populares, classes se organizam em sindicatos e partidos, criando um contra-poder social que, direta ou indiretamente, limita o poder do Estado;
2. a democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, isto é aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo. Com efeito, pela criação de novos direitos e pela existência dos contra-poderes sociais, a sociedade democrática não está fixada numa forma para sempre determinada, ou seja, não cessa de trabalhar suas divisões e diferenças internas, de orientar-se pela possibilidade objetiva (a liberdade) e de alterar-se pela própria praxis.⁵¹⁹

No Estado democrático de direito, a lei deve buscar a alteração de situações concretas com vistas à igualdade, com a função de concretização dos valores socialmente estabelecidos nas constituições e, assim sendo, a de implementar reais modificações, como assevera Silva em sua assertiva:

A lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos.⁵²⁰

No entender de Freire, o Estado Constitucional de Direito apresenta três fatores relevantes a destacar:

- a) a supremacia da constituição incluindo os direitos fundamentais, sejam estes de natureza liberal ou social;
- b) a consagração do princípio da legalidade como subsunção efetiva de todos os poderes públicos ao direito; e
- c) a funcionalização de todos os poderes do Estado para garantir o desfrute dos direitos de caráter liberal e a efetividade dos direitos sociais.⁵²¹

Nesta seara, Matteucci, ressalta que as imposições constitucionais careceriam de efetividade se não houvesse um órgão que garantisse, em última instância, o seu cumprimento, papel conferido ao Poder Judiciário dentro do Estado Constitucional de Direito.⁵²²

Para Ferrajoli o constitucionalismo moderno reflete um modelo frágil, porque o predomínio da racionalidade formal e do positivismo legalista tem na lei a fonte superior do direito e o órgão supremo é o legislador. O Estado de Direito que emerge da transição do Estado absoluto representa um “Estado Legislativo de Direito”, ou seja, tem no princípio da legalidade a fonte exclusiva de validade e existência do Direito, desde que postas pela autoridade com competência normativa.⁵²³

517 FREIRE, Antônio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 58.

518 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 86-87.

519 CHAUI, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. p. 433.

520 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 121-122.

521 FREIRE, Antônio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. p. 37.

522 MATTEUCCI, Nicola. *Constitutionalismo*. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. 5.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2000, p. 256.

523 FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e o futuro. In: *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. 2006, p. 422-423.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo este arcabouço legal sobre a evolução política do Estado, mostra, conforme mencionado, que o tema longe de estar encerrado nos idos históricos, é matéria em constante evolução.

Os anseios dos povos e da nação são de melhoria contínua da qualidade de vida social e econômica, tornando-se participantes ativos nas políticas públicas dos governos, para que passem a priorizar as necessidades fundamentais dos cidadãos.

As fases por que passaram o Estado, de sua origem aos dias de hoje, revelam que a razão de sua existência partiu da necessidade de organizar-se do homem. As formas de organização foram evoluindo e a sede por liberdade e igualdade foi ganhando adeptos, agrupados pelas afinidades e prioridades.

Partindo do Estado Absolutista, com a concentração da riqueza e do poder nas mãos do soberano, passamos ao Estado Liberal, onde a classe então dominada no absolutismo, passou à classe dominante, com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. A fase do Estado Moderno evoluiu para o Estado de Direito.

Neste contexto, a tal igualdade aplicada pelos liberais era tão somente uma questão formal, mas era crescente o descaso pelas questões sociais, fazendo crescer na população a busca pelo ideal de justiça social. Iniciava-se o Estado Social.

Diante das constantes transformações sociais, há uma crescente necessidade de reformular o Estado Social, que não conseguiu garantir a participação popular no processo político e nem tão pouco assegurar os direitos fundamentais.

Surge então o Estado Democrático de Direito com ênfase da participação popular no poder, bem como os ideais de legalidade e igualdade.

O avanço normativo em cada uma das fases por que passou o Estado, veio a seu modo garantir o direito individual, os direitos sociais, e políticas públicas que asseguram os direitos de afirmação do ser humano, como se resalta, em constante reformulação.

Para bem resumir a teoria do Estado até aqui, conclui-se com o dizer de Lênio Streck, que enquanto o Estado Liberal produziu um Direito Ordenador; e o Direito Social, um Direito Promovedor; o Estado Democrático pretende concretizar um Direito Transformador.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. 5. ed. Livraria Freitas Bastos, 1952.
- ARISTÓTELES – *Vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. *Os Pensadores*.
- BAZILLI, Roberto Ribeiro; MONTENEGRO, Ludmila da Silva Bazilli. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. São Paulo: Editora UNESP, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: por uma Teoria Geral da Política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____, Norberto. PONTARA, Giuliano. VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1985.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- _____, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1999.
- CHAUÍ, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 2. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

- FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Subsidiariedade e Parceria: O Terceiro Setor (As Organizações da Sociedade Civil)*, Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife – Pernambuco, nº 6, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *O estado de direito entre o passado e o futuro*. In: O Estado de Direito: história, teoria, crítica. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emílio. (Colab.) São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução Carlos Abertos Dastoli.
- FREIRE, Antônio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Maria Lobo Costa. Petrópolis: Vozes, 1994—Clássicos do Pensamento Político.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Coimbra, Atlântida Ed., 1935.
- MATTEUCCI, Nicola. *Constitucionalismo*. In: BOBBIO, Norberto et al. Dicionário de Política. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília : São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2000.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ainda Hobbes! In: *Revista Jurídica*. a. I, n. 1 (setembro de 1999), Frederico Westphalen: URI, 1999.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Gráfica de Coimbra. 1987, p. 17.
- ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e o Constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- _____, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2000.
- SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2. ed. rev.e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [s.d.]. p. 145.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz e MORAES, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolsan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia: Publicaciones Del Real Colégio de Espana, 1975.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS AOS IMIGRANTES HAITIANOS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Débora Cristina Freytag Scheinkmann⁵²⁴

SUMÁRIO: Introdução; 1. Reflexão Histórica acerca dos Direitos Humanos; 2. Os Imigrantes Haitianos no Brasil; 3. Uma Análise acerca da Proteção dos Direitos Humanos aos Haitianos; Considerações Finais; Referências Das Fontes Citadas.

INTRODUÇÃO

A trajetória dos imigrantes para o Brasil vem ocorrendo desde a sua descoberta, mas foi nos séculos XIX e XX que esse fenômeno ampliou a sua heterogeneidade, com a chegada de indivíduos de vários países. Em pleno século XXI, o Brasil continua sendo um lugar de destino à imigração, por vários indivíduos advindos dos mais diversos países, porém a realidade chama à atenção para um número desproporcional de imigrantes haitianos, se comparado ao contingente de outras nacionalidades.

Diante dessa realidade, o objetivo do artigo é analisar se o Brasil possui institutos jurídicos de proteção aos imigrantes, em especial os haitianos, principalmente no que refere-se aos direitos humanos como garantia de seus direitos fundamentais, sem o escopo de esgotar o tema, eis que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º prevê que independente do indivíduo ser brasileiro ou estrangeiro será respeitada a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros, eis que todos são considerados iguais perante a lei.

Para tanto, o artigo será dividido em três subtítulos.

Em um primeiro momento, tratará de realizar uma reflexão histórica acerca dos direitos humanos, desde primeira carta dos direitos humanos do mundo, passando pelos institutos jurídicos internacionais até a recepção pelo Brasil, conforme previsto na Carta Magna de 1988.

Em seguida abordará sobre os haitianos no Brasil, como são recepcionados pela legislação pátria quais são os institutos jurídicos elaborados pelo governo brasileiro no que concerne aos refugiados.

Finalizando, o artigo analisará se os institutos jurídicos no Brasil, que tratam de refugiados garantem os direitos fundamentais desses indivíduos, e, se há alguma política de assistência humanitária oferecida pelo governo brasileiro aos haitianos, em solo brasileiro, ou se, apenas as organizações não governamentais é que estão à frente desta missão.

O tema é atual e instigante, dado ao número de haitianos que se deslocaram para o Brasil, que possui uma tradição no amparo aos refugiados, chamando à atenção para uma análise no tocante aos direitos humanos que devem ser amplamente garantidos a estes indivíduos.

1 REFLEXÃO HISTÓRICA ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS

Ao analisar a história, denota-se que o Cilindro de Ciro é hoje reconhecido como a primeira carta dos direitos humanos do mundo, sendo que remonta o século VI a.C, e, curiosamente, o que encontra-se registrado nesse objeto é semelhante à redação dos quatro primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, espalhando-se posteriormente para a Índia, Grécia e Roma⁵²⁵.

524 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Pós Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professora das disciplinas Estágio de Prática Jurídica, Processo Penal e Deontologia Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada Especialista na área Penal. Endereço eletrônico para contato: advdebi66@gmail.com

525 Em 539 a.C., os exércitos de Ciro, O Grande, o primeiro rei da antiga Pérsia, conquistaram a cidade da Babilônia. Mas foram as suas ações posteriores que marcaram um avanço muito importante para o Homem. Ele libertou os escravos, declarou que todas as pessoas tinham o direito de escolher a sua própria religião, e estabeleceu a igualdade racial. Estes e outros decretos foram registrados num cilindro de argila na língua acádica com a escritura cuneiforme.

Posteriormente outros documentos foram os antecessores para os atuais documentos de direitos humanos hodiernos, como a Carta Magna em 1215, a Petição de Direito em 1628, a Constituição dos Estados Unidos em 1787, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, e, a Declaração dos Direitos dos Estados Unidos em 1791⁵²⁶.

No transcurso da História, com as duas Grandes Guerras Mundiais, surgiram organizações internacionais, formada por vários países que se reuniram com o objetivo de trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundiais⁵²⁷. A primeira organização foi a Liga das Nações, criada por meio do Tratado de Versalhes, assinado após a Primeira Guerra⁵²⁸, e, após a Segunda Guerra, em 24 de outubro de 1945 foi fundada a Organização das Nações Unidas – ONU.

Consta no prefácio da Carta das Nações Unidas⁵²⁹, documento de fundação da organização, a finalidade e os ideais dos povos, representados pelos governos que se uniram para compor as Nações Unidas:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. [...]

Pelo prefácio da Carta das Nações Unidas, reafirmou-se a preocupação dos governos dos países envolvidos, com os direitos fundamentais do homem, com a sua dignidade, com o valor do ser humano, bem como com a igualdade de direitos dos homens e mulheres, afluindo no sentido da preservação dos direitos humanos.

O referido tema esteve presente na história, como alhures destacado neste trabalho, mas os direitos humanos só foram internacionalizados com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, após a Segunda Grande Guerra Mundial⁵³⁰.

De acordo com Cifuentes⁵³¹, que já foi representante no Brasil, do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi elaborada num período difícil para a humanidade, que ainda encontrava-se traumatizada com os horrores da II Guerra Mundial.

Em um período em que o mundo estava dividido em dois blocos – a chamada Guerra Fria –, definir objetivos comuns para construir a essência do documento foi uma tarefa difícil, mas seu resultado foi surpreendente. Finalmente, os direitos e liberdades de todas as pessoas foram descritos em detalhe. Pela primeira vez, os direitos humanos e as liberdades fundamentais aplicáveis a cada ser humano, em cada canto do planeta, foram reconhecidos internacionalmente.

Após a elaboração do referido documento, a Assembléia das Nações Unidas determinou que todos os países membros promulgassem a referida Declaração e que [...] *fizessem com que fosse disseminada, exibida, lida e explicada principalmente nas escolas e noutras instituições educacionais, sem qualquer distinção baseada no estatuto político dos países ou territórios*⁵³².

No preâmbulo da referida Declaração, dentre várias considerações, consta o que foi reafirmado na Carta das Nações Unidas, no tocante aos direitos humanos fundamentais, à dignidade e ao valor da pessoa humana, bem como a igualdade de direitos dos homens e mulheres⁵³³.”

Conhecido hoje como o Cilindro de Ciro, este registro antigo foi agora reconhecido como a primeira carta dos direitos humanos do mundo. Está traduzido nas seis línguas oficiais das Nações Unidas e as suas estipulações são análogas aos quatro primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.

526 Unidos pelos Direitos Humanos. *Uma Breve história dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.

527 Dado oficial da ONUBR. Disponível em <http://nacoesunidas.org/conheca/>. Acesso em 05 de fevereiro de 2015.

528 SERRAGLIO, Diogo Andreola. *A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional* – Uma leitura a partir da Teoria da Sociedade de Risco. P. 73.

529 Dado oficial da ONUBR. Disponível em <http://nacoesunidas.org/conheca/>. Acesso em 05 de fevereiro de 2015.

530 ANNONI, Danielle; VALDES, Lysian Carolina. *O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil*. Curitiba:Juruá. 2013. P.31.

531 CIFUENTES, Javier López. *Os 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua relevância para migrantes e refugiados*. Caderno de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania. Vol. 3, n. 3. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. 2008. Disponível em: http://www.migrante.org.br/migrante/index.php?option=com_booklibrary&task=view&id=10&catid=53&Itemid=1180. Acesso em 19 de fevereiro de 2015.

532 Unidos pelos Direitos Humanos. *Uma Breve história dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.

533 Dado oficial do Unidos pelos Direitos Humanos. *Declaração Universal dos Direitos do Homem* – Preâmbulo. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/>

Os direitos do homem, como foi referido na Carta das Nações Unidas, foram positivados e tratados de forma universal a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, fazendo com que os estados membros das Nações Unidas concordassem em proteger vários valores reconhecidos como direitos humanos⁵³⁴.

Amaral Júnior⁵³⁵ ainda acrescenta acerca da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

[...] Tornou-se possível, pela primeira vez, o consenso em torno de certos valores, que receberam a adesão da maior parte dos Estados. A Declaração é a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre determinado sistema de valores. A maioria dos governos solenemente enunciou os princípios fundamentais da conduta humana, sinal evidente de que, a partir de então, um mínimo ético recebera concordância generalizada. Os destinatários dos direitos proclamados são todos os homens, onde quer que eles vivam e trabalhem. A ONU desempenhou papel vital na criação e promoção dos regimes internacionais de direitos humanos.[...]

A Declaração é composta de 30 artigos, dispostos primeiramente entre direitos civis e políticos, e, na sequência entre direitos econômicos, sociais e culturais, conforme assevera Rezek⁵³⁶:

[...] Numa primeira parte (arts. 4º a 21) o texto se refere aos *direitos civis e políticos* – que, muito tempo mais tarde, seriam chamados de “direitos humanos da primeira geração”. Ali se diz que todo homem tem direito à *vida, à liberdade e à segurança*; a não ser jamais submetido à escravidão, à servidão, à tortura e a penas cruéis ou degradantes; ao reconhecimento de sua personalidade jurídica e a um processo judicial idôneo; a não ser arbitrariamente detido, preso ou desterrado, e a gozar de presunção de inocência até que se prove culpado; a não sofrer intromissões arbitrárias na sua vida particular, na família, no domicílio e na correspondência; à livre circulação e à escolha de seu domicílio; ao asilo quando perseguido por delito político; a uma nacionalidade; ao casamento e à constituição de família; à propriedade singular e em condomínio; à liberdade de pensamento, convicção política, religiosa, opinião e expressão, reunião e associação pacíficas; a participar do governo de seu Estado patrial e a ter acesso, em condições igualitárias, à função pública.

O autor⁵³⁷ continua discorrendo sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, que foram posteriormente reconhecidos como direitos humanos de segunda geração:

[...] a Declaração versa os direitos que a pessoa humana deve ter “como membro da sociedade”. São eles o direito ao trabalho e à previdência social, à igualdade salarial por igual trabalho, ao descanso e ao lazer, à saúde, à educação, aos benefícios da ciência, ao gozo das artes, à participação da vida cultural da comunidade.

É justa a proteção destes direitos à todos os homens, eis que pertence à todos, independentemente de religião, raça ou sexo, não sendo uma vantagem ou devendo ser cedido apenas à determinados indivíduos ou à algumas nações⁵³⁸.

Todos os citados direitos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais podem ser reclamados aos governos dos Estados, por qualquer indivíduo que resida ou que encontre-se em trânsito⁵³⁹.

Em 1953, o Conselho da Europa, uma organização formada em 1914, por vários Estados Membros da Comunidade Europeia, adotou a Convenção Européia dos Direitos Humanos. O Conselho da Europa foi formado para *reforçar os direitos humanos e promover a democracia e o estado de direito*. A Convenção é cumprida por meio do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, cuja sede fica em Estrasburgo, na França⁵⁴⁰.

A Assembléia Geral da ONU adotou o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo Facultativo em 1966, mas somente após 10 (dez) anos, em 1976, é que as ratificações atingiram um número mínimo exigido para que os pactos entrassem em vigor⁵⁴¹.

Os dois pactos, Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, unidos à Declaração Universal dos Direitos Humanos, formam a “Lei Internacional de Direitos Humanos”⁵⁴².

what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/preamble.html. Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.

534 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 4 ed. São Paulo:Atlas. 2013. P. 508-509.

535 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 2013. P. 508-509.

536 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo:Saraiva, 14 ed. 2013. P. 260-261.

537 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 2013. P. 261.

538 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 2013. P. 510.

539 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 2013. P. 261.

540 Dado oficial do Unidots pelos Direitos Humanos. *Lei Internacional de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/international-human-rights-law-end.html>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2015.

541 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 2013. P. 511.

542 Dado oficial do Unidots pelos Direitos Humanos. *Lei Internacional de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/international-human-rights-law-continued.html>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2015.

Outro marco importante, no âmbito dos Estados Americanos, foi realizado em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José na Costa Rica, conhecida como Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que entrou em vigor somente em 1978. Até 2005, vinte e cinco repúblicas americanas ratificaram ou aderiram ao que foi convencionalizado. Número este que ainda poderá aumentar, eis que não há limite de tempo para que todos os membros da Organização dos Estados Americanos passem a aderir ao Pacto de San José⁵⁴³.

Esta Convenção designou como órgãos competentes a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tratam de assuntos vinculados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados, atuando a primeira como instância preliminar à Jurisdição da Corte⁵⁴⁴.

Ao longo dos tempos, após a Carta das Nações Unidas, documento de fundação da organização, vários tratados internacionais foram adotados, com o propósito de proteger os direitos humanos. Dentre estes tratados estão aqueles que visam a prevenção e proibição da tortura e genocídio; a proteção de refugiados, como a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951; a proteção às mulheres como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres de 1979; proteção às crianças como a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989; contra a discriminação racial; a proteção dos direitos políticos de mulheres; a proibição de escravidão e tortura. Importante ressaltar que, cada um destes tratados prevêem uma comissão de peritos para verificar se as disposições previstas estão sendo implementadas pelos estados constituintes⁵⁴⁵.

No Brasil, os institutos jurídicos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, foram recepcionados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inicialmente em seu artigo 4º⁵⁴⁶, prevendo que as relações internacionais serão conduzidas por princípios de cooperação entre os povos, cujo objetivo é o progresso da humanidade. O artigo 5º⁵⁴⁷, parágrafo 2º, também preconiza que os direitos e garantias instituídos pelos tratados internacionais, aos quais o Brasil é signatário, estão amplamente protegidos.

Segundo Amorim⁵⁴⁸:

A parte final do parágrafo 2º da Constituição Federal procedeu à incorporação dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos de que o país seja parte ao rol de direitos e deveres individuais e coletivos previstos no artigo 5º, o que significa dizer que esses direitos tem a mesma hierarquia de norma constitucional, e, portanto, a proteção de cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, IV da CF).

O reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana, como alicerce do Estado Democrático de Direito, e, a prevalência dos direitos humanos, como um dos pilares para o Brasil manter relações com outros países, acabou fortalecendo a democracia. Desta feita, com uma democracia mais fortalecida, conseqüentemente houve um aprimoramento na proteção aos direitos humanos⁵⁴⁹.

2 OS IMIGRANTES HAITIANOS NO BRASIL

O Brasil, nos últimos anos, vem recebendo um número crescente de imigrantes, denotando que o maior percentual é de nacionais do Haiti. Este fenômeno migratório ocorreu em maior proporção desde 2010, após o terremoto que assolou o país, matando mais de 200 (duzentas mil) pessoas, somado à um surto de cólera que culminou com mais 8.000 (oito mil) mortes, e, mais 02 (dois) furacões, Issac e Sandy, que acarretou mais prejuízos ao Haiti.⁵⁵⁰

543 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 2013. P. 263.

544 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 2013. P. 263-264.

545 Dado oficial do Unidos pelos Direitos Humanos. *Lei Internacional de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/international-human-rights-law-end.html>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2015.

546 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm. Acesso em 28 de fevereiro de 2015.

547 Art 5º [...] § 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm. Acesso em 28 de fevereiro de 2015.

548 AMORIM, Camila Silva de. *O Papel do Direito Internacional na Tutela dos Direitos Humanos Perante as Nações num Mundo Globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Européia*. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6758/3855>. Acesso em: 01 de março de 2015.

549 ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. *O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil*. 2013. P.162.

550 Dado oficial da IOM- Organização Internacional para as Migrações. Projeto “*Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral*”. 2014. Disponí-

Antes dessas tragédias naturais, o Haiti já era considerado um país pobre, em decorrência de uma história política revestida de governos violentos e corruptos. Segundo Staffen⁵⁵¹, o terremoto só aniquilou uma sociedade problemática, *construída no período compreendido entre os governos Duvalier (Papa e Baby Doc) até a transição de Jean Bertrand Aristide a René Préval, com a necessária intervenção de forças militares da ONU para garantir a ordem social.*

Por meio dos dados fornecidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas – ACNUR⁵⁵², mais de 39.000 (trinta e nove mil) haitianos entraram no Brasil entre 2010 até setembro de 2014⁵⁵³.

Após o terremoto de 2010, os haitianos solicitaram refúgio ao Brasil, atraídos por uma política experiente na proteção dos refugiados, haja vista ter sido um dos primeiros países integrantes do Comitê Executivo do ACNUR, e, em 1960 foi o primeiro país da América do Sul a ratificar o Estatuto dos Refugiados de 1951⁵⁵⁴.

O Estatuto dos Refugiados⁵⁵⁵, criado após a Segunda Grande Guerra Mundial, num contexto onde a migração era maciça no continente europeu, por meio da Convenção das Nações Unidas em 1951, tendo como finalidade a proteção dos refugiados, e, também para *assinalar as obrigações contratuais ou convencionais dos Estados que são signatários daquele instrumento*, como destaca Souza⁵⁵⁶.

O referido estatuto⁵⁵⁷ prevê que o reconhecimento do refúgio depende das seguintes condições previstas no item 2, do artigo 1º:

Art. 1º [...]

Item 2. Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Com o passar dos tempos, outros institutos jurídicos foram elaborados com o objetivo de prever mais circunstâncias ou de retirar outras, que estavam previstas no Estatuto dos Refugiados, pois este destinava-se apenas às migrações ocorridas na Europa e limitava aos acontecimentos anteriores ao ano de 1951, assim surgiu o Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados, abolindo as restrições temporal e geográfica⁵⁵⁸.

Outro instituto jurídico adequado para a América Latina foi a Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984, pois estendeu o conceito para esta categoria, abrangendo os indivíduos advindos das nações latino americanas que, por motivo grave e generalizado de violação de direitos humanos, foi obrigado a deixar o seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro⁵⁵⁹.

A Declaração de Cartagena de 1984⁵⁶⁰ prevê nas suas conclusões:

Terceira–Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada

vel em: <http://www.brasil.ion.int/images/estudio/Relatorio%20final%20sobre%20Migracao%20Haitiana%20ao%20Brasil%20-%20Estudo%2da%20OIM.PDF>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

551 STAFFEN, Márcio Ricardo. Transnacionalidade e Relações de Trabalho: Análise da imigração dos haitianos ao Brasil. Estamos preparados? *Revista Eletrônica Direito e Política*. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6750/3847>. Acesso em 01 de março de 2015.

552 As Nações Unidas atribuíram ao ACNUR o mandato de conduzir e coordenar ações internacionais para proteção dos refugiados e a busca por soluções duradouras para seus problemas. A principal missão do ACNUR é assegurar os direitos e o bem-estar dos refugiados. Nos esforços para cumprir seu objetivo, o ACNUR empenha-se em garantir que qualquer pessoa possa exercer o direito de buscar e gozar de refúgio seguro em outro país e, caso assim deseje, regressar ao seu país de origem. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/a-missao-do-acnur/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

553 Dado oficial do ACNUR. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

554 Dado oficial do ACNUR. *O ACNUR no Brasil*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/a-missao-do-acnur/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

555 SERRAGLIO, Diogo Andreola. *A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional* – Uma leitura a partir da Teoria da Sociedade de Risco. P. 78

556 SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. *A (in)Aplicabilidade do Estatuto dos Refugiados para os Deslocados Ambientais*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

557 Dado oficial da ACNUR. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdokumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdokumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=181. Acesso em 05 de fevereiro de 2015.

558 SERRAGLIO, Diogo Andreola. *A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional* – Uma leitura a partir da Teoria da Sociedade de Risco. P. 83-84.

559 ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. *O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil*. 2013. P. 138.

560 Dado oficial da ACNUR. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdokumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdokumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=169&tx_danpdokumentdirs_pi2%5Bpointer%5D=0&tx_danpdokumentdirs_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sorting,uid. Acesso em 28 de fevereiro de 2015.

nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

A preocupação com a tutela dos direitos humanos era grande, tanto que foi enfatizada na respectiva Declaração, para garantir também aos indivíduos da América Latina o instituto do refúgio em caso de violação de seus direitos fundamentais.

O Brasil, mais uma vez destaca-se em matéria de legislação sobre o tema refugiados, tanto que criou a Lei 9.474 de 22 de julho de 1997⁵⁶¹, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados.

Neste diapasão, de conformidade com a política interna para os refugiados, aos haitianos foi concedido inicialmente o visto de permanência, porém com o objetivo humanitário, eis que o motivo ensejador da migração realizada por estas pessoas não se enquadrava na categoria de refugiados, conforme previsto nos institutos jurídicos internacionais e pela legislação pátria.

Diante desta situação, o governo brasileiro em 2012 criou o “visto humanitário”, por meio da Resolução Normativa número 97 do Conselho Nacional de Imigração – CNIg⁵⁶², órgão colegiado vinculado ao Ministério do Trabalho, que tem como finalidade, estabelecer políticas de imigração e proteção ao trabalhador migrante ou refugiado.

A resolução prevê que o visto permanente será concedido pelo prazo de 05 (cinco) anos, apenas aos nacionais do Haiti, devendo constar na Carteira de Identidade do Estrangeiro, considerando como razões humanitárias as que resultam da gravidade, nas condições de vida dos haitianos, em consequência do terremoto que sobreveio em 12 de janeiro de 2010, naquele país⁵⁶³.

Os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Imigração – CNIg, atualizados até 30 de setembro de 2014, demonstram que as concessões de visto permanente ou residência permanente no Brasil, na denominada categoria humanitária, foram autorizadas mais para os haitianos do que para outras nacionalidades. Despontam os seguintes números destes dados estatísticos, em relação à concessão do visto humanitário para haitianos: 709 em 2011; 4.682 em 2012; 2.070 em 2013, e até 30 de junho de 2014, já tinham autorizados 1891⁵⁶⁴.

Diante de uma política interna, baseada numa legislação específica no assunto e por meio da Resolução Normativa número 97, o Brasil vem atraindo não só haitianos, mas também nacionais de outros países, transformando-se novamente em um país atrativo para imigrantes como ocorreu nos séculos XIX e XX⁵⁶⁵.

Como o país possui estas características, é mister verificar se o Brasil além de possuir uma lei específica no assunto, também possui medidas legais de proteção aos direitos dos imigrantes, principalmente no que refere-se aos direitos humanos, em especial dos haitianos, por ser o tema deste trabalho, conforme será tratado no próximo sub título.

3 UMA ANÁLISE ACERCA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS AOS HAITIANOS

A inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros, são direito preconizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, independente do indivíduo ser brasileiro ou estrangeiro, porque

561 BRASIL. *Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm. Acesso em: 27 de fevereiro de 2015.

562 Art. 1º O Conselho Nacional de Imigração – CNIg, órgão colegiado, criado pela Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, vinculado ao Ministério do Trabalho, por força do disposto nos artigos 2º, alínea d. e 17 do Anexo I do Decreto nº 1.543, de 25 de setembro de 1995, com organização e funcionamento definidos pelos Decretos nº 840, de 22 de junho de 1993 e nº 1.640 de 19 de setembro de 1995, tem por finalidade: I- Formular objetivos para a elaboração da política de imigração; II- Coordenar e orientar as atividades de imigração; III- Promover estudos de problemas relativos à imigração; IV- Levantar periodicamente as necessidades de mão-de-obra estrangeira qualificada; V- Estabelecer normas de seleção de imigrantes; VI- Definir as dúvidas e solucionar os casos omissos, no que diz respeito a imigrantes; VII- Opinar sobre alteração da legislação relativa à imigração; VIII- Elaborar o seu Regimento Interno que deverá ser submetido à aprovação do Ministério de Estado do Trabalho. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/cni/> Acesso em: 03 de fevereiro de 2015.

563 Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração – CNIg. *Resolução Normativa no 97 de 12 de janeiro de 2012*. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A419E9E3401420A318EE21757/RESOLU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20N%C2%BA%2097%20-%20consolidada.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.

564 Dado oficial do Ministério do Trabalho e Emprego. *Conselho Nacional de Imigração – CNIg*. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/cni/estatisticas-do-conselho-nacional-de-imigracao.htm>. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.

565 Dado oficial do Museu do Imigrante. Histórico. Disponível em: <http://museudaimigracao.org.br/o-museu/historico/>. Acesso em: 01 de março de 2015.

todos são considerados iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, conforme prevê o artigo 5º que: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].*

Em relação à proteção dos direitos humanos dos refugiados, o Brasil por ter sido o primeiro país da América do Sul a ratificar o Estatuto dos Refugiados de 1951, é considerado como um modelo a ser seguido por outras nações, de acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas – ACNUR⁵⁶⁶.

Para uma melhor eficácia, na garantia da proteção dos direitos humanos aos imigrantes, o Brasil conta com o apoio do Alto Comissariado das Nações Unidas – ACNUR, que por sua vez também é apoiado por vários órgãos e organizações governamentais e não governamentais, que garantem a integração e a assistência humanitária aos refugiados.

[...] A agência atua em cooperação com o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), ligado ao Ministério da Justiça. Além disso, para garantir a assistência humanitária e a integração dos refugiados, o ACNUR atua também em parceria com diversas organizações não-governamentais (ONGs) em todo o país. São elas a Associação Antônio Vieira (ASAV), a Caritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro (CARJ), a Caritas Arquidiocesana de São Paulo (CASP), o Centro de Defesa dos Direitos Humanos (CDDH) e o Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH).⁵⁶⁷

O Comitê Nacional para Refugiados – CONARE⁵⁶⁸, foi criado pela Lei 9.474/97⁵⁶⁹, sendo um órgão colegiado ligado ao Ministério da Justiça, cuja encargo é decidir sobre assuntos relacionados ao refúgio, tanto no que diz respeito aos pedidos como na resolução de problemas⁵⁷⁰.

As atribuições do Comitê Nacional para Refugiados – CONARE, previstas no artigo 12⁵⁷¹ da Lei 9.474/97, são efetivadas com respeito aos direitos humanos, principalmente pelo que garante o inciso IV: [...] *orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados.*

A proteção aos refugiados é uma preocupação nas ações desenvolvidas pelo Comitê, conforme ressalta Annoni e Valdes⁵⁷²:

[...] paralelo aos papéis a serem cumpridos pelo CONARE, é a função de promover e coordenar políticas e ações necessárias para uma eficaz proteção e assistência aos refugiados. [...]

Depreende-se, pois, que o CONARE cujo papel é de extrema relevância na concretização dos objetivos traçados pela Lei 9.474/97, qual seja, a de proporcionar a proteção aos estrangeiros que tiveram ou que se encontram na iminência, de ter seus direitos humanos violados. [...] trata-se, de um trabalho exemplar que dignifica o Brasil e o coloca na vanguarda na tutela dos direitos humanos de milhares de pessoas que aqui buscam uma alternativa para o recomeço de suas vidas.

Apesar do Brasil ter toda essa preocupação em respeitar os direitos humanos dos refugiados, não há como se esquivar deste norte, pois o fenômeno das migrações não deve representar a perda dos direitos fundamentais destes indivíduos.

O governo brasileiro, além de oferecer uma garantia aos direitos humanos, por meio da legislação, deve também preocupar-se em elaborar ações direcionadas à integração dos imigrantes no país, com o objetivo de efetivar uma verdadeira adequação ao modo de vida neste local que, muitas vezes é diferente do país de origem.

Algumas dessas ações que deveriam ser promovidas pelo governo brasileiro, são promovidas pelo Alto

566 ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. *O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil*. 2013. P. 139.

567 Dado oficial do ACNUR. *A Missão do ACNUR*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/a-missao-do-acnur/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

568 O CONARE, órgão colegiado vinculado ao Ministério da Justiça, reúne segmentos representativos da área governamental, da sociedade civil e das Nações Unidas. Foi criado pela Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, porém, instituído somente em outubro de 1998. O Comitê, com sede no Ministério da Justiça, é composto por representantes dos seguintes órgãos: Ministério da Justiça, que o preside; Ministério das Relações Exteriores, que exerce a Vice-Presidência; Ministério do Trabalho e do Emprego; Ministério da Saúde; Ministério da Educação; Departamento de Polícia Federal; Organização não governamental, que se dedica a atividade de assistência e de proteção aos refugiados no País – Cáritas Arquidiocesanas de São Paulo e do Rio de Janeiro, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), com direito a voz, sem voto, e a Defensoria Pública da União. Dado oficial do Ministério da Justiça. *SNJ CONARE*. Disponível em: http://www.justica.gov.br/Acesso/servicos-ao-cidadao-2/anexos/snj_conare.pdf/view#acontent. Acesso em 28 de fevereiro de 2015.

569 BRASIL. *Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm. Acesso em: 27 de fevereiro de 2015.

570 ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. *O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil*. 2013. P. 105.

571 Art. 12. Compete ao CONARE [...] I–analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado; II–decidir a cessação, em primeira instância, ex officio ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado; III–determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado; IV–orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados; V–aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei. BRASIL. *Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm. Acesso em: 27 de fevereiro de 2015.

572 ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. *O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil*. 2013. P. 109.

Comissariado das Nações Unidas – ACNUR, que conta com a parceria das organizações não-governamentais, e, que estão prestando assistência aos haitianos no Brasil desde 2010. A Pastoral da Mobilidade Humana, implementa um projeto do ACNUR de assistência humanitária emergencial a solicitantes de refúgio da Colômbia, e, por prestar serviços na fronteira do Brasil, no Estado do Amazonas, começou a atender os primeiros haitianos que chegaram pela Amazônia peruana⁵⁷³.

A importância da integração do refugiado é ressaltada por Andrade *apud* Annoni e Valdes⁵⁷⁴: “[...] se de um lado, permite ao refugiado reestruturar sua vida num outro país; de outro, acarreta algumas dificuldades no tocante à sua adaptação. Isso porque a nova sociedade, na qual está inserido, pode representar uma cultura (hábitos, crenças e tradições) diversa daquela, de sua origem.”

Com medidas eficazes, de integração dos haitianos à cultura do Brasil, mais fácil será a adaptação desses indivíduos na sociedade, tanto na relação com os brasileiros, como também na conquista de empregos com salários dignos.

Como foi estudado no sub título 2 deste trabalho, se o governo brasileiro promulgou a Resolução número 97, concedendo aos nacionais do Haiti o chamado “visto humanitário”, o mínimo esperado é que, estes indivíduos sejam tratados com dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a chegada dos inúmeros haitianos no Brasil, não foi só a Organização das Nações Unidas – ONU, por meio do ACNUR e outras organizações não governamentais que se preocuparam com o bem estar desses indivíduos, mas também a população brasileira que está cansada de verificar que muitos de seus direitos fundamentais não são respeitados na sua plenitude.

Neste contexto, como garantir-se-à os direitos fundamentais aos nacionais do Haiti?

Aos cidadãos brasileiros o direito à uma saúde pública de respeito e à segurança pública são exemplos de alguns dos direitos fundamentais que não estão sendo garantidos pelo governo federal. Como garantir aos haitianos!

O pensar inicial destas considerações iniciais não tratam-se de críticas, mas anotações para uma reflexão!

O presente estudo ressaltou inicialmente o desenvolvimento dos direitos humanos, no âmbito internacional, para entender as necessidades da humanidade ao passar dos tempos.

No transcorrer do trabalho, foi estudado no subtítulo 2, o que impulsionou a migração dos haitianos para o Brasil e quais os institutos jurídicos que amparam legalmente a permanência desses indivíduos no país.

Para finalizar, no subtítulo 3, foi analisado se os institutos jurídicos e se há ações que protegem os direitos humanos dos haitianos, e, se estas são promovidas por organizações governamentais ou não governamentais.

Apesar do Brasil ter sido o primeiro país da América do Sul a ratificar o Estatuto dos Refugiados, posteriormente ter ratificado outros instrumentos internacionais, ser um exemplo a ser seguido por outros países, por possuir uma lei específica no tema refugiados, como destacado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas – ACNUR, e, encontrar um caminho alternativo na concessão de vistos permanentes aos haitianos, sem que se enquadrem na condição de refugiado, falta ser sanado o outro lado do problema, ou seja, garantir os direitos fundamentais desses indivíduos.

O governo brasileiro deverá investir na formulação e realização de ações eficazes na garantia dos direitos humanos dos nacionais de outros países, pois até o presente momento esta preocupação está com as organizações não governamentais. Assim é que, graças às pessoas comprometidas com o bem, que acreditam na transformação do Brasil num país melhor, que esses migrantes conseguem atingir uma certa dignidade para seguirem com suas vidas.

573 Dado oficial do ACNUR. *Haitianos recebem residência permanente no Brasil*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/haitianos-recebem-residencia-permanente-no-brasil/>. Acesso em 18 de janeiro de 2015.

574 ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. *O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil*. 2013. P. 138.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- ACNUR. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.
- _____. *Documentos*. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=181. Acesso em 05 de fevereiro de 2015.
- _____. *Documentos*. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=169&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%5D=0&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sorting,uid. Acesso em 28 de fevereiro de 2015.
- _____. Notícia. *Haitianos recebem residência permanente no Brasil*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/haitianos-recebem-residencia-permanente-no-brasil/>. Acesso em 18 de janeiro de 2015.
- _____. *O ACNUR no Brasil*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/a-missao-do-acnur/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 4 ed. São Paulo:Atlas. 2013.
- AMORIM, Camila Silva de. *O Papel do Direito Internacional na Tutela dos Direitos Humanos Perante as Nações num Mundo Globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Européia*. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6758/3855>. Acesso em: 01 de março de 2015.
- ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. *O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil*. Curitiba: Juruá. 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm. Acesso em 28 de fevereiro de 2015.
- BRASIL. *Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm. Acesso em: 27 de fevereiro de 2015.
- CIFUENTES, Javier López. *Os 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua relevância para migrantes e refugiados*. Caderno de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania. Vol. 3, n. 3. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. 2008. Disponível em: http://www.migrante.org.br/migrante/index.php?option=com_booklibrary&task=view&cid=10&catid=53&Itemid=1180. Acesso em 19 de fevereiro de 2015.
- IOM- Organização Internacional para as Migrações. Projeto “*Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral*”. 2014. Disponível em: <http://www.brasil.iom.int/images/estudio/Relatorio%20final%20sobre%20Migracao%20Haitiana%20ao%20Brasil%20-%20Estudo%20da%20OIM.PDF>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.
- Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração – CNIg. *Resolução Normativa no 97 de 12 de janeiro de 2012*. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A419E9E3401420A318EE21757/RESOLU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20N%C2%BA%2097%20-%20consolidada.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.
- Ministério do Trabalho e Emprego. *Conselho Nacional de Imigração – CNIg*. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/cni/estatisticas-do-conselho-nacional-de-imigracao.htm>. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.
- Ministério da Justiça. *SNJ CONARE*. Disponível em: http://www.justica.gov.br/Acesso/servicos-ao-cidadao-2/anexos/snj_conare.pdf/view#acontent. Acesso em 28 de fevereiro de 2015.
- Museu do Imigrante. *Histórico*. Disponível em: <http://museudaimigracao.org.br/o-museu/historico/>. Acesso em: 01 de março de 2015.
- ONUBR. Disponível em <http://nacoesunidas.org/conheca/>. Acesso em 05 de fevereiro de 2015.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo:Saraiva, 14 ed. 2013.
- SERRAGLIO, Diogo Andreola. *A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional – Uma leitura a partir da Teoria da Sociedade de Risco*. Curitiba:Juruá. 2014.
- SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. *A (in)Aplicabilidade do Estatuto dos Refugiados para os Deslocados Ambientais*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.
- STAFFEN, Márcio Ricardo. Transnacionalidade e Relações de Trabalho: Análise da imigração dos haitianos ao Brasil. Estamos preparados? *Revista Eletrônica Direito e Política*. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6750/3847>. Acesso em 01 de março de 2015.
- Unidos pelos Direitos Humanos. *Uma Breve história dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.
- _____. *Declaração Universal dos Direitos do Homem – Preâmbulo*. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/preamble.html>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.
- _____. *Lei Internacional de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/international-human-rights-law-continued.html>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2015.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Juliete Ruana Mafra Granado⁵⁷⁵

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni⁵⁷⁶

SUMÁRIO: Introdução; 1. Aspectos gerais sobre conceito, noção histórica e evolução dos Direitos Humanos; 2. Breves considerações sobre as bases conceituais de Direito Fundamental; 3. A distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: compreendendo a ingerência dos institutos; Considerações Finais; Referência Das Fontes Citadas.

INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos tem amadurecido o interesse por parte dos pesquisadores, dos órgãos governamentais e não governamentais em se analisar o processo histórico de evolução dos direitos humanos. Apesar dos grandes avanços já realizados na pesquisa científica e de diversas reflexões acerca do assunto, a problemática dos direitos humanos, suas origens e solidificações ainda constituem barreiras em diversas nações.

Entretanto, pode-se dizer que as discussões que envolveram violações aos direitos humanos começaram a ganhar força a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual contou com a participação de diversos países e organismos internacionais, interessados em melhorar as condições de vida da população em geral.

Por outro ponto, é cediço que os Direitos Fundamentais são as posições jurídicas de maior relevância e pertinência, com conteúdo substancial de alto crivo, sendo tratados dentro do corpo constitucional, ou seja, da Carta Magna de um Estado Democrático de Direito. Assim, consiste em direito de proteção especial, por isso, de caráter fundamental.

Diante da importância atinente aos Direitos Humanos e Fundamentais, importa entender, por aspectos gerais, os principais limites diferenciadores dos dois institutos, a ingerência que apresentam, bem como a relação dos fenômenos no cenário global.

Destarte, o objeto da presente pesquisa é a análise dos Direitos e Humanos e dos Direitos Fundamentais. O Objetivo Geral é o de observar a relação de ingerência dos dois institutos, compreendo-os. Os Objetivos Específicos são: a) entender os Direitos Humanos; b) depreender os Direitos Fundamentais no Brasil; c) correlacionar os dois institutos a fim de diferenciá-los.

Quanto à Metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva⁵⁷⁷. Nas diversas fases da Pesquisa, serão utilizadas as Técnicas do Referente⁵⁷⁸, da Categoria⁵⁷⁹, do Conceito Operacional⁵⁸⁰ e da Pesquisa Bibliográfica⁵⁸¹.

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE CONCEITO, NOÇÃO HISTÓRICA E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS⁵⁸²

A questão dos direitos humanos enseja inúmeras reflexões. Grandes juristas, historiadores e até filósofos

575 Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. Bolsista do PROSUP – CAPES. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: julietemafra@univali.br.

576 Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. Bolsista do PROSUP – CAPES. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: natammy@hotmail.com

577 “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. p. 86.

578 “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. p. 53.

579 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. p. 25.

580 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. p. 37.

581 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. p. 209.

582 Item adaptado do seguinte capítulo de livro: BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. A internacionalização da proteção dos direitos humanos e da proteção ambiental.

sujeitaram-se a esclarecer de uma forma objetiva; trazendo consigo definições muitas vezes ligadas a sua própria ideologia, filosofia ou posição política.

No entanto, Norberto Bobbio alerta acerca das dificuldades ligadas a busca do fundamento absoluto destes direitos, como também ressalta que a maioria das definições existentes são meramente tautológicas⁵⁸³. Em seu entendimento, os direitos do homem são:

Direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas⁵⁸⁴.

Ademais, Perez Luño cita as conceituações de Bobbio, e apresenta suas conclusões acerca dos direitos humanos como indefinidas ou pouco satisfatórias. Além das conceituações tautológicas, o autor⁵⁸⁵ esclarece que a fundamentação formal não especifica o conteúdo destes direitos, apenas os tratam como os deverem que devem pertencer a todos os homens. Entretanto, as definições teleológicas acrescentam ao significado a necessidade de tais direitos em garantir o progresso social e o desenvolvimento da civilização.

Registra-se ainda que Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 6º afirma que em todo e qualquer lugar, todo homem detém o direito de ser reconhecido como pessoa. Neste caso cabe notar que a pessoa humana além de ser considerada a legisladora universal em função dos valores a que aprecia, é reconhecida também como também o sujeito o qual se submete voluntariamente a essas normas valorativas.

Antonio Enrique Pérez Luño⁵⁸⁶ acrescenta o entendimento de que os direitos humanos seriam: “un conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidade, lalibertad y a igualdad humanas, lascuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.”

Logo, a compreensão do conceito da dignidade da pessoa humana e de seus direitos tem sido no curso de toda a História produto de dor física, sofrimento moral e impunidades. Não restam dúvidas de que com o passar das transformações históricas e as modificações pelas quais tanto o ocidente como oriente passaram houve a necessidade de normatizar esses direitos, tendo em vista o não cumprimento efetivo dentre a própria sociedade.

Flávia Piovesan⁵⁸⁷ *apud* Thomas Buergenthal aduz que:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era de Hitler e à crença de que parte destas violações poderia ser prevenida se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.

O que se verifica a respeito destes direitos é que a consideração pelos quais eles recebem das autoridades públicas, demonstra que os mesmos tenham a capacidade de formar a base primordial na formação de um verdadeiro Estado democrático.⁵⁸⁸

Versando sobre o tema, Celso Lafer⁵⁸⁹ sintetiza que desde o início dos tempos até os grandes acontecimentos da Era Moderna, ao exemplo das grandes revoluções e os avanços tecnológicos, o ensinamento abalizado no cristianismo foi um dos elementos fundamentais que tornou possível a mudança de mentalidade que viesse a favorecer o tema dos direitos humanos.

Com o nascimento da democracia ateniense fundada na preeminência da lei e da participação ativa do cidadão nas funções no governo, este exemplo de limitação e obediência às leis e ao povo, demonstrava sujeição às vontades

In: SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza. (Org.). *Teoria Jurídica e Transnacionalidade*. 1ed. Itajaí: Univali, 2014, v. 1, p. 20-36.

583 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.37.

584 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

585 LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 27.

586 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. p. 50

587 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9.

588 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 21.

589 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 119.

da população e aos seus direitos; evidentemente com o consentimento e aprovação dos governantes.

Com o passar do tempo, a democracia ateniense e a república romana foram destruídas pelos impérios de Alexandre Magno e a partir de Augusto e seus sucessores surgiu uma nova civilização baseada em costumes germânicos e valores cristãos. Desde logo, nasce a Idade Média.⁵⁹⁰

O período da alta Idade Média foi marcado pelo desmanche do poder político e econômico com a instituição do feudalismo, onde a terra era a principal fonte de poder; logo, quem possuísse a maior parte do território controlava tudo e todos. Contra esses abusos de concentração de poderes, começaram a surgir manifestações de rebeldias, entre elas a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e principalmente a Magna Carta, em 1215 na Inglaterra.

A Magna Carta, responsável por estabelecer direitos aos nobres e aos súditos ingleses foi redigida e assinada em 1215 pelo Rei inglês João Sem Terra, compelido a fazê-lo pelos barões. Independente de ter sido constituída objetivando os direitos da nobreza, o documento apresentou certas liberdades e preceitos constitucionais ainda contemporâneos.

O próximo acontecimento histórico marcante na construção dos direitos humanos nos moldes em que conhecemos hoje ocorreu quase quatro séculos depois, durante o reinado inglês de Carlos II. Por intermédio da Lei de 1679, esta veio instituir e reconhecer o antigo remédio processual do direito comum contra prisão injusta: o *Habeas-Corpus Act*.

Fábio Konder Comparato⁵⁹¹ chama a atenção para o seguinte ponto: “A importância histórica do *habeas-corpus*, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, constituiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais.”

Os diferentes métodos de criação dos principais sistemas jurídicos provenientes da Europa influenciaram o surgimento de duas linhas distintas de pensamentos: a inglesa e a francesa, as quais contribuíram cada qual à sua maneira na afirmação desses direitos.⁵⁹²

Neste norte, um século antes da Revolução Francesa foi promulgada a Declaração de Direitos “*Bill of Rights*” trazendo uma nova expectativa ao povo inglês, tendo em vista de que neste momento o Parlamento contrairia mais força, tendo em vista que os poderes que antes eram concentrados nas mãos do monarca passariam a ser divididos.

O *Bill of Rights* não foi expresso exatamente como uma declaração de direitos especificamente humanos, muito embora tenha criado uma garantia institucional com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana. Estes direitos seriam estabelecidos cem anos mais tarde na França e nos Estados Unidos.⁵⁹³

Com a imigração inglesa para a América do Norte iniciou-se o processo da formação de colônias, o qual resultou na formação dos Estados Unidos. Depois de um ano repleto de debates, em 1776, foi aprovada e redigida por Thomas Jefferson a Declaração de Independência norte-americana, o primeiro documento da História Moderna a afirmar os princípios democráticos.

No ano de 1787 foi proclamada a Constituição dos Estados Unidos, que até hoje serve como fundamento para outras constituições. O primeiro texto constitucional escrito assegurou o livre exercício dos direitos políticos e civis garantido através de normas que visavam garantir a liberdade de expressão, de imprensa, de crença religiosa, de reunião, a inviolabilidade do domicílio, o direito a julgamento (ninguém poderia ser preso ou condenado sem o devido processo judicial). Muito embora todas estas garantias tivessem sido resguardadas, não significou a total liberdade do povo, a exemplo da escravidão negra, que só foi abolida através da Guerra da Secessão⁵⁹⁴.

590 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 44.

591 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p. 86.

592 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p. 86.

593 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p. 90.

594 COTRIM, Gilberto. *História global, Brasil e geral*. Vol. Único. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 246.

Nos países localizados na Europa Ocidental, os direitos humanos ganharam espaço e respeito a partir das Declarações de Direitos da Revolução Francesa, em 1789.

Nesse sentido são os ensinamentos de Pedro Antonio⁵⁹⁵:

As novas formas de produção industrial nasceram e cresceram dentro da antiga sociedade feudal existente na França. Mas as taxas cobradas pela nobreza, os impostos cobrados pelo Estado absolutista e as proibições estabelecidas pela política mercantilista eram um sério obstáculo ao desenvolvimento dos meios de produção, controlados pela burguesia. Por isso, para a burguesia francesa, era vital destruir o governo absolutista, que sustentava todos os privilégios das corporações e da nobreza feudal. E foi na França que eclodiu, no século XVIII, um movimento intelectual que soube detectar as contradições e denunciá-las com clareza: o Iluminismo. As forças revolucionárias sabiam com clareza o que queriam criar e o que queriam destruir.

Diante do exposto, os revolucionários chegaram com novos ideais e detiveram grande força e apoio popular. Contudo, a maioria desses líderes estava mais interessada em mostrar e defender seus próprios ideais do que proteger a dignidade da pessoa humana. Ao contrário dos americanos, que estavam mais preocupados com sua liberdade, os franceses julgavam-se desbravadores de um novo mundo e estavam ansiosos por anunciar a todos os povos.⁵⁹⁶

Em um curto espaço de tempo, os revolucionários conseguiram acarretar no desaparecimento das desigualdades existentes entre os indivíduos e a coletividade, como nunca havia acontecido. Em um só golpe, a Revolução não apenas conseguiu extinguir o sistema feudal imperante até então nos campos, como também depois de dois anos proclamou pela primeira vez na Europa o suprimimento de todos os privilégios religiosos e a emancipação do povo judeu.⁵⁹⁷

A Declaração de 1789 foi o primeiro documento constitucional deste novo regime político apresentado pela Revolução, e trouxe mais diferenças notáveis com relação ao sistema norte-americano. Enquanto estes em sua declaração apresentaram as garantias judiciais para a obtenção destes direitos, os franceses, em contrapartida, apenas declararam, abstendo-se de citar os instrumentos judiciais que os garantissem.⁵⁹⁸

O ano de 1864 ficou marcado pela Convenção de Genebra que inaugurou o chamado Direito Humanitário, conjunto de normas as quais deveriam ser requeridas em tempos de guerra ou conflitos armados. Foi a primeira introdução dos direitos humanos no âmbito internacional. No ano de 1880, a comissão que esteve presente na formação da Convenção de 1864 transformou-se na Comissão Internacional da Cruz Vermelha, até hoje mundialmente conhecida.

Após a independência dos Estados Unidos, a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos foi a mais marcante da América no século XX. A Carta mexicana esteve passos a frente do ordenamento jurídico europeu por ter sido a primeira a normatizar os direitos trabalhistas na qualidade de direitos fundamentais.

Dois anos após, reunidos na cidade de Weimar os alemães votaram em Assembléia a Constituição Alemã de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar. A Alemanha estava sacudida, endividada e a população desacreditada tendo em vista os quatro anos de combate perdidos na I Guerra Mundial; mas apesar de suas fraquezas, o texto constitucional representou inovações para a Europa ocidental.

Fábio Konder Comparato⁵⁹⁹ nos mostra que: “A estrutura da Constituição de Weimar é claramente dualista: a primeira parte tem por objeto a organização do Estado, enquanto a segunda parte apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social.”

No encerramento da Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas em 26 de junho de 1945, cinquenta e um Estados assinaram a Carta das Nações Unidas, ratificada pelo Estado brasileiro no mesmo ano. Com o principal objetivo de manter a paz e a segurança internacional, a Carta das Nações Unidas surgiu como uma esperança e um sinal de alerta para que toda a humanidade viesse a se unir e colaborar em âmbito universal

595 PEDRO, Antonio. *Historia geral: compacto 2º grau*. São Paulo: FTD, 1995 p. 213.

596 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*.p. 128-130.

597 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*.p. 132-133.

598 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*.p. 146.

599 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p. 189.

na reorganização internacional, com alicerces firmados no respeito incondicional à dignidade humana.

Em 1946 foi aprovado o estatuto da Comissão de Direitos Humanos que abrangia dois objetivos: o de promover e o de resguardar a dignidade da pessoa humana. Dentre as competências da Comissão, podemos ressaltar a função de começar os trabalhos de inquérito que possivelmente poderiam até levar a condenação de um Estado considerado como responsável, como também, pode estabelecer uma estrutura de vigilância e informações sobre um país ou uma questão determinada.⁶⁰⁰

A concepção contemporânea dos direitos humanos é fruto da internacionalização desses direitos, o qual surgiu em resposta às atrocidades e abusos cometidos no período da II Guerra Mundial, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada anos depois pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.⁶⁰¹

O projeto da Declaração de Direitos Humanos foi aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e continuou o processo iniciado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, estabelecendo a igualdade entre todos os seres humanos não importando suas origens, raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou qualquer outra condição.

Os artigos XXII a XXVI nos trazem as bases da solidariedade, asseguradas pelos direitos econômicos e sociais. Diante de tudo, Montesquieu *apud* Fábio Konder Comparato⁶⁰² faz interessante relato a respeito:

Se eu soubesse de algo que fosse útil a mim, mas prejudicial à minha família, eu o rejeitaria de meu espírito. Se soubesse de algo útil à minha família, mas não à minha pátria, procuraria esquecê-lo. Se soubesse de algo útil à minha pátria, mas prejudicial à Europa, ou então útil à Europa, mas prejudicial ao Gênero humano, consideraria isto como um crime.

Em 16 de dezembro de 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou dois pactos internacionais desenvolvidos através do conteúdo relacionado aos Direitos Humanos resguardados pela Declaração Universal de 1948.

“Por fim, como solução encontrada para a reconstrução de um novo paradigma o qual viesse tornar possível o alcance de tais direitos a toda comunidade, se deu início ao processo de internacionalização dos direitos humanos, com o objetivo de abranger toda a Comunidade Internacional na tentativa de universalizar os direitos humanos.”

Para a relevância da presente pesquisa, é conveniente a análise acerca do sistema do processo histórico de evolução da questão ambiental, e seu ordenamento jurídico internacional.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS BASES CONCEITUAIS DE DIREITO FUNDAMENTAL⁶⁰³

É cediço a existência de direitos fundamentais. Não é com assombro que se encontra a sua usual referência, afinal, é corriqueira a discussão sobre a tutela de garantias consideradas fundamentais. “Hoje em dia, há direitos fundamentais para todos os gostos. Todo mundo acha que seu direito é sempre fundamental”, comenta George Marmelstein⁶⁰⁴. Entretanto, será que o emprego do termo direito fundamental faz jus ao próprio instituto?

Junto ao sentido de direitos fundamentais, há que se indicar que a característica da fundamentalidade decorre de dois sentidos distintos: uns pela previsão formal no texto constitucional; e outros em razão do seu conteúdo material, ou seja, pode-se apontar para a especial dignidade de proteção dos direitos provindos dum aspecto formal e/ou decorrente dum aspecto material⁶⁰⁵.

600 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p. 213.

601 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, p.8.

602 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p. 39.

603 No que diz respeito ao tema Direito Fundamental, este artigo científico se compôs a partir de acurada pesquisa científica que resultou em outras obras científicas. Assim, o presente artigo contribui como item adaptado de artigo científico aceito para publicação em periódico, contendo semelhante aporte temático. MAFRA, Juliete Ruana. O paradigma da sustentabilidade no ordenamento jurídico brasileiro: um direito fundamental material. *Revista Eletrônica Direito e Política*, 2015 e das demais referências citadas.

604 MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

605 CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina. 1992. p. 509.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988—CRFB/88 dispõe no seu Título II, um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais, sistematizados em cinco capítulos: (I) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; (II) Dos Direitos Sociais; (III) Da Nacionalidade; (IV) Dos Direitos Políticos e (V) Dos Partidos Políticos⁶⁰⁶. Assim, o rol dos direitos fundamentais indicados expressamente na própria Constituição, em razão desta previsão, são definidos e identificados como formais.

Destarte, os direitos fundamentais de aspecto formal consistem naqueles que abrangem proteção disposta pela Constituição, isto por estarem nela inscritos, isto é, a formalidade é característica que decorre do simples fato de alguns direitos terem sido eleitos pelo Poder Constituinte Originário como fundamentais e, assim, terem sido escritos na Constituição, passando esses direitos a assumir um *status* jurídico especial, com um regime jurídico próprio⁶⁰⁷.

Sobre o tema, Ferrajoli⁶⁰⁸ apresenta uma concepção formal um tanto conflituosa com a corrente predominante. Sua ideia de direitos fundamentais se embasa no critério de titularidade universal. Ele orienta o que segue:

[...] propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de <derechos fundamentales>: son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <todos> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por norma jurídica y por status lá condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Desta forma, compreende-se que direitos fundamentais, no entender de Luigi Ferrajoli, correspondem àqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Ele retira do âmbito dos direitos fundamentais os direitos patrimoniais, os quais são, em seu designar, aqueles tidos por negociáveis. Para ele, os direitos fundamentais são inegociáveis e só existirão como tais enquanto forem constitutivos de igualdade. Neste sentido, ele desconsidera como fundamental, os direitos que formalmente forem previstos na ordem constitucional, mas que apresentem conteúdo de cunho patrimonial, tal qual a propriedade privada.

Em suma, pode-se chamar de direitos fundamentais formais: “[...] aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais”, comenta Konrad Hesse⁶⁰⁹, isto independente de que a análise de seu conteúdo permita verificar que este direito não encontra característica fundamentalmente material.

Por outro lado, “os direitos fundamentais não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão”, menciona David Wilson de Abreu Pardo⁶¹⁰. Isto de acordo com o art. 5º, §2º, da CRFB de 1988⁶¹¹.

Quanto ao aspecto material, somente a análise do conteúdo do direito permitirá a verificação da existência de fundamentalidade material. “A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”, orienta Ingo Wolfgang Sarlet⁶¹².

É curial compreender que os direitos fundamentais possuem inegável conteúdo ético, isto no seu aspecto material. Neste diapasão, os direitos fundamentais despontam valores básicos para uma vida digna em sociedade.

Para Robert Alexy⁶¹³, direitos fundamentais são as posições jurídicas concernentes as pessoas que, do ponto

606 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de ago. de 2014.

607 MIRANDA, Jorge. MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucional*. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 137.

608 [...] propondo uma definição teórica, puramente formal ou estrutural de direitos fundamentais: são todos aqueles direitos individuais que correspondem, universalmente, a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade para agir; entendido por direito individuais qualquer expectativa positiva (de benefícios) ou negativa (para evitar lesões) ligado a um assunto por norma jurídica e pelo estado e condição dum assunto, também forneceu uma regra positiva de direito, como um pré-requisito para a sua adequação para ser o titular das situações jurídicas e / ou autor dos atos que estiver exercendo (tradução livre). FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 19.

609 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 225.

610 PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos Fundamentais não enumerados: justificação e aplicação*. Tese de Doutorado (UFSC), 2005. P. 12.

611 CRFB 1988. Art. 5º. § 2º—Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

612 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 61.

613 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 407.

de vista do direito constitucional, foram, por seu conteúdo e importância integradas ao texto da Constituição e, então, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam ser equiparadas, agregando-se a Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (fundamentalidade material).

Ora, destaca-se a concepção ideológica dos Direitos Fundamentais, designada por George Marmelstein⁶¹⁴, que conseguiu exercer função unificadora de maior praticidade. Veja-se:

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico⁶¹⁵.

Em consonância, Ingo⁶¹⁶ ressalta que: há “íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana”, ademais, ele complementa que os direitos fundamentais, que também encontram corroboração com os “valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente”.

Nesse contexto, eles estão intimamente ligados à ideia de limitação do poder e de dignidade da pessoa humana. Afinal, em um ambiente de opressão não há espaço para uma vida digna. A dignidade humana é, portanto, a base axiológica dos direitos fundamentais do aspecto material, encontrando direta e nítida relação⁶¹⁷.

3 A DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: COMPREENDENDO A INGERÊNCIA DOS INSTITUTOS

“Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz respeito com o significado e conteúdo de cada termo utilizado”, assinala Ingo Wolfgang Sarlet⁶¹⁸. Assim, reforça-se a necessidade de se obter um critério delimitador de cada um destes fenômenos jurídicos.

Além da banalização para com o uso da expressão “direitos fundamentais”, sem a certeza do correto significado, há também a confusão deste termo com outros. Nota-se que “as expressões mais usuais são ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’ e normalmente são utilizadas como sinônimas”, anuncia Luiza Gomes da Silva e Júlio Cezar da Silva Castro⁶¹⁹.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho⁶²⁰, nota-se que: as expressões ‘direito do homem’ e ‘direitos fundamentais’, que vem sendo usadas tal qual fossem termos sinônimos, podem, entretanto, a partir do critério e significado, ser distinguidas para seu tratamento, pela seguinte forma: os direitos humanos consistem naqueles direitos do homem válidos para todos os povos e em todos os campos em qualquer tempo da história (dimensão jusnaturalista-universalista). São direitos provenientes da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal. Já os direitos fundamentais se demonstram pelos direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente, ou seja, são direitos objetivamente vigentes em uma determinada ordem jurídica concreta.

Neste ínterim, Ingo Wolfgang Sarlet⁶²¹ abarca a diferenciação com sucinta defesa: “‘direitos humanos’ (po-

614 MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

615 Em fins de esclarecimentos, adota-se para o desenvolvimento da presente pesquisa científica, o supra indicado conceito na qualidade de conceito operacional para a categoria “direitos fundamentais”.

616 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 62.

617 MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15-16.

618 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 27.

619 SILVA, Luiza Gomes da; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais no Brasil: passeio histórico-político*. São Paulo: Baraúna. 2011. p. 219.

620 CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 393.

621 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 30.

sitivados na esfera do direito internacional), e ‘direitos fundamentais’ (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado)”.

Paulo Bonavides⁶²² leciona que: “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]”.

Sobre o tema, Pisarello relaciona a pertinência dos direitos fundamentais à importância da Constituição, ao prever que os direitos fundamentais são os interesses ou necessidades que assumem maior relevância dentro de um ordenamento jurídico determinado, isto porque, se assim não fosse relevante, não haveria a sua inclusão nas normas de maior valor dentro de um ordenamento, como são as Constituições.⁶²³

Logo, acrescenta Ingo Wolfgang Sarlet⁶²⁴ que os direitos humanos transformam-se em direitos fundamentais através do modelo positivista mediante um processo de incorporação às constituições, onde “os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional”.

Neste sentido, a ideia do surgimento dos direitos fundamentais a partir do reconhecimento nas legislações nacionais dos direitos individuais do homem é reforçada por José Joaquim Gomes Canotilho⁶²⁵; o qual apresenta os direitos do homem como direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em análise aos elementos caracterizados dos direitos fundamentais, depreendeu-se que se tornou corriqueiro o uso do termo “direitos fundamentais”. É tutela dos direitos fundamentais pra cá, é defesa dos direitos fundamentais pra lá, mas nem sempre o emprego da expressão é fiel a sua concepção fenômeno-ideológica.

Por vezes, os direitos fundamentais são concebidos como sinônimos dos direitos humanos, o que não é verdade, vez que esses são os direitos do homem positivados pelo direito internacional, com caráter inviolável, intemporal e universal; diferentemente, aqueles são os direitos do homem positivados dentro do Direito Constitucional de cada Estado, com limite espaço-temporal.

Assim, os direitos fundamentais se apresentam como os interesses ou necessidades que assumem maior relevância dentro de um ordenamento jurídico, razão pela qual encontram relação com a ideia de proteção especial.

Por sua vez, os direitos humanos possuem um caráter de abrangência mais elevando, tendo em vista não estar limitado somente a um determinado ambiente jurídico interno. Desta forma, todo o processo evolutivo pelo qual os direitos humanos passaram, resultaram em fusões de diversas tradições, reunião de ideias filosófico-jurídicos e opiniões apresentadas pelo próprio direito juntamente com o cristianismo.

Depreende-se então, que internacionalizar os direitos elencados como “humanos”, após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, foi a solução encontrada na busca da reconstrução de um novo padrão, o qual hoje já é amplamente internacionalizado como direito humano e positivado como direito fundamental em diversos países, ao exemplo do Brasil.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui-

622 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563.

623 PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. 2007, p. 80.

624 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

625 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 259.

cao.htm. Acesso em: 12 de ago. de 2014.

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. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COTRIM, Gilberto. *História global, Brasil e geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 19.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucional*. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos Fundamentais não enumerados: justificação e aplicação*. Tese de Doutorado (UFSC), 2005.

PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008.

PEDRO, Antonio. *História geral: compacto 2º grau*. São Paulo: FTD, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. 2007. Disponível em: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Gerardo_Pisarello-_Enemigos_de_los_ds.pdf. Acesso em 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

SILVA, Luiza Gomes da; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais no Brasil: passeio histórico-político*. São Paulo: Baraúna. 2011.

O IMPACTO DA CRISE NOS CIDADÃOS EUROPEUS: ANÁLISE DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Hilariane Teixeira Ghilardi⁶²⁶

Sumário: Introdução; 1. A união europeia e a crise; 2. A carta europeia dos direitos fundamentais; 2.1 Restrições aos Direitos Fundamentais; 3. Possibilidade de constitucionalização da União Europeia; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

INTRODUÇÃO

No plano econômico mundial, o ano de 2010 foi marcado pela crise na União Europeia. Em razão da globalização econômica que existe na atualidade, a crise se espalhou acarretando consequências severas, e criando um clima de pessimismo na esfera econômica mundial. Tal crise financeira, formou-se na zona do euro, por um reflexo decorrente de problemas fiscais, motivo fundamental para desencadear o caos na economia.

Além deste cenário de crise econômica, é importante atentar para um fato muitas vezes esquecido, o reflexo dessa crise e o impacto nas pessoas comuns, uma vez que os políticos e os meios de comunicação focam-se frequentemente no impacto nos mercados e quase ninguém analisa o impacto no dia-a-dia dos europeus.

A crise inevitavelmente remete a insegurança política, econômica e jurídica em consequência disso uma crise social. Para tanto, a presente pesquisa tem por objetivo exatamente esta análise da Carta dos Direitos Fundamentais, bem como, as consequências acarretadas na vida dos cidadãos, quanto aos seus direitos fundamentais que devem ser salvaguardados acima de qualquer situação.

Nesse sentido o presente artigo tem como objeto primordial a análise da crise na União Europeia e seus fatores determinantes causadores de uma situação, capaz de influenciar o cotidiano dos europeus e refletir em seus direitos fundamentais.

Para tanto, o artigo está dividido em itens, inicialmente o presente artigo, irá expor o quadro da crise e de que forma ela está ligada aos interesses dos cidadãos europeus.

Posteriormente, tratar-se-á da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, explanando sobre sua implementação, qual seu sentido de existir e, sobretudo, uma exposição às restrições causadas aos direitos fundamentais destacando a liberdade civil de manifestação de pensamento e liberdade de expressão.

Nesta senda, abordar-se-á em conjunto de meios capazes de garantir os direitos e uma vida digna, destacando a possibilidade de constitucionalização da União Europeia.

Dessa forma, o presente estudo torna-se importante por tratar-se de direitos fundamentais que devem ser garantidos aos cidadãos, independente de crises ou instabilidades do Estado.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁶²⁷ foi utilizado o Método Indutivo⁶²⁸, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁶²⁹, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente

626 Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Graduada no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. E-mail: hilarianeghilardi@gmail.com

627 “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica*. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

628 “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica*. p. 104.

629 Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. *A monografia jurídica*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

Artigo é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁶³⁰, da Categoria⁶³¹, do Conceito Operacional⁶³² e da Pesquisa Bibliográfica⁶³³.

1 UNIÃO EUROPEIA E A CRISE

Importante entender a natureza da União Europeia, antes mesmo de analisar a crise em questão. Nesse aspecto, nota-se que existiram diversos estágios e tratados da União Europeia após a Segunda Guerra Mundial, até chegar ao estágio atual.

Nesse diapasão, a União Europeia é uma parceria econômica e política com características únicas, constituída por 28 países europeus, que, em conjunto, abarcam uma grande parte do continente europeu.⁶³⁴

A União Europeia não é uma instituição internacional que visa substituir os Estados europeus que a compõe, nem se limita a ser uma organização de cooperação internacional. Na realidade, a UE é um sistema político *sui generis*. Os Estados membros criaram instituições comuns a que delegam parte da sua soberania para que, desta forma, decisões sobre questões específicas de interesse comum possam ser tomadas democraticamente no âmbito europeu.⁶³⁵

Destarte, nota-se, que esse conjunto engloba instituições capazes, de tomar decisões que sejam adequadas para toda população.

A partir desse entendimento, é possível em uma análise geral da crise enfrentada, perceber que a globalização levou alguns países a gastarem mais dinheiro do conseguiram arrecadar por meio de impostos. Diante dessa situação a desconfiança de que os governos da região teriam dificuldade para honrar suas dívidas, motivando os investidores passassem a temer possuir ações, bem como títulos públicos e privados europeus.⁶³⁶

Em decorrência desse descontrole de contas públicas, a União Europeia foi arrastada para uma crise financeira sem precedentes.

Evidente que esta crise é, antes de mais, uma crise do sistema financeiro, provocada pelos desequilíbrios econômicos e pela acumulação irresponsável de dívida pública por parte dos governos nacionais. Seja como for, não podemos esquecer que a política, seja ela nacional ou da União, deve estar ao serviço das pessoas, ao serviço dos cidadãos. E só poderemos sair desta crise se nos centrarmos mais nos interesses dos nossos cidadãos. Porque são eles que fazem com que as democracias funcionem. Por isso é tão importante reconquistar a confiança dos 500 milhões de cidadãos que vivem na União Europeia.⁶³⁷

Por meio dessa fala da Vice-Presidente da Comissão Europeia, nota-se que a crise enfrentada passou a ser tanto financeira como democrática, sem a confiança dos cidadãos as autoridades se viram encurralados.

Essa corrida insana levou também a deteriorização do Estado, com a criação de uma grande bolha financeira, que gerou os acontecimentos dramáticos observados, hoje, entre duras discussões dos parlamentos e medidas drásticas dos governos e reações violentas nas ruas, onde o povo reivindica o respeito ao sagrado princípio dos direitos adquiridos.⁶³⁸

630 “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica*. p. 62.

631 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica*. p. 31.

632 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica*. p. 45.

633 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica*. p. 239.

634 UNIÃO EUROPEIA. *Informações de base sobre a União Europeia*. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/index_pt.htm Acesso 10 fevereiro 2015.

635 MELO, Verônica Vaz de. *O sistema político democrático da União Europeia*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7007 Acesso em: 10 fevereiro 2015.

636 REVISTA VEJA. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/perguntas-respostas/crise-europa.shtml> Acesso em: 11 fevereiro 2015.

637 REDING, Viviane. Vice-Presidente da Comissão Europeia. *XXV Congresso da FIDE (Federação Internacional para o Direito Europeu)*. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_pt.htm#footnote-3 Acesso em: 9 fevereiro 2015.

638 SILVEIRA, Luis Henrique da. *A razão da crise na Europa*. Disponível em: <http://www.adjorisc.com.br/artigos/a-raz-o-da-crise-da-europa-1.1369159#>.

A população, no cenário da crise financeira, tomou um papel decisivo com o intuito de fazer valer seus direitos e ainda garantir a liberdade civil básica, que tratar-se-á adiante.

Por esse motivo, a União Europeia quis promover os direitos humanos, que passaram a ser valores fundamentais tanto na União como no resto do mundo. Para tanto observaram o direito da dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade, Estado de direito e respeito pelos direitos humanos. Desde a assinatura do Tratado de Lisboa, em 2009, todos esses direitos estão consagrados num único documento, a Carta dos Direitos Fundamentais.⁶³⁹ É a análise que se faz no item seguinte.

2 A CARTA EUROPEIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A carta⁶⁴⁰ ante, a situação de desgoverno, no sentido de uma crise que fugiu das proporções, como já relatado, tem sido um norteador para poder reconquistar os cidadãos e fazer com que estes, sintam-se seguros.

O que é e para que serve a Carta dos Direitos Fundamentais? A Carta dos Direitos Fundamentais reúne, pela primeira vez, num único texto os direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos e sociais dos cidadãos europeus, que estavam dispersos por diversas leis nacionais e convenções internacionais.⁶⁴¹

Inicialmente, observa-se que, a Carta dos Direitos Fundamentais, é traduzida em tamanha importância, sendo a ferramenta primordial para a União Europeia alavancar na crise financeira, e em consequência a reconquista, isso é, a confiança dos cidadãos europeus, esse traz uma nova perspectiva no processo de integração.⁶⁴²

Ao integrar a dimensão dos direitos fundamentais na nova legislação da UE, a Carta dos Direitos Fundamentais tornou-se uma espécie de bússola da União Europeia. Dois exemplos recentes: a reforma das regras da UE em matéria de proteção dos dados e uma iniciativa em matéria de quotas, que visa garantir a igualdade entre homens e mulheres nos conselhos de administração das empresas privadas.⁶⁴³

No fundo, a Carta vem tornar visíveis os direitos que já eram garantidos no ordenamento comunitário, através da fundamentalização num documento claro e conciso, no intuito de que a linguagem do direitos acorde os cidadãos da sua letargia face à União e os leve a acreditar que a União Europeia não se preocupa apenas com as empresas e com o mercado interno.⁶⁴⁴

Sendo assim, a Carta possui como base uma democracia e em conjunto a transparência e participação da população. Mas precisa ser aperfeiçoado, para tornar-se um documento com força e capaz de garantir de fato os direitos salvaguardados para os cidadãos.

A Carta apresenta-se como um acordo interinstitucional que vincula as três Instituições⁶⁴⁵ que a proclamaram. Neste sentido, está destinada a desempenhar um papel preponderante em todas as políticas e áreas de intervenção da Comunidade.⁶⁴⁶

Nessa senda, o TUE (Tratado da União Europeia) remete o texto da Carta de uma forma vinculativa, conferindo-lhe um caráter de conexão com a sociedade e estabelecendo simultaneamente o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais no direito da União.⁶⁴⁷

VNoHBSzzHfY Acesso em: 10 fevereiro 2015.

639 UNIÃO EUROPEIA. *Informações de base sobre a União Europeia*. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/index_pt.htm Acesso em: 11 fevereiro 2015

640 Para se ter uma ideia de conjunto, a Carta, enquanto documento com conteúdo, pode traduzir-se por várias palavras, que transmitem todas a mesma ideia: rol, catálogo, cardápio, leque, simplificando, trata-se de algo que contém (neste caso) uma enunciação de direitos, enunciação essa que pretende tornar visíveis para os cidadãos comunitários os direitos de que são titulares e que advêm do fato de estarem no espaço político da UE. DIREITO. Sérgio Saraiva. *A carta dos direitos fundamentais e a sua relevância para a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/direito_carta_direitos_fundamentais.pdf Acesso em: 10 fevereiro 2015.

641 UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* http://ec.europa.eu/portugal/pdf/informa/publicacoes/carta_direitos_fundamentais_ue_brochura_2010_pt.pdf Acesso em: 9 fevereiro 2015.

642 SIQUEIRA. Flávia Pollyana Dias. *A carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13493 Acesso: 11 fevereiro 2015.

643 UNIÃO EUROPEIA. *Observações sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da UE e o futuro da União Europeia*. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_pt.htm Acesso em: 11 fevereiro 2015.

644 DIREITO. Sérgio Saraiva. *A carta dos direitos fundamentais e a sua relevância para a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/direito_carta_direitos_fundamentais.pdf Acesso em: 10 fevereiro 2015.

645 Conselho Europeu, Comissão Europeia e Parlamento Europeu.

646 DIREITO. Sérgio Saraiva. *A carta dos direitos fundamentais e a sua relevância para a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/direito_carta_direitos_fundamentais.pdf Acesso em: 10 fevereiro 2015

647 BORCHARD. Klaus-Dieter. *ABC do direito da União Europeia*. Disponível em: <http://old.eur-lex.europa.eu/pt/editorial/abc.pdf> Acesso: 20 fevereiro 2015.

2.1 Restrições aos Direitos Fundamentais face às liberdades civis clássicas

Para entender as restrições dos direitos dos cidadãos europeus é necessário fazer uma análise do não retrocesso dos princípios sociais:

A vedação de retrocesso social na ordem democrática, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, pretende evitar que o legislador infraconstitucional venha a negar (no todo ou em parte essencial) a essência da norma constitucional, que buscou tutelar e concretizar um direito social resguardado em seu texto.⁶⁴⁸

Não se pode admitir uma volta a oligarquia⁶⁴⁹, ou seja, deixar que mesmo sendo a democracia o sistema político vigente, determinado grupo político tomem as rédeas de uma situação insustentável na União Europeia.

Ao instituírem a União Europeia, os Estados-Membros limitaram os seus poderes legislativos soberanos e criaram uma ordem jurídica independente que os vincula, tal como aos seus nacionais, e que deve ser usada pelos seus órgãos jurisdicionais.⁶⁵⁰

Nesse contexto, os Estados-Membros vinculados a União Europeia, devem exigir uma legitimidade democrática e social de direito. O documento em questão, se analisado afincamente, na verdade traz brechas e pontos passíveis de restrições, do que propriamente, uma legitimidade democrática.

Nesta senda, o artigo 52⁶⁵¹ traz de maneira nítida, que não existe uma garantia de proteção ilimitada e inalcançável, podendo haver, de restrições de direitos.

Além disso, enquanto alguns direitos estão enquadrados em termos absolutos, outros são apenas garantidos “em conformidade com o direito da União e as legislações e práticas nacionais”, o que significa que o campo de aplicação de tais direitos pode estar sujeito a restrições adicionais.⁶⁵²

Tal posicionamento ocorre de maneira, específica com as liberdades civis clássicas, em especial, à manifestação do pensamento e liberdade de expressão. Tais liberdades determinam-se:

A liberdade de pensamento nesta seara já necessita de proteção jurídica. Não se trata mais de possuir convicções íntimas, o que pode ser atingido independentemente do direito. Agora não. Para que possa exercer a liberdade de expressão do seu pensamento, o homem, como visto, depende do direito. É preciso, pois, que a ordem jurídica lhe assegure esta prerrogativa e, mais ainda, que regule os meios para que se viabilize esta transmissão.⁶⁵³

A partir de tal entendimento, resta nítido, que essas liberdades são conexas, estando ligadas ao mesmo direito, portanto “a possibilidade de pensar está contida em todas as pessoas que gozam de saúde mental e possuem o mínimo de discernimento”.⁶⁵⁴ Seria um retrocesso, restringir tais liberdades, que são totalmente livres em um ser humano, uma vez que raciocínio e expressão são inevitáveis.

Como os demais outros direitos, obtiveram uma degradação decorrente da crise desenfreada. Tais liberdades estão positivadas na Carta, no art. 10⁶⁵⁵ e art. 11⁶⁵⁶, possuem limitações importantes.

648 MACIEL, Álvaro dos Santos. *O princípio do não-retrocesso social*. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1926>. Acesso em: 12 fevereiro 2015.

649 Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros. Os direitos reconhecidos pela presente Carta que se regem por disposições constantes dos Tratados são exercidos de acordo com as condições e limites por eles definidos. *Carta dos Direitos Fundamentais, linguagem simplificada*. Disponível em: http://ec.europa.eu/portugal/pdf/informa/publicacoes/carta_direitos_fundamentais_ue_brochura_2010_pt.pdf. Acesso em: 12 fevereiro 2015.

650 BORCHARD, Klaus-Dieter. *ABC do direito da União Europeia*. Disponível em: <http://old.eur-lex.europa.eu/pt/editorial/abc.pdf>. Acesso: 20 fevereiro 2015.

651 1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades.

2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta, que se baseiem nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Europeia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos. 3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma proteção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla. CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/Carta%20Direitos%20Fundamentais.htm>. Acesso em: 18 fevereiro 2015.

652 RAFFAELLI, Rosa. *A carta dos direitos fundamentais*. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuid=FTU_1.1.6.html. Acesso em: 18 fevereiro 2015.

653 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p.187.

654 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.596.

655 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. O direito à objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

656 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem

Inicialmente, o art. 10, corresponde a Liberdade de pensamento, a sua restrição, esta totalmente ligada ao artigo 52, n. 3 da Carta, já citado anteriormente, segundo o qual os direitos transpostos da CEDH (Carta Europeia de Direitos Humanos), como é o caso, tem o mesmo sentido e âmbito que aquela, ou seja, o artigo 9º n. 2 da CEDH⁶⁵⁷, faz uma restrição desta liberdade, estabelecendo condições e requisitos das medidas restritivas, para justificá-las.⁶⁵⁸ Sendo assim, tal regra é válida e será aplicada também para a Liberdade de pensamento, positivada na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Quanto ao art. 11, que trata da Liberdade de expressão, ante a tantos casos e dispositivos defendendo essa liberdade, a ordem jurídica da União Europeia possui catálogos de direitos fundamentais diversos, cuja compatibilização nem sempre se vê facilitada.⁶⁵⁹ Possui previsão também no CEDH em seu art. 10 n. 2.⁶⁶⁰ Resta prejudicada, pois possui um leque de lacunas a serem preenchidos.

No que diz respeito à manifestação de pensamento e liberdade de expressão, o Estado, ao mesmo tempo em que não proíbe ou impõe qualquer medida, em contrapartida também não fomenta qualquer obrigação positiva, em fazer ou intervir de alguma forma. A garantia da liberdade de pensamento e de expressão não inclui um direito ao apoio ou sustentação do poder público.⁶⁶¹

Torna-se perceptível que, em que pese, a carta criada tenha objetivo de proteção, porventura esteja criando uma falsa proteção de direitos, do que de fato tornando-os salvaguardados de maneira que não haja tanto impacto de um sentimento de impotência.

3 POSSIBILIDADE DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

Ante a exposição da pesquisa, até o momento, é possível perceber que os direitos fundamentais dos cidadãos europeus estão desgastados, mesmo com a criação da Carta dos Direitos Fundamentais. Sendo assim, a União Europeia, necessita tomar providências drásticas, para se reerguer.

A União Europeia constitui, pois, uma entidade autônoma, dotada de direitos soberanos e de uma ordem jurídica independente dos Estados-Membros que se impõe, quer aos Estados-Membros quer aos respectivos cidadãos nos domínios da competência da União Europeia.⁶⁶²

É importante destacar novamente que, a União Europeia possui características e formação singulares, e que ainda funções definas e pré determinadas, como já visto anteriormente. Mas o que vale ser questionado é em razão de uma possível constitucionalização da União Europeia, com a Carta dos Direitos Fundamentais.⁶⁶³

Muito se escreveu sobre o valor constitucionalizados dos Tratados comunitários, especialmente após a tentativa de aprovar o Tratado pelo qual se estabelece uma Constituição para a Europa, que derivou, finalmente, na adoção do Tratado de Lisboa, para o qual se transferiu a imensa maioria das regulações que se continham na falida Constituição Europeia.⁶⁶⁴

Percebe-se que o Tratado mencionado, não é formalmente uma Constituição adotada na prática, mas tão somente um conjunto de norma, com vínculo dos Estados-Membros.

É possível sair, de uma crise que se perdeu as rédeas e levantar-se mais forte, mas para isso, a União Europeia

que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.

657 2.A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf Acesso em: 20 fevereiro 2015.

658 *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coordenação de Alessandra Silveira e Mariana Canotilho. Almedina. 2013.

659 *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coordenação de Alessandra Silveira e Mariana Canotilho. Almedina. 2013.

660 O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

661 *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coordenação de Alessandra Silveira e Mariana Canotilho. Almedina. 2013.

662 BORCHARD. Klaus-Dieter. *ABC do direito da União Europeia*. Disponível em: <http://old.eur-lex.europa.eu/pt/editorial/abc.pdf> Acesso: 20 fevereiro 2015.

663 DIREITO. Sérgio Saraiva. *A carta dos direitos fundamentais e a sua relevância para a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/direito_carta_direitos_fundamentais.pdf Acesso em: 10 fevereiro 2015.

664 *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coordenação de Alessandra Silveira e Mariana Canotilho. Almedina. 2013.

deve se atentar pra algo novo, e definitivo. A Carta, “pode ser o instrumento ideal para se dar início a um processo de constitucionalização, diversos dos moldes tradicionais e afastado do paradigma do Estado moderno”.⁶⁶⁵ Personalidades⁶⁶⁶ dos mais distintos campos ideológicos, políticos, intelectuais ou sociais expressaram a sua visão fundamentado-a em juízos, valores e conjunturas.⁶⁶⁷

Parece que estamos ainda longe de atingir uma verdadeira consciência ético-jurídica europeia. No entanto, devem ser equacionadas fórmulas que permitam avançar para a federalização, sem que isso signifique perda da identidade política dos Estados. Assim se confirma que o caminho é ainda o da “unidade na diversidade”.

Todavia, é de suma importância, que o norteador de uma sociedade seja uma Constituição. É através dela, definida a estrutura do seu sistema político, isto é, a Constituição rege as relações dos membros da sociedade entre si e face ao todo fixa os objetivos comuns e define o processo a seguir para a adoção das decisões vinculativas.⁶⁶⁸

A carta é um documento dinâmico que necessariamente só irá ganhando via a medida que for interpretada, pensada, sentida e aperfeiçoada, ou como refere sugestivamente CHRISTOPHER McCRUDDEN, a carta deve ser encarada como “work in progress”⁶⁶⁹

Assim, para um garantia completa de direitos é preciso que a União Europeia evolua, além da Carta dos Direitos Humanos, resultando em uma sociedade política e juridicamente mais íntegra. No entanto, a carta acarreta mais questões e dúvidas, do que propriamente garante algum direito, esse balanço só terá resultado e respostas com o tempo de aplicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa, ao abordar um tema de tamanha complexidade, exige um estudo aprofundado dos direitos fundamentais e o impacto na vida do cidadão europeu, tendo em vista que, as decisões emanadas da União Europeia influenciam a realidade de todo o mundo.

Nesse cenário, a União Europeia, a partir da constatação de sua crise econômica, decorrente de uma série de cálculos não atingidos, adentrou em um mar de conseqüências devastadora. Muito se falou em economia, mas as garantias e os direitos fundamentais caíram no esquecimento. A população, no entanto, vendo-se prejudicada começou a dar indícios de desconfiança e descontentamento da formação de países. Para que o cenário não partisse para decadência, criou-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, um documento que visa garantir e resgatar a confiança dos cidadãos europeus.

É importante destacar que cada cidadão deixou de fazer parte apenas de sua localidade, mas também parte da União Europeia, em si, o que é fator determinante para que se interessem a respeito da ordem jurídica que faz parte do seu dia-a-dia, em que pese, o alcance seja de difícil compreensão.

Por esse motivo, a pesquisa em questão, possui relevância social, pois paulatinamente, os cidadãos começaram a ser atingidos pelas conseqüências, vendo seus direitos restringidos, diante de seus olhos, precisavam que o governo tomasse uma providência. Ainda deve-se destacar que envolve o exercício de outras liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão de manifestação de pensamento. A primeira não está devidamente assegurada sem a segunda, estando completamente ligadas.

Nesse sentido, como estímulo e importância, comprova-se que os direitos fundamentais são se tornam absolutos, pois com a evolução da sociedade, os direitos se moldam a realidade atual. E o mais importante, é que as pessoas se revestem de cidadãos com esses direitos e devem acompanhá-los.

665 DIREITO. Sérgio Saraiva. *A carta dos direitos fundamentais e a sua relevância para a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/direito_carta_direitos_fundamentais.pdf Acesso em: 10 fevereiro 2015

666 Destacam-se: Häbermas, Mancini, Hallstein.

667 DIREITO. Sérgio Saraiva. *A carta dos direitos fundamentais e a sua relevância para a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/direito_carta_direitos_fundamentais.pdf Acesso em: 10 fevereiro 2015.

668 BORCHARD. Klaus-Dieter. *ABC do direito da União Europeia*. Disponível em: <http://old.eur-lex.europa.eu/pt/editorial/abc.pdf> Acesso: 20 fevereiro 2015.

669 DIREITO. Sérgio Saraiva. *A carta dos direitos fundamentais e a sua relevância para a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia*. p. 45. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/direito_carta_direitos_fundamentais.pdf Acesso em: 10 fevereiro 2015.

Dessa maneira, a União Europeia, talvez esteja encaminhando-se para uma possível constitucionalização, meio suficientemente seguro para garantir direitos e reestruturar o sistema jurídico.

O assunto vem ganhando repercussão e destaque, em razão da União Europeia, poder adotar diretrizes, cujo o objetivo é procurar combater restrições injustificadas à liberdade de expressão e manifestação de pensamento e conseqüentemente promover a liberdade de um direito já adquirido, fará com que os cidadãos sintam-se protegidos.

Sendo assim, independente de qualquer situação, a União Europeia, obtém o conhecimento de que deveriam se mostrar acima de tudo, interessados em seus cidadãos e fazer valer a democracia que prezam.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 19.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p.187.

BORCHARD. Klaus-Dieter. *ABC do direito da União Europeia*. Disponível em: <http://old.eur-lex.europa.eu/pt/editorial/abc.pdf> Acesso: 20 fevereiro 2015.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/Carta%20Direitos%20Fundamentais.htm> Acesso em: 18 fevereiro 2015.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA COMENTADA. Coordenação de Alessandra Silveira e Mariana Canotilho. Almedina. 2013

DIREITO. Sérgio Saraiva. *A carta dos direitos fundamentais e a sua relevância para a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia*. p. 45. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/direito_carta_direitos_fundamentais.pdf Acesso em: 10 fevereiro 2015

LEITE, Eduardo deOliveira. *A monografia jurídica*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACIEL. Álvaro dos Santos. *O princípio do não-retrocesso social*. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1926>. Acesso em: 12 janeiro 2015.

MELO. Verônica Vaz de. *O sistema político democrático da União Europeia*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7007 Acesso em: 10 fevereiro 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisajurídica*. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

REDING. Viviane. Vice-Presidente da Comissão Europeia. *XXV Congresso da FIDE (Federação Internacional para o Direito Europeu)*. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_pt.htm#footnote-3 Acesso em: 9 fevereiro 2015.

REVISTA VEJA. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/perguntas-respostas/crise-europa.shtml> Acesso em: 11 fevereiro 2015.

RAFFAELLI, Rosa. *A carta dos direitos fundamentais*. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=F-TU_1.1.6.html Acesso em: 18 fevereiro 2015.

SIQUEIRA. Flávia Pollyana Dias. *A carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13493 Acesso: 11 fevereiro 2015.

SILVEIRA. Luis Henrique da. *A razão da crise na Europa*. Disponível em: <http://www.adjorisc.com.br/artigos/a-raz-o-da-crise-da-europa-1.1369159#.VNoHBSzzHfY> Acesso em: 10 fevereiro 2015.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.596.

UNIÃO EUROPEIA. *Observações sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da UE e o futuro da União Europeia*. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_pt.htm Acesso em: 11 fevereiro 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* http://ec.europa.eu/portugal/pdf/informa/publicacoes/carta_direitos_fundamentais_ue_brochura_2010_pt.pdf Acesso em: 9 fevereiro 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Informações de base sobre a União Europeia*. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/index_pt.htm Acesso em: 11 fevereiro 2015

CRIMINALIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

Fábio André Guaragni (orientador)⁶⁷⁰

Fabiane Cristina Santana⁶⁷¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Trabalho Infantil; 1.1 Conceito do Trabalho Infantil; 1.2 Trabalho Infantil e proteção integral; 1.3 O Trabalho Infantil na atualidade; 2. A função do Direito Penal e o seu caráter subsidiário; 2.1 A função do Direito Penal; 2.2 O caráter subsidiário do Direito Penal; 3. A criminalização da exploração do Trabalho Infantil; 3.1 A tutela penal da criança submetida ao trabalho; 3.2 A tutela extrapenal da criança submetida ao trabalho; 3.3 Há necessidade de alterar a atual mecânica de proteção penal?; 3.3.1 Há Bem Jurídico a Ser Protegido pelo Direito Penal no Trabalho Infantil?; 3.3.2 Se Há, os Demais Ramos Não São Suficientes?; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

INTRODUÇÃO

O trabalho infantil é um fato que a sociedade contemporânea vivencia e apesar de esforços a nível mundial não há uma perspectiva de completa erradicação por diversos fatores.

É um tema que vem preocupando o Brasil a partir da década 1990, devido ao fato de no cenário mundial ter sido apontado como um dos países com elevado índice de exploração desta mão de obra.

Muitas são as legislações que objetivam a proteção integral da criança, a própria Constituição da República garante o direito ao desenvolvimento biopsicossocial onde há previsão expressa da proibição do trabalho infantil.

Todavia, a legislação protetiva lastreada no princípio da proteção integral parece não estar sendo efetiva para a erradicação da exploração da mão de obra infantil. Desta forma, pretende-se, ainda que de maneira sucinta, analisar sobre a possibilidade de levar ao Direito Penal, enquanto *ultima ratio*, a necessidade (vantagem) de tipificação de uma conduta proibitiva desta atividade.

O artigo busca responder o questionamento: em que medida a função social do direito penal autoriza a criminalização da exploração do trabalho infantil e em que proporção caracteriza um instrumento eficaz de combate dessa prática?

O método utilizado para responder a esta problemática foi o dedutivo dialético partindo-se da análise sobre a função do direito penal no ordenamento jurídico bem como o próprio papel do Estado Democrático de Direito neste contexto do trabalho infantil.

1 TRABALHO INFANTIL

1.1 Conceito do Trabalho Infantil

Trabalho enquanto uma atividade com um determinado fim pode ou não ter uma contraprestação de cunho econômico, mas independentemente disto deve ser digno ao ser humano. O trabalho de um modo geral tem um propósito de servir como meio de subsistência do homem, o que por si só não justifica o trabalho infantil.

A Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, já demonstrava preocupação com o trabalho infantil, defendendo que somente deve ser realizado a partir do desenvolvimento físico, intelectual e moral, priorizando a educação.⁶⁷²

O trabalho infantil inicialmente pode ser entendido como todo e qualquer trabalho realizado por menores

670 Promotor de Justiça no Estado do Paraná, Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). Realizou ciclo Pós-Doutoral na Università degli Studi di Milano. É Professor de Direito Penal Econômico do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. É Professor de Direito Penal do UNICURITIBA, FEMPAR.

671 Advogada e fonoaudióloga. Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário-UNICURITIBA.

672 LEÃO XIII, Papa. *Carta Encíclica Rerum Novarum*: sobre a condição dos operários (1891). Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 07 jul. 2016, p.18.

de dezoito de anos. No entanto, o trabalho infantil proibido no Brasil se configura quando realizado por crianças e adolescentes com idade inferior a 16 anos, com exceção na condição de aprendiz aos 14 anos. Todavia este trabalho permitido obedece a critérios rígidos da legislação.

Inicialmente cumpre esclarecer que no Brasil a própria legislação faz uma classificação etária infantil. O Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁷³ no artigo 2º determina que criança é sujeito de zero a doze anos incompletos e conseqüentemente o adolescente compreende a faixa etária de doze anos até dezoito anos de idade.

Esta divisão tem como essência o respeito às fases de desenvolvimento infantil. Recentemente foi editada a Lei 13.257/2016⁶⁷⁴, que trouxe algumas alterações. Reconhece-se a importância da primeira infância, que se caracteriza do zero aos seis anos. Cada uma das três etapas que caracteriza a infância torna-se imprescindível para o desenvolvimento da criança, não podendo ser subtraída pelo trabalho infantil.

No presente trabalho ao ler-se o termo infantil deve ser entendido como a criança e o adolescente. A legislação sobre a proteção da criança e do adolescente é ampla no ordenamento jurídico, principalmente quanto a questão de trabalho infantil.

A Constituição da República de 1988 prevê proteção à criança e ao adolescente quanto aos direitos trabalhistas, vedando o trabalho infantil em condições perigosas ou insalubres, sendo que o trabalho pode ser realizado a partir de dezesseis anos, como uma exceção para trabalho aos quatorze sob condição de aprendiz.

A Consolidação da Leis Trabalhistas também reservou um capítulo para o trabalho infantil, disciplinando quais as permissões e restrições deste trabalho, bem como o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente também traz matéria afeta ao trabalho infantil.

Quanto as convenções internalizadas pelo ordenamento jurídico, no que tange a conceituação de criança tem-se a Convenção das Nações Unidas⁶⁷⁵ que entende criança como todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, não fazendo distinção entre fases de desenvolvimento. As Convenções da Organização Internacional do Trabalho, 138 e 182⁶⁷⁶, também conceituam criança como sendo os indivíduos menores de dezoito anos, sendo que a 182 faz ainda uma distinção entre criança e adolescente, sendo criança até quatorze ou quinze anos.

A imposição de limites para as restrições do trabalho infantil se impõe devido ao desenvolvimento em seus aspectos cognitivos, físicos e emocionais da criança e do adolescente. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente no PL 193/1989⁶⁷⁷ em sua justificativa aborda como um dos pilares básicos essa condição peculiar de desenvolvimento considerando imprescindível a proteção.

Mendelievich⁶⁷⁸ já afirmava em 1979 que as medidas protetivas legais são essenciais para preservação da saúde física e mental das crianças e adolescentes sendo reforçado pela própria assistência educacional. No Brasil a educação básica é obrigatória dos quatro aos dezessete anos de idade, conforme artigo 208 da Constituição da República.

Retomando o conceito de trabalho infantil, há algumas peculiaridades na legislação, apesar de ser unânime a idade de 18 anos como marco da vida adulta. O trabalho infantil será aquele realizado por crianças e adolescentes com idade inferior a 16 anos, com exceção aos 14 anos na condição de aprendiz, mas também, quando realizado

673 BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Seção 1, p. 13563. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8069-13-julho-1990-372211-norma-pl.html>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

674 O PL nº 6.998/2013 que originou esta lei, trouxe em sua justificativa a importância dos seis primeiros anos da infância que em que pese ser vasta a legislação sobre a matéria negligenciava aspectos educacionais, “dessa forma, esse projeto responde a relevância dos primeiros anos de formação humana, na constituição do sujeito e na construção das estruturas afetivas, sociais e cognitivas que são sustentação a toda a vida posterior da pessoa”. BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei 14 de 2015 da Câmara-nº 6.998/2013 na Casa de origem. *Diário [do] Senado Federal*. Poder Legislativo, Brasília, DF, v. 34, p. 64-121, 462p., 21 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=162207&tp=1>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

675 BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Coleção de Leis do Brasil*. Brasília, DF, v. 5, p. 3965, 1990. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99710-21-novembro-1990-342735-norma-pe.html>>. Acesso em 11 jul. 2016.

676 Estas convenções foram internalizadas através dos Decretos nº 4.134/2002 e 3.597/2000.

677 BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei 193 de 1989. *Diário [do] Congresso Nacional*, Poder Legislativo, Brasília, DF, seção II, v. 87, p. 3438-3457, 170p., 01 jul. 1989. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=5748&seqPaginaInicial=1&seqPaginaFinal=170>>. Acesso em 12 jul. 2016.

678 MENDELIEVICH, Elias. El trabajo de los niños. *Revista internacional del trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, vol. 98, nº 4, 1979. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09645/09645%281979-98-4%29465-477.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

entre 16 e 18 anos sob condições consideradas prejudiciais à saúde, à segurança ou à moral do adolescente.

Em que pese toda proteção jurídica do trabalho infantil, ele continua a ser explorado continuamente no Brasil.

1.2 Trabalho Infantil e proteção integral

O trabalho infantil na história da humanidade sempre existiu, mas em contextos diferenciados. A título exemplificativo pode-se citar o período de escravidão na Roma e Grécia antiga, no qual não havia distinção entre adultos e criança, sendo essa obrigada a trabalhar nas mesmas condições do adulto, isenta de qualquer proteção.⁶⁷⁹

Outro exemplo de trabalho infantil ocorria na Idade Média, quando vigia o sistema feudal. As crianças trabalhavam no campo em troca de proteção da família em condições de igualdade aos adultos. Na esfera urbana o trabalho infantil ocorria nas corporações de Ofício na qualidade de aprendizes na expectativa de se aprender um ofício.⁶⁸⁰

Todavia, a exploração do trabalho infantil nos moldes que interessa aqui, teve início no período da Revolução Industrial, de ascensão do capitalismo.

No período marcado pela Revolução Industrial com a passagem do serviço artesanal para a mecanização, em diversas situações as mulheres e crianças eram vistas como “dóceis e mais baratas” sendo preferidas principalmente nos engenhos de algodão ingleses.⁶⁸¹ Estes trabalhos eram realizados em condições insalubres e perigosas, chegando a causarem, inevitavelmente, danos irreparáveis provenientes de acidentes de trabalhos.

O período da Revolução Industrial era marcado pela não intervenção do Estado, ocorrendo a livre negociação entre empregadores e trabalhadores. Indubitavelmente diante destas liberdades surgiram problemas que afetavam a classe operária. No século XIX, surgem movimentos contestando o trabalho infantil, tendo em vista que concorriam com os trabalhadores adultos.⁶⁸²

Diante disto, surge a intervenção estatal para promoção de direitos sociais, visando a regulação das relações laborais, bem como a prestação de determinados serviços como por exemplo o educacional.

A Inglaterra no século XIX teve a iniciativa de criar as primeiras normas sociais de conteúdo protetivo do trabalhador, devido ao impacto provocado pela Revolução Industrial nessa classe operária.⁶⁸³

Apesar da intervenção do Estado não houve uma proibição do trabalho infantil inicialmente, e sim a fixação de alguns direitos no labor infantil. Aos poucos foi se reconhecendo a necessidade de proteção da criança e a consequente imposição de certas restrições ou vedação ao labor infantil, utilizando como parâmetro a faixa etária.

Conforme citado, a Igreja Católica através da Encíclica *Rerum Novarum*, demonstrava um apelo à proteção da criança, reconhecendo suas necessidades nos aspectos biológicos, psicológicos e consequente limitações para realização de trabalho de modo que não interferisse no desenvolvimento da criança.

As leis que visavam a proteção da criança sofreram muita resistência. Argumentavam a necessidade de manter o trabalho infantil precoce como um mecanismo de evitar o ingresso na marginalidade.⁶⁸⁴

Por força dos efeitos negativos no desenvolvimento infantil acarretados pelo trabalho surgem preocupações visando a proteção das crianças, ainda que contrariada pelos empregadores capitalistas.

Por fim, cabe mencionar que o primeiro ordenamento jurídico que elevou a nível constitucional a proteção da criança e adolescente foi a Constituição do México de 1917, vedando o trabalho para menores de 12 anos, bem

679 CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *O trabalho da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 26. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143343.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2016.

680 MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 15.

681 HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções*.: 1789 – 1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 36.

682 CARVALHO, 2010, p. 28.

683 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 43.

684 MINHARRO, op. cit., p. 21.

como fixando uma jornada de 6 horas diárias para os menores de 16 anos.⁶⁸⁵

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, proclamada pela ONU em 1959, tem-se como marco do reconhecimento da necessidade de proteção especial visando o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual. Em 1989 surge, também pela ONU, a Convenção dos Direitos da Criança, passando-se a adotar expressamente a proteção integral.⁶⁸⁶

No Brasil, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente tem origem na Constituição do 1988, conforme artigo 227. Antes vigia a doutrina da situação irregular, insculpida no Código de Menores em 1979. Esta fase não reconhecia direitos à criança e ao adolescente, limitava-se a atuação nos casos de risco “dos menores”.⁶⁸⁷

Para Nucci o princípio da proteção integral:

Significa que, além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes disporão de um plus, simbolizado pela completa e indisponível tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento.⁶⁸⁸

Por fim, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 com o propósito de efetivar o princípio da proteção integral da criança, incluindo-se a vedação do trabalho infantil.

1.3 O Trabalho Infantil na atualidade

Recentemente foram divulgados dados estatísticos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística—IBGE relativos a situação do trabalho infantil no Brasil, sendo que tais dados demonstram que houve um aumento do trabalho infantil. Constatou-se um aumento de 143 mil crianças e adolescentes a mais do que na avaliação do ano de 2013. Registrou-se ainda que totalizam 3,3 milhões de crianças nesta condição onde 60% situam-se nas regiões nordeste e sudeste, sendo que a maior concentração está no sul. A pesquisa abrange a faixa etária de 5 a 17 anos, onde predomina a atividade urbana com 69% e a rural com 31%.⁶⁸⁹

O trabalho infantil transcende as fronteiras do Brasil, trata-se de um problema globalizado que a OIT se refere como um problema econômico, social e principalmente de direitos humanos. A OIT combate o trabalho infantil ao lado do Brasil com a adoção de metas para sua erradicação e prevenção.

O Brasil ratificou as duas Convenções mais importantes sobre a proteção infantil, a Convenção nº 138, que cuida da idade mínima para admissão e a Convenção nº 182 sobre as piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. Diante disto, criou a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil – CONAETI, com o desafio de eliminar o trabalho infantil através da Portaria nº 356/2000, surgindo uma proposta de elaboração de um “Plano Nacional de Combate ao Trabalho Infantil”.

O trabalho infantil opõe-se até mesmo a proposta de trabalho decente, além de privar um pleno desenvolvimento infantil acarreta reflexos econômicos na vida deste cidadão. A OIT em 2005 constatou, com base nos dados fornecidos através do PNAD, que o trabalho infantil, de forma geral, resulta uma menor renda na vida adulta desta criança sendo proporcional a sua inserção precoce ao mercado de trabalho⁶⁹⁰.

A legislação protetiva infantil, quanto à proibição do trabalho, ainda está no patamar de baixa concreção. Brito Filho defende que “implementar programas que permitam uma proteção integral da criança, então, é objetivo do Estado, não podendo ser vista essa implementação como opção, mas como exigência”⁶⁹¹.

685 CARVALHO, 2010, p. 33.

686 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54-55.

687 MACIEL, 2015, p. 56.

688 NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.

689 FUNDAÇÃO ABRINQ. *Cenário da infância e da adolescência no Brasil 2016*. São Paulo: Cocktail Gráfica e Editora, 60p., 2016, p. 26. Disponível em: <https://issuu.com/fundacaoabrinq/docs/cenario-brasil_2016/1?e=1318170/34682622>. Acesso em: 13 jul. 2016.

690 OIT, Organização Internacional do Trabalho. *Perfil do trabalho decente no Brasil*. Brasília e Genebra, 74p, 2009, p. 27. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/pub/perfil_do_trabalho_decente_301.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2016.

691 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho—trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 143.

Imprescindível é combater a causa do trabalho infantil, ou seja, a pobreza, onde a busca pelo trabalho gera uma expectativa de retirar-se do estado de miserabilidade. Outro fato que contribui para o trabalho deriva do próprio fenômeno da globalização⁶⁹² capitalista, que gera competições acirradas visando lucro e para isso prefere-se mão-de-obra barata, quer dizer, a infantil.

A globalização, movida pelo lucro, acaba desencadeando um mercado informal de trabalho através das terceirizações e flexibilizações da legislação trabalhista, abarcando a mão-de-obra infantil. Erotilde Minharro chama atenção para este fato afirmando:

Muitas indústrias terceirizam suas atividades, contratando fábricas que, para diminuir custos, admitem trabalhadores infante-juvenis para fazerem o acabamento dos produtos. Essas crianças estão à margem do sistema trabalhista formal e exercem suas atividades laborativas sem limites de horário e em condições precárias. Outras vezes são os genitores que, contratados pelas empresas para realizarem trabalhos em domicílio, arregimentam seus próprios filhos na consecução do serviço, tirando-as da escola e deixando-os sem tempo de exercerem até atividades próprias de sua tenra idade. Assiste-se a crise do Estado provedor, como os governos pregando o neoliberalismo e desregulamentação das relações de emprego.⁶⁹³

A pobreza e a globalização jamais poderão ser justificativas permissivas e/ou razoáveis para justificar o trabalho infantil, a primeira calcada na sobrevivência do ser humano e a segunda na sobrevivência do sistema capitalista. Faz-se necessário avaliar os métodos atuais para contenção desta exploração.

O trabalho infantil é um fato que confronta todo o ordenamento jurídico protetivo da criança e do adolescente. Desta forma, parece oportuno fazer breves conjecturas sobre a necessidade de criação de mais legislação afeta à matéria, especificamente na área penal, como uma possível ferramenta de erradicação do trabalho infantil.

2 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E O SEU CARÁTER SUBSIDIÁRIO

2.1 A função do Direito Penal

Toda sociedade humana se compõe de grupos sociais, onde o homem está em constante interação social, no entanto, a convivência tende a gerar conflitos entre si. Estes conflitos nem sempre são resolvidos de forma pacífica necessitando algumas vezes da intervenção de terceiro, neste caso o Estado.

Estes conflitos podem ser de elevada gravidade, que demandem uma solução punitiva. De acordo com Zaffaroni⁶⁹⁴, a solução de um conflito pode envolver quatro reações: punitiva, reparatória, terapêutica e conciliatória, destacando que as ações conflitivas selecionadas para a punição institucionalizada não poderão ser solucionadas por outra via.

Esse controle social está sob a responsabilidade do sistema penal, na qual o direito penal faz parte. O sistema penal pode ser resumido como o controle social punitivo institucionalizado⁶⁹⁵. O poder estatal se manifesta intervindo diretamente na sociedade, restringindo certa liberdade civil como meio de proporcionar segurança jurídica.

O direito penal integra o sistema penal, desta forma também cumpre algumas funções que podem ser segurança jurídica ou defesa social. Para Ferrajoli⁶⁹⁶ o direito penal apresenta como objetivo geral a minimização da violência na sociedade, tendo uma dupla finalidade preventiva, evitar o delito e a vingança enquanto exercício das próprias razões.

E em ambos os casos, a força é arbitrária e incondicionada não apenas, como é óbvio, na ofensa, mas, também,

692 De acordo com Boaventura globalização “trata-se de um processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e de comunicação, da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas como emigrantes, turistas ou refugiados, ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos de consumo globalizado”. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A globalização e as ciências sociais*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 11.

693 MINHARRO, 2003, p. 39.

694 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 60-61.

695 “que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia geral de sistema penal em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juizes, promotores e funcionários e da execução penal.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, p. 69.)

696 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al., 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 311.

na vingança, que é, por natureza, incerta, desproporcional, desregulada, e, às vezes, dirigida contra um inocente. A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo através de sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam.⁶⁹⁷

A razão do sistema penal deve estar fundamentada sob uma justificação (ou legitimação externa) e uma legitimação interna, onde a legitimação externa seriam os princípios normativos que são externos ao direito positivo, ou seja, metajurídicos, enquanto que a legitimação interna os princípios normativos internos ao direito.⁶⁹⁸

Claus Roxin, defende que a função social do direito penal consiste em garantir uma convivência pacífica, livre e segura entre os cidadãos, desde que não haja outro instrumento político-social menos gravoso. Defende a legitimidade do direito penal a partir de um pensamento jurídico-racional que deve ser adotado pelo Estado Democrático de Direito sempre mantendo as garantias de todos os direitos humanos.⁶⁹⁹

Apesar de Ferrajoli propor um método garantista e Roxin um método funcionalista e o direito pátrio seguir o método finalista, a função do direito penal é política e unânime enquanto um instrumento de controle social, buscando a segurança jurídica e a defesa social e sempre com a preocupação de limitar o poder arbitrário estatal.

As normas de direito penal devem proteger os bens jurídicos que foram selecionados com base em uma política-criminal tendo em vista seu caráter de essencialidade que justificam esta intervenção jurídico-penal.

2.2 O caráter subsidiário do Direito Penal

A Constituição da República ao constituir-se em um Estado Democrático trouxe seus princípios e objetivos, no qual importa mencionar o da dignidade da pessoa humana e de um propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária. A liberdade e dignidade da pessoa humana são direitos fundamentais que norteiam o ordenamento jurídico bem como limitam a atuação arbitrária estatal.

A regra então é a liberdade, sendo a exceção sua privação. O direito penal enquanto um ramo do ordenamento jurídico apresenta-se como o instrumento repressor objetivando o controle social, sendo relevante e necessário para a sociedade.

A liberdade enquanto preceito fundamental poderá ser relativizada quando ocorrer interesse público constitucionalmente relevante exigível perante a coletividade, quando a medida se faz necessária para preservação dos valores democrático.⁷⁰⁰

A questão a ser feita refere-se ao momento em que ele deve ser invocado. A intervenção jurídica penal representa uma violação aos direitos humanos, sendo que só se justifica quando não houver outro ramo do direito com eficácia para proteger os bens jurídicos relevantes para a sociedade.

O direito penal apenas deve atuar quando for estritamente necessário, isto se deve ao próprio princípio da subsidiariedade, também chamado como *ultima ratio*. De acordo com Mir Puig⁷⁰¹, este princípio defende que outros mecanismos, além de menos lesivo para o cidadão podem ser mais eficazes para a proteção da sociedade.

Acrescenta-se ainda o caráter fragmentário do direito penal que advém do subsidiário, pois, a proteção aos bens jurídicos não ocorre de forma indistinta, selecionam-se as agressões dotadas de elevada gravidade caracterizando-as como um injusto penal. Mir Puig⁷⁰² afirma que cabe ao direito penal selecionar as condutas lesivas aos

697 FERRAJOLI, 2014, p. 311.

698 FERRAJOLI, 2014, p. 201.

699 ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15.

700 QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 25.

701 “[...] derecho penal como *ultima ratio* – parte de que la pena y medida de seguridad en los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico. Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del derecho penal, menos lesivos que éstos para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para protección de la sociedad. Ante a presencia de estos otros medios, el principio rector debe ser que no está justificado un recurso, más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves.” (MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2 ed. Montevideo – Argentina: B de F, 2003, p. 109)

702 “[...] el *ius puniendi* há de ejecerse en la medida exigida por la protección de la sociedad, es llamado carácter fragmentario dele derecho penal. Significa que ele

bens jurídicos elegendo as modalidades perigosas, cita como exemplo a proteção à propriedade que apenas interessa ao direito penal quando realizada em modalidade violenta ou fraudulenta. A proteção dos bens jurídicos deve ser proporcional a lesividade para autorizar a tutela penal.

Ao direito penal não cabe tutelar determinados bens jurídicos a partir de uma avaliação moral da conduta. No entendimento de Ferrajoli não cabe ao Estado interferir na personalidade do réu.

O Estado, além de não ter o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar, etc. – a personalidade dos réus. O cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o direito de ser internamente ruim e de permanecer aquilo que é.⁷⁰³

Apesar do caráter subsidiário vivencia-se um excesso de criminalização com expectativa deste resolver todos os conflitos sociais e conseqüente diminuição da violência, trazendo assim segurança para a sociedade. O próprio clamor da mídia contribui para a criminalização desenfreada. No entanto este desvirtuamento do direito penal torna-se simbólico por não conseguir efetividade. Roxin⁷⁰⁴ aponta que tipos penais simbólicos são leis desnecessárias para o controle social, que na verdade buscam fins diversos, como um conforto ao eleitor ou até mesmo uma situação que favoreça o próprio Estado.

Considerando a função e o caráter subsidiário do direito penal, faz-se necessário analisar quanto a uma possibilidade ou não de criminalização da exploração do trabalho infantil bem como discutir o enquadramento do bem jurídico.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

3.1 A tutela penal da criança submetida ao trabalho

Precipuamente faz-se necessário conceituar bem jurídico. De acordo com Zaffaroni “são os direitos que temos de dispor de certos objetos”⁷⁰⁵. O bem jurídico penalmente tutelado seria a relação de disponibilidade do ser humano com algo e que dada sua relevância são selecionadas pelo Estado para a devida proteção no caso de serem afetados.⁷⁰⁶

Claus Roxin, desenvolve o conceito de bem jurídico a partir da função do direito penal:

Podem-se definir bens jurídicos como circunstâncias reais dados ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferença entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário.⁷⁰⁷

O bem jurídico fundamenta o direito penal. Partindo disso, imprescindível analisar se a exploração do trabalho infantil afeta algum bem jurídico que seja penalmente tutelado, como por exemplo: a liberdade individual e/ou a organização do trabalho.

Partindo-se do conceito de trabalho infantil, talvez o bem jurídico afetado seja a liberdade individual. Pois, se considerarmos sob o próprio crivo do direito civil⁷⁰⁸, a criança e o adolescente não detêm capacidade civil para anuir um contrato de trabalho, acarretando um contrato nulo. No direito do trabalho, isso também se confirma pelo

derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, para poner un ejemplo expresivo, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como la apropiación sub-repticia, violenta o fraudulenta. (MIR PUIG, 2003, p. 110.)

703 FERRAJOLI, 2014, p. 208-209.

704 ROXIN, 2009, p. 24.

705 ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 403.

706 ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 403.

707 ROXIN, 2009, p. 18-19.

708 Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I–agente capaz; II–objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III–forma prescrita ou não defesa em lei.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I–celebrado por pessoa absolutamente incapaz. (BRASIL. Lei 10.406 de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, seção I, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-norma-pl.html>>. Acesso em: 21 jul. 2016).

artigo 9º da CLT, ao determinar como nulos todos os atos que desvirtuem, impeçam ou visem fraudar a aplicação dos preceitos da própria CLT.

Entretanto, em que pese se tratar de um contrato nulo, tem-se reconhecido determinados efeitos ao contrato. Um dos motivos é a impossibilidade de restituir a mão-de-obra despendida pelo obreiro, ainda que criança ou adolescente, principalmente pelo próprio fundamento da Constituição da República e princípio da ordem econômica de valorização do trabalho humano.

Esse vício de consentimento, ao ser transportado para o direito penal, poderia sugerir o crime de redução à condição análoga a de escravo, artigo 149 do Código Penal. Esse crime pode ser realizado através de quatro modos de execução: trabalho forçado, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho ou restrição da locomoção em virtude de dívida contraída com o empregador ou preposto.

O bem jurídico tutelado é a liberdade individual, em que pese o reconhecimento do Superior Tribunal Federal de que o crime vai além da liberdade, ofendendo à “organização do trabalho”⁷⁰⁹.

Retomando o vício de consentimento da criança e do adolescente em conjunto com a vedação do trabalho infantil, sugere-se que a prática desse crime se configuraria pelo trabalho forçado. De acordo com Haddad⁷¹⁰ a “liberdade” é a nota característica para definição do trabalho forçado. Quando há ausência de vontade do trabalhador tanto de aceitar como de interromper o trabalho, dá-se o trabalho forçado.

No entanto, a OIT apresenta uma definição de trabalho forçado através da Convenção nº 29 da OIT: “[...] a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”⁷¹¹.

Desta forma, fica prejudicada a interpretação de que a mera submissão da criança e do adolescente ao trabalho possa caracterizar o crime diante da exigência de uma coação.

Acrescenta-se ainda que o próprio tipo penal prevê como causa de aumento quando perpetrado contra criança e adolescente. Porém, o tipo não se prende com o ato de contratação das crianças e adolescentes diante da proibição integral do trabalho.

Dito isto, não há previsão legal criminalizando o trabalho infantil, ainda que vedado pelo ordenamento jurídico, bem como diante da previsão da proteção integral da criança e do adolescente.

3.2 A Tutela Extrapenal da criança submetida ao trabalho

Antes de discutir sobre a necessidade de criminalizar o trabalho infantil, convém abordar quais os atuais mecanismos de combate ao trabalho infantil, tendo em vista princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

A CLT prevê, no artigo 434 a imposição de multa administrativa no caso de infração aos preceitos sobre o trabalho infantil, sendo o valor da multa de um salário mínimo para cada criança e adolescente empregados, limitando-se a cinco vezes o salário mínimo e, no caso de reincidência o total poderá ser dobrado.

No ECA, não há previsão específica de sanções quanto ao trabalho infantil. Apenas genericamente por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente.

709 RE 459.510: “Recurso extraordinário. Constitucional. Penal. Processual Penal. Competência. Redução a condição análoga à de escravo. Conduta tipificada no art. 149 do Código Penal. Crime contra a organização do trabalho. Competência da Justiça Federal. Artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal. Conhecimento e provimento do recurso.

1. O bem jurídico objeto de tutela pelo art. 149 do Código Penal vai além da liberdade individual, já que a prática da conduta em questão acaba por vilipendiar outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente como a dignidade da pessoa humana, os direitos trabalhistas e previdenciários, indistintamente considerados.

2. A referida conduta acaba por frustrar os direitos assegurados pela lei trabalhista, atingindo, sobretudo, a organização do trabalho, que visa exatamente a consubstanciar o sistema social trazido pela Constituição Federal em seus arts. 7º e 8º, em conjunto com os postulados do art. 5º, cujo escopo, evidentemente, é proteger o trabalhador em todos os sentidos, evitando a usurpação de sua força de trabalho de forma vil. 3. É dever do Estado (lato sensu) proteger a atividade laboral do trabalhador por meio de sua organização social e trabalhista, bem como zelar pelo respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III).”(BRASIL. Superior Tribunal Federal. RE 459.510/MT. Relator: Ministro Cezar Peluso, data de julgamento: 26.11.2015, plenário).

710 HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Aspectos penais do trabalho escravo. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas. Ano 50, n. 197, jan./mar., 2013, p.58.

711 A Convenção foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 41.721 de abril de 1958. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

O combate do trabalho infantil é realizado através de fiscalizações da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, do Conselho Tutelar, do Juizado de Menores e do Ministério Público Estadual e do Trabalho⁷¹² que, por sua vez, realiza inicialmente uma intervenção amistosa.

A fiscalização realizada pelos Auditores Ficiais do Trabalho segue as diretrizes da instrução normativa nº 77, do Ministério do Trabalho e Emprego. O procedimento determina que seja lavrado auto de infração (multa art. 434 CLT) bem como encaminha um termo de pedido de providência ao Conselho Tutelar e à Secretaria de Assistência Social, ao Ministério Público Estadual e à Procuradoria Regional do Ministério Público do Trabalho.

O Ministério Público inicialmente realiza um Termo de Ajuste de Conduta, cujo descumprimento importará em multa e no ajuizamento da ação civil pública sobre o fundamento de proteção integral da criança e do adolescente.⁷¹³

A tutela resume-se a uma composição pecuniária, iniciando-se com uma multa de baixo valor, conforme determina a CLT, podendo ou não suscitar o ajuizamento de ações coletiva ou individual, gerando possíveis indenizações por dano moral.

3.3 Há necessidade de alterar a atual mecânica de proteção penal?

3.3.1 Há bem jurídico a ser protegido pelo direito penal no trabalho infantil?

Ainda que seja possível defender que o trabalho infantil ofende a liberdade individual da criança e do adolescente, de fato – se há bem jurídico –, esse transcende o interesse individual, devendo ser considerado como um bem jurídico coletivo, pois afeta a coletividade dentro da esfera laboral.

Segundo Terradillos Basoco, o direito penal do trabalho apresenta como bem jurídico não o trabalhador considerado na sua singularidade, mas sim a mão de obra enquanto titular de tais direitos difusos ou coletivos.⁷¹⁴

Neste sentido, o bem jurídico denomina-se “organização do trabalho”. Tem como destinatário protetivo a coletividade de trabalhadores. Esta tutela penal fundamenta-se a partir dos direitos fundamentais sociais, ao lado dos princípios da ordem econômica que garantem a proteção aos trabalhadores.

A organização do trabalho, ao proteger a coletividade de trabalhadores, objetiva a garantia de que o desenvolvimento econômico capitalista ocorra num ambiente saudável, com diminuição de desigualdades socioeconômicas e desta forma reflete no trabalho infantil tornando-se um possível instrumento de combate na sua erradicação se assim tipificado penalmente.

Em que pese, as afirmações de que a organização do trabalho protege os trabalhadores na coletividade, não corresponde ao conjunto de tipificações do Código Penal vigente. De acordo com Guaragni, há uma reunião de crimes que envolvem relações laborais de forma generalizada, onde ora se tem como destinatário o próprio empregador, ora empregado e até o mesmo o Estado⁷¹⁵.

No presente trabalho compactua-se com entendimento do bem jurídico-penal organização do trabalho como exclusivamente protetivo dos trabalhadores na coletividade. Este bem jurídico englobaria os demais bens jurídicos afetos, como por exemplo a saúde do trabalhador e a barreira etária da exploração do trabalho.

3.3.2 Se há, os demais ramos não são suficientes?

Os mecanismos de combate citados atuam com uma abordagem “repressiva”. Contudo existem diversos

712 “Em regra, o Promotor de Justiça atua prioritariamente na responsabilização civil e criminal dos pais, responsáveis e terceiros, enquanto que o Procurador do Trabalho promove a responsabilização trabalhista e civil dos beneficiários do trabalho da criança e do adolescente (empregador; intermediário; explorador)”. (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. *Manual de atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil*. Brasília: CNMP, 2013, p. 71. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/manual_erradicacao_trab_infantil.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2016).

713 MINHARRO, 2003, p. 97.

714 “No se protege a los trabajadores em cuanto individuos necesitados de ayuda, sino la ‘fuerza de trabajo’ como titular de esos ‘intereses difusos o colectivos’ que coinciden con el desarrollo de um determinado orden econômico y social.” (TERRADILLOS BASOCO, Juan M. Derecho penal del trabajo. *Revista penal*. Madrid, v. 1, p. 77-90, 1997, p. 2.)

715 GUARAGNI, Fábio André. *Organização do trabalho: contornos atuais do bem jurídico-penal*. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Direito penal do trabalho: reflexões atuais*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 131-153, p. 134.

programas que atuam auxiliando a erradicação do trabalho infantil, como por exemplo o Projeto PETI (Programa de Erradicação do Trabalho Infantil) da Fundação ABRINQ.

O PETI é um programa do Governo Federal que foi implantado especificamente para erradicar o trabalho infantil de crianças e adolescentes menores de 16 anos, bem como objetiva garantir que estes frequentem o sistema educacional. Este programa do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome se desenvolve em parceria a governos estaduais, municipais e sociedade civil. A Portaria nº 2.917 do MPAS estabelece as diretrizes e normas do programa.

A Fundação ABRINQ – Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos, criada oficialmente em 1990, é uma organização sem fins lucrativos. Surgiu com o propósito de promover a defesa dos direitos de crianças e adolescentes, engajando-se a seguir na erradicação do trabalho infantil, tendo o reconhecimento pela própria OIT nesta atuação preventiva.

Estes programas indiscutivelmente têm demonstrado uma verdadeira preocupação e atuação no combate do trabalho infantil. Porém, as estatísticas ainda mostram que o número de crianças e adolescentes inseridas no mercado de trabalho está longe de ser erradicado.

A dúvida sobre a necessidade de criminalização do trabalho infantil persiste quanto a sua possível eficácia nesta erradicação. O assunto sobre esta criminalização já está sendo debatido, existindo dois projetos de lei em tramitação, um na Câmara e outro no Senado.

O primeiro projeto sobre a matéria é o PL nº 3.358 de 2012, de autoria do Deputado Arnaldo Jordy que propõe tipificar o crime de exploração de mão de obra infanto-juvenil, acrescentando o artigo 207-A no Código Penal:

207-A. Contratar trabalhador menor de quatorze anos ou, na hipótese de atividades artísticas, publicitárias e desportivas, sem a respectiva licença concedida pela autoridade judiciária competente.

Pena – detenção de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem contratar trabalhador menor mediante fraude ou simulação do contrato de aprendizagem, ou sem observância das normas tutelares do trabalho do menos, estabelecidas na Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943, e na Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).⁷¹⁶

Na justificação do PL, traz-se a informação que, na década do 80, o Brasil foi reconhecido como um dos países com alto índice de desigualdade econômica e com maior injustiça social, sendo o trabalho infantil também retratado dentro deste quadro. Acrescenta ainda que o país tem adotado diversas medidas tanto na esfera de políticas públicas como na legislação pela própria proibição do trabalho, mas diante da complexidade do problema emerge a necessidade da atuação da esfera penal.⁷¹⁷

O segundo projeto é o PL nº 53 de 2016, de autoria do Senador Marcelo Crivella que também propõe tipificar o crime de exploração de trabalho infantil, acrescentando o artigo 244-C no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 244-C. Aliciar, instigar, submeter, coagir ou constranger criança ou adolescente a exercer trabalho ou ofício nas hipóteses vedadas por lei ou pela Constituição Federal, ou sem autorização da autoridade competente:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

§ 1º Aplica-se a pena do caput àquele que permite o exercício de trabalho ilegal de criança e adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

§ 2º O empregador ou o responsável pelo estabelecimento rural, comercial ou industrial que explorar o trabalho ilegal de criança e adolescente ficará sujeito, além da pena estabelecida no caput, à interdição do estabelecimento e, em caso de reincidência, à cassação do registro de licença do estabelecimento ou de atividade.⁷¹⁸

Neste projeto a justificativa enfatiza o crescimento do trabalho infantil no país no ano de 2014, relatando que de

716 BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.358 de 2012. *Diário [da] Câmara [dos] Deputados*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 08 mar. 2012. p. 05844. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD08MAR2012.pdf#page=256>>. Acesso em 30 jul. 2016.

717 PL nº 3.358/2012.

718 BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 53 de 2016. *Diário [do] Congresso Nacional*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 fev. 2016, v. 14, 400p., p. 177-179. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124919>>. Acesso em 30 jul. 2016.

acordo com as estatísticas houve 9,3% de crescimento em relação ao ano de 2013. Além da responsabilidade inculpada na Constituição da República como obrigatoriedade de todos a proteção da criança, invoca o compromisso do Brasil firmado através da Convenção sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação. Cabe ao país signatário adotar as medidas necessárias incluindo, a instituição e aplicação de sanções penais.⁷¹⁹

Comparando-se os dois projetos de lei, observa-se que o segundo além de propor uma pena de maior gravidade, de reclusão, enquanto a primeira é de detenção, penaliza também o responsável legal pela criança ou adolescente.

A questão crucial que se busca resposta: criminalizar acabaria com o trabalho infantil? Ou melhor, resolveria a causa de origem do trabalho infantil?

Parece que a busca da erradicação pela criminalização não ataca a verdadeira causa do trabalho infantil. Atribuir ao processo de globalização ser um dos fatores determinantes do labor da criança e do adolescente não corresponde à realidade dos fatos. O capitalismo⁷²⁰ e a globalização, indiscutivelmente, insaciáveis pela busca do lucro, contribuem ao buscarem mão de obra barata como é o caso da infanto-juvenil. Todavia não são a única causa de origem do problema.

A mão de obra encontra-se no mercado devido à falta de condição mínima de subsistência destas famílias, apesar da Constituição da República defender a proteção de uma vida digna a todo povo brasileiro. A proteção integral da criança e do adolescente ocorre apenas na esfera formal, ou seja, não se materializa como previsto.

A insuficiência de políticas públicas é a principal causa desta exploração do trabalho infanto-juvenil. Ao criminalizar-se tais condutas, não se solucionará o problema da miséria que assola estas famílias. Cabe ao Estado Democrático de Direito assumir sua responsabilidade e efetivar compulsoriamente a proteção da criança e do adolescente, garantindo as condições mínimas de subsistência com dignidade.

A OIT defende o compromisso político que cabe aos governos na defesa do trabalho infantil, através “de um conjunto de políticas coerentes que contribuam para a aplicação da legislação sobre o trabalho infantil, a qual deve incluir uma educação de boa qualidade, proteção social e trabalho digno para os pais”⁷²¹.

O próprio projeto de lei do Senado ao propor penalizar o próprio responsável legal da criança ou adolescente que permitiu o trabalho não se demonstra razoável, pois, ao aprisionar o principal provedor da família, causará ainda mais prejuízo não somente sob o aspecto financeiro, mas também pelo emocional e social, desestabilizando a estrutura familiar essencial ao desenvolvimento saudável.

O Direito Penal somente deve ser acionado como *ultima ratio*, no caso de outras esferas terem sido falhas. O próprio Direito Administrativo deve ser explorado sob o aspecto financeiro, criando muitas proporcionais à lesividade que o trabalho infantil provoca na criança e ao adolescente. Esta atuação também objetiva a proteção ao bem jurídico da organização do trabalho, garantindo a efetividade dos direitos sociais laborais à coletividade dos trabalhadores que, no caso do trabalho infantil, são suprimidos.

De certa forma o Direito Penal já penaliza os casos de maior gravidade na exploração do trabalho infantil, como nas situações em que ocorrer trabalho forçado, ou condições degradantes e até mesmo jornada exaustiva, através da tipificação do artigo 149 do CP, além de outros tipos, como lesões corporais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho infantil é um tema que tem trazido muitos debates ao Brasil devido ao seu alto índice.

719 BRASIL. PL 56 de 2016.

720 Neste sentido Bauman defende o capitalismo como um sistema parasitário. “Como todos os parasitas, pode prosperar durante certo período, desde que encontre um organismo ainda não explorado que lhe forneça alimento. Mas não pode fazer isso sem prejudicar o hospedeiro, destruindo assim, cedo ou tarde, as condições de sua prosperidade ou mesmo de sua sobrevivência. [...]a força do capitalismo está na extraordinária engenhosidade com que busca e descobre novas espécies hospedeiras sempre que as espécies anteriormente exploradas se tornam escassas ou se extinguem. E também no oportunismo e na rapidez, dignos de um vírus, com que se adapta às idiossincrasias de seus novos pastos.” (BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 6-7). Desta forma a criança sem as condições de subsistência acaba sendo o hospedeiro da vez.

721 OIT. *Acabar com o trabalho infantil nas cadeias produtivas é dever de todos*. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_488836/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

Indiscutivelmente, observa-se que o Estado tem buscado algumas soluções para erradicação desta exploração. No entanto, ainda não são dotadas de plena eficácia.

Os mecanismos de combate do trabalho infantil realizados pelas esferas trabalhista, administrativa e civil, tem-se demonstrado insuficientes. O valor das multas, conforme determina a CLT, são ineficazes para coibir esta prática. A atuação do Ministério Público ao condicionar a imposição da multa apenas se desobedecido os termos de ajustamento também não tem servido como instrumento inibitório eficaz.

O recente aumento do trabalho infantil no Brasil tem motivado discussões sobre a necessidade de buscar auxílio no Direito Penal. Atualmente estão tramitando dois projetos de lei com proposta para criminalizar o trabalho infantil.

A intervenção do Direito Penal enquanto *ultima ratio*, somente terá legitimidade para atuar quando as demais áreas restarem insuficientes para combater o trabalho infantil. Apesar dos atuais mecanismos não estejam erradicando o trabalho, não há impedimento para uma reestruturação dos instrumentos de combate, como por exemplo o aumento do valor da multa, a interdição da atividade empresarial.

Desta forma, torna-se essencial que o Direito Administrativo intensifique seus mecanismos, afim de inibir a conduta de contratação da mão de obra infantil.

A questão a ser respondida, legitimando a atuação do Direito Penal, seria de que forma contribuirá efetivamente para promoção da proteção integral da criança e do adolescente e como afeta a causa do trabalho infantil, ou seja, a miserabilidade?

Imprescindível é lembrar o dever de o Estado Democrático de Direito de garantir um mínimo de dignidade ao desenvolvimento da criança e do adolescente. Desta forma, conclui-se que se deve exigir uma atuação mais eficaz do governo, através de políticas públicas que garantam o desenvolvimento biológico, psicológico e social da criança e do adolescente de modo que esses não necessitem se submeter ao trabalho para sua subsistência.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Seção 1, p. 13563. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8069-13-julho-1990-372211-norma-pl.html>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Coleção de Leis do Brasil*, Brasília, DF, v. 5, p. 3965, 1990. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99710-21-novembro-1990-342735-norma-pe.html>>. Acesso em 11 jul. 2016.

BRASIL. Decreto nº 41.721 de 25 de junho de 1957. Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de números 11, 12, 13, 14, 26, 29, 81, 88, 89, 95, 99, 100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 jun. 1957. Seção 1, p. 16.338. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-41721-25-junho-1957-380507-norma-pe.html>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, seção I, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-norma-pl.html>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 193 de 1989. *Diário [do] Congresso Nacional*, Poder Legislativo, Brasília, DF, seção II, v. 87, 170 p., 01 jul. 1989. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=5748&seqPaginaInicial=1&seqPaginaFinal=170>>. Acesso em 12 jul. 2016.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.358 de 2012. *Diário [da] Câmara [dos] Deputados*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 08 mar. 2012. p. 05844. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD08MAR2012.pdf#page=256>>. Acesso em 30 jul. 2016.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei 14 de 2015 da Câmara—nº 6.998/2013 na Casa de origem. *Diário [do] Senado Federal*, Poder Legislativo, Brasília, DF, v. 34, p. 64-121, 462p., 21 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=162207&tp=1>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 53 de 2016. *Diário [do] Congresso Nacional*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 fev. 2016, v. 14, 400p., p. 177-179. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124919>>. Acesso em 30 jul. 2016.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho—trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.

CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *O trabalho da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/>>

arqs/cp143343.pdf>. Acesso em 20 jul. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al., 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ, Fernando Bastos; ARAUJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de; MARQUES JÚNIOR, William Paiva (Org.). *Direitos fundamentais sociais na contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2014.

FUNDAÇÃO ABRINQ. Cenário da infância e da adolescência no Brasil 2016. São Paulo: Cocktail Gráfica e Editora, 60p., 2016. Disponível em: https://issuu.com/fundacaoabrinq/docs/cenario-brasil_2016/1?e=1318170/34682622. Acesso em: 13 jul. 2016.

GUARAGNI, Fábio André. *Organização do trabalho: contornos atuais do bem jurídico-penal*. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Direito penal do trabalho: reflexões atuais*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 131-153.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Aspectos penais do trabalho escravo. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas. Ano 50, n. 197, jan./mar., 2013

HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções: 1789 – 1848*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007

LEÃO XIII, Papa. *Carta Encíclica Rerum Novarum*: sobre a condição dos operários (1891). Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 07 jul. 2016.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. *Manual de atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil*. Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/manual_erradicacao_trab_infantil.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2016.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDELIEVICH, Elias. El trabajo de los niños. *Revista internacional del trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, vol. 98, nº 4, 1979. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09645/09645%281979-98-4%29465-477.pdf>>. acesso em: 13 jul. 2016.

MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2 ed. Montevideo – Argentina: B de F, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

OIT, Organização Internacional do Trabalho. *Perfil do trabalho decente no Brasil*. Brasília e Genebra, 74p, 2009, p. 27. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/pub/perfil_do_trabalho_decente_301.pdf> Acesso em: 13 jul. 2016

OIT. *Acabar com o trabalho infantil nas cadeias produtivas é dever de todos*. Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_488836/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A globalização e as ciências sociais*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M. Derecho penal del trabajo. *Revista penal*. Madrid, v. 1, p. 77-90, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.