

Rodolfo Fares Paulo  
Luiz Gustavo Caratti de Oliveira  
(Orgs.)

Ensaaios sobre os  
**30 anos**  
da **Constituição**  
**Federal**



A Constituição de 1988 tem o que dela se esperava. Como documento maior do constitucionalismo contemporâneo pátrio, deve representar uma limitação do poder estatal através da sua regulamentação (é isso mesmo: regulamentar para limitar!). Uma Constituição somente tem sentido se contiver, em sua essência, a vontade do povo aliada a um senso geral de cumprimento de suas normas. Uma Constituição formada tão somente por boas intenções, ou tão somente por um senso de obrigação, está fadada ao fracasso. A única razão de ser de uma Constituição, ao menos em tempos de Estado Democrático de Direito, é a ideia de ser aceita e cumprida por seu povo e seus governantes, de modo que excessos e restrições sejam praticados na medida certa, e, ainda, de forma controlada. Se muito há para comemorarmos, não se pode deixar de externar preocupação com ataques que ocorrem de todos os lados, inclusive daqueles que deveriam ser seus maiores defensores. Descumpra-se o Texto Maior, sistematicamente, todos os dias; vários de seus dispositivos são "reinterpretados" de maneira dúbia; dispositivos são modificados ante a mais pura incapacidade de cumpri-los; chega-se a pedir um novo texto sem que o atual esteja sequer perto de ser efetivado. Cada ataque à Constituição brasileira de 1988 deve ser visto como um ataque ao próprio povo brasileiro. Afinal, a Constituição não foi feita pelo povo; na verdade, a Constituição é o povo. Deste modo, cumpre zelar para que valores democráticos não sejam, aos poucos, subjugados por interesses escusos maiores. A defesa da Constituição deve se dar todos os dias, de forma incansável. Assim, ressalta-se a importância da aludida Coletânea sobre os trinta anos da Constituição Cidadã de 1988. Convém agradecer não só ao convite pela feitura deste prefácio, mas, sobretudo, parabenizar a todos os autores que participam deste exercício de pluralismo e cidadania. Esta obra é uma celebração, mas também um exercício cotidiano de defesa dos valores tão nobres trazidos aos cinco de outubro de 1988. Que venham os próximos trinta anos!

Rafael de Lazari

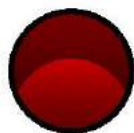
COLEÇÃO  
FACULDADE  
**FASIFE**  
*Feita para Você!*



editora  fi.org



**Ensaio sobre os 30 anos  
da Constituição Federal**



Série  
Ciências Jurídicas & Sociais

### *Comitê Editorial*

---

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Liane Tabarelli**

PUCRS, Brasil

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marcia Andrea Bühring**

PUCRS, Brasil

**Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira**

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

**Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes**

PUCRS, Brasil

**Prof. Dr. Thadeu Weber**

PUCRS, Brasil

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Fernanda Medeiros**

PUCRS, Brasil

# Ensaaios sobre os 30 anos da Constituição Federal

**Organizadores:**

Rodolfo Fares Paulo

Luiz Gustavo Caratti de Oliveira



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Lucas Margoni

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) [https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais – 70

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

PAULO, Rodolfo Fares; OLIVEIRA, Luiz Gustavo Caratti de (Orgs.)

Ensaio sobre os 30 anos da Constituição Federal [recurso eletrônico] / Rodolfo Fares Paulo; Luiz Gustavo Caratti de Oliveira (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

353 p.

ISBN - 978-85-5696-597-4

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Constituição Federal; 3. Lei; 4. Brasil; 5. Ensaio; I. Título.

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

Coordenadores.....	9
Colaboradores.....	11
Autores .....	13
<b>Prefácio</b> .....	<b>19</b>
Rafael de Lazari	
<b>Apresentação</b> .....	<b>23</b>
Os Organizadores	
<b>1</b> .....	<b>25</b>
<b>A constituição federal na interface cultural contemplada sob a ótica modernista</b> Agnéia Luciana Lopes de Siqueira	
<b>2</b> .....	<b>43</b>
<b>A proteção do consumidor e o assédio de consumo no comércio eletrônico</b> Gabriela Cristina Bezen; Mário Furlaneto Neto	
<b>3</b> .....	<b>75</b>
<b>A saúde judicializada: ineficiência, reserva do possível, judicialização excessiva e os direitos humanos</b> Fabiana David Carles; Gabriel Aparecido Anízio Caldas	
<b>4</b> .....	<b>95</b>
<b>Benefício de prestação continuada: uma garantia constitucional ao idoso e a pessoa com deficiência através da assistência social</b> Clarisse Odete Faccio Fronza	
<b>5</b> .....	<b>119</b>
<b>Da constitucionalização dos direitos humanos como fonte de um novo bloco de normas jurídicas</b> Thalisson Make Fernandes Ramos; Luis Augusto Loureiro de Carvalho	

6.....	139
<b>Estado e empoderamento socioeducacional: entrelaços entre o poder e a biopolítica</b>	
Edvaldo Sant`Ana Lourenço	
7.....	177
<b>Fraternidade e os trinta anos de constituição: uma análise jusfilosófica</b>	
Fernando Henrique da Silva Horita; Cristiano Duarte Peixoto	
8.....	191
<b>Limites da flexibilização - aspectos constitucionais balizadores à subtração dos direitos trabalhistas e as hipóteses constitucionalmente permissivas da flexibilização</b>	
Elisangela Marcari; Simone Genovez	
9.....	225
<b>O direito à saúde como exteriorização do princípio da dignidade da pessoa humana: a constituição que constitui!</b>	
Adriana Coan	
10.....	255
<b>O estatuto da cidade e seus instrumentos garantidores de uma moradia digna: da desapropriação urbanística</b>	
Rodolfo Fares Paulo; Wellington Fernandes Pereira	
11.....	279
<b>Polaca: a quebra da insurgência geracional de direitos e a ruptura no pensamento de Bobbio e Vasak com advento da constituição brasileira de 1937</b>	
Norton Maldonado Dias	
12.....	301
<b>Reconectando as pontas: a reivindicação de direitos pelos titulares do poder através da defensoria pública</b>	
Luciana Barbosa Garcia	
13.....	315
<b>“Todo poder emana do povo”: um estudo das constituições brasileiras em comemoração aos 30 anos da constituição cidadã de 1988</b>	
Luiz Gustavo Caratti de Oliveira	



## Coordenadores

### **Rodolfo Fares Paulo**

Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Sinop - FASIP. Professor do Curso de Direito, na Faculdade de Sinop - FASIP, ministrando as disciplinas de Direito Administrativo II e Teoria Geral do Direito. Mestre-bolsista (CAPES/PROSUP Modalidade 1) em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/SP - UNIVEM. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2009). Advogado inscrito na OAB/MT sob o nº 17.333. E-mail para contato: rfpaulo@gmail.com

### **Luiz Gustavo Caratti de Oliveira**

Mestrando em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP/Brasília. Pós-graduando em Direito do Trabalho - Material e Processual pela Faculdade Educacional da Lapa (2018). Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil com Ênfase em Direito do Consumidor pela Universidade Castelo Branco (2010). Graduado em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira - Universo (2008). Advogado, inscrito desde 2008 junto a OAB/MG sob nº 120.850 e com inscrição suplementar junto a OAB/MT desde 2012, sob nº 16.666-A. Possui prática em contencioso de massa. Possui atuação na docência do Ensino Superior, na área das Ciências Sociais Aplicadas. Possui experiência como Diretor Acadêmico Adjunto, Coordenador do Curso de Direito, Coordenador de Núcleo de Prática Jurídica, professor supervisor de Estágio em Civil, Penal e Trabalho. Atualmente é docente na Faculdade de Sinop - FASIPE, no curso de Direito, professor supervisor de estágio junto ao Núcleo de Prática Jurídica e integrante dos projetos de extensão “Revisão OAB” e “Resolve Direito”. E-mail para contato: profluizcaratti@yahoo.com.br.



## **Colaboradores**

### **Agnéia Luciana Lopes de Siqueira**

Possui graduação em Licenciatura Plena em Letras pela Universidade do Estado de Mato Grosso (2000), Especialização em Língua Portuguesa e Literatura pela mesma universidade (2001) e Mestrado em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2011). Bolsista CAPES (2008/2011). Atualmente possui vínculo com a Prefeitura Municipal de Sinop, Colégio Regina Pacis e FASIP Faculdade de Sinop, desempenhando o cargo de professora. Autora do livro “A Constituição da Identidade Dentro do Fluxo da Migração”. Professora no Ensino Superior, onde atualmente ministra aula nos cursos de Odontologia e Psicologia da Faculdade de Sinop - FASIPE. E-mail para contato: aglucianasiqueira@gmail.com .

### **Gabriel Aparecido Anízio Caldas**

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2007). Especialista Em direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (2008-2009). Mestre pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2009-2011). Atualmente atua como docente de Direito do Trabalho e Processo Civil no curso de Direito da Faculdade de Sinop/MT (FASIPE), além de ser Advogado regularmente inscrito na OAB/SP 273.528



## **Autores**

### **Adriana Coan**

Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1998), especialização em Direito Imobiliário pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006). Atuou como assessora Administrativa da Conferência Nacional dos Religiosos do Brasil (CRB) em Brasília/DF. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, Direito Imobiliário, Direito Civil, Direito Administrativo e Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: contratos-elaboração e análise, assessoria trabalhista e imobiliária, direito médico-desafios e tendências, prestação de serviços de saúde, direito-processo e saúde-proteção do trabalhador.

### **Agnéia Luciana Lopes de Siqueira**

Possui graduação em Licenciatura Plena em Letras pela Universidade do Estado de Mato Grosso (2000), Especialização em Língua Portuguesa e Literatura pela mesma universidade (2001) e Mestrado em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2011). Bolsista CAPES (2008/2011). Atualmente possui vínculo com a Prefeitura Municipal de Sinop, Colégio Regina Pacis e FASIP Faculdade de Sinop, desempenhando o cargo de professora. Autora do livro “A Constituição da Identidade Dentro do Fluxo da Migração”. Professora no Ensino Superior, onde atualmente ministra aula nos cursos de Odontologia e Psicologia da Faculdade de Sinop - FASIPE. E-mail para contato: aglucianasiqueira@gmail.com .

### **Clarisse Odete Faccio Fronza**

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Sinop (2010). Especialização em Docência do Ensino Superior (2012). Especialização em Direito e Processo Previdenciário (2014). MBA Gestão em Educação (2014). Atualmente é professora de Direito Previdenciário (2012/2019) e orientadora de Estágio de Prática Jurídica da Faculdade de Sinop (2012/2019). Mestranda Acadêmica do Programa de Pós-Graduação em Letras, da UNEMAT - Campus Universitário de Sinop. Integrante, como estudante do grupo de pesquisa ESTUDOS COMPARATIVOS DE LITERATURA: tendências identitárias, diálogos regionais e vias discursivas, da Universidade do Estado de Mato Grosso. Advogada inscrita na OAB/MT desde 2011. E-mail para contato: clarissefronza@yahoo.com.br.

### **Cristiano Peixoto Duarte**

Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Catalão (1998). Mestrado em Direito Público pela Universidade de Franca (2006), ênfase Direito Constitucional. Professor de Graduação na Faculdade Fasip. Professor de Graduação na Faculdade Fasipe. Professor de Pós-Graduação da Faculdade Fasipe. Experiência na Advocacia, com ênfase em Direito Constitucional e Administrativo. Atua como professor: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Teoria do Direito, Teoria Geral do Estado, Ciência Política e Teoria Geral do Direito Civil. Professor de Pós-Graduação Lato Sensu.

### **Edvaldo Sant'ana Lourenço**

Possui graduação em Filosofia pela Faculdade Católica de Uberlândia - PUC/MG (2014), mestrado em Educação pela Universidade Federal de Uberlândia (2016) na linha de pesquisa Estado, Política e Gestão da Educação. Membro do Núcleo de Pesquisa em Empreendedorismo Social (2010/2018). Atualmente professor universitário e tem experiência nas áreas de educação superior e gestão social, atuando principalmente nos seguintes temas: filosofia jurídica, filosofia da educação, biopolítica, relações de poder e economia política. E-mail para contato: [edvaldosalo@gmail.com](mailto:edvaldosalo@gmail.com).

### **Elisângela Marcarí**

Mestre em Teoria Geral do Direito, pelo Univem - Marília/SP (2018); Possui graduação em DIREITO pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN (1999). Especialista em Direito Tributário pela UNAMA; Atualmente é professora - FASIFE, sendo docente desde 2008. Advogada com atuação em diversas áreas em especial Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Participa do Grupo de Pesquisa de Estudos, Pesquisas, Direito e Fraternidade.

### **Fabiana David Carles**

Professora do Curso de Direito, na Universidade Federal do Acre - UFAC, ministrando as disciplinas de Filosofia do Direito e Direito Processual Civil. Doutoranda em Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSO. Mestre-bolsista (CAPES/PROSUP Modalidade 1) em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/SP - UNIVEM (2011). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/SP - UNIVEM (2009).

### **Fernando Henrique da Silva Horita**

Pesquisador, palestrante do tema Direito Penal do Inimigo e Estado de Exceção contribui regularmente com pareceres e artigos científicos para revistas nacionais e internacionais. Foi Diretor Nacional de Direitos da Associação Nacional de Pós-Graduandos (ANPG) e Diretor de Relações Públicas

Internacionais da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito (FEPODI). Graduou-se em Direito pela UNIVEM, onde se tornou mestre em Teoria do Direito e do Estado, sendo bolsista CAPES. Especializou-se em Formação de Professores para Educação Superior Jurídica e em Teoria e Filosofia do Direito pela PUC-MG. Atualmente é doutorando em Filosofia pela UNISINOS e docente de criminologia, filosofia do Direito e sociologia do Direito na Faculdade FASIPE, além de filosofia e sociologia no Colégio CAD. E-mail para contato: profhorita@outlook.com

### **Gabriel Aparecido Anízio Caldas**

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2007). Especialista Em direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (2008-2009). Mestre pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2009-2011). Atualmente atua como docente de Direito do Trabalho e Processo Civil no curso de Direito da Faculdade de Sinop/MT (FASIPE), além de ser Advogado regularmente inscrito na OAB/SP 273.528

### **Gabriela Cristina Bezen**

Graduação em Direito pela Faculdade de Sinop (2012). Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Fasipe (2014). Especialização em Docência no Ensino Superior pela Faculdade Fasipe (2014). Mestrado na área de concentração Teoria do Direito e do Estado, linha de pesquisa Construção do Saber Jurídico, pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Consumidor. Leciona a disciplina de Direito Civil II - Obrigações, Direito Civil IV - Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor. Lecionou a disciplina de Ciência Política e Teoria Geral do Estado. É advogada devidamente inscrita junto a OAB/MT. Associada ao Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) e membro da Comissão de Professores de Direito do Consumidor do BRASILCON.

### **Luciana Barbosa Garcia**

Defensora Pública do Estado de Mato Grosso. Professora do Curso de Direito, na Faculdade de Sinop - FASIP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas-MG - UNIPAM. Pós graduada em Ciências Penais pela Uniderp – Universidade Anhanguera. Técnica Judiciária na Justiça Federal, de 2010 a 2014.

### **Luis Augusto Loureiro de Carvalho**

Possui graduação em Direito pela Universidade de Cuiabá (2010) e especialização em Docência do Ensino Superior pela Faculdade FASIPE (2013). Advogado e atualmente é Professor da Faculdade de Sinop - FASIP.

### **Luiz Gustavo Caratti de Oliveira**

Mestrando em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP/Brasília. Pós-graduando em Direito do Trabalho - Material e Processual pela Faculdade Educacional da Lapa (2018). Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil com Ênfase em Direito do Consumidor pela Universidade Castelo Branco (2010). Graduado em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira - Universo (2008). Advogado, inscrito desde 2008 junto a OAB/MG sob nº 120.850 e com inscrição suplementar junto a OAB/MT desde 2012, sob nº 16.666-A. Possui prática em contencioso de massa. Possui atuação na docência do Ensino Superior, na área das Ciências Sociais Aplicadas. Possui experiência como Diretor Acadêmico Adjunto, Coordenador do Curso de Direito, Coordenador de Núcleo de Prática Jurídica, professor supervisor de Estágio em Civil, Penal e Trabalho. Atualmente é docente na Faculdade de Sinop - FASIPE, no curso de Direito, professor supervisor de estágio junto ao Núcleo de Prática Jurídica e integrante dos projetos de extensão “Revisão OAB” e “Resolve Direito”. E-mail para contato: profluizcaratti@yahoo.com.br.

### **Mário Furlaneto Neto**

Doutor em Ciência da Informação pela UNESP. Professor da graduação e Mestrado em Direito no UNIVEM/Marília-SP. Delegado de Polícia. Coordenador do NEPI –Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet

### **Norton Maldonado Dias**

Professor da Faculdade de Direito de Sinop (FASIPE). Mestre em Direito (Centro Eurípides de Soares da Rocha). Especializações em Direito na Universidade Estadual de Londrina (UEL 2012) e Pontífice Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG 2018). Prestou assessoria jurídica e parlamentar (Portaria n. 014-080/2018) na Câmara Municipal de Sinop (MT). Atualmente é Advogado (OAB-SP n. 294644) com escritório Marília (SP). E-mail para contato: maldonadodias@hotmail.com.br

### **Rodolfo Fares Paulo**

Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Sinop-FASIP. Professor do Curso de Direito, na Faculdade de Sinop-FASIP, ministrando as disciplinas de Direito Administrativo II e Teoria Geral do Direito. Mestre-bolsista (CAPES/PROSUP Modalidade 1) em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/SP - UNIVEM. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2009). Advogado inscrito na OAB/MT sob o nº 17.333. E-mail para contato: rfpaulo@gmail.com



**Simone Genovez**

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Maringá - Cesumar (2006); Possui especialização em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino; Especialização em Direito Civil pela universidade UNIDERP; e Mestrado em Direito pela Universidade de Marília; Advogada. Atualmente lecionando na Sociedade Educacional Unifas - FASIP - FACULDADE DE SINOP-MT. Nas disciplinas de direito contratual e direito empresarial.

**Thalisson Make Fernandes Ramos**

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Sinop. Especialização em Docência.

**Wellington Fernandes Pereira**

Advogado Geral da União na Procuradoria da União no Estado do Amazonas. Graduado em Direito pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília/SP.



## Prefácio

*Rafael de Lazari*<sup>1</sup>

Aos cinco de outubro de 1988, Ulysses Guimarães anunciou ao povo brasileiro o resultado dos esforços da Assembleia Nacional Constituinte que, por mais de um ano, se empenhou em elaborar a nova Carta de direitos e deveres norteadores da Nação.

A promulgada Constituição da República Federativa do Brasil é vista, hoje, como o mais avançado documento fundamental já produzido em nossa história: veio para promover uma ruptura com o período ditatorial a que estivemos submetidos por mais de vinte anos; veio para disciplinar de forma mais equilibrada um modelo tripartido de funções republicanas; veio para jogar luzes na estrutura federativa pátria; veio para consagrar novos direitos e deveres fundamentais (bem como instrumentos de proteção e defesa da Constituição); veio para dizer ao mundo como nos norteáramos em nossas relações internacionais; veio, por fim, para dizer que seríamos uma democracia e que adotaríamos a dignidade humana como denominador comum e critério maior de interpretação.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Professor da Graduação em Direito da Rede Gonzaga de Ensino Superior - REGES, de Dracena/SP. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, IED, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia, e de Cursos preparatórios para concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, Vipijs, IED, IOB Concursos, PCI Concursos, dentre outros). Professor dos Programas “Saber Direito” e “Academia”, na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da Comissão Estadual de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP. Membro (representando a OAB/SP) do Fórum Inter-Religioso permanente para uma Cultura de Paz e Liberdade de Crença, vinculado à Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Governo do Estado de São Paulo. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo. Palestrante no Brasil e no exterior. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas, no Brasil e no exterior. E-mail: prof.rafaeldelazari@hotmail.com

É claro, em primeira análise, que já tivemos boas Constituições em nossa história, seja em termos inovadores, seja em termos garantistas. A Constituição de 1891, por exemplo, paradigmaticamente inaugurou a fase do federalismo republicano que se seguiu desde então; a Constituição de 1946, noutro exemplo, marcou um momento de reconciliação nacional e superação da ditadura de Getúlio Vargas (Estado Novo, de 1937 a 1946) vigente até então. Em segunda análise, não se pode pensar que a Constituição de 1988 foi a única à frente do seu tempo. As Cartas de 1934 e 1946 também tiveram importante papel no processo de evolução histórica da democracia pátria.

A Constituição de 1988 tem uma característica que é *só sua*, contudo: ela reuniu o maior número de pressupostos destinados a assegurar *promessas* para o Estado brasileiro, a serem implementadas em curto, médio e longo prazos. Cientes das mazelas que assolam nosso país, do déficit educacional, habitacional e de saúde, e da incapacidade estatal em implementar todos os direitos de uma só vez, o Texto Cidadão olhou *para o presente* (como não poderia deixar de ser), mas, sobretudo, *olhou para o futuro*. A Constituição de 1988 é uma “*Constituição de futuro*”, portanto.

Um otimista poderia olhar “*o copo meio cheio*”: a Constituição criou expectativas de um futuro melhor. Um pessimista poderia olhar “*o copo meio vazio*”: a Constituição criou possíveis frustrações. Um realista, *como o posicionamento aqui adotado*, entende que tivemos *a melhor Constituição que poderíamos ter*: saíamos de uma ditadura civil-militar; pela primeira vez havia um amplo debate popular sobre o novo texto norteador; muitas eram as ideologias e pensamentos representados na Assembleia Nacional Constituinte (heterodoxia); o único consenso que havia era o da necessidade de uma perpetuação democrática (para todo o resto, pouco havia de consenso, tendo o texto final avançado somente quando um “*Centrão*” foi formado na Constituinte, agregando moderados e insatisfeitos dos extremos opostos, vale lembrar).

A Constituição de 1988 tem o que dela se esperava. Como documento maior do constitucionalismo contemporâneo pátrio, deve representar uma limitação do poder estatal através da sua regulamentação (*é isso mesmo: regulamentar para limitar!*). Uma Constituição somente tem sentido se contiver, em sua essência, a vontade do povo aliada a um senso geral de cumprimento de suas normas. Uma Constituição formada tão somente por boas intenções, ou tão somente por um senso de obrigação, está fadada ao fracasso. A única razão de ser de uma Constituição, ao menos em tempos de Estado Democrático de Direito, é a ideia de ser aceita e cumprida por seu povo e seus governantes, de modo que excessos e restrições sejam praticados na medida certa, e, ainda, de forma controlada.

Se muito há para comemorarmos, não se pode deixar de externar preocupação com ataques que ocorrem de todos os lados, inclusive daqueles que deveriam ser seus maiores defensores. Descumpre-se o Texto Maior, sistematicamente, todos os dias; vários de seus dispositivos são “reinterpretados” de maneira dúbia; dispositivos são modificados ante a mais pura incapacidade de cumpri-los; chega-se a pedir um novo texto sem que o atual esteja sequer perto de ser efetivado. Cada ataque à Constituição brasileira de 1988 deve ser visto como um ataque ao próprio povo brasileiro. *Afinal, a Constituição não foi feita pelo povo; na verdade, a Constituição é o povo.* Deste modo, cumpre zelar para que valores democráticos não sejam, aos poucos, subjugados por interesses escusos maiores. A defesa da Constituição deve se dar todos os dias, de forma incansável.

Assim, ressalta-se a importância da aludida Coletânea sobre os trinta anos da Constituição Cidadã de 1988. Convém agradecer não só ao convite pela feitura deste prefácio, mas, sobretudo, parabenizar a todos os autores que participam deste exercício de pluralismo e cidadania. Esta obra é uma celebração, mas também um exercício cotidiano de defesa dos valores tão nobres trazidos aos cinco de outubro de 1988. Que venham os próximos trinta anos!



# **Apresentação**

## *Os Organizadores*

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em 22 de setembro de 1988 e promulgada em 5 de outubro do mesmo ano. A CF/88 é o parâmetro de validade de todas as demais espécies normativas, situando-se no topo do ordenamento jurídico brasileiro.

Recebendo o apelido de “Constituição Cidadã”, a CF/88 foi fruto do processo de redemocratização do Brasil após o período de ditadura militar ocorrido entre os anos de 1964 a 1985.

O ano de 2018 foi marcado pelo aniversário de 30 anos da Constituição Federal de 1988, e, pensando nisso, os organizadores da presente obra coletiva, Professor Luiz Gustavo Caratti de Oliveira e Professor Rodolfo Fares Paulo, convidaram professores da Faculdade de Sinop – FASIPE, assim como profissionais de fora da instituição para composição desta obra.

O livro, “30 Anos da Constituição Federal de 1988”, é o resultado de treze artigos, de dezenove autores, nos mais diversos campos do Direito Constitucional. Da leitura dos textos, visualizamos as profundas modificações nos últimos anos, exigindo constantes atualizações dos profissionais do direito. Trata-se de uma necessidade que deve ser atendida, mormente para aquele que deseja atuar com excelência, eficiência e sucesso no Direito.

Esta obra é útil para os profissionais e estudantes de Direito, porque traz de forma sistemática “os 30 anos da Constituição Federal de 1988”, nas mais variadas áreas da seara Constitucional. No mesmo sentido essa união de esforços textuais, retrata diversos pontos de vistas sobre a mesma norma máxima – A CF/88 –, uma

vez que, dentre o currículo dos autores, temos advogados, defensores públicos, advogado geral da União, delegados, professores universitários de instituições públicas e privadas, assim como, profissionais de outras áreas de formação e atuação.

Trata-se de obra imprescindível e imperdível para todos os profissionais da área do Direito, seja para atualizar, ampliar ou aperfeiçoar o conhecimento utilizado na prática jurídica diária.



## **A constituição federal na interface cultural contemplada sob a ótica modernista**

*Agnéia Luciana Lopes de Siqueira*

### **Considerações iniciais:**

Com intenção de fazer uma abordagem sobre a influência da cultura no comportamento humano durante o convívio social e a regulamentação desta convivência por meio da Constituição Federal, a cultura é pensada aqui, sob a ótica de que esta se trata de um conhecimento adquirido, sendo repassado de geração a geração ao que se refere a aspectos da vida social e que se relacionam com a produção do saber, arte, folclore, mitologia, costumes, valores, crenças, religião, regras morais, etc.

Segundo doutrina pertinente, a cultura pode se caracterizar como uma espécie de identidade própria de um grupo em um determinado território e fundamenta seus valores e crenças, justificando assim, determinadas ações do indivíduo. Por outro lado, ao ponderar que cultura é sinônimo de civilização, e que esta justifica determinadas ações do indivíduo, estuda-se a essencialidade irrefutável de realismo prático transcendental do ordenamento jurídico justaposto por meio da Constituição Federal, especificamente ao que abarca a demanda cultural de valores morais e étnicos.

É perceptível entre os indivíduos de um mesmo grupo, uma série de ações comuns, reveladas por meio do comportamento coletivo, porém, é importante verificar em qual estrutura os

indivíduos se apoiam para definir as regras que tomam como ideais para delimitar o comportamento individual que é reproduzido no cotidiano e que norteia a sociedade contemporânea.

Na perspectiva de que o comportamento humano é fator importante para a organização social, estudos nos revelam que a cultura é percebida como uma das formas de promover a organização social. No entanto, a Constituição Federal de 1988, sustenta a demanda de que os indivíduos reiteram direitos e deveres voltados à pessoa humana que lhes garantem a vida e a liberdade, considerando suas adversidades culturais, ou seja, valores morais que se fazem imbuídos em suas ações. Assim sendo, utiliza-se da subjetividade específica, ocasionada através de manifestações culturais historicamente construídas, para posicionar no presente estudo, realidade e teoria com o propósito de afunilar intrinsecamente, pleitos culturais que podem se contrapor a ordem dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira que possuem memória de pertença e que, ao mesmo tempo, estão afirmados pela Constituição Federal.

### **1. Delimitações sociais circunstanciadas pela cultura no contexto contemporâneo**

Para interpretar cultura como base do comportamento humano, tomamos a literatura pertinente a esta questão até construirmos uma base sólida, edificada por renomados autores que nos proporcionaram discernimento e propriedade sobre o assunto em tese. Se faz válido revelar, que mesmo em alguns casos, onde os autores se contrapõem entre si, estes pensadores, promovem uma valiosa estrutura de apoio para a reflexão e interpretação a que se refere ao entendimento sobre tal afunilamento social. Porém, avança-se por meio de teoria, que a Constituição Federal, embora se manifeste consciente às delimitações acerca da cultura, em alguns julgados se faz legítima

ao sentenciar por meio da coletividade integral do indivíduo, contrariando, justamente ações que se efetivam por rito cultural e que se manifestam contrárias ao que se espera da ordem comum.

Na intenção de explicar a cultura como sendo determinante em algumas das ações que caracterizam as atuações dos grupos humanos, é considerado abordagem teórica e prática, por meio de contexto científico que contribui para o conhecimento acerca da influência da cultura no comportamento humano ao que se refere a mecanismos previstos pela Constituição Federal. Para Barros (2007), a diversidade cultural deve ser assistida e garantida aos indivíduos, considerando que as diferenças existem e são importantes para a formulação e expansão do grande contexto social. Para tanto, é preciso lembrar que a cultura direciona o comportamento humano e, assim como temos as adversidades culturais, temos a vivência mútua propiciada pelo alargamento dos espaços habitados e a redução do distanciamento dentre os povos.

E assim diz a constituição

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Por ponderar sobre “exercício dos direitos culturais”, é necessário considerar a organização social, ao que se refere a forma pela qual os grupos sociais se estruturam, política e economicamente, verificando de que forma os indivíduos praticam ações por meio do comportamento que são definidos como a contento do meio social de que estes participam e o que os demais grupos espera dos mesmos.

Geertz (1978), através de análise antropológica por meio da cultura, política, religião e costumes sociais, percebe que a estrutura da organização social é afunilada pela cultura. Sendo assim, listou-se os costumes sociais, como sendo um sistema de organização e controle da sociedade. Vale assegurar que, segundo o autor, a cultura estabelece um padrão de comportamento que

passa de geração a geração e estes comportamentos, que são designados através da cultura, estabelecem a continuidade do controle social, por meio dos costumes que são repassados de geração a geração. Porém, os costumes sociais são praticados rotineiramente, estabelecendo assim, a cultura individual que produz o reconhecimento do coletivo, abalizando a pertença de grupo em comum, norteando e controlando o comportamento do indivíduo em sociedade.

Participar de uma determinada cultura é assumir posições formuladas pelo próprio homem, percebendo os motivos, fins e meios que justificam tal comportamento ou posicionamento, afirma Geertz (1978). Afirma ainda que, para a etnociência, a cultura é composta de estruturas psicológicas, pelas quais, os indivíduos ou grupos de indivíduos guiam seu comportamento.

Contudo, na perspectiva de compreender as ações do indivíduo em sociedade, é necessário verificar como os indivíduos adotam seu comportamento e assumem regras e conceitos, sendo assim, percebe-se a cultura como sendo uma das principais formas de moldar o comportamento humano e tornar perceptível a compreensão de suas ações.

E sobre regras, temos que a Constituição Federal, que contempla preceito máximo de formulação soberana a todas as regras que recaem a sociedade e que acalenta a todos os grupos. E nesta perspectiva, nos privilegiamos do seguinte questionamento: Seria uma sociedade universal de convivência única com regras díspares? Ou o contrário disso?

Para uma interpretação maior, sobre o comportamento coletivo do homem, reiteram-se as considerações de Pritchard (1975), quando este se refere que o comportamento do homem está ligado na evolução em que o homem molda a si próprio, através de estratégias estabelecidas por meio da cultura e formuladas pelo próprio homem.

Para garantir a reserva de discussão sobre as estratégias estabelecidas pelo próprio homem, retrocedemos ao longo tempo e

buscamos, para partilhar como exemplo, o povo indígena, quando ainda eram os principais habitantes dessa terra e mantinham sua cultura resguardada pelo convívio dos seus. Na sociedade contemporânea em que foram inseridos, as estratégias a que se referem a ordem comum se fazem díspares a costumes sociais vivenciados na tribo e tidos como certos pela cultura indígena.

Acontece que a jurisprudência, por meio da Carta Magna, não estabelece sentenças por meio de parâmetros culturais diferentes, considerando implicações culturais em ações que se manifestam contrárias a ordem comum. Antropólogos que estudavam a sociedade em si, e não os indivíduos de forma isolada, orientando-se através das inter-relações estruturais e instituições, através de denso estudo, puderam perceber também a grande diversidade de hábitos, não previstos pela Constituição de 1988, ao que se refere a diversidade cultural. Porém, o delineado promovido pelo cunho social cultural, assegura-se na diversidade e adversidade de hábitos que revigoram sobre ações que permeiam a beira do caos social, dentre eles, citados como exemplos, o genocídio e o crime de honra.

Por outro lado, ainda sobre a diversidade de hábitos, compreende-se através de conhecimento acadêmico que o comportamento humano, ao mesmo tempo em que, os hábitos são homogêneos, se distinguem, ou seja, é fato encontrar um determinado grupo de pessoas que age de forma semelhante por participarem da mesma cultura, enquanto se diferenciam de outros grupos que participam de cultura distinta, no entanto, tomamos a cultura, como meio de identificar as diferenças e a pertença de grupo e nada se modifica dentre as relações sociais.

E por falar em diversidade de hábitos, não poderíamos deixar de mencionar sobre o estreitamento cultural por meio da internet, que, além desta aproximação das culturas pela rede, onde é possível o contato com pessoas distantes, é perceptível um certo “empoderamento” social a que se refere ao posicionamento comum do indivíduo quando o mesmo expressa seu ponto de vista

e revigora seus costumes e crenças retratados através dos seus valores.

É importante mencionar que a sociedade em meio a tanta informação, que perpassa sob os dedos a velocidade da luz, se mostra sedenta por se posicionar perante aos demais e se asseguram na “cultura mãe”, ou seja, a sua própria cultura que viabiliza seus valores, para se dispor sobre as demais.

Como a própria Constituição Federal assegura, a diversidade cultural deve ser assistida e garantida aos indivíduos, considerando que as diferenças existem e são importantes para a formulação e expansão do grande contexto social. Para tanto, é preciso lembrar que a cultura direciona o comportamento humano e, assim como temos as “adversidades culturais”, também temos a vivência mútua, propiciada pelo alargamento dos espaços habitados e a redução do distanciamento dentre os povos. Por este motivo, ações norteadas pela cultura de grupos isolados, passaram a ser conhecidas por outros grupos.

Assim sendo, uma pessoa pode ser identificada como sendo membro de um determinado grupo através da linguagem, forma de agir e vestir, além de crenças, valores e outros, porém percebe-se como atributo da cultura, nortear o indivíduo quanto ao posicionamento a estas ações. Assim, avistamos a Constituição Federal como alçada principal no propósito de resguardar e ordenar ações adversas em decorrência da cultura.

Em estudo sobre o comportamento humano que se difere de um grupo social a outro através da cultura, observamos como forma de contribuição ao estudo, a abordagem de Margaret Mead (1988), quando teoriza que o homem construiu para si mesmo uma trama de cultura, através de significados que se dignificam no interior de cada vida humana, porém, cada povo constrói uma tessitura de maneira diferente, onde uma cultura emprega valores distintos de outras. Para Mead (1988), a cultura é a ênfase da educação que dá sentido ao mundo, onde através da família a educação passa a se fazer sucessiva e se revela como uma espécie

de forma, que escultura os indivíduos, no entanto, cada cultura tem sua determinada forma, seus mecanismos de coerção, como meio de produzir as pessoas de acordo com sua perspectiva.

[...] assim como cada cultura cria de modo distinto a tessitura social em que o espírito humano pode enredar-se com segurança e compreensão, classificando, recompondo e rejeitando fios da tradição histórica que ele compartilha com vários povos vizinhos, pode inclinar cada indivíduo nascido dentro dela a um tipo de comportamento, que não reconhece idade, nem sexo, nem tendências especiais como motivos para elaboração diferencial. Ou então uma cultura apodera-se dos fatos realmente óbvios de diferença de idade, sexo, força, beleza, ou das variações inusuais, tais como o pendor nato as visões ou sonhos, e converte-os em temas culturais dominantes. ” (MEAD, 1988, p.21)

Observando o comportamento humano como sendo uma reprodução de regras e conceitos do meio em que participa, verifica-se em Goffman (*apud Winkin*, 1999) peculiaridades do comportamento humano, que contribuem à uma melhor compreensão sobre o assunto. O autor expõe que o indivíduo, anterior a interação, procura informações antecipadas sobre o outro a partir de observação de conduta e aparência, com a intenção de perceber como ele deve agir com o outro e o que pode esperar do outro.

O mesmo autor, afirma que quando da interação, há possibilidades de o indivíduo atuar de forma não verdadeira e se posicionar de maneira como se estivesse representando, e então, transmite sobre si, apenas o que achar conveniente, contudo, o indivíduo pode se expressar não como realmente desejaria, mas sim, a contento do grupo que participa, a maneira como o grupo define como ideal, para tal, observa o indivíduo como sendo a base responsável pela organização da sociedade, mas que pode revelar comportamentos adversos ao do grupo. (GOFFMAN *apud WINKIN*, 1999)

Verificando a cultura como a principal estrutura do comportamento coletivo e o indivíduo como um ser individual, é perceptível que este tenha seus próprios anseios que não os do coletivo, porém, na pretensão de manter a participação em determinado grupo representa, por vezes, um posicionamento quanto a ações e comportamento que não o verdadeiro. E sendo assim, o que concluir sobre ações que modelam o complexo de determinado grupo e afugenta valores morais de outro, quando é pleiteado entendimento jurídico a ações que são justificadas pela pertença de grupo e que recaem em adversidade cultural?

## **2. A cultura e as diversidades do comportamento**

Percebe-se o convívio social como algo que reúne semelhanças e desigualdades, acredita-se, que as pessoas que convivem em determinado espaço mútuo procuram disponibilizar comportamento semelhante, quanto à linguagem, alimentação, valores, vestimenta, religião, crenças e outros, que norteiam o comportamento humano, tornando-se assim, aceitos pelos demais do mesmo grupo. A sociedade determina regras, porém, estas se diferenciam entre os grupos, de acordo com a cultura em que participam, no entanto, verifica-se a cultura como propulsora do comportamento humano e a Constituição Federal se faz inerente a tal fenômeno.

Como forma de embasamento teórico, ao falar sobre regras sociais, temos como essencial a contribuição de Goffman (*apud* Winkin, 1999), quando o autor conceitua que:

As regras culturais regulam o modo como os indivíduos se devem conduzir em virtude de sua presença num agrupamento. Quando são respeitadas, estas regras organizam socialmente o comportamento dos que estão envolvidos na situação. (GOFFMAN *apud* WINKIN, 1999, p.151)



As regras culturais se fazem importantes na estruturação social, possibilitando que a interação entre os indivíduos seja recíproca. Contudo, os preceitos impostos pela Constituição Federal se fazem soberanas a qualquer outra regra e se faz a principal responsável pelo ordenamento social.

Percebendo que se caracteriza como participante de um determinado grupo, quem interage com os demais do mesmo grupo demonstrando através do comportamento o cumprimento de regras comuns, estabelecidas pelo meio, através da cultura. No entanto, o indivíduo que não se adequar as regras tidas como certas pelo grande grupo, terá seu comportamento considerado inapropriado e receberá sanção de acordo com a Constituição, independentemente se sua pertença de grupo implica em tal posicionamento.

Porém, Becker (2008), através de pesquisa realizada com usuários de maconha e músicos de jazz, promove a compreensão do comportamento desviante, apresentando como “Outsiders” quem não obedecer às regras consideradas como ideais pelo grupo que vive, através de comportamento diferente dos demais. Pelo exposto, pretende-se aclarar sobre a diferenciação de comportamento caracterizado pela cultura e comportamento que se desvia da mesma. Sendo assim, fica explicado que, o comportamento somente se fundamentará como decorrente da cultura, quando os indivíduos seguirem ações interpostas como certas pelos indivíduos que caracterizam o meio em que vivem.

Ao contextualizar conhecimento empírico sobre a cultura como uma das formas de organização da sociedade, tomamos como relevante as contribuições do autor, como meio de promover a interpretação ampla aos comportamentos norteados por regras distintas pré-estabelecidas por grupos sociais. Sendo assim verifica-se que:

Todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sociais

definem situações e tipos de comportamentos a elas apropriados, especificando algumas ações como “certas” e proibindo outras como “erradas”. Quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. (BECKER, 2008, p.15)

Considerando que as regras impostas se fazem distintas entre um grupo social e outro, percebemos a cultura como sendo uma das questões que demarca esta diversidade entre os grupos.

Sendo assim, é possível identificar o indivíduo como participante de uma determinada cultura através do seu comportamento e linguagem, no entanto, é importante considerar que os valores empregados por uma cultura e outra poderão ser distintos. Sobre valores distintos, reitera-se a Constituição Federal como máxima instância ao que se refere a ponderar sobre ao que se configura para normatizar a convivência geral do grupo.

Com a diversidade da cultura entre grupos sociais distintos é possível a ocorrência de estranhamento dentre os comportamentos, ocasionados através de uma cultura e outra, quando pessoas de grupos distintos se encontram necessitando interagir, ou com intenção de entender o comportamento do outro. Verificando sobre a diversidade cultural entendemos que contribui para o presente, a análise realizada por Ruth Benedict (1972), nos termos que promove uma percepção acerca da existência das diferenças culturais entre um grupo e outro, compreendendo o comportamento de um povo através da cultura.

Diante da perspectiva de valores culturais distintos que promovem a diversidade de perspectivas e comportamentos dos povos, avista-se que a Constituição Federal, delimita pelo comum quando assevera em seu artigo 5º que, “Todos são iguais perante a lei...”, ao que produz explanação sobre tal menciona-se Dallari (1991), quando o mesmo expõe que a sociedade humana, que é a reunião de todos os homens e que, portanto, deve objetivar o bem de todos, a finalidade é o bem comum.

Ruth Benedict (1972), foi responsável por uma importante análise sobre a sociedade japonesa, para fins de entendimento do comportamento social daquele grupo social, que se fazia distinto de outros. Mesmo a análise sendo realizada a distância, através de materiais secundários, promoveu por meio da compreensão da cultura daquele grupo ocidental, a percepção do comportamento das pessoas que de tal grupo participavam (no caso os japoneses), antes considerado enigmático pelos americanos.

Foi através da história cultural, que Benedict (1972) promoveu, que foi possibilitada a compreensão das causas e do comportamento de um povo, conseguindo tornar claro aspecto da peculiaridade ideológica de um determinado grupo social, definindo que o homem vê o mundo de acordo com a cultura que participa.

Sendo assim, vemos a cultura como uma forma de promover entendimento sobre a organização do homem enquanto ser social, sendo possível entender suas ações através de seu comportamento, bem como, compreender que cada indivíduo molda seu comportamento de acordo com a cultura em que participa e que formula a diversidade cultural.

A sociedade contemporânea reconhece a diversidade cultural, sendo notório a preocupação do estado em assegurar a proteção a diversidade cultural, incluso também, como princípio da dignidade da pessoa humana, a proteção a esta diferença, sendo assim, aplica-se que a tal diversidade arrazoar-se-ia sobre regras sociais que delimitam comportamentos arraigados por valores e crenças, o que torna imprescindível ao que Dallari (1991) declama como “manifestações de conjunto ordenadas”.

Porém, é na perspectiva de Sahlins (2004) sobre a análise teórica da natureza humana, referente às diferenciações culturais sobre o comportamento humano no campo econômico no ocidente e em outras culturas, a conclusão de que a esfera econômica é dominante no comportamento humano, enquanto a cultura é utilizada para suprir os interesses materiais que se justificam

através da razão. Porém justifica “a produção, portanto, é algo maior e diferente de uma prática lógica de eficiência material. É uma intenção cultural”. (SAHLINS, 2004, p.195)

Para Sahlins (2004), o que os homens produzem não é mera existência, mas sim, determina através da totalidade da natureza à objetivação da totalidade da cultura. O autor ainda atribui ao sistema de vestuário norte-americano uma complexidade de categorias culturais e de relações entre elas, que formulam uma espécie de universo cultural, ocasionado através dos tempos.

Porém, verifica-se que a cultura sofre modificações através dos tempos, sendo possível ser constatado por meio do comportamento dos indivíduos, tais comportamentos que podem gerar uma série de conflitos imputados ao grande grupo e se tornar ardilosa aos mecanismos que fundamentam a legalidade das relações sociais por meio da Constituição Federal.

### **3. Percepção sintética sobre o conflito social direcionado pela cultura sertaneja direcionada imbuída na diversidade cultural**

Para exemplificar ações delimitadas pela cultura, toma-se como amostra entendimento sobre a cultura sertaneja ao que se refere a patrimônio cultural que caracteriza a diversidade entre os povos e que se fazem alheias a requisitos necessários ao benefício de proteção do estado, justaposto a Constituição Federal.

O conceito de valentia atribuída aos homens do campo ampliou-se largamente através de fatos e personagens como, por exemplo, Lampião (04/07/1898 a 28/07/1938) que através de seus atos promoveu disputas a alguns e favoreceu a outros, mesmo que no ano de 1938 Lampião tenha falecido, é perceptível que atualmente a cultura sertaneja ainda se atém aos conceitos de valentia, garantindo a tradição da honra e vingança, promovendo em alguns casos a violência, percebidas através da realidade noticiada e bibliografias de autores como, por exemplo, César

Barreira, Tavares dos Santos e José de Souza Martins, e interpretações do contexto social do sertanejo sobre o aspecto da tradição, honra e vingança como no filme *Abril Despedaçado* (2001).

Sob a ótica da questão cultural do campo voltada para a necessidade da honra, verifica-se uma diferenciação sobre valores que contrapõe, em partes, aos grandes centros. A necessidade da valentia que o sertanejo atribui a si próprio enfatizados em nome da honra remetem a violência e vingança. O crime de encomenda ou no calor da emoção justifica-se uma prática pertencente à cultura fundamentada pela questão da honra, da tradição e da vingança sustentando conflitos. O assassino do campo é considerado justiceiro pela cultura sertaneja e geralmente antes de matar verifica se a pessoa com a “vida encomendada”, merece ou não morrer, considerando se o motivo da necessidade da morte do outro aflige ou não a honra do “solicitante”. O assassino ou matador de aluguel é geralmente respeitado no lugar, em alguns casos é considerada uma pessoa querida e importante. Autores retratam através da ficção, a violência por questões de conflitos familiares na zona rural, promovidas através da importância que os sertanejos atribuem à valentia, vingança e a honra. As peculiaridades que se mede a cada um afligiu a honra do outro perpassam através da cultura do campo, de pai para filho. A cobrança de dívida de honra é paga através da vida. Assassinato considerado banal, traição, estupros, ofensas e disputas são exemplos de delitos que os sertanejos impõem como dívida de honra. Teoria como a de José de Souza Martins (2002), que relata sua vivência em zonas de conflito, aprimora a ideia, determinante como fronteira, estabelece ainda, uma ligação entre o humano e o animal do homem, relatando o conflito estabelecido no campo e a violência presente, cega de gênero e idade.

A análise do comportamento humano condicionado a cultura do local onde vive é inspiração de uma vivência difusa abordada

pelas Ciências Sociais, buscando entender ações produzidas e categorizadas no contexto histórico e de complexidade recente.

#### **4. A configuração de conflitos fundamentados pela cultura**

A cultura que se insere o contexto social do campo sob o aspecto em torno da organização de valores é defendida através da vida e tem como necessidade a valentia na aquisição da honra, diferenciando-se em partes da cultura sobre valores dos grandes centros.

Observando a ação dos personagens do filme podemos lembrar aspectos presentes no campo, desde os tempos passados, lembramos então da história de Virgulino Ferreira da Silva, mais conhecido como Lampião que através das disputas por bodes pela sua família e a família vizinha iniciou-se uma trama que durou vários anos e que gerou muitas mortes, inclusive a dos seus pais, este aspecto nos remete a uma análise do filme com a história do Brasil, sendo verificada uma cultura de valores semelhantes num determinado espaço em comum, o campo, que perduram por séculos e são responsáveis talvez pela construção da cultura de tradição da honra e da violência que nos dias atuais ainda vigoram nos campos do Brasil.

O código de honra mostrado no filme é vivenciado através de noticiários diários, onde a morte deste ou daquele é justificativa por atos considerados de desonra para quem os sofre. É importante lembrar à ausência da lei maior no filme, no caso a polícia a justiça, geralmente as pessoas do campo não temem a polícia, temem e respeitam a lei do mais forte, ou por questão de respeito adquirido através de assassinatos ou respeito adquirido através de ter mais posses, riqueza. O jovem do filme que pratica a violência sem ainda ter vivido nem conhecido a vida e até mesmo por não estar envolvido diretamente com as ações e código de honra, retrata situações do cotidiano, onde jovens se colocam pertencentes desta cultura que determina a honra no campo e

acabam por perder sua vida sendo assassinado, permanecer em fuga pelo resto da vida fugindo do inimigo, ou quando a justiça não é falha presos.

Através da história do filme é possível identificar elementos comuns do contexto social histórico brasileiro atribuído através da história de Lampião, entre outras, que nos retrata a persistência da cultura da honra, tradição e violência, no campo que persistiu através dos séculos, e exemplo de manifestação atual da cultura de valores presente no campo, em foco o caso do jovem Emerson Garcia de Luca, na época com vinte e seis anos, tendo sua residência fixada no campo, próximo a cidade de Sinop-MT, em lugar denominado como Gleba Mercedes. Segundo a Gazeta Digital, Emerson ficou conhecido como “Maníaco da Gleba” depois de ter assassinado quatro homens em único dia no ano de 2007, a golpes de facão e socos, a brutalidade destes crimes cometidos por Emerson foi justificada por ele através de explicação que fez ao juiz durante julgamento ocorrido em dezoito de junho de dois mil e nove, que estaria defendendo o amigo que na ocasião sofria agressões verbais durante uma discussão com os quatro homens. Da ficção do filme, a realidade de séculos passados, presentes nos dias de hoje atribuem o conceito da continuidade de um aspecto cultural e de valores inseridos em contexto social diferenciado que ainda se fazem presente agregando a necessidade da questão da honra, da vingança resultando na violência, contemplados sob estudos de autores que teorizam esta cultura de valores diferenciadas dentro de uma mesma nação em contextos e realidades que se diferem, no fato atual citado, o assassino justifica seus atos sob a utilização da valentia e necessidade da violência para defender a honra, mesmo que não fosse a sua, no caso a do amigo, se caracterizando no papel de justiceiro.

Fatos violentos ocorridos na tranquilidade da zona rural contemplados através de uma cultura que se difere e que se estabelece desde há muito até hoje nos remetem a uma visão curiosa sob o contexto social delimitado ao espaço denominado

campo, nos delineando uma visão curiosa sobre a cultura de valores do sertanejo.

### **Considerações finais**

O presente estudo se propôs a apresentar a cultura como principal elemento na estrutura da organização social e Constituição Federal de 1988 como propulsora do ordenamento social. É possível afirmar que as culturas se diversificam entre si, determinando valores e comportamentos diferenciados entre grupos sociais, portanto é perceptível que as diferenças culturais, ocasionam o distinto comportamento entre um grupo social e outro, vale destacar que as adversidades culturais estão previstas na constituição.

Ficou constatado que, quando das diferenças culturais, verifica-se uma série de valores e regras que são estabelecidas de acordo com cada cultura e, que por este motivo, se diversificam, porém, quando do encontro de grupos sociais, ocorre uma espécie de afrontamento destas regras e valores, ocasionando o julgamento dos comportamentos, e ao que se difere, é considerado impróprio e ao que se assemelha adequado.

Nesta perspectiva, é possível perceber, também, que os grupos sociais estabelecem regras de acordo com a cultura na qual participam e a partir daí, norteiam o comportamento do grupo. Como forma de manter a ordem social pré-estabelecida, os membros deste grupo se organizam de modo a perceber quando um comportamento não está de acordo com as regras já definidas, então, como forma de manter a ordem do grupo, se organizam para identificar o indivíduo que não se enquadra as regras do grupo.

Sendo assim, sugere-se que é através da cultura que se pode perceber como pensa e se organiza o mundo, pois é a cultura que nos promove uma possível compreensão sobre o comportamento



humano, vale destacar, que nem sempre o direcionamento cultural direciona para a ordem do grande grupo social.

Os achados dos estudos e autores visitados durante a realização deste, pensou-se a cultura como causa e consequência do comportamento humano, num efeito recursivo, sendo possível afirmar que o comportamento dos indivíduos é delimitado pela cultura de que estes participam e que, por sua vez, tem reflexo no comportamento.

Neste sentido, a cultura pode ser benéfica ou mesmo nociva ao indivíduo, dependendo do grupo ao qual este decide se integrar e em cujas “regras se sujeitar”. Assim, para “ser aceito” o novo integrante precisa se “moldar” à cultura do grupo mesmo que não concorde com todas as manifestações culturais, isto é, crenças, valores, hábitos, etc., sendo necessário estar a contento ao que se espera da ordem social, por meio da Constituição Federal.

Reitera-se que não existe ser humano em estágio de natureza, que não tenha algum tipo de cultura, e todas em particular de acordo com suas formas culturais, porém, os seres humanos se tornam diferentes porque se posicionam dentro das diferentes linhas culturais existentes, mesmo assim, devem estar atentos ao que compõem a ordem universal, por meio da constituição Federal, mesmo que as manifestações de conjunto sejam de razão cultural, as mesmas devem contribuir para um todo harmônico sob o que assegura o ordenamento jurídico.

## Referências

BARROS, José Márcio. “**Diversidade Cultural e Desenvolvimento Humano** – Curso de Gestão e Desenvolvimento Cultural Pensar e Agir com Cultura, Cultura e Desenvolvimento Local 2007”.

BECKER, Howard Saul – **Outsiders: Estudos da Sociologia do Desvio**. Rio de Janeiro; Jorge Zahar; 2008.

BENEDICT, Ruth. **O Crisântemo e a Espada**: Padrões da Cultura Japonesa. São Paulo. Perspectiva, 1972.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo. Saraiva, 1991.

DIGITAL, Gazeta. "**Maníaco da Gleba" vai a júri por 3 homicídios**. Disponível em: <<http://www.gazetadigital.com.br/editorias/policia/maniaco-da-gleba-vai-a-juri-por-3-homicidios/235062>>. Último acesso em 19/03/2019 às 20:25

GEERTZ, Clifford. Uma Descrição Densa: “Por uma Teoria Interpretativa da Cultura” in: **A Interpretação das Culturas**, Rio de Janeiro, Zahar. 1978.

MARTINS, José de Souza. *A sociedade vista do abismo*. Petrópolis, 2002.

MEAD, Margaret. **Sexo e Temperamento**. São Paulo: Perspectiva. 1988.

PRITCHARD, E. E. Evans. **Primícias do Desenvolvimento Teórico**. Buenos Aires. Nueva Vision, 1975

SAHLINS, Marchall David – **Cultura na Prática**. Rio de Janeiro. Editora UFRJ, 2004.

SALLES, Walter; MACHADO, Sérgio; AÏNOUZ, Karim. **Abril despedaçado** (roteiro do filme). In: BUTCHER, Pedro; MULLER, Anna Luiza. *Abril despedaçado: história de um filme*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

WINKIN, Y. (1999 [1988]), **Os Momentos e os Seus Homens**. Lisboa, Relógio d'Água.

## **A proteção do consumidor e o assédio de consumo no comércio eletrônico**

*Gabriela Cristina Bezen*

*Mário Furlaneto Neto*

### **Considerações iniciais**

O comércio eletrônico representa uma ferramenta de facilitação na aquisição de bens e cria uma revolução na vida das pessoas, em virtude de a compra poder ser realizada de qualquer lugar do mundo e levar somente alguns minutos, sendo necessário apenas estar conectado à rede mundial de computadores.

Essa nova modalidade de contratação apresenta-se como um potencializador da vulnerabilidade do consumidor, diante de circunstâncias como a impossibilidade de experimentação e visualização do produto e serviço, a insegurança quanto à entrega e até o desconhecimento de quem é o fornecedor, situações que assombram o consumidor e preocupam o legislador.

Ademais, o surgimento de práticas comerciais agressivas e as práticas de *marketing* atingem diariamente toda uma coletividade de indivíduos, agravando a vulnerabilidade destes enquanto consumidores.

A utilização desses recursos para atrair o consumidor atinge de forma mais eficiente e em curto período de tempo um número maior de indivíduos, e por isso é cada vez mais difundido nos dias atuais.

O surgimento da *Black Friday* como uma ferramenta maior de sedução que potencializa o consumo, juntamente com o crescimento do comércio eletrônico e a utilização dos novos métodos das práticas comerciais no objetivo de direção do consumidor, agrava a sua vulnerabilidade.

O princípio fundamental de proteção ao consumidor foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, e surgiu como uma forma de atender à nova realidade, no anseio de harmonizar e equilibrar as relações de consumo, de forma que, em decorrência dessa norma imperativa, em 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor.

É preciso ponderar no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor, apesar de um marco normativo, foi organizado num período em que não existiam as facilidades de acesso a produtos e serviços, sendo omissos quanto às questões dessa nova sociedade de consumo ou sociedade moderna e pós-moderna.

Entende-se como urgente e necessário o tratamento efetivo desses fenômenos por meio de uma norma específica, para que traga segurança jurídica ao consumidor e atenuar a sua situação de vulnerabilidade, reafirmando a dignidade imposta pela Constituição.

A temática da pesquisa é de suma importância no Direito, com influência direta na sociedade e para o Estado Democrático de Direito, pois interfere na vida do ser humano em seu aspecto econômico e social. Assim, com emprego do método dedutivo e os procedimentos de revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, tem-se que a reflexão sobre o direito moderno e seus fundamentos é essencial para a defesa das garantias sociais consumeristas no intuito de uma sociedade igualitária e justa, buscando pela emancipação dos seres humanos e transformação qualitativa da sociedade.

A proteção e defesa do consumidor como um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 visa garantir que os direitos previstos no CDC, ou qualquer outra fonte do

Direito que trate da relação de consumo, ganhem *status* de direitos fundamentais e que sejam protegidos rigorosamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como se evidencia que a sociedade de consumo está cada vez mais exacerbada.

## 1. O comércio via internet e as relações de consumo

Tem-se que o comércio eletrônico surgiu como ferramenta de facilitação para a realização de compras no espaço da rede, podendo-se realizar uma compra de qualquer lugar do mundo, sendo o comércio que mais cresce, se comparado com o comércio via estabelecimento comercial físico.

A problemática que surge com o comércio eletrônico e as contratações que advêm dessa modalidade encontra-se no meio em que essas negociações se dão, em razão da desterritorialização das transações, a forma como as novas tecnologias são aplicadas e o aumento das possibilidades de fraudes.

Com a utilização da *Internet* pelas empresas para desenvolverem suas atividades e a rede como possibilidade de negociação sem fronteira, o comércio eletrônico pode ocorrer de diversas formas, dependendo da natureza da transação.

Assim, é possível afirmar que o comércio eletrônico consiste em uma nova ferramenta para realizar negócios através da utilização da *Internet*, sendo que, para as relações de consumo, o comércio eletrônico é entendido como a compra e venda realizada pela *Internet*. No entanto, ante o exposto, é imprescindível verificar essa forma de contratação, tornando-se oportuno discorrer sobre o contrato eletrônico.

As relações de consumo existem quando puder ser identificado, em um dos polos, o consumidor e, no outro, o fornecedor, tendo como objeto a aquisição de um produto e/ou a contratação de um serviço.

Khoury (2013, p. 87), entende que no comércio eletrônico “na verdade não existe uma nova espécie de contrato, o eletrônico. Tal

(o eletrônico), refere-se apenas ao meio utilizado para o acordo de vontades” e complementa dizendo que “o consumidor tem, ante uma contratação eletrônica, a mesma proteção que tem nos contratos ditos presenciais”.

Nesse sentido, aplicar-se-á o Código de Defesa do Consumidor para as relações que são tidas como de consumo, assim, tem-se que o contrato eletrônico de modo idêntico aos demais contratos tradicionais, deve estar em conformidade com as normas contidas no *Codex*.

## **2. Vulnerabilidade do consumidor no comércio eletrônico**

É evidente que o comércio eletrônico cria uma revolução na vida das pessoas, devido às suas vantagens, podendo-se realizar uma compra de qualquer lugar do mundo necessitando apenas estar conectado à rede.

Há de se consignar, inclusive, a maior facilidade de comparação de preço, qualidade dos serviços e desempenho do produto, o que empodera o consumidor (SCHWAB, 2016).

Todavia, essa modalidade apresenta-se como um potencializador do aumento da vulnerabilidade do consumidor.

Nesse sentido, Canto explica que:

A contratação por intermédio da *Internet* apresenta novos desafios para os operadores do direito no que se refere ao agravamento da vulnerabilidade do consumidor, porquanto ela possibilita a fusão de técnicas de contratação em massa num único meio, a exemplo da união do contrato de adesão, das condições gerais dos contratos, ao *marketing* agressivo, à catividade do cliente, e à internacionalização intrínseca de muitas relações à distância entre fornecedores e o consumidor (2016, p. 82).

O artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor traz o princípio da vulnerabilidade como pilar da Política Nacional das Relações de Consumo, estabelecendo o reconhecimento da

fragilidade do consumidor, de modo que, diante do reconhecimento de fragilidade, faz-se necessária uma norma legislativa para equilibrar e harmonizar aquela relação de desiguais.

Pinto (2017, p. 49), esclarece que a vulnerabilidade não determina e fundamenta apenas a existência do Código de Defesa do Consumidor, mas também a sua aplicação. Comenta ainda que “a vulnerabilidade denota a situação daquele que foi ferido por alguém amplamente mais forte e mais poderoso”.

No mesmo sentido, Miragem leciona que:

[...] a noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes, ou, ainda, de uma posição de força (2016, p. 128).

Ainda, a vulnerabilidade do consumidor norteia a aplicação das normas consumeristas e de que maneira essas normas devem ser aplicadas, constituindo uma presunção legal absoluta, visto que na atual sociedade existe um desequilíbrio econômico entre o consumidor e o fornecedor, de sorte que e é justamente do reconhecimento da fragilidade do consumidor que se fundamenta a existência do sistema normativo de proteção a parte mais fraca dessa relação de desiguais (MIRAGEM, 2016).

Almeida explica que a vulnerabilidade decorre do reconhecimento do consumidor como a parte mais fraca da relação de consumo, pois

[...] é facilmente reconhecível que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo. A começar pela própria definição de que consumidores são os que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes. Para satisfazer suas necessidades de consumo, é inevitável que ele compareça ao mercado e, nessas ocasiões,

submeta-se às condições que lhe são impostas pela outra parte, o fornecedor (2009, p. 24).

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor vem reafirmar o princípio constitucional da isonomia, donde se beneficia o consumidor como a parte frágil favorecendo-o à igualdade material, para que se tratem os desiguais de maneira desigual na finalidade de possibilitar uma igualdade entre eles e o fornecedor.

Ainda, Canto (2016, p. 66) ensina que a vulnerabilidade do consumidor é o fundamento do direito do consumidor e que constitui presunção legal absoluta e pode ser classificada em vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional.

Nesse sentido, a vulnerabilidade do consumidor, qualquer que seja o seu aspecto, deverá ser compreendida como o marco central de toda a normativa consumerista, assim, visa, principalmente, ao fortalecimento da parte fragilizada para, então, estabelecer o equilíbrio contratual e harmonizar a relação de consumo.

Cumprido ressaltar que vulnerabilidade e hipossuficiência não são termos sinônimos. Sobre este assunto, Klee (2014, p. 243) ensina que “a vulnerabilidade é uma característica que decorre da lei e incide sobre todos os consumidores, sem distinção. Já a hipossuficiência está relacionada a um aspecto processual”.

A configuração da hipossuficiência do consumidor irá depender da análise do caso concreto, podendo-se afirmar que o consumidor nem sempre será considerado hipossuficiente, ainda que seja vulnerável.

No que tange à vulnerabilidade do consumidor, destacam-se as práticas comerciais que consistem em algumas das ferramentas utilizadas pelo fornecedor para direcionar o consumidor ao consumo, tanto no comércio tradicional quanto no comércio eletrônico.



Destarte, ainda que o comércio eletrônico seja uma forma de facilitar a realização de compras pelo consumidor, não se poderia negar que algumas situações como distância física, desconhecimento de quem é o fornecedor, impossibilidade de experimentação e visualização do produto e serviço e, ainda, a insegurança quanto à entrega daqueles e tantas outras, assombram o dia a dia do consumidor e, por extensão, agravam a sua vulnerabilidade.

Como usuário da net, sua capacidade de controle fica diminuída, é guiado por links e conexões, em transações ambigualmente coordenadas, recebe as informações que desejam lhe fornecer, tem poucas possibilidades de identificar simulações e 'jogos', de proteger sua privacidade e autoria, de impor sua linguagem. Se tem uma ampla capacidade de escolher, sua informação é reduzida (extremo déficit informacional), a complexidade das transações aumenta, sua privacidade diminui, sua segurança e confiança parecem desintegrarem-se em uma ambiguidade básica: pseudo-soberania do indivíduo/sofisticação do controle (MARQUES, 2004, p. 72).

Schmidt Neto explica que, na atual sociedade, tem-se um aumento da vulnerabilidade do consumidor, em que não é mais este quem escolhe o que consumir, mas que o fornecedor é quem decide o que produzir e oferecer:

O produtor ou o fornecedor tem a possibilidade de se valer de estratégias para a maximização de seus ganhos, em detrimento do conjunto da sociedade. Por exemplo, o telefone celular de última geração tecnológica, a televisão a cabo com uma variedade cada vez maior de canais e etc. A vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo decorre da sua incapacidade de controlar a oferta de bens e serviços. Isto é, não é o consumidor que escolhe o que vai consumir e sim o fornecedor que determina o que vai colocar à disposição dos consumidores, criando as necessidades de consumo conforme a produção (2016, p. 65).

Nessa toada, pode-se afirmar que a insegurança em relação à identidade do fornecedor, a falta ou a insuficiência de informações sobre os produtos e serviços que se encontram à disposição no mercado de consumo *on-line*, a insegurança em relação à entrega desses produtos e serviços e até mesmo a utilização de diversas formas de linguagem utilizados na oferta, apresentam-se como uma causa de agravamento da vulnerabilidade do consumidor, o qual decorre do comércio eletrônico.

Ainda, ao abordar sobre a vulnerabilidade do consumidor com ênfase no comércio eletrônico, tem-se que contribuem para isso as práticas comerciais adotadas pelo fornecedor no objetivo de seduzir o consumidor para o ato de consumo. Não obstante, imprescindível apontar essas práticas comerciais que corroboram para o agravamento da vulnerabilidade do consumidor.

### **3. O assédio de consumo no comércio eletrônico**

No comércio eletrônico, pode-se destacar a utilização de práticas comerciais evidenciando-se a publicidade, o *marketing*, a oferta e a facilidade de acesso ao crédito como difusores do comércio eletrônico e formas de agravar a vulnerabilidade do consumidor mediante o assédio de consumo.

A publicidade pode ser compreendida como um conjunto de elementos ou meios empenhados para informar e convencer alguém a comprar determinado produto e, nas relações de consumo, trata-se de um poderoso instrumento de divulgação.

Inicialmente, a publicidade é importante porque, como já notamos, tem uma conexão direta — contestada, é verdade — com a sociedade de consumo. O binômio sociedade de consumo-publicidade parece indissociável; é através da publicidade "que o Mundo, em todas as suas facetas, nos é oferecido, como se fora uma vitrine, onde são expostas as "novidades" que, a partir de então, passam a ser "necessidades", mostradas que são como

indispensáveis ao conforto e à atualização da vida e dos lares (BENJAMIN, 1994, p. 5).

No mesmo sentido, Miragem (2016, p. 264) explica que a publicidade se revela como uma forma de comunicação em massa na atual sociedade e apresenta consequências para o mercado de consumo. Assim,

[...] dentre os diversos fenômenos da sociedade contemporânea, denominada sociedade da informação ou sociedade de consumo, o desenvolvimento da atividade publicitária é um dos que maiores consequências trouxe para o surgimento e desenvolvimento do mercado de consumo, assim como para a caracterização das transformações econômicas.

Benjamin (2017, p. 317) comenta ainda que “não há sociedade de consumo sem publicidade” e em “decorrência de sua importância no mercado, surge a necessidade de que o fenômeno publicitário seja regrado pelo Direito, notadamente pela perspectiva da proteção do consumidor, o ente vulnerável da relação jurídica de consumo”.

Migarem (2016, p. 265) explica que a publicidade possui a finalidade de “estimular e influenciar o público em relação à aquisição de determinados produtos ou serviços”, com a finalidade de, em uma sociedade de consumo, “chamar a atenção, despertar o interesse, estimular o desejo, criar convicção e induzir a ação”.

Ademais, o conceito de publicidade não pode ser confundido com o de *marketing*, sendo este mais amplo que aquele. Neste sentido:

A publicidade é espécie do marketing; significa, em síntese, marketing não-pessoal, massificado, praticado com auxílio de mídia (rádio televisão, jornal, revista, outdoor, etc). Pressupõe, normalmente, a intervenção de três sujeitos: o anunciante, que busca vender seu produto ou serviço, a agência de publicidade, que cria e produz o anúncio, e o veículo, que o transmite. O

universo da publicidade, portanto, é menor que o do marketing (BENJAMIN, 1994, p. 8-9).

Pode-se perceber que o conceito de publicidade está englobado no de *marketing*, no entanto a publicidade consiste de um conjunto de métodos e modalidades de informações destinadas à divulgação de produtos e serviços, objetivando o seu consumo e é dirigida ao consumidor.

Por sua vez, o *marketing*, que abrange a publicidade, possui o objetivo de movimentar os produtos e serviços de onde são produzidos até o consumidor, envolvendo, também, em sua função para alcançar seu objetivo a pesquisa de mercado, a seleção de produtos, promoções de venda, entre outros.

O Código de Defesa do Consumidor disciplina a publicidade, apesar de não conceituá-la, e estabelece que ela deve ser de fácil constatação pelo consumidor e que ele possa identificá-la como tal<sup>1</sup>. Ainda, o mesmo Código veda a publicidade enganosa e abusiva, estabelecendo um ponto de partida para análise ao caso concreto, diante da condição de seus artigos serem meramente exemplificativos.

Almeida explica que a publicidade passa a intervir na vida das pessoas, tendo sua função inicial alterada. Nesse sentido:

A publicidade deixou de ter papel meramente informativo para influir na vida do cidadão de maneira tão profunda a ponto de mudar-lhe hábitos e ditar-lhe comportamentos. Trata-se – é bem de ver – de instrumento poderosíssimo de influência do consumidor nas relações de consumo, atuando nas fases de convencimento e de decisão de consumir (2015, p. 114).

A oferta, por sua vez, encontra alçada no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, conforme transcrito:

---

<sup>1</sup> Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (BRASIL, 1990).

Marques (2016, p. 825) ensina que, segundo essa norma, “toda informação, mesmo a publicidade, suficientemente precisa, constitui uma oferta (uma proposta contratual), vinculando o fornecedor”; e Filomeno (2014, p. 221) explica que pode ser compreendida como a manifestação do fornecedor na finalidade de propor a sua colocação no mercado de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe um conceito amplo para a oferta, conforme já demonstrado em tópico anterior, podendo compreendê-la como informação ou publicidade, estabelecendo como requisito a sua veiculação em qualquer meio de comunicação e que ela seja suficientemente precisa.

No que tange à informação na oferta, o artigo 31 do *Codex* consumerista estabelece como características da informação, na oferta, que esta seja correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa; e como informações obrigatórias na oferta, a qualidade, quantidade, característica, composição, preço, prazo de validade e os riscos que apresentam à saúde e segurança do consumidor.

Miragem (2016, p. 261) explica ainda que a oferta “só será como tal considerada à medida em que seja veiculada ou divulgada por qualquer modo que assegure o conhecimento público” e Almeida (2015, p. 111) esclarece que a oferta “é toda proposta de fornecimento de produto ou serviço, mediante apresentação, informação, ou publicidade” e tem como finalidade “alcançar o consumidor como provável cliente”.

Nesse contexto e mediante o consumo massificado, parte da doutrina entende a oferta como sinônimo de *marketing* “significando os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados à sua disposição

no mercado pelos fornecedores” e que, dessa forma, a oferta “abrange não apenas as técnicas de indução pessoal, como ainda outras mais coletivas e difusas, entre as quais estão as promoções de vendas e a própria publicidade (BENJAMIN, 2017, p. 274).

Percebe-se que o fornecedor de produtos e serviços se utiliza de estratégias publicitárias e de *marketing* para associar a aquisição daquele bem de consumo à satisfação de desejos criados nos consumidores.

Almeida (2015, p. 115–116) discorre acerca da publicidade massiva, apontando que “o consumidor é induzido a consumir, bombardeado pela publicidade massiva que o cerca em todos os lugares e momentos de seu dia a dia. Como autômato, responde a esses estímulos, sem discernir corretamente. Age pela emoção, embotado em seu juízo crítico”.

O Projeto de Lei nº 3515/2015, em trâmite no Congresso Nacional, traz a figura do assédio de consumo e dispõe sobre ele da seguinte forma:

Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: [...] V – assediar ou pressionar o consumidor, principalmente se idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada, para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, inclusive à distância, por meio eletrônico ou por telefone, ou se envolver prêmio<sup>2</sup> (BRASIL, 2012).

No mesmo sentido, o Projeto de Lei nº 3514/2015<sup>3</sup>, em trâmite no Congresso Nacional, acrescenta aos direitos básicos do consumidor, previstos no artigo 6º, o inciso XII, que dispõe ser um direito do consumidor “a liberdade de escolha, em especial frente

---

<sup>2</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 3515/15. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1408277&filename=PL+3515/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1408277&filename=PL+3515/2015)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

<sup>3</sup> BRASIL. Câmara Deputados. Projeto de Lei nº 3514/15. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1408274&filename=PL+3514/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1408274&filename=PL+3514/2015)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

às novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo”.

O assédio de consumo caracteriza-se pelas práticas comerciais agressivas compreendidas como condutas que afetam a liberdade de escolha da pessoa.

O assédio de consumo, portanto, não se esgota em práticas que se revelem violentas, compreendendo, também, aquelas efetuadas por meio do encantamento que busca obnubilar a ínfima parcela de razão que orienta a vida de pessoas, inexoravelmente imersas na sociedade de consumo. Sedução que, quando reiterada, municida com a promessa de novas doses de dopamina, potencializa substancialmente a força de convencimento contida nas sucessivas promessas de felicidade difundidas pela mídia. Prática que talvez se revele (a) nas repetidas visitas ao domicílio do consumidor, (b) no spam, (c) no assédio a idosos nas filas dos bancos, com sedutoras ofertas de crédito ou com a possibilidade de vir a ser premiado, (d) no persistente contato – via telefone, fax, e-mail ou qualquer outro mecanismo de comunicação – visando à comercialização de algum bem, serviço ou a concessão de crédito, (e) na reiteração da necessidade de alteração do regime contratual vigente, (f) na exortação das crianças para que convençam adultos a comprar-lhes algo, (g) nas promessas de cura dos mais distintos males reverberadas pela mídia etc. (CATALAN; PITOL, 2017, p. 147-148).

Como visto, a publicidade é uma forma de atrair o consumidor para a compra de determinados produtos e serviços, e no comércio eletrônico o que separa o consumidor das ofertas para a compra daqueles, encerra-se com apenas alguns cliques.

Destarte, a publicidade é utilizada de forma mais agressiva no comércio eletrônico, em razão das diversas tecnologias que possibilitam ao fornecedor direcionar a oferta a determinados consumidores; e as práticas de *marketing*, através da comunicação de massa e o uso da *Internet* como auxílio na publicidade, potencializam ainda mais o consumo.

A publicidade no meio eletrônico é especial, podendo ser multimídia, composta por pequenos filmes e *jingles*, sendo feita para seduzir o consumidor de maneira imediata, de modo que diante de um *click* ele já se torna cliente, ainda que irracionalmente (MARQUES, 2004, p. 164).

Não obstante, destaca-se a utilização de diversos recursos para seduzir o consumidor e a direcioná-lo para a compra de determinados produtos e serviços tais como *e-mails*, *spams*, *sites*, *links*, *pop-ups* e *cookies*.

Finkelstein (2011, p. 241) explica que o consumidor deve ter cuidado ao navegar por *sites*, pois, “pode ser invadido por mensagens publicitárias que não se identificam como tais e que constituem marketing agressivo e invasivo”, e ainda, que “o consumidor pode ter seus hábitos de consumo mapeados por *cookies* e pode ser vítima de *spams*. No entanto, a tendência mais forte do comércio eletrônico é que a publicidade seja veiculada sob a forma de banners”.

A respeito dos *cookies*, Finkelstein (2011, P. 243) comenta que:

A utilização dos *cookies* é a prática mais condenável em matéria de publicidade via Internet. *Cookies* são programas que registram os passos do internauta sem que ele saiba, de modo que o site voltado ao comércio eletrônico possa criar bancos de dados sobre os costumes e preferências do internauta, que passam a ter um valor importante para o marketing. Isto é considerado invasão de privacidade e é uma prática que vem sendo reprimida em muitos países.

*Cookies* são, assim, fichários que o consumidor não sabe estar preenchendo e que acabam por ser trocados entre os sites. Dessa forma, se o consumidor tem o hábito de comprar livros de astronomia, este hábito será mapeado, trocado entre os sites e quando ele menos esperar, estará recebendo malas diretas, via *spams*, de sites e lançamentos de livros e publicações de astronomia. Essa prática é tão condenável que, independentemente da repressão legislativa, o próprio mercado a está forçando a parar.



Sobre os *cookies*, Schmidt Neto (2016, p. 222) observa que consistem em uma forma de o fornecedor mapear os gostos e desejos do consumidor, como esclarece:

[...] modo comum de rastreamento dos gostos e desejos desse consumidor é a instalação indevida de cookies nos computadores de quem visita uma página eletrônica. Esses arquivos registram as informações como os dados fornecidos pelo próprio consumidor (dados bancários, por exemplo), preferências de consumo e hábitos de navegação, informações suficientes para que se processe a oferta ideal àquele consumidor, tornando quase impossível que resista à “sereia publicitária” diante de uma proposta tão personalizada.

Por sua vez, Marques (2004, p. 188) leciona que “ao entrar em um site, ou ao receber (ou responder) um e-mail, o computador do consumidor recebe um programa escondido (cookie), um intruso, que lerá dados no computador-hospedeiro e poderá monitorar as atitudes de compra do consumidor”, não obstante, os cookies “armazenam os dados do consumidor, como os sites visitados, a quantidade de vezes que os acessou, as compras que realizou, etc”.

No que concerne ao *spam*, Finkelstein (2011, p. 137) assim o caracteriza:

O *spam* ou mensagem não solicitada é distribuído a grande quantidade de destinatários de forma indiscriminada. O *spam* não está diretamente associado a mensagens publicitárias, embora muitas vezes seu uso seja exatamente o de difundir mensagens publicitárias não solicitadas. No entanto, o *spam* tem como fulcro a difusão de quaisquer tipos de mensagens ou ideias, o que inclui inclusive convites ao usuário para visitar determinado *site*.

Ademais, quanto ao *spam*, destaca-se que existem dois sistemas: o *opt-out* e o *opt-in*.

O sistema *opt-out* é o que permite o envio do primeiro spam ao consumidor, transferindo para este a responsabilidade de se manifestar expressamente para não recebimento de novas mensagens.

Furlaneto Neto e Santos (2004, p. 88) lecionam que essa modalidade busca “transferir ao destinatário o encargo de se manifestar expressa e contrariamente ao recebimento de novas mensagens com o mesmo conteúdo e de origem do mesmo emitente, permitindo-se, assim, o envio do primeiro spam”.

Por sua vez, ainda de acordo com Furlaneto Neto e Santos (2004, p. 88), o sistema *opt-in* “transfere a responsabilidade de enviar mensagem publicitária de cunho comercial ao emitente, apenas para quem estiver previamente cadastrado para isso, o que implica em aceitação de seu recebimento por parte do destinatário”.

Dessa forma, para que se receba o *spam*, o consumidor deve estar previamente cadastrado e autorizar o envio da mensagem, podendo cancelar a autorização a qualquer momento.

Não obstante, o Projeto de Lei nº 3514/15, em trâmite no Congresso Nacional, em seu artigo 45-F, objetiva a vedação do envio de *spam* ao consumidor, assim justificado:

Art. 45-F. É vedado ao fornecedor de produto ou serviço enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que: I – não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio e expresso em recebê-la; II – esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta; III – tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la. § 1º Se houver prévia relação de consumo entre o remetente e o destinatário, admite-se o envio de mensagem não solicitada, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la. § 2º O fornecedor deve informar ao destinatário, em cada mensagem enviada: I – o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz que lhe permita, a qualquer momento, recusar, sem ônus, o envio de novas mensagens eletrônicas não solicitadas; II – o modo como obteve os seus dados. § 3º O

fornecedor deve cessar imediatamente o envio de ofertas e comunicações eletrônicas ou de dados a consumidor que manifeste recusa em recebê-las. § 4º Para fins desta seção, entende-se por mensagem eletrônica não solicitada aquela relacionada à oferta ou publicidade de produto ou serviço enviada por correio eletrônico ou meio similar. § 5º É vedado também: I – remeter mensagem que oculte, dissimule ou não permita de forma imediata e fácil a identificação da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação e a sua natureza publicitária; II – veicular, exibir, licenciar, alienar, compartilhar, doar ou qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais sem expressa autorização e consentimento informado de seu titular. § 6º Na hipótese de o consumidor manter relação de consumo com fornecedor que integre conglomerado econômico, o envio de mensagem por qualquer sociedade que o integre não se insere nas vedações do caput deste artigo, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la e não esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta. § 7º A vedação prevista no inciso II do § 5º não se aplica aos fornecedores que integrem um mesmo conglomerado econômico.

Como se pode observar, o legislador preocupou-se em conceituar o *spam* como a mensagem eletrônica não solicitada, isto é, aquela relacionada a oferta ou publicidade de produto ou serviço enviada por correio eletrônico ou meio similar, adotando o sistema *opt-in*.

Ainda, destaca-se que pelo modelo adotado, o consumidor deve autorizar o envio de mensagens eletrônicas por *e-mail* ou telefone celular, ou seja, “o fornecedor não pode enviar mensagens eletrônicas aos consumidores, a não ser que o consumidor já tenha optado em recebê-las, ou já tenha mantido relação contratual com a empresa” (KLEE, 2014, p. 273).

Klee (2014, p. 273) destaca que a inclusão do § 6º do artigo 45-F desconsidera a “previsão legal da responsabilidade solidária entre todos os participantes da cadeia de fornecimento de produtos e serviços”, conforme previsão dos artigos 12, 14, 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor.

A autora (KLEE, 2014, p. 276) aponta que o legislador não considerou que “o consumidor não possui a informação sobre quais empresas integram um determinado grupo econômico e se integram um” e que “é difícil ter ciência, no momento da contratação, a qual grupo econômico determinado fornecedor pertence”, a não ser que “seja prevista a obrigação do fornecedor informar clara e inequivocamente o consumidor que pertence a determinado grupo econômico integrado pelas empresas ‘A’, ‘B’, ‘C’, ‘D’ etc.”.

Pertinente é evidenciar que o legislador permite que todas as empresas do grupo econômico enviem mensagens não solicitadas ao consumidor, exceto a empresa com a qual ele contratou e manifestou vontade pelo não recebimento destas, demonstrando inobservância à vulnerabilidade do consumidor e afronta aos demais direitos que possui.

Em que pese, é mister destacar que o § 7º do artigo 45-F desobriga ao cumprimento do disposto no § 5, inciso II, os demais fornecedores do grupo econômico.

Sobre o *spam*, importante destacar que o assunto já vem sendo tratado nos tribunais, sendo oportuno demonstrar o entendimento firmado no sentido de considerar que existem diversas formas para cessar o envio de *spam*, conforme segue:

INTERNET - ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS - SPAM - POSSIBILIDADE DE RECUSA POR SIMPLES DELETAÇÃO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1 - segundo a doutrina pátria "só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo". 2 - Não obstante o inegável incômodo, o envio de mensagens eletrônicas em massa - SPAM - por si só

não consubstancia fundamento para justificar a ação de dano moral, notadamente em face da evolução tecnológica que permite o bloqueio, a deleção ou simplesmente a recusa de tais mensagens. 3 - Inexistindo ataques a honra ou a dignidade de quem o recebe as mensagens eletrônicas, não há que se falar em nexos de causalidade a justificar uma condenação por danos morais. 4 - Recurso Especial não conhecido (STJ – REsp: 844736 DF 2006/0094695-7, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 27/10/2009, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 02/09/2010).

Neste caso, tratou-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais proposta por consumidor em face de um restaurante. Na ação, o consumidor alegou receber inúmeros *e-mails* divulgando o estabelecimento comercial que continha conteúdo erótico com imagens de mulheres de biquíni. O consumidor solicitou a retirada do seu endereço eletrônico da lista de envio do *spam* e o estabelecimento comercial confirmou o recebimento do pedido, mas o consumidor continuou a receber as mensagens indesejadas.

O relator da ação, Ministro Luis Felipe Salomão, voto vencido, destacou em seu voto que o estabelecimento comercial, embora tenha se identificado claramente na publicidade, agiu de forma abusiva ao continuar enviando as mensagens eletrônicas de cunho erótico, mesmo após a solicitação do consumidor para ser excluído da lista de envio. De acordo com o Ministro, houve violação da boa-fé por parte do fornecedor.

Não obstante, tal decisão serviu como fundamento para indeferimento de mais pedidos de danos morais por envio de *spam*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. REMESSA DE MENSAGENS ELETRÔNICAS PUBLICITÁRIAS - SPAM. POSSIBILIDADE DE RECUSA. SITUAÇÃO DE MERO ABORRECIMENTO. AUSENTE COMPROVAÇÃO DE DANOS MORAIS. 1. O autor recorre da decisão que julgou improcedente o pedido para que fosse cessado

o envio de emails de publicidade pela demandada, bem como postulou indenização por danos morais. 2. O Código de Defesa do Consumidor em seu inciso III do artigo 39 prevê a vedação de praticas abusivas. Em que pese classificar o autor como prática abusiva o envio de SPAM, diversas são as possibilidades para evitar tal aborrecimento, tais como bloqueio, deleção, recusa, entre outros oriundos da evolução tecnológica. Portanto, em que pese o incômodo, a situação narrada não atingiu a honra ou dignidade do autor a ensejar uma condenação reparatória. Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp 844.736/DF, bem como as Turmas Recursais no Recurso Inominado 71005499876. 3. Ainda, conforme disposto no artigo 927, caput, do Código Civil, necessária a comprovação do dano para que surja o dever de indenizar, o que não ocorreu no caso. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO (Recurso Cível Nº 71005429451, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 21/07/2015) (TJ-RS – Recurso Cível: 71005429451 RS, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Data de Julgamento: 21/07/2015, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/07/2015).

Neste, o consumidor recorreu de decisão que julgou improcedente o pedido para que fosse cessado o envio de *e-mails* de publicidade pela demandada, bem como postulou indenização por danos morais, todavia o recurso foi improvido, mantendo-se a sentença do juízo *a quo*.

RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. REMESSA DE MENSAGENS ELETRÔNICAS PUBLICITÁRIAS - SPAM. POSSIBILIDADE DE RECUSA. SITUAÇÃO DE MERO ABORRECIMENTO. AUSENTE COMPROVAÇÃO DE DANOS MORAIS. 1. O autor recorre da decisão que julgou improcedente o pedido para que fosse cessado o envio de emails de publicidade pela demandada, bem como postulou indenização por danos morais. 2. O Código de Defesa do Consumidor em seu inciso III do artigo 39 prevê a vedação de práticas abusivas. Em que pese classificar o autor como prática abusiva o envio de SPAM, diversas são as possibilidades para

evitar tal aborrecimento, tais como bloqueio, deleção, recusa, entre outros oriundos da evolução tecnológica. Portanto, apesar do incômodo, a situação narrada não atingiu a honra ou dignidade do autor a ensejar uma condenação reparatória. Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp 844.736/DF, bem como as Turmas Recursais no Recurso Inominado 71005499876. 3. Ainda, conforme disposto no artigo 927, caput, do Código Civil, necessária a comprovação do dano para que surja o dever de indenizar, o que não ocorreu no caso. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO (Recurso Cível Nº 71005557954, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: José Ricardo de Bem Sanhudo, Julgado em 02/09/2015) (TJ-RS - Recurso Cível: 71005557954 RS, Relator: José Ricardo de Bem Sanhudo, Data de Julgamento: 02/09/2015, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/09/2015).

Neste, o consumidor também recorreu da decisão que julgou improcedente o pedido para que fosse cessado o envio de *e-mails* de publicidade, bem como postulou indenização por danos morais.

Diante dessa situação, entende-se que para que haja a devida compensação por danos morais é necessário que este se reste configurado, mas o entendimento de que o envio de *spam* constitui mero aborrecimento não merece prosperar.

Nos dias de hoje, criou-se a cultura do mero aborrecimento. De acordo com Dessaune (2017, p. 135):

Não se sustenta a compreensão jurisprudencial de que a via crucis percorrida pelo consumidor, ao enfrentar problemas de consumo potencial ou efetivamente danosos criados pelos próprios fornecedores, representa “mero dissabor, aborrecimento, percalço ou contratempo normal da vida do consumidor”, não gerando ou configurando dano moral indenizável. [...] Ademais, as situações de desvio produtivo implicam efetiva lesão ao tempo do consumidor.

Necessário destacar que, na esfera criminal o mero aborrecimento do consumidor não constitui hipótese de excludente de ilicitude ou tipicidade na violação à dignidade da pessoa humana.

Assim, diante do envio de mensagens eletrônicas deve haver a devida compensação por danos morais quando este se mostrar configurado, ainda mais nos casos em que evidente for o manifesto do consumidor em não querer receber tais publicidades, que, como consequência, traz a implicação de desvio produtivo deste.

Ademais, importante consignar a necessidade de maior fiscalização pelos órgãos de proteção ao consumidor, para que estas questões sejam discutidas sob a tutela coletiva, isso, pois, toda a coletividade de consumidores está exposta a esta prática comercial.

Todos esses recursos utilizados pelos fornecedores são extremamente vantajosos, isto pois, as práticas comerciais veiculadas no comércio eletrônico atingem de uma forma eficiente e de curta duração de tempo um número maior de consumidores, e, justamente por isso, é cada vez mais difundida nos dias atuais.

Importante destacar a fala de Prux (2016, 51) sobre essa nova realidade de contratação pelo comércio eletrônico e a utilização da publicidade como forma de seduzir o consumidor, chamando atenção para o que se expõe abaixo:

[...] e é importante referir que nesse cenário, a publicidade massiva tem papel preponderante (inclusive, com eventual utilização de spam e até de *neuromarketing* que procura seduzir mesmo que iludindo, falseando ou contornando a racionalidade para alcançar os sentidos e provocar uma decisão emocionalmente irrefletida de aquisição pelo consumidor). Há um direcionamento para apresentar ofertas e concretizar contratações [...].

Todos esses recursos estão à disposição do fornecedor, que pode optar por enviar diversas ofertas de maneira dirigida por



meio de *spam* aos *e-mails* de inúmeros consumidores ou, ainda, conduzir o consumidor direcionando-o para qualquer outro *site* de consumo conforme perfil pré-estabelecido pelas estratégias de *marketing* (MATTOS, 2007, p. 61).

Todos esses novos meios de tecnologia utilizados no comércio eletrônico como ferramentas para induzir e seduzir o consumidor a comprar, além de fomentarem a standartização de novos produtos e serviços, agravam o desejo pelo ato de consumir, evidenciando a nova sociedade contemporânea.

Ante todo o exposto até agora, importante demonstrar como essas práticas interferem na vida pessoas, acentuando a vulnerabilidade do consumidor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALTA DE INFORMAÇÃO CLARA E PRECISA SOBRE AS REGRAS DE PROGRAMA DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. PUBLICIDADE ENGANOSA CARACTERIZADA. VIOLAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO IMPROVIDO. 1. A publicidade de produtos ou serviços deve ser feita de forma clara, precisa e transparente, contendo todas as informações relevantes para que o consumidor possa, desde o início, tomar a sua decisão, sob pena de violar os princípios da boa-fé objetiva e da transparência, além dos artigos 6º, 31 e 37 do CDC. 2. Assim, constatada a inexistência de informações claras no material publicitário que pudessem levar ao conhecimento do consumidor, de imediato, que o Curso de Medicina não estava contemplado no Programa de Financiamento Estudantil promovido pela recorrente, não merece reforma a decisão que possibilitou ao autor o pagamento de suas mensalidades com base nas regras do mesmo. 3. Agravo de instrumento improvido (Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0012412-55.2017.8.05.0000, Relator (a): Maurício Kertzman Szporer, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 19/09/2017) (TJ-BA - AI: 00124125520178050000, Relator: Maurício Kertzman Szporer, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 19/09/2017).

Neste caso, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia reconheceu a publicidade enganosa em oferta publicitária

veiculada por instituição de ensino sobre forma de financiamento estudantil.

O consumidor foi atraído à instituição de ensino em virtude do Programa de Parcelamento Estudantil Privado – PEP, todavia, após a aprovação no vestibular e no ato da matrícula, a Instituição de Ensino Superior negou-se a enquadrá-lo no referido Programa, sob o argumento de que o mesmo não contemplaria o Curso de Medicina.

Neste, a decisão determinou que a instituição de ensino disponibilize ao consumidor a possibilidade de pagamento das mensalidades do curso de medicina nos termos do parcelamento especial das mensalidades do Programa Estudantil Privado, conforme a mensagem publicitária veiculada.

Sobre a publicidade e a oferta no comércio eletrônico, destaca-se a decisão a respeito de consumidor que adquiriu produto por este meio, todavia não recebeu o bem, configurando a quebra da expectativa e frustração além do tempo despendido para tentar resolver a situação.

CONSUMIDOR. COMÉRCIO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE PRODUTO ATRAVÉS DE ACESSO A REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET). IPHONE ADQUIRIDO NO SITE DA RÉ TODA OFERTA. PRODUTO NÃO ENTREGUE. INDICAÇÃO DE CONFIABILIDADE DA EMPRESA VENDEDORA PELA REQUERIDA UOL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. É entendimento pacificado nas Turmas, em casos análogos, a existência de responsabilidade solidaria das empresas que realizam a intermediação ou aproximação da contratação para a compra e venda de mercadorias, mediante ofertas publicadas na rede mundial de computadores, apresentando legitimidade para responder pelos danos experimentados pelo consumidor que, em negociação com vendedor, se vê vitimado por fraude. Precedentes jurisprudenciais. O autor, por meio do "site" da ré, adquiriu de outra empresa, um Iphone 4S, pelo qual pagou R\$1.500,00 sem que tenha recebido o produto, o que sem dúvida, trouxe prejuízos. O fato de a ré disponibilizar em seu "site" empresas para as quais direciona o consumidor para compra de produtos,

traz a este uma idéia de confiabilidade e credibilidade. Os fornecedores de produtos e serviços, integrantes da cadeia de consumo, são solidariamente responsáveis pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 7º, do CDC. Dever de indenizar o consumidor pelos danos materiais, os quais se traduzem pela restituição dos valores pagos pelo produto adquirido e não entregue. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME (Recurso Cível Nº 71004901864, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 12/08/2014) (TJ-RS - Recurso Cível: 71004901864 RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Data de Julgamento: 12/08/2014, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/08/2014).

Ainda, sobre a oferta e publicidade no comércio eletrônico, pode-se destacar a ocorrência de problemas relacionados às características do produto, validade da oferta e do preço, descumprimento da oferta no que tange ao prazo de entrega.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CONSUMIDOR. COMÉRCIO ELETRÔNICO. COMPRA DE PRODUTO QUE NÃO ATENDIA AS ESPECIFICAÇÕES DO ANÚNCIO VEICULADO. RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO E DANO MORAL CARACTERIZADO. O dano moral é a lesão/violação de um direito personalíssimo que cause na vítima sensações negativas ou desprazerosas, que transborda a normalidade e a tolerabilidade do homem médio. Restou comprovado que o negócio causou à autora frustração, constrangimento e angústia. A indenização deve levar em conta o tempo de duração da ilicitude; a situação econômico/financeira e coletiva do ofensor e ofendido; existência de pedido administrativo do ofendido ao ofensor para a regularização; o atendimento do pedido administrativo formulado pelo ofendido; a repercussão do fato ilícito na vida do ofendido e a existência ou não de outras circunstâncias em favor ou desfavor do consumidor. Indenização que atentou às circunstâncias do caso. Valor mantido. APELOS DESPROVIDOS (Apelação Cível Nº 70058049800, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 13/02/2014) (TJ-RS - AC: 70058049800 RS, Relator: Gelson Rolim Stocker.

Data de Julgamento: 13/02/2014, Décima Sétima Câmara Cível,  
Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/02/2014).

Neste, a consumidora realizou a compra de um *notebook* com as seguintes características: marca Acer, AS5750-6 BR 824 Intel Core i5 4GB HD W7 – Acer, tela de LED 15,6 polegadas, *webcam* integrada, Windows 7 Home Basic 64 Bits, placa de vídeo Intel HD Graphics 3000 com 1287 MB de memória dedicada. Todavia, ao receber o produto verificou desconformidade com a oferta, tendo o produto apenas 128 MB de memória dedicada. Ainda, sobre as compras no comércio eletrônico:

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE TABLET POR MEIO DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. DEMORA PARA ENTREGA. CANCELAMENTO DA COMPRA COM DEVOLUÇÃO DO PREÇO ATRAVÉS DE CRÉDITO EM CARTÃO. ALEGAÇÃO DE DANOS MORAIS NÃO DEMONSTRADA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PROVIDO (Recurso Cível Nº 71004639936, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto José Ludwig, Julgado em 30/10/2013) (TJ-RS - Recurso Cível: 71004639936 RS, Relator: Roberto José Ludwig, Data de Julgamento: 30/10/2013, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/11/2013).

Neste caso, o consumidor realizou a compra de um produto, tendo sido descumprido o prazo para a entrega, fazendo com que o consumidor optasse pelo cancelamento da compra.

É evidente que as práticas comerciais realizadas no comércio tradicional contribuem para o direcionamento do consumidor, mas no comércio eletrônico resta configurado que essas práticas estão ainda mais agressivas, conseqüentemente agravando a vulnerabilidade do consumidor.

Nesse contexto, ainda, pode-se afirmar que todas essas práticas corroboram para o agravamento da vulnerabilidade do consumidor, colocando em risco uma vida com dignidade, podendo privá-lo de um mínimo para sua subsistência, conseqüentemente,

contribuindo para o surgimento do fenômeno do superendividamento, uma vez que o comércio eletrônico, juntamente com as práticas comerciais, é ainda mais evidente com o surgimento da *Black Friday*.

Nesse diapasão, como forma de evitar o agravamento da vulnerabilidade do consumidor deve-se combater o assédio para o consumo coibindo as práticas comerciais abusivas e que coloquem em risco uma vida com dignidade, assim, garantindo efetivamente a proteção do consumidor.

### **Considerações finais**

A Constituição Federal de 1988 inseriu a proteção do consumidor como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro e trouxe o consumidor como um agente econômico e social, fazendo-se necessária a intervenção estatal para a efetiva garantia desse direito.

Ademais, em 1990, foi introduzido no ordenamento pátrio o Código de Defesa do Consumidor, que visa regular as relações de consumo através de diretrizes nacionais para a proteção do consumidor, a fim de promover a harmonização e o equilíbrio nessa relação de desiguais.

Todavia, é evidente que a norma consumerista, por si só, não é suficiente para lidar com o fenômeno do comércio eletrônico e do superendividamento, por não possuir normas específicas.

O surgimento da *Internet* e, por conseguinte, do comércio eletrônico, juntamente com os avanços tecnológicos, possibilitam ao fornecedor a utilização de práticas comerciais exacerbadas, que atuam na finalidade de atrair o consumidor para o consumo.

Ainda, pode-se afirmar que o comércio eletrônico fomenta o agravamento da vulnerabilidade do consumidor, que é seduzido e induzido para atuar na sociedade de consumo através das práticas da publicidade, *marketing* e oferta, fazendo surgir o instituto do assédio de consumo.

Não obstante, resta evidente que as contratações via *Internet* diferem-se das contratações tradicionais pela forma em que se dão, em especial por utilizar a rede mundial de computadores como instrumento para a concretização do contrato, mas que devem estar pautadas nos dispositivos normativos que regulam esse instrumento jurídico.

A vulnerabilidade do consumidor está relacionada às características da utilização da *Internet*, que causa insegurança. Essa insegurança decorre da real identidade do fornecedor, da falta ou insuficiência de informações sobre os produtos e serviços, bem como em relação à entrega destes.

O princípio da dignidade da pessoa humana é essencial à democracia, colocando o bem-estar do ser humano como função primordial do Estado Democrático de Direito, sendo um valor absoluto, vedando tudo que possa afetar a qualidade de vida das pessoas, assegurando a integridade destas só por sua existência.

A despeito de todo o exposto, pode-se verificar que o comércio eletrônico apresenta, como aspecto positivo, maior facilitação para as contratações entre fornecedores e consumidores, trazendo maior comodidade a este que poderá adquirir um produto de qualquer lugar e a qualquer momento.

Todavia, apresenta, como aspecto negativo, os abusos cometidos pelos fornecedores na utilização desses recursos e ferramentas de forma a agravar a vulnerabilidade do consumidor.

No que tange ao projeto de atualização do Código de Defesa do Consumidor sobre o comércio eletrônico, destacam-se, como possíveis soluções para reprimir e coibir o assédio de consumo, as medidas sobre *spams*, adotando o sistema *opt-int*, devendo o consumidor autorizar o envio de mensagem eletrônica.

Em contrapartida, o Projeto permite que todas as empresas de grupo econômico, com exceção daquela com a qual o consumidor contratou e manifestou pelo não recebimento, enviem mensagens eletrônicas a este, bem como permite que os demais fornecedores do grupo econômico veiculem, exibam, licenciem,

alienem e compartilhem dados, informações ou identificações pessoais do consumidor, sem expressa autorização e consentimento.

Para tanto, é urgente a necessidade de atualização do Código de Defesa do Consumidor, pois a falta de regulação para o comércio eletrônico viola diretamente o direito fundamental de proteção ao consumidor.

Conclui-se, assim, que a falta de regulação para esse fenômeno é um desrespeito ao fundamento da dignidade da pessoa humana, que sustenta o valor supremo de um Estado Democrático de Direito, acentua a vulnerabilidade da parte mais fraca da relação de consumo, sendo imprescindível a observância e aplicação de normas consumeristas, como forma de garantir uma relação harmoniosa e isonômica.

## Referências

ALMEIDA, Joao Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dSPACE/handle/2011/8981>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **O Código brasileiro de proteção do consumidor**. "Asian Seminar on Consumer Law" promovido pela IOCU - International Organization of Consumers Unions (Regional Office for Ásia and the Pacific) e a Faculty of Law, University of Malaya, agosto de 1993, Kuala Lumpur, Malaysia. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32354-38891-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_; et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n. 8.078, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 3514/2015**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7BB6A485F3F217F76178EB15F8FC519A.proposicoesWebExterno2?codteor=1408274&filename=PL+3514/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7BB6A485F3F217F76178EB15F8FC519A.proposicoesWebExterno2?codteor=1408274&filename=PL+3514/2015)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 3515/2015**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1408277&filename=PL+3515/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1408277&filename=PL+3515/2015)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 844736/DF**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 02/09/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16827894/recurso-especial-resp-844736-df-2006-0094695-7>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível n. 71005429451/RS**. Rel. Vivian Cristina Angonese Spengler, DJe 23/07/2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/211949048/recurso-civel-71005429451-rs>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível n. 71005557954/RS**. Rel. José Ricardo de Bem Sanhudo, DJe 08/09/2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/211949048/recurso-civel-71005429451-rs>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **AI n. 00124125520178050000/BA**. Rel. Maurício Kertzman Szporer, DJe 19/09/2017. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501082423/agravo-de-instrumento-ai-124125520178050000?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível n. 71004901864/RS**. Rel. Pedro Luiz Pozza, DJe 13/08/2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/133687987/recurso-civel-71004901864-rs>>. Acesso em: 04 nov. 2017.



\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **AC n. 70058049800/RS**. Rel. Gelson Rolim Stocker, DJe 19/02/2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113681488/apelacao-civil-ac-70058049800-rs>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível n. 71004639936/RS**. Rel. Roberto José Ludwig, DJe 01/11/2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113337453/recurso-civil-71004639936-rs>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

CANTO, Rodrigo Eidelvein. **A Vulnerabilidade dos Consumidores no Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CATALAN, Marcos; PITOL, Yasmine Ueued. **Primeiras Linhas acerca do Tratamento Jurídico do Assédio de Consumo no Brasil**. Revista. Luso-Brasileira de Direito do Consumo. 2107. p. 137-160. Disponível em: <[https://www.academia.edu/30769080/Primeiras\\_linhas\\_acerca\\_do\\_tratamento\\_jur%C3%ADdico\\_do\\_ass%C3%A9dio\\_de\\_consumo\\_no\\_Brasil](https://www.academia.edu/30769080/Primeiras_linhas_acerca_do_tratamento_jur%C3%ADdico_do_ass%C3%A9dio_de_consumo_no_Brasil)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. Vitória/ES: Edição especial do autor, 2017.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2014.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Direito do comércio eletrônico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **Mensagem Indesejada: O Poder Legiferante na Contramão da Tecnologia**. Revista Em tempo, [S.l.], v. 6, mar. 2009. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/147>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. São Paulo: Atlas, 2013.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MATTOS, Analice Castor de. **Aspectos relevantes dos contratos de consumo eletrônicos**. Dissertação (Mestrado em Direito). PUC/PR, p. 157. 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024858.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PINTO, Henrique Alves. **A vulnerabilidade do consumidor e a ótica subjetiva do intérprete**. p. 43-78. Revista de Direito do Consumidor, ano 26, vol. 101, mar-abr, (coord.) Marques, Cláudia Lima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PRUX, Oscar Ivan. **25 anos do código de proteção e defesa do consumidor, sua história e as novas perspectivas para o século XXI**. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; FLÁVIO, Amanda Flávio de (Org.). 25 anos do código de defesa do consumidor: trajetória e perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na Sociedade de Consumo: Vontade e Confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

**A saúde judicializada:  
ineficiência, reserva do possível, judicialização  
excessiva e os direitos humanos**

*Fabiana David Carles  
Gabriel Aparecido Anízio Caldas*

**Consideração iniciais**

A temática proposta observa a omissão do estado na manutenção do direito à vida, pelo descumprimento dos princípios finalísticos da Universalidade, Equidade e Integralidade, égides do Sistema Único de Saúde. Aborda a efetividade da saúde pública brasileira, seu descumprimento e a relação dos mesmos com possíveis violações aos direitos humanos desde a consolidação da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais. Além disso, buscase o entendimento da utilização do argumento do “princípio da reserva do possível” e, em contrapartida, o princípio da dignidade humana, pautado no mínimo existencial.

Parte-se da premissa resultante da concomitância de um direito social, que é o direito à saúde, com o direito fundamental e inalienável à vida, para a observação das falhas do estado em relação a essas garantias. Desse ponto de vista, o aparato estatal tem por obrigação, juntamente com os entes administrativos, desenvolver políticas que garantam a objetivação desses princípios tal como estabelece a Carta Magna do país. Para isso, o estado brasileiro consolidou o Sistema Único de Saúde em seu texto constitucional de 1988, como componente da Seguridade Social,

um sistema de proteção social que engloba a saúde, a assistência social e a previdência social. O SUS tem como propósito assegurar a efetivação do direito à saúde para a população brasileira, o que o delega diversas ações necessárias para a concretização de tal ideal, pautadas em seus princípios finalísticos e estratégicos.

A própria Constituição Federal em seu artigo 200 atribui ao SUS, ações que interferem diretamente no quadro referente à saúde pública, como colaborações e participações nas esferas do saneamento básico e proteção ao meio ambiente. Apesar disso, sua efetivação é posta em cheque, devido aos inúmeros problemas no cenário brasileiro. Observa-se a falta de estruturas, equipamentos, medicamentos e preparo médico-hospitalares que acarretam na ineficiência prestacional desses direitos.

Isso ocasiona o crescimento de litígios acerca dos direitos sociais, onde se alega uma escassez de recursos para prestá-los a todos os cidadãos. O estado, então, se exime de assegurar o direito à saúde de forma universal, integral e com equidade, com base na utilização do princípio da reserva do possível. Diversas jurisprudências abordam tal tema, que sempre é alvo de um impasse administrativo, por se acusar que o judiciário interfere nos demais poderes para efetivar direitos e garantias constitucionais, através de decisões em contextos pertinentes, surgindo o questionamento da legitimidade dessas ações, e seu papel na efetivação de garantias constitucionais.

Além disso, o problema da ação judicial é contraposto a organização orçamentária, indispensável ao funcionamento adequado de todos os componentes sociais. O que se discute é a excessiva judicialização que gera grandes impactos econômicos e atende apenas um indivíduo, podendo entrar em conflito com o direito pertinente a uma determinada coletividade.

Portanto, o presente artigo de forma geral, aborda o direito à saúde como dever do estado, entendendo esse direito como esfera fundamental do direito à vida. Analisa os princípios finalísticos da saúde em sua totalidade. Estuda o princípio da reserva do possível,

como justificativa do estado de abster-se de prestar o serviço de saúde integralmente em contraposição à dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Além disso, traz à tona, uma abordagem da jurisprudência predominante nos tribunais brasileiros no âmbito relativo ao dever do estado de prover atendimentos, medicamentos e tratamentos, para reflexão sobre o fato da prevalência de decisões que podem gerar conflitos de interesses.

## **1. Direitos humanos, o direito fundamental à vida e o direito social à saúde**

O sentimento de que a pessoa humana possui uma dignidade e esta deve ser preservada está encalcado na história da humanidade desde muito tempo. No entanto, foi no pós Segunda Guerra Mundial, que houve um esforço conjunto para que os direitos inerentes à pessoa humana e ao desenvolvimento fossem reconhecidos. Os horrores da Guerra fizeram com que mais de 190 países se reunissem no intuito de estabelecer a paz entre as nações. O resultado foi à criação da Organização das Nações Unidas fundada a partir da Carta das Nações.

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.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2017.

Ramos (2013), preconiza que os Direitos Humanos se pautam nos ideais de dignidade, liberdade e igualdade para assegurar direitos indispensáveis a qualquer pessoa, simplesmente pela sua condição humana. Considera-se, que esses direitos são fundamentais e imprescindíveis para a efetivação das necessidades, que, todavia, não são estáticas, e variam de acordo com o contexto social e com as demandas que surgem a partir das vicissitudes de cada época.

Os direitos inerentes a todas as pessoas humanas, possuem origem teórica, sociológica e filosófica resguardados no Jusnaturalismo e no Contratualismo. Ao se apontar para a vertente jusnaturalista, percebe-se que esses direitos são caracterizados como naturais e antecipatórios à condição humana, carregando em si o ideal de resguardar os valores que a humanidade compartilha (direito à vida, liberdade, dignidade, etc.). Paralelamente, o Contratualismo está relacionado ao fato de que houve a união de estados perante uma organização internacional, a ONU, onde se firmou um acordo com o objetivo da manutenção da paz e dos direitos mínimos da pessoa humana. Um acordo internacional há de se ressaltar, garante a segurança jurídica de que de fato esses direitos serão assegurados.

## **2. O direito social à saúde**

Os direitos sociais, dentre eles, o direito à saúde, “consistem em um conjunto de faculdades e posições jurídicas pelas quais um indivíduo pode exigir prestações do Estado ou da sociedade [...] para assegurar *condições materiais mínimas de sobrevivência*. ” (RAMOS, 2013, p. 59)

Segundo Ramos (2013, p. 59), em relação à inclusão dessa esfera de direitos no Brasil,

[...] a Constituição de 1934 é o marco inicial da introdução dos direitos sociais, porém estes foram incluídos no capítulo da “ordem econômica e social”. Já a Constituição de 1988 tem um capítulo específico (“Direitos Sociais”, arts. 6º ao 11) no Título II (“Direitos e Garantias Fundamentais”) e ainda consagrou o princípio da não exaustividade dos direitos sociais, o que permite extrair novos direitos sociais decorrentes do regime e princípios, bem como dos tratados celebrados pelo Brasil (art. 5º, § 2º).

Além disso, é válido ressaltar que o “conteúdo dos *direitos sociais é essencialmente prestacional*, exigindo-se ação do Estado e da sociedade para superar desigualdades fáticas e situação material ofensiva à dignidade.” (RAMOS, 2013, p.59, grifo do autor).

### **3. O direito fundamental à vida**

Relacionando o direito social à saúde ao direito fundamental à vida, cabe ressaltar o que explicita o art. 5, *caput*, da CF/88 que predispõe a “inviolabilidade do direito à vida”.

Para Ramos (2013), a proteção à vida, deve estar dividida em duas dimensões: a dimensão vertical e a dimensão horizontal. A dimensão vertical refere-se à tarefa de proteger a vida em todas as suas fases e a dimensão horizontal recai sobre a qualidade de vida lograda. Sendo assim, esta última dimensão, “resulta na proteção do direito à saúde, educação, prestações de seguridade social e até mesmo meio ambiente equilibrado, para assegurar o “*direito à vida digna*”. (RAMOS, 2013, p. 458)

Para o Estado, a “inviolabilidade do direito à vida” resulta em três obrigações: (i) a obrigação de respeito; (ii) a obrigação de garantia; e (iii) a obrigação de tutela:

- A obrigação de respeito consiste no dever dos agentes estatais em não violar, arbitrariamente, a vida de outrem.
- A obrigação de garantia consiste no dever de prevenção da violação da vida por parte de terceiros e eventual punição àqueles que arbitrariamente violam a vida de outrem.

- A obrigação de tutela implica o dever do Estado de assegurar uma vida digna, garantindo condições materiais mínimas de sobrevivência. (RAMOS, 2013, p. 458/459)

#### **4. O SUS e os princípios finalísticos da universalidade, equidade e integralidade**

*“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.”*  
(Constituição Federal de 1988)

O Sistema Único de Saúde, segundo Teixeira (2011), é caracterizado como uma **“Política de Estado”**, por estar legitimado na Carta Magna de 1988, onde se dispõe que a saúde é um pressuposto básico à cidadania sendo dever do aparato estatal assegurá-la. Esse ordenamento jurídico revela a preponderância de um Estado de Bem-Estar Social (Welfare State), onde se exige a consagração de direitos positivos, ligados ao ideário de igualdade.

Segundo Pereira da Silva (2017, s.p.), o direito à saúde, na medida em que se torna institucional, passa a ser considerado também subjetivo, no ponto que afirma o acesso universal e igualitário à assistência médico hospitalar, ao qual é de dever do poder público formular e programar políticas sociais e econômicas que busquem garantir a efetivação do mesmo. O art. 196 tem caráter programático, destinado a todos os entes políticos que englobam o Estado brasileiro.

Ramos (2013), considera que para seu funcionamento efetivo é necessário que esse sistema abranja uma diferenciada gama de predeterminações para que haja a consolidação dos direitos.

A prestação do serviço de saúde no Brasil deve obedecer, então, aos seguintes princípios cardeais: (i) alcance universal, não podendo ninguém ser excluído; (ii) igualitária, não sendo permitida a discriminação de qualquer tipo, o que impede a diferenciação entre aqueles que podem pagar e os que não



podem; (iii) integral, não podendo ter limite de atendimento que prejudique a saúde; (iv) equitativa, com investimentos em todos os campos necessários; (v) aberta à participação da comunidade; (vi) descentralizada para os Municípios; (vii) gratuita e em geral estatal; e (viii) colaborar com a preservação do meio ambiente e dos direitos dos trabalhadores. Ademais, o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (RAMOS, 2013, p. 612)

A égide do sistema é composta por princípios finalísticos e princípios estratégicos. Os princípios finalísticos estão ligados à busca de ideais e corresponde aos princípios, que aqui serão esmiuçados, da Universalidade, Equidade e Integralidade. Já os princípios estratégicos relacionam-se aos meios que serão postos em prática para a efetivação das convicções anteriores e correspondem a Regionalização, Descentralização, Hierarquização e Participação Social.

A universalidade consiste na abrangência dos serviços sem distinção de qualquer natureza em relação aos indivíduos, exigindo-se, portanto, que o estado busque um modo de efetivar todas as necessidades pertinentes a cada cidadão independente de qualquer circunstância.

Para que o SUS venha a ser **universal** é preciso se desencadear um **processo de universalização**, isto é, um processo de extensão de cobertura dos serviços, de modo que venham, paulatinamente, a se tornar acessíveis a toda a população. Para isso, é preciso eliminar barreiras jurídicas, econômicas, culturais e sociais que se interpõem entre a população e os serviços. (TEIXEIRA, 2011)

A barreira jurídica, segundo Teixeira (2011), findou-se a partir da consolidação da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que aboliu a imposição ao usuário de mostrar-se como trabalhador ou “indigente”, o que condicionava a acessibilidade aos

serviços públicos antes da efetividade da Carta. Os aspirantes a usuários do sistema se fossem trabalhadores, poderiam usufruir dos serviços públicos de acordo com suas contribuições à Previdência Social. No entanto, os que se declaravam “indigentes” apenas poderiam ter acesso a serviços básicos de saúde ao recorrer às instituições humanitárias ou serviços públicos que eram associados ao Ministério da Saúde ou Educação, bem como aqueles ligados à esfera municipal e estadual.

Entretanto, Teixeira (2011) observa que para haver a plena efetividade desse direito legitimado constitucionalmente, urge a transposição de barreiras econômicas, sociais e culturais. Economicamente, apesar da gratuidade dos serviços, é sabido que, em regiões periféricas caracterizadas por um baixíssimo desenvolvimento econômico, a população encontra dificuldade no acesso básico à saúde seja pela condição precária das unidades ou pela dificuldade em se alocar até outros locais que disponibilizam tais serviços. Associa-se a essa problemática, o volume insuficiente de recursos que o estado arrecada, impedindo que haja um melhoramento na qualidade dos serviços, e na disponibilidade efetiva de medicamentos e estruturas condizentes com as necessidades da população.

Na abordagem da barreira sociocultural, Teixeira (2011), enfatiza a dificuldade comunicativa entre profissionais da saúde e usuários do sistema de baixa escolaridade. Essa dificuldade cria uma lacuna no atendimento, causando problemas comunicativos que podem desencadear na inteligibilidade de simples receitas médicas. A transposição desta barreira é imprescindível para a universalização do acesso à saúde, tendo em vista que, impede a facilitação das relações entre os operadores do sistema e seus usuários.

Ao se deparar com o princípio da equidade, interessante é o exercício de conceituar tal denominação. Equidade significa, antes de tudo, tratar os desiguais de forma desigual. Esse pressuposto reconhece que a população e as classes que a compõem possuem

condições de vida diferentes, na maioria das vezes, discrepantes e injustas, que necessitam ser superadas. Teixeira (2011), enfatiza que o sistema pode contribuir para essa superação, na medida em que esteja comprometido em redistribuir as ofertas de ações e serviços, priorizando grupos sociais vulneráveis expostos a diferentes riscos.

Pelo exposto, percebe-se que o princípio da equidade diz respeito a duas dimensões do processo de reforma do sistema de saúde. De um lado, a reorientação do fluxo de investimentos para o desenvolvimento dos serviços nas várias regiões, estados e municípios, e, de outro, a reorientação das ações a serem realizadas, de acordo com o perfil de necessidades e problemas da população usuária. Nesse último sentido, a busca de equidade se articula, dinamicamente com outro princípio finalístico do SUS, qual seja, a integralidade do cuidado à saúde. (TEIXEIRA, 2011, p. 5)

A integralidade refere-se à sistematização de condições necessárias para que se efetive um sistema público de qualidade. Consiste na associação ordenada de pessoal capacitado, estrutura adequada das unidades, disponibilidade de medicamentos, tratamentos e aparelhos, em consonância com serviços referentes à vigilância ambiental e epidemiológica. É, em síntese, tal como classifica Teixeira (2011), “um atributo do modelo de atenção, entendendo-se que um “modelo de atenção integral à saúde” contempla o conjunto de ações de promoção da saúde, prevenção de riscos e agravos, assistência e recuperação”.

Ademais, todos esses princípios finalísticos, devem estar associados aos princípios estratégicos, no que concerne à busca de um funcionamento adequado dos serviços de saúde pública brasileira. A descentralização permite que os recursos sejam alocados para as esferas municipais e estaduais; a regionalização delimita uma unidade territorial para a organização dos serviços; a hierarquização possibilita a ligação entre unidades mais simples com unidades mais complexas; e a integração possibilita a realização de ações que se estendem para outras esferas da vida em

sociedade, na busca do melhoramento da qualidade de vida. Tais princípios associados à universalidade, equidade e integralidade compõem o Sistema Único de Saúde.

## **5. O princípio da reserva do possível em contraponto à dignidade da pessoa humana**

A ideia central da existência de direitos intrínsecos a todos os seres humanos, que, expressos ou não, devem ser inerentes a todas as pessoas, perpassa pelo argumento imprescindível relacionado à dignidade da pessoa humana. Pressupõe-se que só há o respeito ao direito essencialmente humano a partir do momento em que se observa a proteção de todos os atributos da sua dignidade. Esses atributos correspondem ao denominado bem jurídico da pessoa humana que é caracterizado pelo estabelecimento de garantias mínimas, incluindo o direito à vida e à saúde.

Segundo Sarlet (2015), a dignidade da pessoa humana é conceituada como uma qualidade própria e diferenciadora indispensável a todo ser humano, que o torna passível de respeito pelo Estado e pela comunidade, resultando na criação de uma rede de direitos e deveres fundamentais. Essa rede resulta na proteção do indivíduo contra atos impiedosos, além de lhes garantir condições mínimas de existência associados à promoção de uma vida em comunicação com a comunidade, o que levanta a questão da prestação do “mínimo existencial”, sobre o qual se pauta o conceito, segundo a doutrina, do direito à dignidade da pessoa humana.

Na Carta Magna de 1988, ela aparece expressa no primeiro artigo como fundamento da República Brasileira constituída em Estado Democrático de Direito.

É a dignidade da pessoa humana o principal direito fundamental constitucionalmente garantido, pois é este o primeiro alicerce de todo o sistema constitucional e o último refúgio dos direitos individuais. A dignidade é qualidade intrínseca do ser humano, é, portanto, irrenunciável, e inalienável, é ela que qualifica o ser

humano e dele não pode ser destacada e por tal, ela não pode ser criada, concedida ou retirada, embora possa consistir em objeto de violação. Embora possa ser violada a pretensão de respeito e proteção que da dignidade decorre, esta dignidade não poderá ser retirada do seu titular. A dignidade está em cada ser humano como algo que a ele é inerente. Por ser qualidade intrínseca do ser humano, não cabe ao ordenamento jurídico, por meio do legislativo ou judiciário, concedê-la. A dignidade da pessoa humana é fundamento para a proteção e a promoção da existência humana (digna), dela partindo o desenvolvimento do Estado de Direito e de seus deveres, manifestos, dentre outros, na garantia e no respeito aos direitos fundamentais. (CAMPOS, SARLET, 2011)

Para que o básico de dignidade seja alcançado, torna-se necessário a asseguaração do mínimo existencial que corresponde às condições mínimas que cada indivíduo deve gozar. Segundo Facuri Scaff (2005), este recurso não se configura de maneira universal sendo passível de variação, mesmo quando se refere a uma nação única. Diante disso, apresenta-se como uma combinação de variáveis resultantes de aspectos ligados ao exercício de determinadas liberdades políticas, civis, econômicas e culturais.

Em contraponto, se apresenta o conceito de princípio da reserva do possível, que regulamenta e limita a amplitude de efetivação de direitos sociais, dentre outros direitos de cunho positivo, pautado na existência de possibilidade orçamentária do Estado; segundo Prange Stiborski (2015), “afastando o direito constitucional de interesse privado e prezando pelo direito da maioria. ” O princípio da reserva do possível teve sua gênese durante o julgamento do caso conhecido como “*Numerus Clausus*” pelo Tribunal Federal da Alemanha, no ano de 1972, onde a pauta litigiosa era o acesso ao curso de medicina por todos os alunos que desejassem cursá-lo. Segundo Mânica (apud STIBORSKI, 2015), “a pretensão dos estudantes baseou-se no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro

de formação”. A decisão do tribunal sobre o caso foi uma inovação, pois trouxe à tona a teoria da reserva do possível, analisando a razoabilidade dos pleitos em favor do Estado. (STIBORSKI, 2015)

Assevera Ingo Sarlet (apud STIBORSKI, 2015):

A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Segundo Krell (apud SCAFF, 2005):

A decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão menciona que estes direitos e prestações positivas do Estado (os direitos fundamentais sociais) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo de maneira racional, pode esperar da sociedade.” A decisão recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos.

No Brasil, vemos a aplicação do princípio da reserva do possível relativizada, empregada em várias searas, sendo a regulação orçamentária da prestação positiva de direitos fundamentais sociais a mais comum. Na saúde, o princípio da reserva do possível se aplica a limitação do fornecimento efetivo desse direito fundamental, que para ter ampla efetividade necessita do cumprimento fático dos princípios do SUS, presentes na lei 8.080/90, que é a lei orgânica da saúde. Os princípios da universalidade, integralidade e equidade objetivam:

A universalidade busca garantir que todo e qualquer indivíduo tenha direito ao acesso à saúde, por meio do sistema. Constitucionalmente, esse princípio é representado no artigo 196 da Constituição Federal, que dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”. “Já o princípio da equidade objetiva de forma geral, diminuir a desigualdade. Com isso, toma-se como base o fato

de que as pessoas não são iguais, e, portanto, é necessário garantir a todos, em igualdade de condições, o acesso aos serviços de saúde nas diversas esferas de complexidade do sistema.

Seus objetivos gerais são garantir o acesso à saúde, o que delega diversas ações para a concretização de tal ideal. Porém, a sua efetivação é posta em cheque, devido aos inúmeros problemas, desde a falta de estrutura, equipamentos, fornecimento de medicamentos, acarretando na ineficiência prestacional do direito à saúde, pelas amplas necessidades prestacionais e o orçamento insuficiente para prestá-las.

Observa-se assim, a objetividade a ser alcançada com o emprego da reserva do possível. A de garantir, no âmbito nacional, a efetivação coletiva de direitos sociais, na medida do possível, dadas as limitações orçamentárias. Contudo, surge uma questão pertinente e extremamente necessária: Até que ponto o Estado pode se amparar no princípio da reserva do possível para se eximir da sua obrigação prestacional do direito à saúde, e quais as limitações de atuação do judiciário na efetivação constitucional de tais direitos individualmente?

## **6. Judicialização do direito à saúde e o papel prestacional do estado**

Passar-se-á nos próximos itens o estudo da visão constitucional sobre a efetivação do direito à saúde ao lado da discussão sobre a limitação orçamentária aplicada ao referido direito prestacional.

### **6.1 Constitucionalismo, democracia e o judiciário na efetivação do direito à saúde**

Segundo Barroso (2009), o conceito de Estado democrático de direito, presente no art. 1º da Constituição Federal é a amálgama de duas premissas semelhantes, porém não passíveis a

confundirem-se: a de constitucionalismo e a de democracia. Constitucionalismo significa limitação do poder e da supremacia da lei. Democracia, por sua vez, subentende-se por governo da maioria, do povo. Podem surgir divergências entre constitucionalismo e democracia: o interesse coletivo pode se tornar inerte diante da essência constitucional.

Barroso (2009), ainda assevera que:

O estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos.

Dentre o conceito de direitos fundamentais, está o conceito de mínimo existencial, que segundo Barroso (2009), corresponde às condições mínimas da educação, saúde e renda que garantam à uma determinada sociedade o acesso aos valores civilizatórios e a participação no debate público e nos processos políticos. É de responsabilidade dos três poderes a realização desses direitos fundamentais, com limite mínimo na esfera essencial dos mesmos.

Ele prossegue, dizendo que, não obstante, o princípio democrático objetiva uma emancipação política do povo, da maioria, uma soberania popular, como expresso no parágrafo único da Constituição brasileira. Dessa forma, cabe às majorias que se articulam o poder político, em determinada época. O constitucionalismo se traduz em respeito aos direitos fundamentais, e a democracia na soberania coletiva e governo da maioria. Porém, a maioria política pode transgredir os direitos fundamentais, quando, por meio de uma política pública que visa atender à coletividade, um indivíduo é lesado. Nessa conjuntura, cabe ao Judiciário intervir para garantir a efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Barroso (2009), assevera que:



Sempre que a Constituição define um direito fundamental, ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado seu núcleo essencial. O judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.

Na ausência de regulamentação, de ação administrativa ou lei, cabe ao judiciário agir. Mesmo na existência de lei e atos administrativos, mas não efetivados, cabe aos juízes e tribunais igualmente a intervenção.

## **6.2 O papel do poder público na efetivação do direito à saúde frente à deficiência orçamentária**

Apesar de constitucionalmente e infraconstitucionalmente assegurados, os direitos fundamentais sociais nem sempre podem ser efetivados em sua plenitude, dadas as condições orçamentárias do Estado frente à um país de proporções continentais, com necessidades prestacionais quase infinitas e orçamento finito. É dever do Estado a prestação dos direitos sociais cabíveis, porém dadas as condições da “reserva do possível”. A possibilidade orçamentária está muito aquém do necessário para atender à demanda de efetivação dos direitos sociais, como o direito à saúde. Contudo, o poder público não pode se eximir de prestar tais direitos, em todas as unidades federativas, por meio de políticas públicas. Quando não atendidas as necessidades de um

determinado cidadão, o mesmo pode optar pela busca de tutela jurisdicional, com o objetivo de obter a efetivação de seu direito.

### **6.2.1 Críticas à judicialização excessiva**

O cidadão, conhecedor de seus direitos e não percebendo a efetivação dos mesmos, pode buscar a tutela jurisdicional para que tenha a plena convicção de estar sendo assegurado plenamente. Mas até que ponto é legítima a judicialização do direito à saúde de forma individual, dadas as possibilidades orçamentárias do poder público? A ação do judiciário de forma a agir atipicamente é conhecida como ativismo judicial, e sofre uma série de críticas.

A primeira crítica, segundo Barroso (2009), oposta à jurisprudência brasileira se apoia na circunstância de a norma constitucional estar positivada na forma de norma pragmática, ou seja, com objetivação de bom êxito. Fica claro no art. 196 da Constituição brasileira que a garantia do direito à saúde será aplicável por meio de políticas públicas e econômicas, e não de decisões judiciais. Uma outra crítica se pauta na propriedade de conceber a questão como mera interpretação dos preceitos constitucionais, sendo que na realidade é um problema de desenho constitucional. Assevera Barroso (2009), que:

Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades da serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas.

A crítica mais frequente, provavelmente seja a financeira, pautada na “reserva do possível”. Os recursos públicos seriam de possibilidade aquém da efetivação do direito à saúde, por conta da amplitude e da necessidade constante de prestação do mesmo,

tendo o Estado que optar pela prestação de direitos individualmente, ou coletivamente, gerando uma colisão de direitos. Quando o judiciário decide em favor do litigante, há uma problemática do deslocamento de verba destinada à efetivação do direito à saúde no âmbito coletivo para a efetivação de uma individualidade, o que gera a argumentação da legitimidade ou não, do ativismo judicial no direito à saúde.

Segundo Pereira da Silva (2017, s.p.):

A prática corriqueira de conceder medidas satisfativas na área da saúde, tem obrigado o poder público a realocar verbas já destinadas a outros pacientes, os quais certamente morrerão, anonimamente, à falta de assistência médica adequada. Obriga-se a administração pública a adquirir medicamentos especiais de alto custo sem o procedimento licitatório ou de tomada de preços, sendo certo que as decisões não apontam, de forma clara, de onde devem sair os recursos financeiros. Enfim, o Poder Judiciário tem adotado, de uma maneira geral, uma postura ativista, sob o influxo de densificar princípios inscritos de forma abstrata na Constituição Federal de 1988. Deste modo, concretiza direitos sociais como o direito à saúde e o direito à educação, fazendo derivar do artigo 6º da Constituição obrigações concretas desfavoráveis à administração pública, a qual está atrelada à Lei Orçamentária Anual aprovada pelo Congresso Nacional no ano anterior e, no caso do Distrito Federal, à lei Orçamentária local, aprovada pela Câmara Legislativa.

Percebe-se, assim, um problema pautado na efetivação do direito à saúde como direito subjetivo individual, que segundo Pereira da Silva (2017, s.p.), é uma perspectiva errônea, pois o direito à saúde “é um dever objetivo do Estado o qual deve implementar políticas públicas para o setor, assegurando a todos o acesso universal e igualitário.”, em detrimento à efetivação do direito à saúde à coletividade de que dele necessita, ferindo assim o princípio da isonomia.

## **Considerações finais**

A constituição de 1988 assegurou de forma positivada garantias ao direito à saúde, como direito fundamental de aplicabilidade imediata e intencionalmente pragmática. Apesar de o direito à saúde objetivar por meio infraconstitucional na lei 8.080/90, que é a lei regulamentadora do SUS, o acesso universal, igualitário e integral, é necessário observar que a regulamentação de políticas públicas baseia-se na prestação material de verba pautada na possibilidade orçamentária dos entes federativos.

Além disso, deve se pautar em seu caráter pragmático no ideal democrático, visando a efetividade das necessidades coletivas sobre as individuais. Partindo dessa seara, a negativa de fornecimento de um serviço individualizado não caracteriza a não prestação do direito à saúde, e uma negativa aos direitos humanos ao cidadão. O interesse coletivo, que por meio da democracia deve ser efetivado, é mais necessário à objetividade do direito que o interesse individual, dadas as limitações orçamentárias e o princípio da reserva do possível.

Deve-se pesar as necessidades da coletividade comparadas às do individual, e aferir se haverá danos ao funcionamento do serviço de saúde, do qual necessitam os outros cidadãos. O que se necessita é de uma melhor concretização, por parte do Estado, do direito à saúde desde a prevenção, além da implementação de políticas públicas pautadas no pragmatismo, na realidade social de necessidades prestacionais.

## Referências

- BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

CAMPOS, Eliane Cristina Huffel; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da dignidade da pessoa humana como argumento para tutela do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário Brasileiro. Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/SIC/XII/XII/7/6/3/2/7.pdf>. Acesso em: 30 de agosto de 2017.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Verba Juris ano 4, n.4, jan/dez. 2005. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14814> Acesso em: 24 de Agosto de 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2017.

SILVA, Leny Pereira da. ***Direito à saúde e o princípio da reserva do possível***. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf) Acesso em: 11 de Julho de 2017

PRANGE STIBORSKI, Bruno. **Reserva do possível: Origem, conceito e ordens**. 2015. Disponível em: <https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens> Acesso em: 13 de Agosto de 2017

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Ed. 10. Porto Alegre, 2015.

TEIXEIRA, Carmem. **Os princípios do Sistema Único de Saúde**. Texto de apoio elaborado para subsidiar o debate nas Conferências Municipal e Estadual de Saúde. Salvador, Bahia. Junho de 2011. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/33530869/OS\\_PRINCIPIOS\\_DO\\_SUS.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1503673029&Signature=Be1ksK8cNd6ijgKsMhSWcjh31Sw%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DOS\\_PRINCIPIOS\\_DO\\_SISTEMA\\_UNICO\\_DE\\_SAUDE.pdf](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/33530869/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1503673029&Signature=Be1ksK8cNd6ijgKsMhSWcjh31Sw%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DOS_PRINCIPIOS_DO_SISTEMA_UNICO_DE_SAUDE.pdf) Acesso em: 24 de Agosto de 2017.



## **Benefício de prestação continuada: uma garantia constitucional ao idoso e a pessoa com deficiência através da assistência social**

*Clarisse Odete Faccio Fronza*

### **Considerações iniciais**

Assegurado pela Constituição Federal de 1988, o BPC é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa idosa, com 65 anos ou mais, e à pessoa portadora de deficiência, incapaz de prover sua própria subsistência.

Assim, tem-se como objetivo apresentar o Benefício Assistencial de Prestação Continuada, previsto pelo Sistema da Seguridade Social, mais especificamente, inserindo no subsistema da Assistência Social, trazendo os requisitos legais para a sua concessão. Busca-se, ainda, apontar quais são os critérios de análise dos requisitos para a concessão do Benefício Assistencial, passíveis de interpretação pelo Poder Judiciário.

Justifica-se a presente análise diante da relevância do tema para a sociedade carente, eis que há muitos questionamentos sobre os critérios fixados pelo legislador ordinário, aplicados na medida que prestigiam os aspectos econômicos e objetivos em detrimento da efetiva realização das necessidades sociais, resguardadas constitucionalmente.

Também, parte-se da hipótese de que os critérios para análise dos requisitos de deficiência e miserabilidade vêm sendo flexibilizados pelo Judiciário, o qual, ao contrário do que preconiza

a Lei nº 8.742/93 (LOAS), entende que a deficiência incapacitante não é apenas aquela que impede as atividades mais elementares da vida, mas também a impossibilidade de prover ao próprio sustento e de tê-lo provido por sua família; bem como, que a miserabilidade pode ser comprovada por outros meios, analisando o caso em concreto.

Assim, utiliza-se de várias bibliografias, materializadas em livros, leis e jurisprudências, as quais contribuem e aclaram às discussões sobre a flexibilização dos requisitos para concessão do benefício assistencial.

## **1. Conceitos e aspectos gerais da assistência social**

A assistência origina-se do latim *adsistentia*, e significa proteção, amparo, arrimo e traduz-se em serviço gratuito, de natureza diversa, prestado aos membros da comunidade social, atendendo às necessidades daqueles que não dispõem de recursos suficientes (MARTINS, 2016).

A Constituição Federal Brasileira, de 1988, conclamou a Assistência Social como um instrumento de transformação social, e não como um mero assistencialismo, pois o fim das ações é promover a integração e a inclusão dos necessitados no seio social, ao garantir a estes uma renda mínima mensal que possibilite a eles um mínimo necessário à subsistência (SANTOS, 2011).

O *caput* do artigo 203 da CF/88 dispõe que “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”. Verifica-se, assim, o fato dela ser prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, em modelo contraposto ao da Previdência Social, onde só se beneficia das ações aqueles que contribuem para o sistema protetivo, a torna um serviço especializado para o atendimento de situações de vulnerabilidade emergente (MARTINS; 2016).



O art. 3º do Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, que regulamenta a Previdência Social, também estabelece que “a Assistência Social é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa com deficiência, independentemente de contribuição à seguridade social”.

Nesse diapasão, a Lei nº 8.742/1993, denominada de Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), discorre em seu art. 1º:

Assistência Social é direito do cidadão e dever do Estado, sendo política de Seguridade Social não-contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada por meio de um conjunto integrado de ações da iniciativa pública e da sociedade para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Martins (2016), alerta que Assistência Pública não se confunde com assistencialismo, pois aquela é expressão de ações com vista a efetivar os objetivos fundamentais da República, ao passo que este são atitudes hipócritas que, embora destinadas aos desfavorecidos, possuem conotação primordialmente eleitoreira, que gera dependência financeira e implica solução efêmera da miséria.

Ressalte-se que a Assistência não é uma ação isolada em si, mas, conforme definição dada por Martins (2016, p. 478), consiste em:

Um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado.

Desta forma, a Assistência Social traduz-se na ideia de conjunto de ações positivas emanadas pelo setor público e privado, postas à disposição de quem dela necessitar, independentemente

de contribuição, com vistas a reduzir a miséria e as desigualdades sociais, proporcionando um mínimo necessário de dignidade humana.

Martins (2016), explica que os objetivos da Assistência Social não inspiram, tampouco informam o legislador, como fazem os princípios, mas apenas predispõe quais as ações que ela pretende cobrir.

A Constituição Federal de 1988 menciona os objetivos da Assistência Social, nos incisos de seu artigo 203:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Permite-se, pois, inferir que os objetivos fazem parte da essência das ações inerentes à proteção social no enfrentamento da pobreza, na garantia de um padrão social mínimo e no atendimento a contingências sociais de modo a universalizar os direitos sociais.

Portanto, previsto no art. 203, V, da Constituição, o Benefício Assistencial de Prestação Continuada – BPC – corresponde “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Descreve, também, Santos (2011, p. 102) que “A lei, impropriamente, denomina esse benefício como Benefício de Prestação Continuada – BPC, porque, na sua maioria, os benefícios são de prestação continuada, uma vez que pagos mês a mês desde o termo inicial até o termo final.”

Segundo Martins (2016, p. 489), o BPC “trata-se de um benefício de trato continuado, que é devido mensal e sucessivamente”, sendo que “o beneficiário não precisa ter contribuído para a seguridade Social, desde que não tenha outra fonte de renda”, pontuando que esta prestação continuada não serve para complementar a renda.

Portando, os elementos permissivos para a concessão do benefício são: comprovação de deficiência ou da idade mínima de 65 anos para o idoso, que pressupõe incapacidade de se auto prover e nem a ter provida por sua família.

Todavia, para calcular a renda mensal familiar, a lei tratou de especificar o conceito de família, sendo que, inicialmente, nos termos do art. 2º, II, do revogado Decreto 1.744/95, a família consistia na “unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes”, previsão que também constava na redação original do §1º, do art. 20, da LOAS.

No entanto, a Lei n. 9.720/1998 alterou a redação deste dispositivo para conceituar que família correspondia ao conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei no 8.213/91, que traz o rol das três classes de dependentes, segurados do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), que vivessem sob o mesmo teto. Sendo assim, era considerada família, além do requerente:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

Ocorre que a Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011, alterou novamente o conceito de família, sem remeter o conceito ao art. 16 da Lei nº 8.213/1991, considerando-se família as pessoas que vivam sob o mesmo teto do requerente e que possuam o seguinte grau de parentesco: o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados.

A inovação afetou o núcleo da comprovação do requisito socioeconômico, pois ampliou o grupo familiar, com a inserção de filhos, enteado e irmãos maiores de 21 anos, desde que solteiros. Como são pessoas, em geral, economicamente ativas, sua renda passa a ser considerada no cálculo da renda per capita do grupo familiar, aumentando-a. Em contrapartida, a ampliação do grupo familiar pode facilitar a comprovação do requisito socioeconômico, caso os novos componentes não possuam renda.

Outra peculiaridade do BPC, constante no artigo 22, do Decreto 6.214/07, consiste na ausência do direito ao pagamento de abono anual, pago apenas ao segurado da Previdência Social, ou seja, aquele que contribui periodicamente, pois o BPC não está sujeito a pagamento de qualquer contribuição e, conseqüentemente, também não gera direito à pensão por morte aos seus dependentes, pois tem caráter personalíssimo, mas serão assegurados aos herdeiros os valores retroativos a que ao falecido teria direito se estivesse em vida, conforme previsão do artigo 23, *caput* e parágrafo único, do Decreto 6.214/07 (MARTINS, 2016).

Os benefícios da assistência social destinam-se aos brasileiros e aos estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não estejam amparados pelo sistema previdenciário da pátria de origem, salvo o de assistência médica e no caso de recebimento de pensão especial de natureza

indenizatória, e que os indígenas também podem ser beneficiários destas prestações (KETZMAN, 2016).

Por derradeiro, insta registrar que, nos termos do art. 29 da Lei nº 8742/93 e art. 3º do Decreto nº 6.214/07, a administração acerca da concessão, manutenção e pagamento do benefício assistencial fica a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), embora seja esta uma autarquia federal previdenciária.

## **2. A dignidade da pessoa humana e o direito à assistência social**

A Constituição Federal de 1988, também denominada Constituição Cidadã, elegeu a dignidade dos cidadãos como seu núcleo. Assim, sendo prevista em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana foi esculpida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Apresenta-se, portanto, como princípio máximo da ordem constitucional, que serve de alicerce, como verdadeiro berço de inspiração de todos os direitos, fundamentando a existência do ordenamento jurídico, onde se estabelecem e se consolidam as relações sociais inerentes a um Estado democrático de direitos. Deve, portanto, ser observado sempre quando da persecução de seus objetivos sociais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais (BRASIL, 1988, ART. 3º, I E III).

Para Moraes (2011, p. 24):

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Paulo e Alexandrino (2012, p. 94) ensinam:

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana. [...] A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Percebe-se que é assente na doutrina que o princípio da dignidade da pessoa humana conjuga-se, umbilicalmente, com o dever de respeito, de proteção e de promoção de meios necessários para que o cidadão tenha uma vida digna. (NOVELINO, 2009)

Nesse contexto, o Estado precisa pautar suas ações de forma a disponibilizar aos cidadãos os direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa, em uma conduta positiva, zelando pela efetividade desses direitos e visando à melhoria das condições de vida.

Para efetivar este anseio, a Constituição Federal de 1988 prevê o direito à assistência social, que parte do pressuposto de que todos tem garantido o direito ao mínimo existencial, fruto da concepção da dignidade da pessoa humana, a ser efetivada com ações assistenciais.

Neste campo de atuação estatal, o benefício de prestação continuada apresenta-se como um instrumento de política assistencial brasileira e, portanto, faz parte do núcleo essencial da dignidade humana.

### **3. Requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada (bpc)**

A Constituição Federal de 1988 prevê que o Benefício de Prestação Continuada deve ser concedido ao portador de deficiência e ao idoso, sendo que ambos devem comprovar que não possuam condições de prover ou ter provida sua manutenção (BRASIL, 1988). Também, o beneficiário deve estar incluso no Cadastro Único de Programas Sociais, conforme disciplina o Decreto 8.805/2016.

#### **3.1 Requisito etário**

O requisito etário encontra-se insculpido no art. 20, *caput*, da LOAS, o qual já foi objeto de várias mudanças. No período de 1º de janeiro de 1996 a 31 de dezembro de 1997, conforme redação original do art. 38, da Lei n. 8.742/93, que remetia ao art. 20 do mesmo diploma, a idade mínima para considerar idosa a pessoa era de 70 anos. Contudo, a partir de 1º de janeiro de 1998, a idade mínima passou a ser 67 anos, conforme nova redação dada pelo art. 1º da Lei n. 9.720/98, que assim passou a dispor: “A idade prevista no art. 20 desta Lei reduzir-se-á para sessenta e sete anos a partir de 1º de janeiro de 1998” (MARTINS 2016).

Entretanto, em decorrência da aprovação do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), a partir de 1º de janeiro de 2004, a idade mínima para o idoso passou a ser de 65 anos, consoante transcrição de seu art. 34:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social - Loas.

Atualmente, com a alteração da idade do idoso em seu estatuto, para 60 anos, não se considera a idade mínima deste, mantendo-se os 65 anos para a concessão do benefício de prestação continuada ao idoso, pois a Lei nº 12.435/2011 alterou a redação do próprio artigo 20, da Lei nº 8.742/93.

Todavia, conforme disciplina o artigo 10, do Decreto 6.214/07, o requisito etário deverá ser comprovado mediante a apresentação de um dos seguintes documentos: certidão de nascimento; certidão de casamento; certificado de reservista; carteira de identidade; ou carteira de trabalho e previdência social (MARTINS 2016).

Assim, a idade mínima ao idoso para fins de concessão do BPC, permanece 65 anos, independentemente se homem ou mulher.

### **3.2 Requisito deficiência**

O conceito de deficiência não foi abordado na Constituição Federal de 1988, ao prever o BPC, em seu art. 203, V, restando ao legislador infraconstitucional a sua definição, que foi positivada na redação primitiva do artigo 20, §2º, da LOAS como o indivíduo incapacitado para a vida independente e para o trabalho.

Na mesma esteira, o Decreto nº 1.744/95, que regulamentou o BPC, exacerbou de sua competência ao conceituar em seu artigo 2º, II, que se considera pessoa portadora de deficiência como “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho.”

Também, o Decreto 6.214, que vige desde 26 de setembro de 2007, revogou o decreto supracitado e conceituou a incapacidade como:

Fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com



redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social.

A discussão em torno da terminologia incapacidade para a vida independente e para o trabalho pairava no ordenamento jurídico, persistindo com a Lei nº 13.146, de 2015, que alterou a redação do § 2º, do artigo 20, da LOAS, para dispor sobre a pessoa com deficiência:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

[...]

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Note-se que no dispositivo foi inovado com um critério temporal objetivo: não se exigia que a incapacidade para o trabalho e para a vida independente fosse permanente, mas que ela obstruísse sua participação de forma integral e efetiva na sociedade, igual as demais pessoas.

Também o artigo 21, da LOAS estabelece que a avaliação da continuidade das condições que ensejaram a fruição do BPC será revista a cada 2 anos, restringindo o legislador ordinário o direito onde a Constituição não o fez, subvertendo a hierarquia do ordenamento jurídico.

A Lei nº 12.470, de 31/08/2011, substituiu o termo incapacidade por impedimento, cuja comprovação será feita mediante avaliação médica, realizada por médicos peritos do INSS, conforme § 6º, do artigo 20, da referida Lei 8.742/93.

A interpretação desse limite objetivo é alvo de constantes disputas judiciais, pois a imposição de um requisito absoluto não se coaduna com o vetor axiológico de proteção social do cidadão, contrariando a finalidade do benefício.

### 3.3 Requisito econômico

Este requisito, também conhecido como condição socioeconômica ou miserabilidade, é de imprescindível comprovação, qualquer que seja a incapacidade de se auto prover: deficiência ou idade avançada.

Dispõe o artigo 20, da LOAS, que o assistido deverá demonstrar que não possui meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, que, conforme já demonstrado, é o núcleo composto pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto (BRASIL, 1993).

Segundo o artigo 20, § 3º da LOAS, considera “incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário-mínimo”.

Em outras palavras, considera-se família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa, aquela cuja renda familiar por integrante (soma da renda mensal de todos os seus integrantes, dividida pelo número total de membros que compõem o grupo familiar) seja igual ou inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo, além de o hipossuficiente não estar vinculado a qualquer regime de previdência social e não receber benefício de espécie alguma, salvo as exceções indenizatórias. (KERTZMAN, 2016)

Estabelece o artigo 13, do regulamento do BPC (Decreto nº 6.214/2007), com redação dada pela Lei 8.805/2016:

Art. 13. As informações para o cálculo da renda familiar mensal per capita serão declaradas no momento da inscrição da família do requerente no CadÚnico, ficando o declarante sujeito às penas previstas em lei no caso de omissão de informação ou de declaração falsa.[...]

§3º Na análise do requerimento do benefício, o INSS confrontará as informações do CadÚnico, referentes à renda, com outros cadastros ou bases de dados de órgãos da administração pública disponíveis, prevalecendo as informações que indiquem maior renda se comparadas àquelas declaradas no CadÚnico.

§ 4º Compete ao INSS e aos órgãos autorizados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, quando necessário, verificar junto a outras instituições, inclusive de previdência, a existência de benefício ou de renda em nome do requerente ou beneficiário e dos integrantes da família.

Portanto, a renda per capita familiar será analisada quando do requerimento do BPC, confrontando informação do Cadastro Único de Programas Sociais do governo federal, ao qual o beneficiário deverá estar incluso, bem como, colhidos dados de outros órgãos da administração pública disponíveis.

### **3.3.1 O requisito econômico sob a óptica do Poder Judiciário**

Conforme já explanado, o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 é o dispositivo que prevê este requisito de miserabilidade do grupo familiar, nos seguintes termos: “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário-mínimo”.

Com esta previsão infraconstitucional, o amparo assistencial reduziu de forma significativa sua abrangência, justamente por condicionar a sua concessão ao grupo familiar que se encontre na situação de extrema pobreza.

O método para aferição desta renda *per capita*, como critério econômico ou de miserabilidade, sempre gerou muita controvérsia

no meio jurídico, pois a lei prevê um parâmetro objetivo para tanto, situação que, em muitas vezes, incide em injustiças.

Nesta lógica, para o Supremo Tribunal Federal (STF), a definição de pessoa incapaz de prover o próprio sustento ou tê-la suprida pela família comporta flexibilização, a ser analisada conforme o caso concreto. Mas, nem sempre foi esse o entendimento do STF, pois este Egrégio Tribunal, a princípio já declarou por sua constitucionalidade, quando provocado por meio da ADI nº 1.232-1/DF, sob o argumento de que a “disposição da norma legal limitava e restringia indevidamente o direito constitucional ao benefício assistencial” (KERTZMAN, 2016, p. 467).

A princípio, o Egrégio Tribunal entendia que era inadmissível a concessão do benefício assistencial ao hipossuficiente quando a renda familiar *per capita* fosse superior ao parâmetro legal. (KERTZMAN, 2016)

Em que pese o julgamento da ADI nº 1.232-1, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendia que a decisão da ADI não impedia a aferição da miserabilidade de outras maneiras, e, em linha diametralmente oposta, adotou entendimento, que veio a ser adotado pelos Tribunais Regional Federal (TRF's), no sentido de que é conveniente sim a aferição da miserabilidade por outros meios de prova que não a renda *per capita* familiar, sob o argumento de que uma renda abaixo deste parâmetro legal configuraria presunção absoluta de miserabilidade, dispensando outras provas; caso contrário, poderiam ser utilizados outros meios de prova para se demonstrar a miserabilidade (MARTINS, 2016), conforme ementa de julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. Este Superior Tribunal pacificou entendimento no sentido de que o

critério de aferição da renda mensal previsto no § 3.º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deverá ser observado como um mínimo, não excluindo a possibilidade de que o julgador, ao analisar o caso concreto, lance mão de outros elementos probatórios que afirmem a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

2. “A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo.” (Resp. 1.112.557/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Terceira Seção, Dje 20/11/2009).

3. Assentando a Corte Regional estarem demonstrados os requisitos à concessão do benefício assistencial, verificar se a renda mensal da família supera, ou não, um quarto de um salário-mínimo encontra óbice no enunciado da Súmula nº 7 da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGA 201001621770, OG FERNANDES, STJ – SEXTA TURMA, 17/12/2010).

Entretanto, o STF começou a alterar o entendimento anteriormente pacificado, declarando pela possibilidade de se flexibilizar o critério objetivo de aferição de miserabilidade estabelecido pela Lei, quando demonstrada a efetiva falta de condição de sustento, motivado pelas leis que visam redistribuir renda por meio de programas sociais do Governo Federal, que fixam um critério mais vantajoso para a precitada aferição, enquadrando como família carente e, desta forma, apta a fruir de políticas de assistência social, aquela com renda *per capita* inferior a meio salário mínimo (Leis nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de *renda mínima* associados a ações socioeducativas, e Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA), em notória afronta ao postulado da isonomia (MARTINS 2016).

Novamente provocado por meio de Recurso Extraordinário nº 567.985 (Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso) que questionava o tratamento desigual nos critérios de aferição de miserabilidade nas ações da assistência social, o STF proferiu decisão que, por pertinência, transcreve-se sua ementa abaixo, de relatoria do Exmo. Senhor Ministro Marco Aurélio:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO IDOSO E AO DEFICIENTE. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei

10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 567.985/MT, Relator (a): Min. MARCO AURELIO, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013).

Em síntese, o STF acolheu a tese da insuficiência do critério legal do §3º, do artigo 20, da LOAS e declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo, sem pronúncia de nulidade, propondo o ministro relator da Reclamação 4374-PE, Gilmar Mendes, que o Supremo revise a decisão proferida na ADI 1.232, mantendo sua vigência até o dia 31 de dezembro de 2014, lapso suficiente para que os Poderes Executivo e Legislativo poderiam atuar no sentido da criação de novos critérios econômicos e sociais para a implementação do benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição.

Todavia, através do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE 937070), julgado no ano de 2016, o STF decidiu que o Juiz, no caso concreto, deverá afastar o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, para avaliar a referida vulnerabilidade, utilizando-se de outros elementos. Esse é o entendimento utilizado atualmente acerca do requisito socioeconômico do benefício assistencial de prestação continuada, referindo-se, portanto, ao estado de pobreza ou necessidade, não mais ao estado de miserabilidade:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – RENDA FAMILIAR PER CAPITA – CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DE MISERABILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO – AFASTAMENTO – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93 SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE – AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Colegiado de origem assentou a comprovação dos pressupostos necessários à concessão do benefício assistencial de prestação continuada – LOAS. O recorrente insiste no processamento no extraordinário, afirmando violados os artigos 203, inciso V, e 229, cabeça, da Constituição Federal, apontando não preenchido o requisito da miserabilidade. 2. O Tribunal, no Recurso Extraordinário nº 567.985/MT, de minha relatoria, tendo sido designado para redigir o acórdão o ministro Gilmar Mendes, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, por omissão parcial, do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, sem pronúncia de nulidade, asseverando o critério de renda familiar por cabeça nele previsto como parâmetro ordinário de aferição da miserabilidade do indivíduo para fins de deferimento do benefício de prestação continuada. Permitiu, contudo, ao Juiz, no caso concreto, afastá-lo, para assentar a referida vulnerabilidade com base em outros elementos. 3. Em face do precedente, ressaltando a óptica pessoal, desprovejo este agravo. 4. Publiquem. Brasília, 30 de março de 2016. Ministro MARCO AURÉLIO Relator (STF – ARE: 937070 PE – PERNAMBUCO, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 30/03/2016, Data de Publicação: DJe-063 07/04/2016).

Desta forma, dos julgados do STF depreende-se que pode o intérprete, caso concreto, dar contornos que aproxime a Lei, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles a dignidade da pessoa humana.

### **Considerações finais**

O art. 203 da Constituição Federal dispõe que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de qualquer contribuição ao sistema de Seguridade Social. Não



obstante, ficou demonstrado, no que se refere ao benefício assistencial de prestação continuada (BPC), que o comando maior restou mitigado pelo legislador infraconstitucional, ao impor restrição que o legislador constituinte não a fez.

Dessa forma, a partir de uma análise sumária dos requisitos legais para a concessão dessa garantia mensal, ficou evidente que esses requisitos não se coadunam com a vontade da constituição, que almeja prestar a assistência social a quem dele necessitar.

Restou configurado também que o requisito etário, 65 anos ou mais, é ponto indiscutível por sua metodologia de aferição, mas que os critérios de valoração para os requisitos pessoa com deficiência e miserabilidade, traduzida em vulnerabilidade socioeconômica, estão distantes da realidade social deste país e aquém do mandamento constitucional.

Este argumento se ratifica à medida que os parâmetros objetivos descritos não são aptos a cumprir a função do Estado de proteger os hipossuficientes, não observando, assim, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que norteia todas as atuações estatais, inclusive as ações sociais.

Isto porque, conforme exposto, o legislador ordinário definiu a pessoa portadora de deficiência como sendo aquela incapaz para o trabalho devido à impedimento de longo prazo, além de objetivamente limitar a carência financeira a uma renda *per capita* inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo.

A inaptidão da norma emana das recorrentes injustiças verificadas, uma vez que é perfeitamente possível se constatar uma incapacidade de médio prazo, ou seja, uma incapacidade temporária, apta a impossibilitar a pessoa de prover sua própria subsistência.

Conforme explanado, a mesma iniquidade se verifica na aferição de miserabilidade. Registre-se que é assente na doutrina e na jurisprudência que a renda *per capita* inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo é presunção absoluta de miserabilidade. Entretanto, também não significa que a renda superior a esse limite caracteriza

situação econômica não vulnerável, pois nem mesmo um salário mínimo é capaz de satisfazer as necessidades básicas do cidadão.

A partir de então, a pesquisa se preocupou em demonstrar que, para dar efetividade à intenção do Constituinte, bem como, para consagrar a dignidade da pessoa humana, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais flexibilizam os critérios de análise destes requisitos, a fim de fazer valer a função social da norma, o seu vetor axiológico.

Nesta seara o estudo ainda trouxe o recente julgado do STF (RE 567.985/MT, de 18/04/2013), que especificamente em relação ao parâmetro objetivo de aferição de miserabilidade, revendo posicionamento anterior, declarou pela inconstitucionalidade parcial incidental do §3º, art. 20, da LOAS, declarando não ser absoluto este parâmetro de ¼ do salário mínimo, devendo o Poder Judiciário adequar este requisito à diretriz constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso II, CF/88) e às peculiaridades do caso em concreto, para efetivar o comando do art. 203, inciso V da CF/88.

Destarte, através do ARE 937070, no ano de 2016, o STF decidiu que o Juiz, no caso concreto, deverá afastar o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, para avaliar a referida vulnerabilidade, utilizando-se de outros elementos, passando a ser este o entendimento utilizado atualmente acerca do requisito socioeconômico para concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

Registre-se que a assistência social apenas tem sentido caso seu objetivo seja a busca pela justiça social e pelo bem-estar social.

Entretanto, em face da conduta legalista do INSS, em obediência aos critérios legais exigidos, muitos hipossuficientes socorrem-se ao Poder Judiciário, a quem compete interpretar o comando legal com escopo na dignidade da pessoa humana, para efetivar a justiça social e conceder o BPC a quem dele necessitar.

Assim, verifica-se ao delinear a garantia Constitucional do benefício assistencial de prestação continuada, considerando os requisitos trazidos por lei infraconstitucional, que a jurisprudência,

com escopo no princípio da dignidade da pessoa humana, almeja aplicá-los, sem se afastar da justiça social, sob pena de distorcer os princípios basilares de um Estado democrático de direito.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República do Brasil** (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 25 maio. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.213, de 24 de junho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm). Acesso em: 10 maio. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.* Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 23 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.720, de 30 de novembro de 1998. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, e dá outras providências.* Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9720.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9720.htm). Acesso em: 23 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.* Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 30 maio. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei 12.435, de 06 de julho de /2011. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social.* Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm). Acesso em: 19 jun.2018.

\_\_\_\_\_. *Lei 12.470, de 31 de agosto de 2011. Altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12470.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12470.htm). Acesso em 15 de jul.2018

\_\_\_\_\_. Lei 13.146, de 06 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência** (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em 16 de jun.2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto Lei n. 1.744, de 8 de dezembro de 1995. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências. Disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/129105/decreto-1744-95>. Acesso em 02 de jun. 2018.**

\_\_\_\_\_. Decreto n. 8.805, de 07 de julho de 2016. **Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8805.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8805.htm)Acesso em 23 de jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 30 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 06 jun. 2018.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. RE 567.985/MT, Relator (a): Min. Marco Aurelio, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, Acórdão eletrônico DJE-173 de 04-09-2013. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=567985> Acesso em 20 jun.2018.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. Reclamação.4374. **Declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>. Acesso em 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal . ARE: 937070 PE – Pernambuco, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 30/03/2016, Data de Publicação: DJe-063 07/04/2016. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 22 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AGA 201001621770, Og Fernandes. Sexta Turma, DJE Data:17/12/2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/42300888/trf-3-judicial-i-20-03-2012-pg-479>. Acesso em 14 de jun. 2018.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social: custeio da seguridade social, benefícios, acidente do trabalho, assistência social e saúde**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. atualizada até a EC n. 67/10. São Paulo: Atlas, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquemático**. São Paulo: Saraiva: 2011.



## **Da constitucionalização dos direitos humanos como fonte de um novo bloco de normas jurídicas**

*Thalisson Make Fernandes Ramos  
Luis Augusto Loureiro de Carvalho*

### **Considerações iniciais**

O trabalho procurou tratar sobre o surgimento de um novo bloco de normas jurídicas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, composto somente de regras e normas de Direito Internacional, relacionando com o processo de humanização do Direito Internacional que ganhou ascendência no final do século XX e início deste século.

Trata-se da relação hipotética entre as modificações no ordenamento jurídico brasileiro como um consequente efeito do processo de humanização do direito internacional.

A ciência do Direito tem como escopo os fenômenos, as oscilações, modificações que ocorrem no ordenamento jurídico e as influências que provocam significativas consequências para o Direito, inclusive em sua forma de aplicação e interpretação.

Desse modo, justifica-se, assim, não só a necessidade de compreensão do surgimento de um novo bloco de normas jurídicas no ordenamento brasileiro, mas também na ruptura no modelo hierárquico de validação e fundamentos das normas desenvolvido nas ideias de escalonamento de normas de Hans Kelsen (pirâmide kelseana).

Desse modo, vale a abordagem da codificação do Direito Internacional como pressuposto para formação de um novo bloco de normas convencionais dentro do ordenamento jurídico brasileiro, não afastando que o processo de regulamentação e codificação do Direito Internacional, principalmente em Viena (1969), responsável pela superação das égides que priorizavam os costumes jurídico e predominância da forma convencional (Tratados e Convenções Internacionais).

Incluindo o enfrentamento das mudanças ocorridas com advento da EC (emenda constitucional) n. 45/2004 que especializaram matérias provenientes de Tratados e Convenções Internacionais que versassem por direitos humanos, inovando patamares e blocos de normas que transcenderam as tradicionais, legalidade e constitucionalidade, incluindo o status supralegal e um novo bloco normativo composto somente de normas provenientes de Tratados e Convenções Internacionais.

## **1. Da normatização dos direitos humanos e respectivo surgimento na Seara Internacional**

Os fundadores do Direito Internacional (A. Gomez Robledo; Fundadores del Derecho Internacional; 1989) defendiam que o sistema deveria ser universal, com a criação de um conceito de jus gentium consolidado e imbuídos de equidade e justiça, asseverando suas bases em um direito para toda humanidade, sendo estes, basicamente, os ideais F. Suarez (autor do Tratado De Legibus Ac Deo Legislatores, 1612), H. Grotius (autor da obra “De Jure Belli ac Pacis” - 1625), Samuel Pufendorf (autor da obra “De Jure Naturae et Gentium” - 1672), Christian Wolff (autor da obra “Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum, 1749), teólogos espanhóis e outros autores além da obra grociana (TRINDADE, 2006, p. 11 e 12).

As ideias oriundas do positivismo jurídico correspondentes a figura de um Estado personificado teve consequências nefastas para o Direito Internacional no final do século XIX e nas primeiras



décadas do século XX, uma vez que o ideal de soberania absoluta do Estado e sua titularização como principal sujeito de Direito Internacional coadunaram em práticas de irresponsabilidade humanitária, onipotência estatal, um modelo de poder excessivo conhecido como totalitário, com sucessivas atrocidades cometidas contra seres humanos (TRINDADE, 2006, p. 13).

A crise da nossa civilização e da sociedade moderna foi consequência de um processo de hipertrofia da extensão inaudita da competência do Estado. Sendo esta crise e este excesso estatal que facilitou o surto de doutrinas totalitárias (AZAMBUJA, 1969, p. 148). Uma distinção que importa esclarecer consiste nas modalidades diferentes de fontes de Direito Internacional como sendo: uma primeira modalidade baseada na fonte formal e outra diversa correspondendo a fonte material, sendo esta a encarregada pela efetiva validade das normas internacionais (TRINDADE, 2006, p. 31).

As fontes formais do Direito Internacional e a teoria clássica dessas fontes estão pautadas no artigo 38 do Estatuto da CIJ - Corte Internacional de Justiça, virtualmente idêntico ao mesmo artigo anterior da Corte Permanente de Justiça Internacional e seu histórico legislativo, baseia-se na Comissão Consultiva de Juristas que foi nomeada pelo Conselho da Liga das Nações Unidas para elaborar o projeto de uma corte permanente de justiça internacional (TRINDADE, 2006 p. 32).

A crítica a Teoria clássica das fontes de Direito Internacional e formais deste Direito é antiga, registrando juristas e estudiosos que desde 1934 já entendiam como insuficientes para atender as necessidades sociais, tais como, G. Scelle (TRINDADE, 2006, p. 32).

Dentro do tema fontes do Direito Internacional existem, portanto, as classificadas como fontes enumeradas pelo artigo 38 (Costume Internacional, Tratados Internacionais, Princípios Gerais do Direito, Jurisprudência Internacional, Doutrina, elemento da equidade) e fontes não enumeradas pelo dispositivo (atos jurídicos unilaterais dos Estados, Resoluções das Organizações Internacionais e outros).

As últimas décadas, principalmente do século XX, o prisma do Direito Internacional ganhou enfoque essencialmente positivista, considerando somente as fontes formais do Direito Internacional. Desse modo, a postura reduziu a concepção do Direito Internacional à de um ordenamento jurídico meramente formal, prosseguindo e dando continuidade ao hermetismo positivista, reduzindo o direito internacional ao formalismo textual e contribuindo ao esvaziamento no que tange aos valores, tornando insuficiente o preenchimento das necessidades sociais (TRINDADE, 2006, p. 83).

A reserva mental e o modelo estático que defende a postura positivista corresponde a posição incompatível as novas necessidades do século XXI, pois trata-se de um século em que não mais se admite tanta reserva mental, rompendo com a perspectiva positivista para uma nova conjuntura, admitindo a realização e concretização de um Direito Internacional, onde o Estado submetesse a uma nova exigência internacional, invertendo o modelo interestatal e colocando o ser humano como o destinatário final deste ramo do Direito (TRINDADE, 2006, p. 85).

É, de fato, muito difícil datar exatamente quando a consciência coletiva começou a valorar o homem com reflexos expressivos na seara internacional de forma sobrepô-lo ao Estado. O fim da guerra fria e as incidências de inúmeros conflitos internos significaram transformações na seara internacional contemporânea com reflexos na própria agenda do século XXI. Desde 1989, com tais modificações históricas, o mundo passou por um momento de reavaliação axiológica. Com os conflitos étnicos, alto índice de refugiados, surgimento de novos grupos que demandam especial proteção, condições de vida da população, enfim. Os próprios sujeitos internacionais se renderam ao resgate do valor antropocêntrico que haviam abandonado no Renascimento Cultural Europeu para centralizar-se no poder. Desde então, diz Cançado Trindade, “[...] resultante o reconhecimento universal da necessidade de situar seres humanos

de modo definitivo no centro de todo o processo de desenvolvimento” (TRINDADE, 2006, p. 111).

Ressaltam-se dois contextos regionais em que podemos exemplificar com essas fontes matérias de Direito Internacional, o europeu ocidental e o pan-americano que instituiu sistemas de garantia da eficácia da norma substantiva de proteção de direitos humanos, se referindo, assim, a Corte Europeia dos Direitos do Homem sediada em Estrasburgo, cuidando de aplicar a Convenção de 1950, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica, garantindo a vigência da Convenção de 1969.

Portanto, o processo de humanização do Direito Internacional está, em suma, ligado a dar dinamismo, realização e concretização as normas internacionais produzidas que, pelo obsoleto modelo positivista hermético, restringiria somente a criação à depender do voluntarismo de cada Estado em efetivá-la ou não.

Porém, no início deste século temos um processo de efetivação e realização dessas normas internacionais que não mais estão pautadas nos textos, mas sim nos princípios, valores que levaram a formação de uma consciência jurídica universal que pudesse dar noção de justiça objetiva e materialização de princípios contornados pela comunidade internacional. Não fica adstrito a voluntariedade estatal, mas deve ganhar a realização por mecanismos da comunidade internacional.

## **2. Das ideias de blocos de normas jurídicas**

A noção de bloco surge no Direito Administrativo Francês e um dos primeiros estudos acerca do “bloco”, expressão de autoria genuína de Maurice Hariou que através da terminologia “bloc legal” para designar o conjunto de regras que a administração pública se encontra submetida. Inclusive, o próprio e famoso Princípio da Legalidade na Administração Pública deve certa reverência a noção da figura da lei pelo Direito Francês.

O Direito Francês sempre adotou um modelo tradicionalmente legicêntrico, uma vez que a própria estudiosa Dominique Turpin, autora da obra “Contentieux Constitutionnel”, entendeu que durante mais de um século e meio, o Direito Francês foi dominado pelo mito de que o juiz nada mais é, senão a “boca que pronuncia as palavras da lei” (TURPIN DOMINIQUE, 1986).

A expressão “bloco de legalidade”, primeira referência que temos a respeito da noção de bloco para as normas jurídicas, não se restringiu a Maurice Hariou, na verdade Gustavo Binbenojm usa esta noção para explicar que os atos da administração pública, deve ter como fundamento a ideia estrita e não ampla de lei (MORAES, p. 24, 1999).

Portanto, a expressão “bloco” de legalidade, originalmente, utilizada pelo Direito Administrativo procurou abranger a conformidade dos atos da administração com o conjunto de leis, princípios que estão uniformizados e harmonizados no mesmo conjunto, ou, usando a mesma ideia, no mesmo “bloco”.

Ocorre que esta ideia de bloco para as normas jurídicas não se encerrou no Direito Administrativo, na obra “El Bloque de La Constitucionalidade” de autoria de Loui Favoreu e Rubbio Lorente também se utilizou desta noção, inclusive sendo precursores da Teoria do Bloco de Constitucionalidade, correspondendo a consequência da utilização desta noção de bloco para normas que fossem constitucionais.

O estudioso Loui Favoreu teve como base as decisões do conselho constitucional, órgão político francês, para desenvolver a tese do “Bloco de Constitucionalidade”, uma vez ser função deste órgão o encargo do controle de constitucionalidade.

Repare que tanto a utilização das ideias de bloco para o Direito Administrativo, bem como para o Direito Constitucional são de genuína fonte de autores e estudiosos franceses.

O referido autor precursor da tese, fez referência a 04 (quatro) categorias de normas incluídas naquilo que se denominou de “bloco” de constitucionalidade, a Constituição de 1958, a

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798, o preâmbulo da Constituição de 1946, incluindo os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

Em suma, a noção de “blocos” para normas jurídicas foi, originalmente, utilizada pelo Direito Administrativo Francês para designar um conjunto de leis e regulamentos utilizados pelo Estado para controle dos atos administrativos e, posteriormente, veio a ser utilizada pelos próprios estudiosos franceses no controle de constitucionalidade do seu órgão político (conselho constitucional), havendo, assim, uma migração da matéria do Direito Administrativo para o Direito Constitucional.

Vale concluir, também, que em ambos os casos, a ideia de “bloco” sempre trouxe intrinsecamente a noção de controle, de maneira que a utilização destas noções corresponderam a parâmetros para estes controles, uma primeira, dentro da Teoria do Direito Administrativo, de forma controlar os atos administrativos e uma segunda, usada pelo controle de constitucionalidade, para controle das leis.

Ocorre que a utilização da teoria dos blocos pelo Direito Constitucional e o exercício do controle de constitucionalidade têm sofrido influência de um novo conjunto de normas jurídicas, provenientes do Direito Internacional (basicamente de Tratados e Convenções) e que estão ingressando no Direito Interno Brasileiro com certa peculiaridade de um bloco distinto, um bloco ímpar, levando os estudos a conclusões de que a matéria dos blocos que, anteriormente, migrou e comunicou o Direito Administrativo ao Direito Constitucional, agora tem feito o Direito Constitucional se comunicar com o Direito Internacional e vice versa, haja vista estas normas internacionais têm alcançado força constitucional e força intermediária entre a Constituição e as leis comuns, possibilitando a afirmativa de que está surgindo um novo bloco dentro do ordenamento jurídico, decorrente de um diálogo que não se restringiu entre o Direito Administrativo e Constitucional, mas

também comunicou o Direito Internacional, coadunando em um novo momento à ser investigado.

Dentre as contribuições de Hans Kelsen, vale mencionarmos as ideias de hierarquização e subordinação das leis. Assim, dentre suas obras podemos fazer menção a “Teoria Geral do Direito e do Estado” e o “O império do direito” como as principais fontes das ideias de hierarquização e subordinação das normas.

Ocorre que a figura geométrica utilizada pela doutrina para explicá-las foi a pirâmide, modelo científico que se transformou em paradigma de interpretação do Direito e das diferentes valorações das normas para sua aplicabilidade.

O significado da expressão “lei” vem do latim *Lex*, de *Legere*, correspondendo a “escrever”, ou seja, aquilo que está escrito (De Plácido e Silva, 1999, p. 481) e a partir de Kelsen é que, de fato, houve implicância de que todas as leis estão subordinadas a uma lei maior e elas devem se adequar, uma em detrimento da outra, a depender do juízo de valor estabelecido.

Assim, quando uma lei contrariar a lei maior ou valorada como superior as demais normas, terá comprometida sua validade. Essas valorações maiores foram atribuídos aos textos constitucionais, com a função de adequar os demais textos legais do ordenamento através de um controle que ganhou o nome de controle de constitucionalidade.

Cabe acrescentar que este fenômeno de controle só é aplicado às leis posteriores a Constituição Federal de 1988, de modo que a Constituição Federal de 1988 é relativamente nova e não afasta a existência de leis muito mais antigas tais como, o Código Penal Brasileiro. Assim, nesse caso, as leis mais antigas que contrariar a norma superior também serão afastadas do ordenamento através de outro fenômeno que não o de controle, chamado de “recepção”.

Há quem entenda que a famigerada pirâmide hierárquica das normas pertence a autoria de Hans Kelsen, porém a figura geométrica da pirâmide é atribuída ao discípulo Adolf Merkl, entendimento que

não retira o merecimento kelseano, haja vista que a ideia modelada na figura geométrica da pirâmide está pautada na estrutura escalonada da ordem jurídica, nas ideias de subordinação e hierarquização que foram formuladas pelo jurista Kelsen.

Reitera-se, assim, que essa ideia de “pirâmide hierárquica” está pautada na estrutura escalonada da ordem jurídica de Kelsen e na consideração de que a pluralidade de normas jurídicas corresponde a um sistema, uma unidade (Kelsen, 1999, p. 215).

Desse modo, Kelsen levanta alguns questionamentos:

Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulem a conduta de homens, surge a questão: o que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, porque é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui seu fundamento de validade? (Kelsen, 1999, p. 215).

Para Kelsen e grande parte dos cientistas do Direito, uma pluralidade de normas só forma uma unidade, um sistema, quando sua validade puder ser atribuída a uma única norma como fundamento dessa validade (Kelsen, 1999, p. 217 e 228)

Ainda entende que é a norma fundamental (norma através da qual as demais normas do ordenamento jurídico são produzidas, sendo este o ponto de partida para a criação das de todas elas) responsável por constituir uma unidade na pluralidade de todas as normas que integram o ordenamento (Kelsen, 1999, p. 228 – 232).

Desse modo, o fenômeno de validade de uma norma jurídica depende de verificação da sua compatibilidade com uma norma de escalão superior sendo indispensável à noção de estrutura hierárquica que foi o embrião da ficção piramidal atribuída à sua autoria.

Kelsen esclarece de maneira muito transparente esta ideia de hierarquia entre as normas jurídicas como forma de sua respectiva validade:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem seu fundamento de validade na norma de escalão superior. Se uma norma de escalão inferior é considerada como válida, tem se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior. Na exposição da construção escalonada da ordem jurídica se mostrará como isto se sucede. (Kelsen, 1999, p. 232)

Ocorre que qualquer norma jurídica encontrará sua validade na norma fundamental de um Estado que corresponde a sua respectiva constituição.

Nesse contexto, dispensa-se o questionamento sobre o fundamento ou a fonte que fundamenta a constituição, uma vez que, independentemente desse questionamento, deve ser abordado o sistema de controle e da validade adotada atualmente, seguindo essa ideia de compatibilidade da norma inferior com normas superiores ditas constitucionais.

Dispensa-se, também, a crítica aos estudiosos que atribuem a noção de “pirâmide” a Adolf Merkl (aluno de Kelsen), pois foi do próprio Kelsen a autoria das ideias de subordinação de todas as normas a uma norma superior, da consideração de um conjunto de normas jurídicas como uma unidade e dentro de um sistema a partir de uma norma da qual decorre todo o conjunto, podendo se verificar no que segue: “a relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida, pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação”. (Kelsen, 1998, p. 246/247).

Desse modo, podemos imaginar uma pirâmide, onde na cúspide teríamos a Constituição Federal, validando as normas infraconstitucionais. Estas, por sua vez, tornando válidas as outras normas sancionadas em conformidade com as previstas nas normas anteriores. E, por fim, na respectiva base estariam as normas particularizadas, como por exemplo, os contratos e atos normativos.



O próprio Hans Kelsen assevera sobre a Constituição em relevância ao ordenamento jurídico: “A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também, determinar o conteúdo de futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou excluir determinados conteúdos”. (Kelsen, 1999, p. 249)

Uma frase que melhor demonstra essa noção de hierarquia entre normas como pressuposto de sua validade por parte de Kelsen é verificado no seguinte: “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situados uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”. (Kelsen, 1999, p. 247).

Sobre a Constituição entende Kelsen que se levarmos em conta apenas a ordem jurídica estrutural, a Constituição representa o escalão de Direito Positivo mais elevado (KELSEN, 1999, P. 247).

### **3. Do novo bloco de normas jurídicas e a inovação de um novo status hierárquico no ordenamento jurídico**

A jurisprudência brasileira, através do voto do Ministro Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – nº 595 do Espírito Santo - ES – distribuída em 03 de outubro de 1991, fez referência ao bloco de constitucionalidade e acolheu o parecer do Procurador Geral da República – PGR, prejudicando a Ação Direta por perda superveniente de objeto.

Nesse processo objetivo instaurado teve como partes o governador do Espírito Santo e a Assembleia Legislativa do respectivo Estado e levantou, dentre os principais questionamentos, a questão de constitucionalidade/inconstitucionalidade e posicionamentos divergentes sobre bloco de constitucionalidade como fator determinante para efeito do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais (ADI nº 595. ES).

Nesta decisão, o Ministro assevera que:

A definição de bloco de constitucionalidade – independentemente da abrangência matéria que lhe reconheça – reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual clássica-jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política [...] (BRASIL, 2002, ADI, nº 595/ES).

Ainda o Ministro prossegue em seu entendimento no sentido de sinônimo de parâmetro de constitucionalidade:

A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização de parâmetro de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta [...] (BRASIL, 2002, ADI, nº 595/ES).

Vale, também, trazer outro trecho da decisão que demonstra a equiparação da noção de bloco de constitucionalidade com o parâmetro constitucional:

[...] Isso significa, portanto, que a ideia de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade), por encerrar um conceito da relação [...] supõe, por isso mesmo o exame de compatibilidade vertical de um ato, dotado de menor hierarquia, com aquele que se qualifica como fundamento de sua existência, validade e eficácia [...]. (BRASIL, 2002, ADI, nº 595/ES).

Portanto, em conformidade com a jurisprudência do principal órgão do Poder Judiciário brasileiro, STF – Supremo Tribunal Federal, a noção de bloco no Brasil segue a doutrina de Canotilho, corrente mais estrita que equipara sua definição ao de parâmetro de controle de constitucionalidade.

O entendimento que traz consigo o contexto de hierarquia para a noção de bloco de normas jurídicas coincidindo com as ideias de bloco quando adotada por Maurice Hariou, na forma de bloco de legalidade para controlar atos do Direito Administrativo, ou mesmo quando usada no Direito Constitucional por Loui

Favoreu. Ambos no sentido das noções de hierarquia de um conjunto normativo com utilizações pelos diferentes ramos do Direito, ou seja, controlando outras espécies normativas e se colocando na figura de parâmetro para adequação de todas elas.

#### **4. Da inovação normativa no ordenamento jurídico e o surgimento de um novo bloco de normas jurídicas**

No Brasil, apesar de existirem, reconhecidamente, quatro correntes sobre o status das normas internacionais decorrentes de Tratados e Convenções que versem sobre direitos humanos, o histórico do STF – Supremo Tribunal Federal no Brasil somente tem registrado a aplicação de três dessas corrente que podem ser subdivididas em três fases do período de atuação e trabalho do supremo (STF). Uma primeira fase, onde se destaca normas internacionais de proteção de direitos humanos titularizando status de norma comum ordinária e sendo resolvida pela regra interpretativa do critério cronológico, lei posterior revoga lei anterior de mesma hierarquia (fase do STF entre o RE n. 80.004/SE, min. Relator Xavier Albuquerque, julgado em 01 de junho de 1977 até um pouco depois de 1995, quando o STF voltou a levantar a questão no HC n. 72.131/RJ, ministro relator Moreira Alves).

No Recurso Extraordinário (RE) nº 466-343-1/SP, fica reconhecido o caráter especial dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, afastando a legalidade comum ordinária nessas matérias (p. 1160; RE nº 466-343-1/SP), sendo inequívoco este aspecto no novo contexto de internacionalização do ordenamento jurídico.

Portanto, houve uma mudança não só no Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil, mas em toda a ordem jurídica nacional sobre o papel dos diplomas internacionais que versarem sobre a matéria de direitos humanos (p. 1160; nº 466-343-1/SP), de forma que podemos apontar uma nova fase na aplicação dessas normas

pelo STF, uma fase remota e que afasta esta matéria do comum, mas aplica a título especial esses atos internacionais.

Vale trazer precisão e contornos mais exatos no que tange ao aspecto especial que as matérias de direitos humanos por tratados e convenções internacionais possuem na aplicação do direito interno de cada Estado, de forma a definir o patamar hierárquico de validade pertence essas normas internacionais.

Por isso a relevância da estrutura hierárquica normativa de Kelsen e Adolf Merkl junto às noções de “blocos” de Louis Favoreu, Maurice Hariou concomitante a relevância da jurisprudência nacional que se utilizam desses conceitos, tais como na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 595/ES, Relator Min. Celso de Mello.

Foi até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 e respectiva PEC nº 29/2000 que a corrente de hierarquia constitucional dessas matérias ganhou certa legitimidade, uma vez que os diplomas internacionais poderiam vir para ampliar direitos e não os restringir.

Vale reconhecer que tal reforma reiterou a fase que defendeu o caráter especial e privilegiado dessas matérias quando previstos pelos diplomas internacionais, conferindo o devido lugar privilegiado, mas conforme tendências jurisprudenciais.

Ocorre que no §3º do art. 5º da CF/88 incluído pela EC nº 45/2004 exigiu o mesmo quórum de Emenda Constitucional para ocuparem o patamar de norma constitucional.

Os defensores do status constitucional nas matérias de direitos humanos previstos nos tratados e convenções mantiveram fiéis a este posicionamento, explicando que estariam titularizando cláusulas de ratificação, porém este posicionamento não foi o entendimento vencedor.

A tese vencedora foi atribuída, no Brasil, ao Min. Gilmar Mendes, em que pese o mesmo Ministro como entendimento já ventilado naquela casa quando o então Min. Sepúlveda Pertence, em 29 de março de 2000, no julgamento do RHC nº 79.785/RJ, considerou claramente que tratados sobre direitos humanos

poderiam ser considerados como documentos reguladores. (BRASIL, 2008 p. 1154, RE nº 466-343-1/SP).

O entendimento ganhou a intitulação de tese da “supralegalidade”, referindo-se aos Tratados e Convenções que não preenchessem o quórum de Emenda à Constituição, mas preservassem versar por direitos humanos.

Salienta-se, também, o respaldo da tese de supralegalidade, começando no Direito Comparado com menção do art. 25 da Constituição da Alemanha; no Reino Unido em um Parlamento não tão soberano, em detrimento ao “Europeam Communities Act” de 1972 que atribui ao Direito Comunitário hierarquia superior as leis formais.

O mesmo tratamento hierárquico-normativo é dado aos tratados e convenções internacionais na Constituição da França de 1958 (art. 55) e na Constituição da Grécia de 1975 (art. 28).

E no próprio Brasil, em legislação pátria do Direito Tributário em seu art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN), bem como entendimento semeadores da corrente na própria jurisprudência: Apelações Cíveis nº 9587 de 1951, relatoria do Min. Orozimbo Noncito, e Apelação 7872 de 1943, relatoria do Min. Philadelpho Azevedo (p. 1156; RE nº 466-343-1/SP).

No Brasil foi adotado um caráter especial misto ou híbrido para essas matérias de direitos humanos tratados pelos diplomas internacionais, haja visto que oscilariam entre o *status* constitucional (quando preenchessem o quórum de três quinto, dois turnos nas duas casas do Congresso Nacional); e o *status* supralegal quando não preenchessem o quórum de Emenda à Constituição, sendo entendimento que comparece com a estrutura hierárquica das normas jurídicas, uma vez que, com advento desse julgado que legitimou a tese da supralegalidade, haveria um patamar hierárquico intermediário entre as legislações comuns ordinárias e as normas constitucionais.

Portanto, a ideia de um patamar supralegal (tese da supralegalidade) e de um bloco formado somente de normas proveniente de tratados e convenções internacionais dentro do

Direito Interno Brasileiro (bloco de convencionalidade) acaba validade um caráter especial no escalonamento hierárquico das normas jurídicas.

Trata-se da elaboração de novas fontes materiais de efetiva realização do Direito Internacional; de comunicação da matéria teórica dos blocos entre os diversos ramos do direito; dentre outros fatores determinantes para todos esses efeitos correspondente, justamente, ao valor humano, ou melhor, a valoração de direitos humanos que alcançou dentro do ordenamento jurídico brasileiro uma caráter especial superior à lei, porém inferior as normas constitucionais, composta somente por Tratados e Convenções Internacionais e, conseqüentemente, podendo denominar de “bloco de convencionalidade”.

### **Considerações finais**

O processo de humanização do Direito Internacional provocou conseqüências no ordenamento jurídico brasileiro, desde do histórico evolutivo de valoração das matérias de direitos humanos previstas em Tratados e Convenções Internacionais.

Os Poderes Judiciário e Legislativo podem confirmar no seu histórico de produção em três fases distintas: uma primeira em que o judiciário entendeu como matérias de status de leis comuns e ordinárias; uma segunda fase onde o judiciário se divergiu junto com a doutrina e um legislativo que tentou solucionar com a inclusão do §3º do artigo 5º da Constituição Federal pela EC – emenda constitucional n. 45/2004, mas que coadunaram em maiores celeumas no que diz respeito a temática.

Tais divergências só foram encerradas com a terceira e última fase, onde o supremo (STF) pacificou a questão com a tese da suprallegalidade, responsável por ter sucumbido o modelo estrutural hierárquico aplicado desde a metade do século XX pelo jurista Hans Kelsen.

Não podemos descartar os fenômenos paralelos que foram concluindo na medida em que a pesquisa foi se desenvolvendo, tal como, a tímida evolução da teoria dos Blocos de Normas Jurídicas no Brasil que, apesar de seu reconhecimento pelo supremo (STF), utilizou essas noções de maneira pouco definida, não havendo expressiva exatidão no que diz respeito a respectiva abrangência material. Tal conclusão torna ainda mais relevante a justificativa desta proposta.

A Teoria dos Blocos Normativos surge de um legítimo diálogo entre os diversos ramos do Direito, haja vista que genuinamente foi invocada como bloco de legalidade e controle de atos pelo Direito Administrativo Francês (Maurice Hariou) que comunicou e migrou para ser usualmente reconhecido pelo controle de constitucionalidade como defendeu pioneiramente Loui Favoreu.

Por fim, demonstra-se uma mútua comunicação desta matéria teórica entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional para efeitos de definição de um novo *status* hierárquico dentro Direito Interno Brasileiro.

Com advento da EC (Emenda Constitucional) n. 45/2004, conclui por três patamares hierárquicos na Pirâmide Kelseana e o status da supralegalidade corresponde, justamente, a um patamar específico de normas exclusivamente provenientes de Tratados e Convenções Internacionais, justamente, por oscilações e evoluções nas mudanças de valoração dos direitos humanos no decorrer do processo de constitucionalização e internalização dessas prerrogativas.

Portanto, podemos afirmar que o surgimento do bloco de regras convencionais de patamar supralegal (para normas que versam sobre direitos humanos, mas que não preenchem os requisitos de emendas a constituição) decorreram da relevância especial que ordenamento jurídico brasileiro deu as matérias que versassem sobre a proteção dos direitos humanos e fontes matérias que não só as declarassem, mas efetivassem tais prerrogativas, estando ontologicamente ligado ao processo de

humanização do Direito Internacional tão bem exposto pelo jurista A. A. Cançado Trindade.

## Referências

ACCIOLY, Hildebrando; G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella; **Manual de Direito Internacional Público**; 19<sup>a</sup> edição, São Paulo; Saraiva; 2011.

A Gómez Robledo, **Fundadores del Derecho Internacional**, México, UNAM, 1989, PP. 48-55

Bernardo sioncio de Moura Coelho, **O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança**, Revista de Informação Legislativa, nº 123, PP. 259-266

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 137-139.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 595/ES. 2002. Disponível em: [portal.stf.jus.br/Acessado em: 27/08/2018](http://portal.stf.jus.br/Acessado em: 27/08/2018)

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 476.343-1/SP** Disponível em: [portal.stf.jus.br/Acessado em: 27/08/2018](http://portal.stf.jus.br/Acessado em: 27/08/2018)

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 87585/TO** Disponível em: [portal.stf.jus.br/Acessado em: 27/08/2018](http://portal.stf.jus.br/Acessado em: 27/08/2018)

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. 5 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Bernardo Leônico de Moura. **O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção da Criança**. Revista de Informação Legislativa, n. 123, pp. 259-266.

De Plácido e Silva, **Vocabulário Jurídico**. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1999.

DWORKIN. Ronald. **Uma Questão de Princípios**. Tradução Lui Carlos Borges. 1a edição. Martins Fontes. São Paulo. 2001.

FAVOREU LOUIS & RUBBIO LLORENTE, Francisco. **El Bloque de la Constitucionalidad**. Madri: Cuadernos Civitas I, 1991.



HABERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. de Hector Fix-Ferrero. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

KELSEN. Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes. São Paulo. 1999. 6a edição. Tradução João Baptista Machado.

MELLO, Celso D. Albuquerque. O §20 do art. 50 da Constituição Federal. In Torres, Ricardo Lobo (Org.) **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2a Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 25.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5ª Edição; jurídico atlas; São Paulo. 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 19ª Edição; jurídico atlas; São Paulo. 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**, 1a ed., São Paulo: Dialética, 1999, In. Garcia Emerson

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo. Saraiva. 2007.

\_\_\_\_\_. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos. In: **Temas de Direitos Humanos**. 2a Edição. São Paulo: Max Limonad; 2003, pp. 44-56.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5a Edição. São Paulo: Max Limonad; 2002.

REZEK, J. F., **Direito Internacional Público** Curso Elementar, 9ª edição, Saraiva, São Paulo. 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor; 2003.

\_\_\_\_\_. **A interação entre Direito Internacionale o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos**. Arquivos do Ministério da Justiça, Ano de 46, n. 12, jul/dez. 1993.

TURPIN, Dominique. **Contentieux Constitutionnel**. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.



## **Estado e empoderamento socioeducacional: entrelaços entre o poder e a biopolítica**

*Edvaldo Sant`Ana Lourenço*

### **Considerações iniciais**

Este texto apresenta parte dos resultados obtidos em uma pesquisa de dissertação de mestrado que problematizou os entrelaços do poder e da biopolítica na contemporaneidade e será discutido à luz dos 30 anos da Carta Magna de 1988.

Neste primeiro momento, serão trabalhados os conceitos de Estado e das relações de poder articuladas com a construção das ações de poder e como elas são constituídas. Esses aspectos serão explorados a partir de uma discussão teórica acerca das relações de poder presentes em discursos, debates, textos, contextos, registros e percursos sobre o Estado e as políticas públicas educacionais contemporâneas.

A partir da Carta Cidadã de 1988, entrecortada por perspectivas educacionais fundantes na construção de políticas públicas educacionais é possível construir garantias jurídicas que tragam maior efetividade na qualidade da formação social do cidadão. Com os avanços nas tecnologias educacionais, assistimos a uma sobreposição de propostas educacionais que tem a finalidade de estabelecer uma linguagem diferente para se pensar os desafios e as perspectivas da educação em cada momento da história. Nessa situação, o processo educacional acompanha e inquieta o homem, seja no processo de significação de seu espaço e/ou na árdua

construção de possibilidades para si e para o outro, na busca contínua da autonomia e transformação social.

Discutir a construção do Estado é de extrema necessidade para ter uma perspectiva mais analítica e crítica acerca das políticas de formação do sujeito. Essa discussão corrobora na elucidação das ideologias, das relações de poder para a construção de novas possibilidades de análise, bem como na produção de conhecimento de sentidos que mobilizam e instigam o debate que envolve a educação nacional, formal e informal que, de acordo com os documentos que a regula no país, é inclusiva.

As reflexões apresentadas neste capítulo pretendem fazer um percurso sobre as formas de governo e a importância do Estado para implementar a educação. De acordo com Abbagnano (2007), a educação é inerente ao processo evolutivo da sociedade. Desde os primórdios até a contemporaneidade, passamos por construções cumulativas da formação social de sujeitos. Nesse contexto, a educação é bagagem cumulativa que estimula a perscrutar novos horizontes em direção a uma formação efetiva que contemple as necessidades elementares do cidadão.

Nesse aspecto, o Estado, como uma construção humana elaborada para atender às necessidades da vida em sociedade, é tomado como o tutor da educação, aquele que deve garantir uma educação de qualidade ao cidadão.

Com inúmeras facetas, o modelo de gestão e organização social está presente na história da humanidade desde a chamada Antiguidade Clássica, em que as potências Grécia e Roma contribuíram para a formação política do Ocidente e a consolidação do Estado como instrumento de poder institucionalizado. O Estado surgiu da necessidade de existir um ente institucionalizado para regulamentar as ações humanas por meio de leis e normas, a fim de estabelecer uma relação de justiça e harmonia nos relacionamentos interpessoais.

Falar sobre o Estado é abordar uma categoria complexa que exige esforço teórico para compreender sua constituição e

desenvolvimento. Vários são os autores que abordaram essa temática, como: Abbagnano, (2010), Maquiavel (1469-1527), Hobbes (1588-1679), Locke (1632-1704), Rousseau (1712-1778) e (KRITSCH, 2010).

Mais especificamente, Foucault (2010, 2013, 2014) e Gadelha (2009) serão apresentados no intuito de contribuir com a discussão acerca das relações de poder nos contratos e convênios que estabelecem parceria de políticas públicas do Estado para com as OSCs (Organizações da Sociedade Civil).

Outrossim, a educação é inerente ao processo evolutivo da sociedade humana desde os primórdios até a contemporaneidade. Passamos por uma construção cumulativa da formação dos sujeitos que acontece por meio do ensino e do aprendizado aplicado nas instituições escolares a partir de uma matriz curricular extensa que tem a pretensão de trabalhar informações, valores e cultura.

Nessa perspectiva, a educação é percebida enquanto um processo de construção que demanda esforço teórico-epistemológico para alcançar melhores resultados. Essa proposta educativa de outrora, que passou por um longo processo de adaptação, estava (e continua estando) a serviço muito mais do Estado, enquanto representante da estrutura dominante e da manutenção do poder, do que da formação crítica do sujeito.

## **1. Estado e as relações de poder**

Na atual conjuntura, celebrando 30 anos da Constituição Federal de 1988 em meio ao clima de crise e desconfiança presente nas relações e atividades da maioria dos governos, o Estado, responsável por gerir políticas socioeducacionais para a garantia de direitos e a possibilidade de transformação e emancipação social do cidadão, passa, nos dias atuais, por um período de falta de credibilidade, pois não é capaz de aplicar e garantir ao cidadão o que fora previsto pela Constituição.

A má gestão, a prorrogação da implementação de leis que legitimem o trabalho das OSCs na educação informal e a falta de comprometimento e negligência para com o cidadão nas políticas públicas, por falta de repasses, cortes orçamentários sem o mínimo de critério aceitável, colabora para a formação e sedimentação de uma cultura de “senso comum” em que o Estado, a coisa pública não merece crédito, o que recai no discurso determinista que não leva a lugar nenhum. Entretanto, o termo Estado é uma construção social que se formou ao longo dos anos, como resposta às demandas de cada povo e de determinado contexto histórico. Para melhor compreensão desse termo e de sua importância na presente pesquisa, foi necessário retomar esse conceito tão caro nas ciências humanas e nas políticas públicas.

O Estado, segundo Abbagnano (2010, p. 374-375), vem do latim *status*, que se refere a estar firme, condição, modo de ser ou situação. Estado é a instituição por excelência que organiza e governa um povo, em determinado território.

As principais teorias sobre Estado apresentadas pelos autores Maquiavel (1469-1527), Hobbes (1588-1679), Locke (1632-1704) e Rousseau (1712-1778) são imprescindíveis para a compreensão do Estado e das relações de poder nessa esfera.

Em geral, o Estado é a organização jurídica coercitiva de determinada comunidade. O termo Estado é datado de 1513, na obra *O Príncipe*, de Maquiavel, sendo usado pela primeira vez por esse pensador que está imerso no período de transformação chamado Renascimento. Nesse caso, o autor faz uma análise cuidadosa sobre a realidade do governo na construção do Estado e das relações de poder, caracterizando a política em três aspectos: realista, pragmatista e empirista.

A vida urbana marca a transição da civilização, termo cuja raiz é *civitas*, cidade. Por isso a política, ciência do Estado, também possui a sua raiz em *polis*. Só um fato é permanente, e dele promanam outros do mesmo modo: o homem sempre viveu em sociedade (*ubi societas, ibi jus*).

Assim, a sociedade só sobrevive pela organização, que supõe a autoridade e a liberdade como elementos essenciais. Vale dizer que, quando ela atinge determinado grau de evolução, passa a constituir um Estado. Para viver fora da sociedade, o homem precisaria estar abaixo dos homens e/ou acima dos deuses, e, dentro dela, ele é natural e necessariamente cria a autoridade e o Estado.

Nessa perspectiva, os gregos e os romanos criaram um espaço para a constituição política do Estado, em que o poder existe por meio da lei. Aqui, a lei exprime uma vontade coletiva, geral, e não mais é fruto do personalismo dos governantes das sociedades primitivas. Ninguém se identifica com o poder; ele é público, fomentado a partir da deliberação, do debate e do voto, situações nas quais a autoridade é coletiva, pública e constituinte do cidadão.

Ora, o poder é exercido nas relações; sem estas, aquele, rigorosamente, não existe. Se por um lado, o poder está presente em diversas situações que cerceiam a vida humana, pode-se perguntar: Afinal, o que é o poder? O poder é só ruim ou pode ter aspectos positivos? Por que o poder é sedutor?

Para responder a esses e outros aspectos sobre o poder, sua construção e implementação, este estudo tenta fugir do senso comum, com frases “feitas” que não levam a lugar nenhum, como: o poder corrompe; todo poder é violento; o poder é ruim; e/ou o poder é só para os ricos.

Foucault (2014) discorre que o poder é sempre uma relação estabelecida que não se encontra alojada somente nas ações do governo. Outro questionamento é: Como ocorrem as relações de poder? Como elas compreendem e se relacionam com o Estado?

As relações de poder entrecortam a história da humanidade, com seus pontos positivos e negativos. Apesar de as pessoas entenderem o poder como algo pejorativo, para o Estado, esse fato é extremamente salutar, pois legitima as ações democráticas de um governante em benefício de seu país. Além dessas concepções, é

importante analisar o Estado em vários aspectos – como ele se organiza, como é formado e quais são as benesses para seu povo.

O Estado moderno é caracterizado por uma organização administrativa impessoal constituída pelos elementos território, povo/população, governo e soberania. Mas como já dito anteriormente, o Estado não passa a existir do nada, *ex-nihilo*, mas é uma construção histórica, pois a partir do momento em que as pessoas se organizaram em grupo, passa a existir um modelo de estrutura administrativa para gerir e governar as ações desses grupos sociais e os seus territórios.

## **1.2 Estado na perspectiva de Thomas Hobbes**

Para melhor compreender o Estado, Thomas Hobbes, matemático, teórico político e filósofo inglês apresenta o contrato social de forma *sui generis*. Hobbes (2003) foi um dos primeiros autores a falar sobre esse conceito, ao partir da premissa de que todos os indivíduos são maus – “*lupus est homo homini non homo*”. No estado de natureza, o sujeito irá defender sua existência e, na busca de manutenção da vida, acabará por invadir os limites do outro indivíduo. Ao invadir e/ou tomar o espaço do outro, instala-se o conflito, pois ambos defendem os seus direitos, o direito à vida.

Como, nesse momento, não há regras nas relações humanas e nem na propriedade privada, a melhor defesa aqui é o ataque; nessa situação, instala-se a balburdia de conflitos. Hobbes (2003) proporrá que os homens, ao pensarem em seus benefícios, deverá fazer um contrato social no qual eles transferem seu direito natural ao Estado, isto é, o direito da força para que o Estado os proteja e garanta suas vidas. Então, o Estado surge para garantir a segurança, pois, no estado de natureza, não há leis, normas e garantia de benefício aos indivíduos de forma soberana e absoluta.



A natureza fez os homens tão iguais, quanto as faculdades do corpo e do espírito, que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele.[...] Pois geralmente não há sinal mais claro de uma distribuição equitativa de alguma coisa do que o fato de todos estarem contentes com a parte que lhes coube (HOBBS, 2003, p.74).

Com esse texto crítico, Hobbes (2003) apresenta a realidade do Direito Natural. O autor parte da imanência da vida humana e constata, segundo essa teoria, que, ao se perceberem como iguais e diferentes, torna-se necessário o Contrato Social para os indivíduos, em que há a presença do Estado como ente forte e absoluto. Este, ao utilizar de suas atribuições, legisla, gerencia, controla, reprime e pune para regular as ações humanas, a fim de garantir segurança e integridade aos sujeitos sociais. Quando o indivíduo firmou o contrato social, renunciou ao seu direito de natureza, isto é, ao fundamento jurídico da guerra de todos contra todos. O homem percebeu que, como as pessoas tinham esse direito tanto quanto ele, o resultado só podia ser a guerra “e a vida do homem solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta” (HOBBS, 2003, p. 76).

### **1.3 Estado na perspectiva de John Locke**

Outro teórico relevante para a compreensão do conceito do Estado, nesta pesquisa, é John Locke, filósofo e ideólogo do liberalismo que parte do princípio de que o homem não é bom, nem ruim, mas neutro, com tendência a ser bom. O Contrato Social é um pacto de consentimento em que os homens concordam livremente em fundar a sociedade civil para preservarem e consolidarem, ainda mais, os direitos que possuem no estado de

natureza. Com esse pacto, as pessoas aceitam limitar sua liberdade, seu poder de fazer justiça com as próprias mãos, em troca da preservação da sua propriedade (LOCKE, 2001).

O autor parte de três elementos do Direito Natural: direito à vida, direito à propriedade privada e direito de punir. O estado de natureza é composto por dois conjuntos de leis – da natureza e divinas –, que regulam e orientam a vida humana e levam o homem para a bondade. Nele, o indivíduo reconhece a propriedade privada e o espaço do outro, o que garante o direito e a possibilidade de vida. Mas, pelo direito de punir, se um homem invadir o espaço do outro, pelas leis da natureza e divina, poderá ser imputada punição proporcional à infração. Cada pessoa vive, então, na sua propriedade privada, em que faz troca de produtos por produtos, comercializa, estabelece relações afetivas, educativas e sociais. A fim de garantir a manutenção dessa ordem, Locke (2001) sugere a construção do Estado.

Pelo Estado, o próprio indivíduo construirá leis estabelecidas, conhecidas, recebidas e aprovadas por meio do consentimento, pois por meio delas haverá a liberdade, elemento considerado essencial à vida humana. O Direito de Punir do estado de civil é limitado, parcial e limitante; para tanto, são necessários juízes imparciais para estabelecer julgamentos justos. Nele falta também o poder coercitivo que forçará o indivíduo a cumprir a pena estabelecida – ele já tem uma boa vida no Direito Natural, mas as leis da natureza e divina não permitem a liberdade humana; então, o Estado passa a existir para garantir esses benefícios que o indivíduo já possui por meio da liberdade e do consentimento. O discurso de Locke (2001) sobre a autoridade paterna serve para dizer o que o Estado não pode ser: patriarcal. Esse tipo de governo, próprio das monarquias, impede que os governados cresçam: como filhos, considera-os sempre imaturos, incapazes de exercer sua própria liberdade e autonomia. Pior ainda, os governados não só aceitam esse estado de coisas, como se habitam e sempre esperam ordens pela vida afora. No Estado

político, a autoridade daquele que governa só é legítima se obtiver o consentimento dos governados, diferindo assim da autoridade do pai e do déspota, cujos poderes não resultam de um pacto.

Nesse caso, há uma cessão de direitos ao Estado para que atue em seu nome; assim, ele separa os poderes, pois o poder do Estado deve ser limitado para garantia da liberdade humana. Cria-se a ideia de três poderes, forma de governo vigente: executivo – administrar; legislativo – criar as leis; federativo – relações internacionais.

Locke (2001) prima pela não centralização do poder e, para tanto, identifica o Poder Executivo como o rei e o Poder Legislativo como o Parlamento, se tornando o primeiro autor a falar sobre a necessidade de eleições, espaço da execução da liberdade. O rei e o Parlamento são limitados, e os poderes do Estado são concomitantes e apresentam complementariedade em dependência. Para a garantia da liberdade, o cidadão exerce seu direito natural por meio do voto e, para as demais decisões, ele cede ao Estado tal direito para que este lhe garanta a liberdade e a vida em sociedade.

No estado de natureza, a propriedade era limitada. O limite era fixado pela capacidade de trabalho do ser humano e pelo atendimento de suas necessidades, possibilitando para os outros também a posse de bens. Porém, o aparecimento do dinheiro fez com que as trocas e, por consequência, o comércio, fossem possíveis, assim como a acumulação de dinheiro e terra, em que a propriedade passa a ser ilimitada.

Isso gerou conflitos, disputas e lutas, pois, ao inventarem o dinheiro, os homens aceitaram a posse da existência desigual dos bens. Estabelece-se, pois, o estado de guerra. Não tendo segurança, eles resolvem se unir em um pacto social e estabelecer, como já foi dito anteriormente, o contrato social pelo qual preservariam suas propriedades por meio da segurança dada pelo Estado.

#### 1.4 Estado na perspectiva de Jean-Jacques Rousseau

Já o pensador e filósofo Jean-Jacques Rousseau visa analisar o que sustenta o aspecto jurídico do Estado, a partir de uma perspectiva positiva da realidade. Ele volta seu olhar para os Estados da Natureza e da Sociedade, além do Contrato Social. Rousseau afirma que o homem é bom por natureza e a sociedade o corrompe.

Segundo Rousseau (2009), a passagem do estado de natureza para o Direito de Propriedade Privada acontece em virtude da divisão de espaços que corrompem o indivíduo. Quando o homem passa de um estado a outro, ele corrompe os valores mais humanos, pois inicia um processo de perda de liberdade, em que as relações entre os iguais degradam o humano no indivíduo.

Nesse entremeio, Rousseau (2009) critica a falsa ideia de liberdade e a possibilidade de escolha que limita as ações e minimiza as condições de igualdade social. Para a convivência em sociedade, é necessário abrir mão da liberdade do estado de natureza e criar uma convenção social que beneficia a coletividade. De acordo com o referido autor, o Contrato de Sociedade é limitado e não oferece condições de liberdade; logo, o homem precisa fazer um contrato social que passa pela conscientização da falsa liberdade que o cerceia e pela participação direta.

O contrato social, para ser legítimo precisa se originar do consentimento necessariamente unânime. Cada associado se aliena totalmente, ou seja, abdica, sem reserva, de todos os seus direitos em favor da comunidade. Mas, como as pessoas abdicam de maneira igual, na realidade cada um nada perde, pois:

[...] este ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade (ROUSSEAU, 2009, p. 21).

Pelo pacto, o homem, sendo ele próprio parte integrante e ativa do todo social, ao obedecer à lei, obedece a si mesmo; portanto, é livre: “a obediência à lei que se estatuiu a si mesma é liberdade” (ROUSSEAU, 2009, p. 43). Isso significa que, para Rousseau, o contrato não faz o povo perder a soberania, pois não é criado um Estado separado dele mesmo.

O interesse comum não é o interesse de todos, no sentido de uma confluência dos interesses particulares, mas o interesse de todos e de cada um enquanto componentes do corpo coletivo e exclusivamente nesta qualidade. Daí o perigo de predominar o interesse da maioria, pois se é sempre possível conseguir-se a concordância dos interesses privados de um grande número, nem por isso assim se estará atendendo ao interesse comum (MACHADO, 1973, p. 49).

Encontra-se aí a base do pensamento de Rousseau (2009), aquilo que o faz reconhecer no homem um ser superior capaz de autonomia, em que a última é entendida como a “superação de toda arbitrariedade, pois é a submissão a uma lei que o homem ergue acima de si mesmo”. (ARANHA, 1986, p. 225). O homem é livre na medida em que dá o livre consentimento à lei e consente por considerá-la válida e necessária.

Aquele que recusar obedecer à vontade geral a tanto será constrangido por todo um corpo, o que não significa senão que o forçarão a ser livre, pois é essa a condição que, entregando cada cidadão à pátria, o garante contra qualquer dependência pessoal (ROUSSEAU, 1973, p.42).

Rousseau (2009) parte do princípio de que o homem não é um ser social, em que os grupos sociais não se relacionam. Nesse espaço de convivência e construção social, afirma que indivíduo percebe que não é livre, e, para garantir a liberdade, precisa estabelecer a democracia direta, em que tal sujeito participa do processo de construção da lei à qual irá se submeter.

O autor afirma que os homens são bons por natureza, mas a sociedade os corrompe, e, para manter a liberdade, é necessário criar a vontade geral. Esta diz respeito àquilo que é correto, justo e bom para todos, independentemente da situação; para isso, um legislador se torna essencial, visto como uma pessoa boa, de bom caráter e que chama a razão; é um conselheiro que abre os olhos da maioria para a vontade geral.

Na democracia direta proposta pelo autor, o indivíduo cria a lei e a ela se submete. O homem garante a liberdade e o direito natural: quando cria a lei, é chamado de legislador; quando se submete a ela, é um súdito; e quem aplica, executa a lei fundada na vontade geral, é o mais justo e adequado para todos. Assim, mantêm-se a liberdade e a igualdade social, garantindo os direitos do cidadão, pois a soberania é inalienável, indivisível, infalível e absoluta.

## **2. Estado neoliberal**

No estado moderno, quem tem o dever de garantir esses direitos ao cidadão, algo previsto em lei, é o Estado que, por sua vez, se constitui juridicamente, segundo Silva (2005), por território, povo/população, governo e soberania. Esses elementos são necessários para a constituição legal de um Estado.

O Estado é responsável por garantir ao cidadão as condições elementares para uma vivência justa e digna. Quando ele é negligente e/ou, por diversas razões, não consegue suprir as demandas da vida humana e não garante atendimentos básicos como saúde, segurança pública, educação, emprego, moradia e saneamento básico (o que gera exclusão, má distribuição de renda, desemprego e injustiça social), as OSCs se tornam parceiras estratégicas para que o Estado exerça sua função social e jurídica.

Silva (2005) assevera que o Estado constituído juridicamente é composto por quatro elementos constitutivos, sendo que a falta de qualquer elemento descaracteriza a formação do Estado. Para o

reconhecimento do Estado perfeito, faz-se necessária a presença de território, povo/população, governo e soberania.

Território: é o espaço geográfico onde reside determinada população, servindo de limite de atuação dos poderes do Estado. Ou seja, não poderá haver dois Estados exercendo seu poder num mesmo território.

Povo/População: é a reunião de indivíduos num determinado local, submetidos a um poder central. Quando os indivíduos da população possuem elementos comuns, como a cultura, a religião, a nacionalidade, a etnia ou o idioma, são chamados de nação; caso contrário é chamado de povo, pois apesar de se submeterem ao poder de um Estado e estarem reunidos num determinado local, possuem elementos diferentes.

Governo: Essa é a autoridade governante de uma unidade política, que tem o objetivo de reger uma sociedade política e exercer autoridade. O tamanho do governo vai variar de acordo com o tamanho do Estado, e ele pode ser local, regional e nacional.

Soberania: é o exercício do poder pelo Estado, tanto internamente, quanto externamente. O Estado, portanto, deve ser soberano para controlar seus recursos e dirigir seus objetivos políticos, econômicos e sociais, sem depender de nenhum outro Estado ou órgão internacional (SILVA, 2005, p. 96 - 130).

Portanto, entende-se que o Estado é uma construção estrutural de poder para atender às necessidades humanas que podem ser as mais diversas possíveis. Para isso, cada Estado é soberano, mas, por regra geral, precisa seguir alguns parâmetros que precisam ser aplicados e garantidos pelo governante e na estrutura de governo responsável pelo Estado.

[...] o conceito de Estado é assumido como uma forma histórica de um ordenamento jurídico geral cujas características ou elementos constitutivos eram os seguintes: territorialidade, isto é, a existência de um território concebido como “espaço da soberania estadual; população, ou seja, a existência de um “povo” ou comunidade historicamente definida (CANOTILHO, 1993, p.14).

O Estado Moderno é uma organização administrativa impessoal que surgiu em meados do século XV e que tem como base fundante a Constituição Federal. O Estado constituído do monopólio da força e da lei, ou seja, a cumpre e a aplica por meio da punição. Ademais, o Estado é o ente que possui autonomia para agir em nome do cidadão, para lhe garantir segurança e liberdade por meio do poder constituído.

Nesse contexto, o contrato social tem como objetivo encontrar uma maneira de afiliação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação de qualquer força comum, e pela qual, cada um, ao se unir a todos, não obedeça, senão, a si mesmo, ficando tão livre como antes. O Estado é o aglutinamento de pessoas por meio do *contrato social*, visando, necessariamente, ao bem comum. A contribuição apresentada por Kelsen (2000, p. 334) corrobora para a compreensão do Estado e de seus elementos constitutivos:

[...] segundo a teoria tradicional é o povo, isto é, os seres humanos que residem dentro do território do Estado. Eles são considerados uma unidade. Assim como o Estado tem apenas um território, ele tem apenas um povo, e, como a unidade do território é jurídica e não natural, assim o é a unidade do povo. Ele é constituído pela unidade da ordem jurídica válida para os indivíduos cuja conduta é regulamentada pela ordem jurídica nacional, ou seja, é a esfera pessoal de validade dessa ordem. [...] Assim como todo Estado contemporâneo abrange apenas uma parte do espaço, ele também compreende apenas uma parte da humanidade.

Povo é uma palavra que vem do termo latim *populuse* e diz respeito aos habitantes, às pessoas que vivem em uma determinada localidade, à população em geral, a uma povoação de menor tamanho que uma cidade e à classe baixa de uma sociedade. O povo pode ser, portanto, o conjunto de habitantes de uma nação, região ou país. Esses indivíduos constituem uma comunidade pelo



fato de terem tradições, costumes e um passado cultural em comum. Por meio do contrato social, o sujeito cede os benefícios de sua liberdade ao Estado para que ele ofereça a segurança e as benesses garantidas por direito ao cidadão.

O ato pela qual um povo se constitui num Estado é o contrato original. A se expressar rigorosamente, o contrato original é somente a ideia desse ato, com referência ao qual exclusivamente podemos pensar na legitimidade de um Estado. De acordo com o contrato original, todos (*omnes et singuli*) no seio de um povo renunciam à sua liberdade externa para reassumi-la imediatamente como membros de uma coisa pública, ou seja, de um povo considerado como um Estado (*universi*). E não se pode dizer: o ser humano num Estado sacrificou uma parte de sua liberdade externa inata a favor de um fim, mas, ao contrário, que ele renunciou inteiramente à sua liberdade selvagem e sem lei para se ver com sua liberdade toda não reduzida numa dependência às leis, ou seja, numa condição jurídica, uma vez que esta dependência surge de sua própria vontade legisladora (KANT, 2003, p.158).

De fato, o Estado é a representação da força do cidadão, de suas necessidades e pujança de transformação que contempla a todos, do mais frágil e limitado ao abastado. Defende-se a perspectiva de que ainda se precisa avançar muito para contemplar todas as demandas do cidadão, apontando sempre para o bem comum, aspecto conceituado com clareza nas palavras de Tobias (1926, p.49):

O fim do Estado é um fato que a cada momento se realiza na sociedade e que a cada momento está para ser realizado. Sempre se realizou e nunca acaba de se realizar. É um ato interminavelmente repetindo-se, incessantemente renovando-se. Todas as vezes que a lei penal pune aquele que se pôs em conflito contra a ordem pública, ofendendo direitos de terceiro, está se realizando o fim do Estado. Todas as vezes que o cidadão que trabalha goza pacificamente dos proventos do seu trabalho, e o cidadão que estuda goza dos frutos de suas vigílias, de suas

indagações, à sombra da lei, o fim do Estado está se realizando. A honra protegida contra os ataques da injúria, da calúnia, e do ímpeto carnal: a vida do cidadão inviolável, sua propriedade garantida contra o roubo, o furto, o esbulho, etc.: o exercício, em suma, de todos os direitos afiançados pelos poderes públicos: tal é o fim do Estado.

Nessa perspectiva, a sociedade no estado de natureza não tem mecanismos coercitivos de manutenção e preservação da paz, liberdade e segurança entre os indivíduos aglutinados; para tanto, foi preciso criar uma figura abstrata, que se possui o poder de regulamentar e unificar os ideais envolvidos de um público. No Estado, os aparelhos físicos e ideológicos estão presentes nos segmentos sócio-político-educativos que formam o cidadão para as demandas do próprio Estado.

Diante desse quadro, muitas OSCs que historicamente se constituíram com ações legítimas da representatividade das demandas do cidadão se tornam seus braços de controle, presentes na comunidade por meio dos recursos financeiros e instrumentos de controle social, prestação de contas e uso adequado dos recursos públicos disponibilizados.

Há, de fato, uma estratégia de controle e poder nas micros e macrorrelações estabelecida pelo Estado, e as OSCs se manifestam por meio da gestão de projetos. Os instrumentos de controle ficam nítidos durante a análise dos planos de trabalhos<sup>1</sup>, pois, além de não serem funcionais, têm como objetivo o controle e o acompanhamento detalhado e rigoroso que transforma as ações educativas em números, independentemente dos resultados controlados de maneira qualitativa pelo instrumento de gestão.

O problema não é o controle de gasto dos recursos públicos, mas a forma como este engessa o trabalho e, em contrapartida, controla as ações das OSCs, dirigindo os sentidos que se pretende

---

<sup>1</sup> O Plano de trabalho é uma ferramenta ou instrumento de controle social e gestão de projetos que integra às solicitações de convênios que contém todo o detalhamento das responsabilidades assumidas por participante no instrumento de usufruto dos recursos do Estado.

construir e estabelecer na sociedade, principalmente no grupo denominado como “minorias”. Cabe demarcar que esse terreno é movediço e complexo, pois, ao mesmo tempo em que há a necessidade de compreender e definir as formas de ação e intervenção das OSCs, se corre o risco de que essa potencialidade de mapear e entender a realidade possa atuar na instrumentalização de ações que atuem contra seus desejos de rupturas e construções diferentes, com perspectivas contrárias as advogadas pelo Estado e/ou pela sociedade ali atuante (s).

Com isso, foi elaborado o Manual de Emendas Orçamento da União para 2014 (BRASIL, 2013), por meio da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados e da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal. Nele se estabelecem as regras, os procedimentos e as orientações para elaboração e apresentação de emendas ao projeto de lei orçamentária.

Nesse manual, as relações biopolíticas<sup>2</sup> da legislação aplicável ao processo orçamentário e o seu funcionamento no Sistema de Elaboração de Emendas às Leis Orçamentárias são evidenciados à medida que as ferramentas de gestão e controle da administração são usadas para financiar políticas públicas, de estado e de governo, não somente com o propósito administrativo, mas de

---

<sup>2</sup>Entende-se por biopolítica o modo como, desde o século XVII, a prática governamental tem tentado racionalizar os fenômenos projetados pelo conjunto de seres vivos constituídos em população: problemas relativos à saúde, higiene, natalidade, longevidade, às raças e outros. Percebe-se, conseqüentemente, que a relação do poder com o sujeito, ou melhor com o indivíduo, não deve ser simplesmente essa forma de sujeição que permite ao poder tomar dos sujeitos bens, riquezas e, eventualmente, seu corpo e seu sangue, mas que o poder deve exercer-se sobre os indivíduos, uma vez que eles constituem uma espécie de entidade biológica que deve ser levada em consideração, se queremos, precisamente, utilizar essa população como máquina de produzir riquezas, bens, para produzir outros indivíduos. O descobrimento da população é, ao mesmo tempo em que o descobrimento do indivíduo e do corpo adestrável, o outro núcleo tecnológico em torno ao qual os procedimentos políticos do ocidente se transforma (Castro, 2009, p.59).

<sup>2</sup>Entende-se por Estado Neoliberal a intervenção sobre a própria sociedade em sua trama e em sua espessura. No fundo, ele tem de intervir nessa sociedade para que os mecanismos concorrenciais, a cada instante e em cada ponto da espessura social, possam ter o papel de reguladores – e é nisso que a intervenção vai possibilitar o que é o seu objetivo: a constituição de um regulador de mercado geral da sociedade (Foucault, 2008, p. 199).

cunho burocrático e gerencialista, com a perspectiva positivista de resultados a curto e médio prazo.

Em se tratando dessa prática de poder, a biopolítica se estabelece como controle das possibilidades da vida em sociedade. O Estado Moderno estende seus tentáculos até os mais distantes e particulares representantes de sua existência: os sujeitos em suas vidas diárias.

Segundo Passos (2005, p.54), “o Estado Moderno pode ser compreendido política e juridicamente, em que Ele é uma organização impessoal, instituição administrativa que gerencia e administra biopoliticamente um determinado território”. Logo, o Estado é entendido como uma organização importante que prima pelo controle social e a superação das mazelas e demandas sociais estabelecidas pelo sistema capitalista vigente. Portanto, o entendimento do Estado e de suas nuances e imbricações de poder facilita a leitura das organizações sociais e das transformações sócio-político-educacionais que abrem espaço para o avanço do Estado Neoliberal<sup>3</sup> que, nesse caso, redimensiona as possibilidades das relações entre Estado e mercado.

Reis (2003, p.55) afirma que há uma tratativa estabelecida entre Estado e mercado, e isso se reflete na teoria democrática. Apesar das limitações e reducionismos em sua aplicabilidade:

[...] procura analisar o problema das relações entre o estado e o mercado, entre a democracia e o desenvolvimento, a partir da clássica proposição segundo a qual a plena operação de uma economia de mercado requer a existência de um estado formalmente institucionalizado, não só para assegurar a operação impessoal das normas vigentes, mas também para atuar distributivamente de maneira a minimizar as inevitáveis externalidades provocadas pela intensificação dos laços de

---

<sup>3</sup>Entende-se por Estado Neoliberal a intervenção sobre a própria sociedade em sua trama e em sua espessura. No fundo, ele tem de intervir nessa sociedade para que os mecanismos concorrenciais, a cada instante e em cada ponto da espessura social, possam ter o papel de reguladores – e é nisso que a intervenção vai possibilitar o que é o seu objetivo: a constituição de um regulador de mercado geral da sociedade (Foucault, 2008, p. 199).

interdependência humana que a própria expansão do mercado favorece.

Ainda segundo Reis (2003), há uma relação de complementaridade entre mercado e Estado, pois, quanto mais o mercado maximiza suas possibilidades de lucro riqueza e poder, mais amplia a expansão do Estado. Foucault (2014, p. 274), nesse sentido, diz que “[...] o poder é moldado pela mercadoria, por algo que se possui, se adquire, se cede por contrato ou por força que se aliena ou se recupera, que circula” no desenvolvimento econômico para garantir a manutenção desse sistema social.

Ademais, Reis (2003, p. 56) destaca que “[...] discutir os efeitos que a operação que a política produz sobre a dinâmica econômica e, mais precisamente, sobre a condução política do funcionamento da economia em sociedades modernas”. Tal fator é primordial para compreender como os conceitos neoliberais se assentaram no ideário político, tendo por base uma crítica ao modelo de Estado de Bem-estar Social, com base em três elementos principais:

[...] os custos crescentes (e tendencialmente insuportáveis) das políticas sociais e seu impacto sobre os fundos públicos (inflação, endividamento); os efeitos deletérios dessas políticas sobre valores, comportamentos de indivíduos, grupos sociais e empresas; os resultados desastrosos, sobre o processo decisório e sobre as instituições democráticas, da maquinaria política exigida pela implementação desses programas [...]. O neoliberalismo econômico acentua a supremacia do mercado como mecanismo de alocação de recursos, distribuição de bens, serviços e rendas, remunerador dos empenhos e engenhos inclusive. Nesse imaginário, o mercado é matriz da riqueza, da eficiência e da justiça (MORAIS, 2004, p. 15).

A análise das relações de poder estabelecida pelo Estado junto às OSCs é um tanto quanto complexa, pois a parceria, apesar de conter em seu bojo a identidade mercadológica, proporciona benefícios amplamente visíveis à comunidade, tais como:

**a) geração de renda** – nesta perspectiva, o Estado Neoliberal possibilita transformar a realidade social em construções de nichos comerciais de valor compartilhado que valorizem a coletividade;

**b) relações trabalhistas e sociais que beneficiam as OSCs e toda a comunidade** – aqui, as críticas são mais ferrenhas à sociedade entre as OSCs e o Estado. Nessa parceria “viável” o Estado, por meio dos recursos mínimos, limita a oferta de um trabalho que garanta oportunidades e segurança para o trabalhador colaborar com o desenvolvimento do próprio setor. Diante disso, a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT não oferece estabilidade aos seus funcionários; por isso, elas são bem-vindas ao modelo de Estado Neoliberal.

Como um regime de contratação que trouxe inúmeros avanços na garantia de direitos do trabalhador, a CLT é instrumentalizada de tal maneira que, na parceria entre OSCs e Estado, traz inúmeras vantagens e desvantagens para o funcionário, no caso de contrato pelo regime CLT. Nas primeiras, há:

Benefícios estabelecidos em lei (férias, FGTS e licença médica remunerada); Segurança quanto à remuneração; Utilização dos direitos conseguidos pela categoria profissional e sindicatos; Utilização de benefícios no caso de demissão por parte da empresa: FGTS, multa por rescisão, salário desemprego, etc; Contratos por tempo indeterminado; A empresa pode oferecer benefícios adicionais (escolas ou cursos pagos, vale-refeição, vale-transporte, bônus por horas trabalhadas, brindes, etc.) (BRASIL, 1946, p. 55).

Em relação às desvantagens:

Aumentos de remuneração dependentes da disponibilidade (ou conjugação de vários fatores) da empresa ou de acordo com sindicatos e governo; Descontos em folha de pagamento podem chegar 20%; Em certos casos, alguns descontos não são utilizados direta ou indiretamente pelo funcionário (IRRF e INSS); No caso do pedido de demissão, o funcionário fica com o valor do FGTS retido, além de não receber o valor de multa por rescisão (40%

do FGTS); Alguns direitos são valores desprezíveis (exemplo: salário família); Tendência à comodidade (“afrouxamento”) em relação à remuneração; Total dependência profissional da empresa (método de trabalho, chefias, ambiente, etc.); Nem sempre o funcionário tem formas de contestar as horas trabalhadas, a não ser pelos penosos processos judiciais (BRASIL, 1946, p. 55).

Com as vantagens e desvantagens as OSCs, por sua natureza jurídica, se encaixam nesse regime. Para contratar os funcionários que prestarão serviço de acordo com as demandas da instituição, é preciso estabelecer parcerias estratégicas que possibilitem angariar recursos financeiros.

Os recursos das esferas municipal, estadual e federal, por meio de parcerias e contratos de repasses, são *condice sine qua non* para o desenvolvimento das ações educativas informal junto ao público atendido pela instituição. As OSCs, ao aceitarem as condições estabelecidas em lei para a gestão, aplicação e administração dos recursos, se tornam parceiras legitimadas que se utilizam do mesmo discurso do Estado gerencialista.

Assim, as OSCs compromissadas de fato com as questões sociais são sucumbidas pelo atrativo financeiro. Isso faz com que muitas delas trabalhem contra seus objetivos e sua identidade organizacional, às vezes por não conhecerem essas armadilhas e/ou por simplesmente não observarem os compromissos e buscarem algum benefício para atender às demandas da organização, em causa própria ou de determinados gestores. Quando se submetem a essas propostas escusas, elas usam das causas sociais para garantir interesses pessoais.

Demarca-se aqui o fato também perverso, mas possível e, por vezes, real, de OSCs compromissadas com os valores mercadológicos, neoliberais e expressos pelos mecanismos multinacionais que se aproveitam da parceria entre o público e o privado para ampliar e fortalecer seus tentáculos em meio à população que mais precisa da ação do Estado. Nesse processo, as

OSCs desenvolvem suas ações em nome do Estado, atuando como parceiras, em que os números de atendidos impactados direta e indiretamente são usados para maximizar as ações de políticas públicas do Estado. A biopolítica se estabelece nessa relação, em que as imbricações de poder e interesses imperam sobre a vida do cidadão.

Segundo Goldestein (2007), um caminho a ser apontado é a educação informal que forma para o empoderamento humano, em que o cidadão se torna capaz de compreender a si mesmo em seu meio social e construir caminhos e possibilidades para além do ciclo da vítima vitimizadora. Controverso, no entanto, é que o serviço prestado por muitas OSCs, aliadas aos mecanismos de manutenção e expropriação do empoderamento social, se utiliza deste discurso para, por meio da educação informal, criar condições de controle e subjetivação desses sujeitos.

Um instrumento considerado essencial para a transformação da realidade funciona justamente ao contrário dos objetivos apresentados para a população. Todavia, atua de forma coerente e eficiente para a manutenção das condições de sustentabilidade e manutenção do funcionamento e financiamento das OSCs.

Aparentemente, o cidadão é estimulado a promover o empoderamento<sup>4</sup> social:

[...] tema que [...] vem ganhando relevância acadêmica e social nas últimas décadas, passando a fazer parte de campos do conhecimento os mais diversos, em especial, administração, psicologia e sociologia política. [...] Pode-se falar, então, numa utilização polissêmica e indiscriminada do conceito ao sabor de quem o emprega conforme suas intenções e posição no espectro

---

<sup>4</sup>O termo foi utilizado inicialmente em países de língua inglesa, sobretudo os EUA. Os primeiros estudos sobre o tema que apareceram em língua portuguesa - traduções ou originais - traziam a grafia primitiva. Entre esses estudos, talvez o principal seja o seminal *Empowerment*: uma política de desenvolvimento alternativo, de John Friedmann (1996). Após, passou-se a colocar o termo, já em português, entre aspas (como em Lisboa, 2000), que caíram conforme o vocábulo foi-se incorporando à língua, mesmo que ainda não se o encontre nos principais dicionários (HOROCHOVSKI, 2006, p. 2).



político-ideológico. Ao mesmo tempo, em que pese à crescente produção de qualidade acerca do assunto, que inclui dissertações e teses, é escassa em português uma literatura que logre realizar conceituações e revisões históricas mais densas (HOROCHOVSKI, 2006, p. 2).

Empoderar significa tornar o cidadão capaz de pensar e refletir por si mesmo, oferecendo ferramentas e substratos para entender a si e a realidade social que o cerca. O empoderamento social é uma ferramenta de emancipação, mas pode ser instrumentalizado por estratégias de controle e manutenção do poder. Portanto, é preciso estar atento para fazer as leituras pertinentes às circunstâncias e suas possibilidades, a fim de compreender quais são as nuances e vicissitudes que merecem mais atenção. Assim, é possível que a tecnologia social não se torne instrumento de transformação da condição social para ações limitadoras que visam interesses escusos e que estão a serviço do sistema pernicioso que limita, segrega e impossibilita o desenvolvimento humano e social.

### **3. Estado brasileiro: intercorrências de poder**

O Estado é uma entidade com poder soberano para governar um povo dentro de uma área territorial delimitada. Nesse sentido, o Estado Brasileiro, composto pelos elementos constituintes de um estado, território, povo/população, governo e soberania, está estrategicamente organizado.

Como República Federativa, o país está dividido em União, Estados Federados e Municípios. Dessa maneira, as gestões administrativas e política se tornam estratégicas para o controle das atividades do Estado de forma orgânica. A Constituição Federal garante a organização do quinto maior Estado do mundo, conforme exposto no seu artigo 18: “a *organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a*

*União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.*

A União congrega o governo composto por Presidência, Congresso Nacional (Poder Executivo, o Superior Tribunal de Justiça (Poder Legislativo) e Supremo Tribunal Federal (Poder Judiciário). Ela visa à criação de Leis que regulamentam e dão normas às esferas civil, penal, comercial, processual, eleitoral, dentre outras.

Os entes federados compõem o Estado/Nação, sendo 26 estados e o Distrito Federal, onde se situa Brasília, capital do país. Cada estado que compõe a União possui autonomia expressa na Constituição Federal (CF), conforme os seguintes preceitos: a. Auto-organização; b. Autogoverno; c. Autoadministração; d. Autolegislação.

Na autonomia primeira, a auto-organização, prevista na CF, artigo 25, a organização do território do estado-membro fica à cargo da Constituição Estadual e de leis estaduais. Enquanto isso, a autonomia segunda, o autogoverno, previsto nos artigos 27, 28 e 125 da CF/88, refere-se à estruturação dentro do estado-membro dos Poderes Executivo (Governador), Legislativo (Assembleias Legislativas Estaduais) e Judiciário (Tribunais e Comarcas). Na autonomia terceira, autoadministração, prevista no artigo 24 da CF, o estado-membro pode editar normas sobre tributos, finanças, orçamento, economia, educação, ensino, cultura etc. – com base nessas normas, ao Estado está assegurada a autonomia perante o Governo Central para gerir seus recursos, segundo as necessidades da população.

Por fim, a quarta autonomia, a autolegislação, corresponde às leis criadas pela Assembleia Legislativa, podendo legislar sobre as matérias específicas da Constituição da República, ou, em caso de ausência de Lei Federal, legislar de forma suplementar, conforme o art. 24 da CF:

[...] compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (BRASIL, 1988, p. 29).

No processo administrativo do Estado brasileiro, o município é a última unidade responsável por aplicar a legislação na gestão democrática que, por sua vez, é assegurada pela autonomia política, administrativa e financeira prevista na CF. A governança dos municípios acontece por meio da Lei Orgânica Municipal, de seu gestor – prefeito (autoadministração) – e dos vereadores (autolegislação), conforme o art. 30 da CF:

Art. 30. Compete aos Municípios: 1º legislar sobre assuntos de interesse local; 2º suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; 3º instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; 4º criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; 5º organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; 6º manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; 7º prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; 8º promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; 9º promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (BRASIL, 1988, p. 33).

O Estado brasileiro caracteriza-se como uma República Federativa Presidencialista, formada por União, estados-membros,

Distrito Federal e municípios, como dito anteriormente. Por sua extensão, é muito complexo, mas precisa cumprir as leis da Constituição, bem como aplicar as políticas públicas que impactam diretamente na vida do cidadão.

A perspectiva divulgada para à população pela elite dominante e expressa nos meios de comunicação e informação disseminados pelo país apresenta a figura de um Estado brasileiro marcado por corrupção e burocracia, em que se reforça a ideia da presença de uma maquinaria tocada pelo funcionalismo público, inoperante, composto por profissionais que não trabalham, que têm muitos direitos e pouquíssimos deveres. Com isso, constitui-se nacionalmente a cultura de que a gestão ligada ao Estado é muito limitada, que está aquém das demandas da sociedade.

Esse imaginário social não pode deixar de considerar, todavia, que, se, por outro lado, há vários funcionários públicos que trabalham, se dedicam à sua função, por outro, existem diversos indivíduos que a exercem sem o mínimo esforço. Essa realidade está presente na gestão do município, do estado e/ou da União em escalas diferenciadas, assim como nas empresas privadas e nas chamadas entidades do Terceiro Setor.

Por sua vez, o Estado sofre a descredibilização viabilizada pelas ações da grande mídia que, ao divulgar a má gestão de alguns que administraram em causa própria, sem demonstrar compromisso e interesse com as necessidades da população, o fazem de forma generalizada. Em alguns casos, isso ocorre de forma pouco ética e cuidadosa com os interesses nacionais.

Nesse sentido, a perspectiva neoliberal intenta implementar uma política de gestão ao estabelecer critérios que possibilitem que todos sejam cobrados e que o Estado produza resultados considerados satisfatórios e que atenda às necessidades da população. Os conceitos de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade são genuinamente neoliberais e fazem parte da Administração Pública.

Chiavenato (2011) explica que a eficiência é fazer a coisa certa, no tempo devido e sem erros, utilizando-se somente dos recursos necessários – pode-se dizer que o antônimo de eficiência é o desperdício de recursos. Por sua vez, eficácia é fazer, atingir o objetivo proposto, alcançar metas, acertar o alvo com precisão; então, é a capacidade de fazer a coisa certa, na hora certa, do jeito certo.

A eficiência no ambiente de trabalho pode ser vista como o tempo necessário para se executar uma determinada tarefa. Gestores eficientes, utilizando estratégias que economizam tempo, completam tarefas no menor tempo possível e utilizando a menor quantidade de recursos disponíveis, enquanto que gestores e funcionários ineficientes costumam tomar o caminho mais longo para executar determinada tarefa, o que demanda mais tempo e utilização de recursos. [...] A eficácia por sua vez mede o nível de resultados das ações executadas pelos gestores e funcionários, que são considerados eficazes no âmbito organizacional quando conseguem obter ótimos resultados no seu ambiente de trabalho (CHIAVENATO, 2011, P. 49).

As políticas públicas são mais do que ações localizadas que necessitam de aspectos técnicos. Na maioria das vezes, fazer a coisa “certa” demanda tempo, burocracia, profissionais capacitados e um conjunto de ações que limitam as possibilidades do Estado. Neste, os processos são quase sempre longos: há um conjunto de procedimentos, normas e orientações que precisa ser seguido para cumprir a lei.

Por outro lado, as OSCs estão impregnadas da ideologia do mercado que visa resultados rápidos, quantificações que, por vezes, trazem poucos resultados na vida prática. Há OSCs que precisam se adequar a essa metodologia de trabalho quando participam de um edital voltado a executar uma ação social junto a seu público. Como a limitação financeira é grande, a maioria das organizações sociais brasileiras se submete a editais que possuem metodologias rigorosas de quantificação, mensuração de dados a partir da

eficácia e eficiência da aplicação dos recursos para o alcance dos resultados.

Outro elemento importante na Administração Pública é a economicidade que prima pela gestão dos recursos escassos, a fim de garantir otimização das ações e alcançar seus objetivos. Nas OSCs, esse elemento está fortemente presente na gestão, com o escopo de garantir sucesso nos projetos de emancipação social promovidos pelas ações sociais.

O princípio da economicidade, inobstante sua autonomia no texto constitucional, é abrangido pela ideia de eficiência. A economicidade corresponde a uma análise de otimização de custos para os melhores benefícios. A economicidade é, assim, uma das dimensões da eficiência. [...] a eficiência administrativa encerra um vetor para a ação administrativa, devendo ser entendida como a busca da otimização da gestão com vistas à consecução dos melhores resultados com os menores custos possíveis (BINENBOJM, 2008, p. 346).

Percebe-se que o princípio da economicidade é mais limitado que o da eficiência, no que se refere às ações sociais, pois a economicidade sugere que se invista o mínimo possível para se alcançar tal resultado. Com o mínimo de gastos, a eficiência e a eficácia das ações ficam comprometidas – a menor onerosidade contradiz o alcance dos resultados da eficácia, na medida em que limita as ações administrativas pelos recursos escassos.

Apesar de polêmico e possibilitar inúmeras interpretações, o princípio da economicidade é considerado importante elemento para se desenvolver as políticas públicas, bem como ampliar as ações de transformação na sociedade.

A eficácia, a eficiência, a efetividade e a economicidade são princípios fundamentais da Administração Pública presentes no Estado brasileiro. Por meio dessas ferramentas, o Estado consegue estabelecer uma relação de governança mais centralizada, em que o poder se volta ao controle e gerencialismo. Nessa perspectiva, o

poder é instrumentalizado para o esquadramento das ações e das relações humanas.

Dessa forma, o neoliberalismo centrado nos aspectos econômicos usa o fator humano para manipulação e exploração, de tal forma que a pobreza representa o desamparo em relação às oportunidades – o neoliberalismo interpreta esse fato como uma chance de explorar os nichos comerciais para maximização de ganhos econômicos. Diante disso, a condição social se torna instrumento de exploração e manutenção do poder e *status quo* do Estado, que não prima pela educação e transformação social da realidade brasileira.

No ideário neoliberal compreende-se que o estado que ao primar pelas políticas públicas sociais, o faz no sentido de transformar a pobreza um espaço de oportunidade, ou seja, um nicho de mercado incorporados pelo gerencialismo a ser explorado a partir de princípios mercadológicos como, eficácia, eficiência, qualidade, excelência, produtividade, efetividade e competitividade. [...] O novo gerencialismo se caracteriza ainda pela busca de um modelo de gestão e organização centrado nas pessoas, pois acredita que o sistema de controle burocrático possui uma morosidade inerente aos seus processos, o que os tornam demasiadamente onerosos e pouco eficientes (BALL, 2011).

As ações sociais de grande parte das OSCs nascem de um ideal, um desejo humano de transformação social que, na maioria das vezes, está embebida pelas ideias do neoliberalismo. Elas são marcadas pela exploração, e o público da ação social se torna instrumento de uma perspectiva de empoderamento social que passa por exploração da pobreza e mínimos sociais que cercam a pessoa e a comunidade. A pobreza se torna comércio; a comunidade, um nicho de possibilidades; e as pessoas, agentes multiplicadores das ações de poder que garantem o gerencialismo exploratório da vida humana.

#### 4. Biopolítica e relações de poder

Desde que o homem se organizou em grupos e em sociedade, sempre houve poderes e estruturas que regulamentavam e organizavam a vida humana. Essa forma de controle e gestão da vida humana moderna recebe o nome de biopolítica, termo atribuído ao pensador sueco Rudolf Kyellen (1905) e utilizado pela primeira vez em 1974, por Michel Foucault, na palestra intitulada *O Nascimento da Medicina Social* na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) (CASTRO, 2009).

O conceito de biopolítica problematizado por Foucault, na palestra proferida no Rio de Janeiro, ganhou fôlego e foi tema de livros e cursos ministrados no Collège de France, intitulados *Em Defesa da Sociedade* (1975-1976), *Segurança, Território e População* (1977-1978) e *Nascimento da Biopolítica* (1978-1979), em que o referido autor dá a importância e a amplitude a esse termo, um neologismo que permite pensar a vida em todas as suas possibilidades. Biopolítica é uma expressão empregada por Foucault para descrever a maneira pela qual o poder tende a se modificar.

As práticas disciplinares utilizadas antes visavam orquestrar e governar o indivíduo, tendo como alvo o conjunto dos indivíduos, a comunidade e a população. “A biopolítica é a prática de biopoderes”, ou seja, a vivência de poder é intrínseca às relações humanas que se tornam produto e objeto do poder. No biopoder, a população é tanto alvo como instrumento em uma relação de poder (FOUCAULT, 2013, p. 81).

Desse modo, as disciplinas, a normalização por meio da medicalização social, a emergência de uma série de biopoderes e a aparição de tecnologias do comportamento formam uma configuração do poder que, segundo Foucault (2013), ainda é nossa. Todas as relações de poder podem ser percebidas e compreendidas a partir de um determinado grupo social que vive em um período histórico e tem um território limitado. Dentro



desse território, em seu espaço e tempo, é preciso entender as condições históricas e materiais que implicam, contribuem e incitam a manutenção do poder.

O poder é necessário para gerir as relações humanas, à medida que contribui para o entendimento, a divisão de tarefas e a ordenação jurídica do Estado. Paradoxalmente, para favorecer a humanidade, torna o homem escravo dos outros e de si mesmo. Quando instrumentalizado por governo, capital e/ou qualquer outro ente que o detém e o manipula a seu favor, torna-se perigoso. Todo poder é disseminado e desenvolvido em uma sociedade que, por sua vez, é constituída de pessoas que formam um povo, que constituem um Estado com soberania, liberdade e segurança (FOUCAULT, 2013).

Ademais, o poder permeia todas essas relações. Nas palavras de Foucault (2014, p. 17), “o poder é algo que se exerce, que se efetua, que funciona”, sendo exercido nas relações; sem elas, ele rigorosamente não existe. No campo da educação, falar sobre políticas públicas é pensar o papel do Estado que, por vezes, assume sua responsabilidade, bem como suas negligências que, com frequência, são transferidas às OSCs nas mais diversas áreas.

Pensar, discutir, debater a implementação de políticas públicas de impacto socioeducacional, em parceria com as OSCs, é de sua importância para avaliar as implicações e imbricações das relações de poder. O poder está sedimentado no bojo da sociedade, nas políticas públicas que determinam direta e indiretamente a vida humana. Até o fim do século XVIII, a sociedade era coagida e sofria duramente no cadafalso<sup>5</sup>; no entanto, ela evoluiu, assim como as formas de poder que gerenciam a sociedade.

Com essas evoluções, as compreensões e o uso do poder também se alteraram. Entretanto, suas bases permanecem alicerçadas ao perceber que ele possui um fim em si mesmo, à

---

<sup>5</sup>Cadafalso é o espaço do sofrimento, um palco erigido na praça para realizar a punição pública por um determinado crime na Idade Média.

medida que está presente em todas as relações e se estabelece a partir dos propósitos subjetivos de quem o detém e/ou o utiliza. Segundo Foucault (2014), o poder sempre esteve presente na história da humanidade, nunca acabou e jamais acabará enquanto houver pessoas no mundo.

Com a escolha pela história, literatura e suas implicações sociais, políticas, econômicas e morais, Foucault desaponta sua família tradicional de médicos para iniciar uma trajetória enriquecedora acerca do sujeito e o poder. Para ele, o poder só se exerce sobre “sujeitos livres” enquanto “livres” – entendidos como sujeitos individuais e/ou coletivos que têm diante de si um campo de possibilidades em que diversas condutas, reações e modos de comportamento podem acontecer.

Sob esse viés, Foucault (2014) apresenta a economia do poder transfigurada da modernidade, em que a “tecnologia do corpo social” engendra as forças e as formas de poder a partir da realidade material. Nesse caso, o corpo é biopolítico e totalmente instrumentalizado na perspectiva educativa neoliberal.

Minha hipótese é a de que com o capitalismo não se deu a passagem de uma medicina coletiva para uma medicina privada, mas justamente o contrário; que o capitalismo, desenvolvendo-se em fins do século XVIII e início do século XIX, socializou um primeiro objeto, que foi o corpo na qualidade de força de produção, força de trabalho. O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade biopolítica. A medicina é uma estratégia biopolítica (GADELHA, 2009, p.83).

O exercício do poder acontece com o humano na perspectiva plural, ou seja, ocorre em (e na) relação com o outro, o diferente, o diverso, no sentido de estabelecer uma relação de organicidade e proteção da vida. Foucault (2014, p. 243) cita que:

[...] o poder é um conjunto de ações sobre ações possíveis que se dá nas relações produtivas, o poder opera sobre o campo de possibilidade onde se inscreve o comportamento dos sujeitos ativos, onde ele incita, induz, desvia, facilita ou torna mais difícil, amplia ou limita, toma mais ou menos provável, seja no limite ou não, ele coage ou impede absolutamente, mas é sempre uma maneira de agir sobre um ou vários sujeitos ativos, e o quanto eles agem ou são suscetíveis de agir.

Nesse aspecto, Foucault (2014) propõe um debate crítico acerca do poder, categoria que sempre esteve presente na história da civilização. Entende-se, neste estudo, que o poder é sempre uma relação estabelecida entre diferentes possibilidades, e não somente as ações do governo. Nas relações entre as OSCs e o Estado, verifica-se a reprodução da disciplinarização dos atendidos, ou seja, do público da instituição social por meio da construção e manutenção de corpos dóceis e codificáveis manipuláveis em vários aspectos. Em cada tipificação dos serviços prestados a comunidade possui uma forma adequada de desenvolver suas ações, o que esquadrinha os espaços, calcula gestos e aumenta habilidades, seja por meio de ações educativas ou práticas gestoras.

Algumas OSCs tornam os elementos gerencialistas uma realidade social. O poder disciplinarizador forja sua mecânica própria, que visa acompanhar “o homem-corpo desde seu nascimento até sua morte, escolas, fábricas, asilos, uma capilarização do poder em todos os níveis da sociedade, que buscava anotar, esquadrinhar, deslocar, utilizar e vigiar os indivíduos em todos os momentos de sua vida”. Assim se estabelece no corpo um elo coercitivo entre a aptidão aumentada e a dominação acentuada (FOUCAULT, 2007, p.119).

Dentre as possibilidades, uma advém das relações de poder presentes nas OSCs entre si e com o Estado. Portanto, pretende-se pensar como as OSCs se relacionam com o Estado nessa perspectiva. Pergunta-se, então: Tais relações estariam fundamentadas apenas na manutenção das OSCs, seja por meio de

financiamento e/ou pelo estabelecimento de parcerias que legitimem as ações educacionais não formais? As OSCs apresentam-se como oportunidades de garantias de direitos?

### **Considerações finais**

Como essa situação traz oportunidades, há também situações complexas no campo prático das OSCs, haja vista que, ao partir da prerrogativa de garantia de cidadãos que, por vezes, são negligenciados pelo Estado ou por demandas estabelecidas em alguns setores da sociedade, há um aprofundamento ou um disfarce desses aspectos. Tal perspectiva é um tanto quanto paradoxal, como veremos no segundo capítulo, às OSCs e ao Estado, pois as OSCs, em sua maioria, são instituições de natureza privada que, em parceria com o Estado, instituição pública, oferece serviços públicos.

Nessa relação de natureza privada com prestação de serviços públicos, as OSCs precisam se adequar a inúmeros requisitos estabelecidos pelo Estado. Para atender a essas demandas e honrar as parcerias, sucumbem a propósitos alheios que, explícita e/ou sutil e implicitamente, as fazem agir em um controle que vai além da natureza jurídica primeira. Nesse processo, transformam a missão, a visão, os valores e a identidade organizacional não por livre e espontânea vontade, mas para garantir maior efetividade das ações, voltando-se à garantia de recursos do Estado e/ou de empresas, em nome do empoderamento e da transformação social.

A gestão social nas OSCs depende de uma legislação que ofereça segurança jurídica e respalde o Estado e as próprias organizações acerca do mau uso dos recursos públicos por instituições não idôneas e despreparadas que se utilizam de prerrogativas e benefícios da constituição jurídica de OSCs. Com total descompromisso, elas mancham a história construída com

ações sociais relacionadas à transformação social por intermédio de organizações sociais sérias ao longo dos anos.

Constata-se, a partir da análise dos documentos, que ainda há: fragilidades jurídicas, ranços de paternalismos, burocracismos, institucionalização dos usuários/atendidos, foco metodológico e tecnologia social desatualizada, assujeitamentos, estruturalismos e reprodução de controle social biopolítico.

As OSCs têm se esforçado para perseguir os objetivos organizacionais. Em meio à perspectiva neoliberal, passam a assimilar o gerencialismo e o controle social, no discurso de empoderamento e transformação social, como responsabilização individual pelo sucesso, adequação do ensino à competitividade de mercado, abertura a financiamentos internacionais e suas ideologias.

Por meio dos pensamentos de Foucault (2014), foi possível perceber que, mesmo distante das melhorias que se esperam, o Estado e as OSCs têm construído novos caminhos e possibilidades para a transformação do trabalho social. Destacam-se as relações de poder que podem estar nos discursos, contradiscursos, no dito, no não dito, nas ações de formação humana e social, com a propedêutica de promoção do empoderamento humano e social, transferindo essa perspicácia ao seu atendido/usuário em todas as relações, a fim de construir uma sociedade mais justa e empoderada.

## Referências

- ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ARANHA, M. L. de A; MARTINS, M. H. P. **Filosofando: introdução à filosofia**. 1. ed. São Paulo, Moderna, 1986.
- BINENBOJM, G. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual de Emendas Orçamento da União para 2014**. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – Câmara dos Deputados e Congresso Nacional. Brasília. 2013.

\_\_\_\_\_. **Congresso Nacional. Senado Federal**. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, as denúncias veiculadas a respeito da atuação irregular de organizações não-governamentais – ONGs. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452 de 1943. **Consolidação das Leis Do Trabalho**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm) > Acesso em: 24 de janeiro 2019.

CANOTILHO, J J G. **Direito constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CHIAVENATO, I. **Introdução à teoria geral da administração** / Idalberto Chiavenato. 8. Ed. Rio de Janeiro: Elseviwe, 2011.

FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.285-315.

\_\_\_\_\_. **“Os corpos dóceis”**. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 29ª ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2013.

\_\_\_\_\_. **A governamentalidade**. In: FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1992. p.277-293.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. 28. Ed. - Rio de Janeiro: Paz e terra, 2014.

\_\_\_\_\_. **”Soberania e Disciplina”**. In: **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade I**: a vontade de saber, trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque, 16 ed., São Paulo: Graal, 2005.

\_\_\_\_\_ **A história da Sexualidade: O uso dos prazeres.** Rio de Janeiro: Graal. 1984.

\_\_\_\_\_ **A arqueologia do saber.** Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2000.

GADELHA, S. **Biopolítica, Governamentalidade e Educação:** introdução e conexões, a partir de Michel Foucault. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

GOLDSTEIN, I. **Responsabilidade social:** das grandes corporações ao terceiro setor. São Paulo: Ática, 2007.

HIRST, P e THOMPSON, G. **Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade.** Petrópolis: Vozes, 1998.

HOROCHOVSKI, R R. **Empoderamento: Definições e Aplicações.** Paraná. 2016.

KANT, I. **Sobre a pedagogia.** Trad. Francisco Cock Fontanella. Piracicaba, SP: Unimep. 1996.

\_\_\_\_\_. **A Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** A Doutrina Universal do Direito, 2003, p. 158.

KELSEN, H. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução: Luis Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRITSCH, R. **Maquiavel e a República: lei, governo legal e institucionalidade política nos Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio.** Revista Espaço Acadêmico, nº 113, outubro de 2010, pp. 20-35.

LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos.** 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MACHADO, R. **Por uma genealogia do poder.** In: FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 24 ed. Trad. Roberto Machado et alii. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

MAQUIAVEL, N. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. Brasília: UnB, 1982.

\_\_\_\_\_. **O príncipe** (Trad. Antonio Caruccio-Caporale). São Paulo: L&PM Editores: Porto Alegre, 2005.

MONTAÑO, C. **Terceiro Setor e Questão Social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. São Paulo: Cortez, 2010.

MORAIS, R. C. C. **Globalização e políticas públicas: vida, paixão e morte do estado nacional?** In: Educação e sociedade. Campinas, v. 25, n. 87, p. 309 - 333, maio/ago. 2004.

PARO, Vitor Henrique. **Gestão democrática para a escola pública**. 3.ed. São Paulo. Ática, 2002.

REIS, B P W. **O mercado e a norma: o Estado moderno e a intervenção pública na economia**. Nova Economia, 2003.

ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social**. In: Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discurso sobre as ciências e as artes. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores).

\_\_\_\_\_. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução: Pietro Nassetti.3.ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SILVA, E M da. **O estado democrático de direito**. 42 n. 167. Brasília: Revista de Informação Legislativa, jul/set 2005, p. 216

BALL, Stephen J.. MAINARDES, Jeferson.. **Políticas Educacionais-questões e dilemas**. São Paulo:Editora Cortez, 2011. .

TOBIAS, Barreto. **Preleções de direito constitucional - Estudos de Direito**. vol. II, Sergipe: E.C.E., 1926.



## **Fraternidade e os trinta anos de constituição: uma análise jusfilosófica**

*Fernando Henrique da Silva Horita*

*Cristiano Duarte Peixoto*

### **Considerações iniciais**

Este artigo científico nasce dos estudos que vem sendo realizado há anos. Logo, essa construção do saber jurídico fraternal vem de longa data, contendo aprofundamentos teóricos de diversas naturezas e do convívio fraternal vivenciado em algumas decisões judiciais brasileira. De outro modo, essa construção advém também de um período de estudos realizados em Castel Gandolfo, na Itália. Portanto, de forma didática poderá se visualizar por meio do presente, uma análise filosófica jurídica da fraternidade e os trinta anos de Constituição Federal brasileira.

Mas qual o sentido de se realizar uma conexão entre Constituição Federal e Fraternidade? Primeiramente, sabendo que a Magna Carta brasileira é promulgada em 5 de outubro de 1988, neste ano de 2018, ela comemora aniversário de trinta anos, assim nada melhor de forma comemorativa elaborar uma construção teórica usufruindo-se dela, por outro lado parece ser vivente um período de crise constitucional, desta feita a fraternidade (o terceiro princípio revolucionário francês que fora abandonado, ou melhor, deixado como exceção e não gozado como regra) segue sendo um caminho teórico e pragmático interessante para abrir iniciar essa data comemorativa.

Com efeito, o escopo precípua será justamente verificar jusfilosóficamente a origem jurisdicional fraternal, isto é, a aplicação (por meio de narrativa jurídica filosófica) implícita do princípio da fraternidade desde a promulgação da Carta Magna em 1988 até o ano de 2018, completando assim os 30 anos de Constituição Federal. Para tanto, para que haja uma compreensão desse entendimento, foram verificados em primeiro lugar alguns casos do Supremo Tribunal Federal – STF onde as fundamentações de algumas decisões judiciais giraram em torno da fraternidade.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça – STJ não será deixado de lado, há uma decisão em especial que se ilustra a concepção e aplicabilidade do princípio da fraternidade, o recurso em Habeas Corpus nº 74.123 – RS (2016/0202163-1), cujo relator foi o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Após narrar esses casos tanto do STF como do STJ inicia-se o diálogo filosófico jurídico da aplicabilidade da fraternidade nas decisões judiciais ao longo desses trinta anos.

O método científico utilizado foi o indutivo, isto é, percorrem-se casos individuais para encontrar uma compreensão generalizada do direito com a fraternidade. Assim, é gozado do procedimento qualitativo e de material bibliográfico, quanto a este último, usufrui-se de artigos científicos, dissertações, teses e de doutrinas de caráter científico que se relacionam com as duas palavras chave: fraternidade e Constituição Federal.

Enfim, construir valores teóricos por meio da filosofia do direito e de casos que urgem sobre um posicionamento fraternal em decisões constitucionais são justificáveis, principalmente, tendo nitidamente um caráter fraternal como exceção nas praxes jurídica. Então, parece se justificar não apenas pelo lócus jurídico privilegiado, mas em razão tanto do contexto social que demonstram serem fluídas, como das relações subjetivas que narram uma individualização.

## **1. Parabéns constituição federal brasileira: 30 anos constitucionais fraternais?**

Nesta seção, iniciaremos por meio de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal a ilustração da fraternidade em seus posicionamentos, levando a crer que estas se tornaram a semente para estruturação de todo um diálogo sobre Direito e Fraternidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Nesse diapasão, fica nítido que o debate jurídico pela fraternidade na jurisdição nacional, está sendo ainda descoberta, a modernidade demonstra que a razão fraternal diferentemente da igualdade e da liberdade, normalmente está sendo deixada de lado.

Logo, embora seja ilustrada uma variedade de decisões envolvendo fundamentações com o princípio da fraternidade, decisões com essa justificativa não são tão ordinárias no Poder Judiciário. Adentram em uma narrativa bem singular, encontrando em poucos casos perto do que poderia ser localizada. Ora, se é assim, essas decisões são circunstâncias exemplificativas reais, mas normalmente fundamentações como essas em prol da fraternidade são deixadas no anonimato.

No que tange esse tema, Baggio, pesquisador italiano especializado na construção teórica da fraternidade, aduz sobre a necessidade de debater esse assunto realizando quem sabe, primordialmente, pesquisas científicas, construindo desta feita, métodos para encontrar um resultado mais próximo da verdade científica. Desse modo, o Brasil se aventura nessa temática, mas como a própria condição da modernidade impõe ainda de forma nitidamente tímida. Nesse passo, condiz dizer que

[...] os estudos nesse campo devem abordar não só a situação de esquecimento da fraternidade, mas também remover os “escombros” que atrapalham os campos de estudo, produzidos pelas interpretações redutivas que a fraternidade teve nos últimos dois séculos e que contribuíram para gerar uma espécie de desconfiança em relação a ela (BAGGIO, 2008, p. 20).

As portas da modernidade devem se abrir para esse princípio, não deixá-las trancadas para este não ser gozado nesta. O lado científico deve prezar em estudos direcionados à fraternidade, bem como o Poder Judiciário deve abrir os olhos para esse princípio, sendo que este identifica uma interferência no pensar no outro. Aliás, em um mundo que a razão não consegue ter como regra um relacionamento fraternal, a exceção deve ser colocada em xeque para retirar todos os escombros que o autor supramencionou, as concepções filosóficas do contrato social demonstraram a natureza humana de ser pensar em si próprio, porque não inverter o jogo e prezar por uma visão cosmopolita e, conseqüentemente de bem comum.

O ser humano, pela própria nomenclatura já condiz se qualificar é humano, tente a ter sua própria linguagem, há essa oportunidade de humanização, humanidade e de ser resultado de sua própria expressão adicionada a do de ser. No entanto, adversa é a modernidade vivente, tanto é assim que a fraternidade praticamente esquecida vem sendo gradativamente substituída por laços de solidariedade quando é praticada uma relação de subjetividade.

O que mais se enxerga atualmente não é um homem que pratica o relacionamento pelo outro (outro que muitas vezes para o sujeito A é o estranho), fazendo laços solidários. O sujeito B já que é o *alter*, isto é, o outro, tente a ter relações recíprocas também, contendo a falta de preocupação (responsabilidade e respeito) pelo sujeito A, isso é a regra e não a exceção. Tudo isso informa que a atualidade, não tente a ter uma razão ideológica comum, a consciência do social tem características peculiares nas relações e a fraternidade é difícil de ser encontrada dentro dessa concepção de praxe social.

Por isso, urge que a solidariedade é mais presenciada na modernidade do que a fraternidade. Vejamos:

Por mais que o termo solidariedade seja mais usual, especialmente porque mais conhecida e utilizado com mais intensidade após os estudos da Bioética e seguidamente usado

como sinônimo de Fraternidade, é preciso estar atento que entre ambos há uma diferença teórica e prática extremamente relevante e expressiva. Uma ação solidária não traduz, necessariamente, um comportamento fraterno por parte de quem a pratica [...] (BRANDÃO; SILVA, 2012, p. 2397).

Fica plenamente perceptível que a fraternidade não se reduz a solidariedade, oportunizando um significado distinto. A solidariedade é vivenciada na presente modernidade com mais naturalidade, abrir essa possibilidade para a modernidade embora ainda seja exceção também é uma tarefa em prol do bem comum da modernidade, talvez é o primeiro passo para alcançar esse resultado, destacar que existe relações em prol mas com algo de interesse a si. Assim, a solidariedade abrange concepções em sua essência de individualismo, de pensar além do outro, ou melhor, além dos “nós”, o “eu”.

Entretanto, a fraternidade se diferencia desse valor solidário, em razão de que ser fraterno é muito amplo perto do que poderia se interpretar do ser solidário. O primeiro se encontra a fraternidade desenvolvendo um sensu de humanização, respeito e responsabilidade pelo outro e não por interesses próprios; o segundo, a solidariedade é vista por outra vertente, existem relações sociais de hierarquização, nessa você trabalha com a razão pelo outro, mas ao mesmo tempo, pensando com a mesma razão, em si próprio.

Pois bem. Antes de qualquer outro fato é compreensível direcionar para alguns julgados nas quais destacam a fraternidade, provando que mesmo nessa modernidade líquida em que decisões como essas são singulares, há possibilidade para não serem.

## **2. O princípio da fraternidade no ordenamento jurídico brasileiro**

Embora a Constituição Federal brasileira já estivesse com quatorze anos, houve no dia 26 de maio de 2004 a primeira fundamentação se posicionando em prol da fraternidade. Essa fundamentação veio por meio de uma decisão do Supremo

Tribunal Federal. O Supremo naquela seara optou pela constitucionalidade da contribuição previdenciária determinada pela emenda constitucional nº 41 do ano de 2003.

Os fatos dessa decisão revelavam que a fraternidade, inicia-se sua pragmática na mais alta corte do Poder Judiciário, expressando a constitucionalidade se aventurando pela primeira vez no Brasil com a fraternidade. Nesse diapasão,

A primeira alusão à fraternidade pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu 26 de maio de 2004 no julgamento da ADI 3.128-7/DF, que decidiu pela constitucionalidade da contribuição previdenciária instituída pela EC 41/03 devida por servidores inativos e pensionistas. Apesar de não seguir a tese da constitucionalidade da referida contribuição, o Ministro Carlos Ayres Britto destacou que a solidariedade, enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, se confunde com fraternidade, a significar que o Brasil carece de uma sociedade que evite discriminações e promova as políticas públicas afirmativas de integração civil e moral de segmentos historicamente discriminados. Embora não se distinga fraternidade de solidariedade, colhe-se desta decisão a função de reconhecimento das diversidades que marca o princípio da fraternidade (JABORANDY, 2018, p. 116-117).

Desta feita, compreende-se que a fraternidade em meados de 2004 fora desenvolvida fora da análise teórica e revolucionária, e sim colocando o direito como uma função promocional, ou seja, contendo uma vertente de valorização da dignidade da pessoa humana. Pensar na concepção do próximo é refletir sobre um mundo sem discriminações.

Sendo assim, depois dessa originária decisão fraternal o Supremo iniciou uma série de *Hard Cases*, se moldando na fraternidade. Dessa forma, se verificou que se posicionar ilustrando a fraternidade não fora algo ímpar, isto é, em apenas uma decisão, circunstância essa que poderia pensar em mera questão de sorte. No entanto, ainda são exceções decisões nesses moldes.

Portanto, se desenvolve por meio de decisões judiciais da alta corte jurídica brasileira uma busca pela sociedade fraternal. Claro que naquele primeiro caso envolvendo a problemática previdenciária foi o Ministro Relator Carlos Ayres Britto que se posicionou nos ditames da fraternidade, porém este já se encontra aposentado, mas há outros casos que se envolvem com essa mesma fundamentação, só à título de exemplificação basta notar a propositura da fraternidade em algumas decisões que continha a Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha como relatora.

A ADI 3768-4/DF é mais um exemplo que poderíamos ressaltar, esta interpretou pela constitucionalidade em assegurar a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos idosos. Pensar no idoso, como irmão, em pares de igualdade, foi essa a tarefa dessa decisão.

No entanto, por meio desse posicionamento desenvolve-se um sensu de comunidade, de bem comum e de preocupação pelo outro. Portanto, se está prevista numa das fontes do direito, ou melhor, na lei, especialmente, no art. 230, §2º da Magna Carta (BRASIL, 1988), observa-se um direito caracterizado pela fraternidade, sendo assim, logicamente segue sendo um direito fraterno. Neste caso, a fraternidade não está contida na subjetividade, entre uma relação interpessoal do sujeito A com o sujeito B, mas na normatização, ou seja, na lei, extrai esse axioma desta.

O Supremo Tribunal Federal através do RMS 26.071 compreendeu que o candidato com visão monocular é considerado deficiente físico. Essa foi uma decisão que se relacionou também com a fraternidade pelo motivo de que presar por ações afirmativas abrange um raciocínio de uma sociedade fraternal. Apensar de se pensar que as ações afirmativas se referem restritivamente ao princípio da igualdade, preza-se nesta por uma preocupação com o outro e pelo outro nestas, destacando, em consequência disso, o princípio da fraternidade.

Existem diversos outros casos envolvendo a fraternidade, entre eles, basta observar a decisão da Suprema Corte brasileira

em que beneficiou um estudante pernambucano, resguardando seu direito a saúde, decidindo pela coação estatal de realização de uma obrigação de fazer, isto é, segundo a decisão daquela época um discente ficou paraplégico em decorrência da problemática de segurança pública vivenciada no Brasil, naquela circunstância no Estado de Pernambuco. Com efeito, o STF fundamentou sua decisão pela procura de uma sociedade fraterna, em que se preocupa também com o outro, mesmo que diverge de posicionamentos consolidados (HORITA, 2012). As narrativas contextualizadas até o momento tente a consolidar a procura por uma sociedade qualificada pela fraternidade, não apenas na concepção teórica, mas também na prática jurídica.

Outros casos que o STF se posicionou em prol do princípio da fraternidade foi o da Raposa Serra do Sol, na Ação Popular em face da União Federal; na arguição de descumprimento de preceito constitucional (ADPF) em relação aos pneus usados na qual havia comercialização com outra nação. Neste caso, enxerga-se um viés ambiental, uma tonalidade que respeita o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como aduz o art. 225 da Magna Carta brasileira, mas que também adentra os valores de bem comum, se é vivente um constitucionalismo fraternal porque não prezar pelo outro de uma nacionalidade divergente da minha, tendo assim relações de irmandade. Outro caso foi a constitucionalidade das cotas raciais da Universidade de Brasília, na qual segue o mesmo paradigma (HORITA, 2012).

Para encerrar essa seção, é interessante observar duas decisões do Superior Tribunal de Justiça que também fundamentou usufruindo do princípio da fraternidade. Logo, bastam enxergar o Habeas Corpus – HC nº 357.541 de São Paulo, cuja relatoria foi do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca e o Recurso em HC nº 74.123-RS de 2016. A partir desses HCs, visualizam-se a ementa em que diz:



HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO DOMICILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE. CF/88, PREÂMBULO E ART. 3º. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

Assim, como a segunda ementa que aduz:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. FILHO MENOR DE 12 ANOS, COM HIDROCEFALIA. POSSIBILIDADE. ART. 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PROVIDO (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

Ora, essas são duas decisões que gozam de um direito contendo funções promocionais e não como forma apenas de coação. Assim, dentro destas, a segunda ementa elaborada, fundamenta em sua decisão, a perspectiva da fraternidade aduzindo que esse princípio pode ser enxergado no viés penal e não apenas nas outras áreas do Direito, além disso, tem uma fala colocando o terceiro princípio da Revolução Francesa, ou melhor, dizendo que “a fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 6). Aliás, se esse segue sendo um dos caminhos a se pensar, para atingir a sociedade fraterna que o preâmbulo constitucional brasileiro destacou, reflete-se sobre os limites desse constitucionalismo.

### **3. Qual o limite para a prática jurídica fraternal no ordenamento jurídico brasileiro?**

O exercício discricionário nas decisões é, sem dúvida, uma das questões de grande preocupação e discussão na seara política e

jurídica. Ao analisar o subjetivismo na decisão do magistrado enfatiza-se que essa conduta pode percorrer dois significados, um se relacionando com a textura aberta do direito, justificando-se em razão de que legislador não consegue êxito em propor uma regra para todas as situações concretas apresentadas na atualidade; e a outra significância, propondo uma crítica a esse modo de se manifestar do magistrado.

Desse modo, por meio do ordenamento jurídico existe a possibilidade de um juiz decidir desvinculado à regra e impondo, conseqüentemente, uma nova regra de obediência e que essa situação constataria uma abordagem de normalidade, visto que o direito teria um texto aberto (HART, 2012). Por outro lado, para solucionar essa problemática, abre-se a oportunidade para o gozo de princípios, como meio adequado para debater a discricionariedade judicial (DWORKIN, 2007), porém, como existe a possibilidade do uso de princípios, deixa-se aberto para o magistrado em sua racionalidade subjetiva decidir qual o princípio seria mais adequado ao caso concreto, usufruindo os princípios de modo desproporcional, isto seria o que intitulam de pan-principiologismo e o sorriso do lagarto (STRECK, 2012).

No entanto, enquanto quem preza (HART, 2012) que o magistrado e o uso da discricionariedade somente aconteceriam na ausência legislativa, isto é, diante de situações não regulamentadas pela norma; há quem preze que uma decisão deve se comprometer com o direito sempre (DWORKIN, 2007) e que em nenhuma hipótese, mesmo a moralmente viável, deveria ser proposta, visto que poderia gerar uma insegurança jurídica desencadeada (STRECK, 2014). De fato, pode constatar que a discricionariedade judicial se encontra em diversas decisões que hoje permeiam o Poder Judiciário brasileiro e por esses debates, a filosofia do direito e, conseqüentemente, a teoria do direito, deve percorrer essa pesquisa.

Logo, o estado de exceção pode ser visto se normalizando e não mais como uma situação extraordinária, ou melhor, prossegue

decisões que se apresentam na formatação da legalidade, mas que ao mesmo tempo não poderiam ser legais (AGAMBEN, 2004). Desse modo, ocorrem no Brasil decisões discricionárias através de um meio legítimo gozando da força de lei, isto é, de um soberano que agrega a possibilidade de decidir, mas que nessa decisão, suspende-se o ordenamento jurídico e constrói uma normativa com força lei (SCHMITT, 2006). Portanto, em terras brasileiras se instaura medidas de exceção por meio do Poder Judiciário, levando a crer que os humanos presentes nesse território vão sendo controlados, ou melhor, ocorre a biopolítica (FOUCAULT, 2008).

Nesse diapasão, a aplicação do princípio da fraternidade não estaria vinculado à uma forma de ativismo judicial, nem como pan-principiologismo do lagarto e sim dentro dos ditames legais, em razão de que a fraternidade pode ser encontrada como um direito, seja por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem que conduz por meio de norma internacional, o espírito de fraternidade; seja através da Constituição Federal que relata em seu artigo terceiro a essência pela procura de uma sociedade fraternal. Assim, a construção da aplicabilidade da fraternidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro não extrapolaria os ditames da legislação, nem ofenderia a concepção jurídica e filosófica do Estado de Direito, como também não conduziria pensar esta como um paradigma dentro de uma concepção do estado de exceção.

Enfim, o Direito se revela como um instrumento direcionado a prevenção e a soluções de conflitos, poderoso instrumento que desenvolve frente à existência de interesses egoístas a busca pelo bem comum, direcionando este como um direito promocional.

### **Considerações finais**

A Ordem Constitucional de 1988 comemora seu trintenário, são trinta anos de sua promulgação desde outubro. Quando se pensa em um aniversário pela expressão do sensu comum,

aventura-se por dar parabéns, nesse caso, não fora isso a problemática geral, embora fosse uma ótima discussão filosófica em torno dessa Magna Carta, ao invés disso, constatou-se uma maneira de se relacionar ao longo desses anos a fraternidade, principalmente por meio de um diálogo filosófico jurídico e decisões jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, corte máxima brasileira, são diversas as decisões que destacam o princípio da fraternidade. O interessante é que as decisões são de diversos casos divergentes, temáticas que não demonstram uma conexão. O Superior Tribunal de Justiça seguiu a mesma filosofia demonstrando a prioridade desse terceiro princípio da Revolução Francesa.

O princípio que normalmente é esquecido pelo Poder Judiciário, nesses 30 anos se aventurou algumas vezes. As maiorias dos magistrados que manteve relação íntima com uma decisão que preza por humanidade, não usufruíram da fraternidade em vão.

Por meio do presente, se realizou uma breve reflexão sobre as decisões que tiveram uma relação com a fraternidade, perspectiva está, necessária em tempos de desafios e falta de humanismo. Desse modo, observou-se que já se predomina diversas discussões em torno da temática levantada, sendo até mesmo proposta em Congressos, Simpósios e grupos de pesquisas. Ao final, compreendeu-se que Direito e Fraternidade leva outro modo de conduta dos construtores de Direito direcionado ao bem de toda uma coletividade e, conseqüentemente, ao desenvolvimento de uma cultura jurídica fraterna.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

- BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). **O princípio esquecido: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.
- BRANDÃO; Paulo de Tarso; SILVA, Ildete Regina Vale da. Fraternidade como categoria política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 7, n. 3, 3º quadrimestre de 2012.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. Ribeiro Mendes. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HORITA, Fernando Henrique da Silva. A Fraternidade em Debate: Reflexos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 2, n. 1, jan./jun. 2013.
- JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para a proteção de Direitos Fundamentais Transindividuais**. Tese (Doutorado) do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, 2016.
- SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista de Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 144, 2012.



## **Limites da flexibilização - aspectos constitucionais balizadores à subtração dos direitos trabalhistas e as hipóteses constitucionalmente permissivas da flexibilização**

*Elisângela Marcari*

*Simone Genovez*

### **Considerações iniciais**

Em decorrência das inúmeras crises econômicas e políticas que assombram o nosso País, em especial nesse momento conturbado de globalização que atravessamos, se faz necessário buscar meios adequados e eficientes para a recuperação econômica do nosso País.

Desse modo, a relação de trabalho não está alheia a tais mudanças, sendo questionada a modificação/flexibilização da legislação laboral para que a mesma possa ser ajustada a realidade vivida pelos empregados e empregadores em especial em momentos críticos. Diante dessa celeuma o presente artigo tem por finalidade analisar a flexibilização, que vem ocorrendo por intermédio do poder Judiciário e do próprio Poder Legislativo como uma forma indutora de manutenção de empregos, com reduções de direitos trabalhistas.

Em especial na seara trabalhista, é possível que se enalteça e utilize com sustentáculo o pensamento Kantiano, no sentido de se delinear a importância da singularidade da dignidade humana do trabalhador, bem como demonstrar a importância do direito social

ao trabalho e a vida digna, percebendo que tal singularidade é um fim e não um meio que de forma intransigente passa a ser utilizado e extrapolado pelo sistema capitalista para o alcance apenas de finalidade econômica.

Muitas vezes no afã de fomentar a economia, a dinâmica trabalhista acaba por inverter os valores sociais do trabalho, que ao contrário de servir como valorização do trabalhador e seu bem-estar, acaba por fomentar os anseios da sociedade capitalista visando apenas o lucro. Assim tais abusos devem ser coibidos de uma forma ou de outra, assim encontramos nos princípios da dignidade da pessoa humana, mantendo-se balizas e constitucionais e legais para balizar a flexibilização trabalhista.

Nesse tocante, a flexibilização se mostra um mecanismo muitas vezes indispensável nas relações de emprego, acalorando o debate dos seus defensores e dos seus críticos. O tema é de suma importância por ser estritamente controvertido e atual pela crise política e econômica.

No entanto, será que a flexibilização de direitos, apesar de ser um mecanismo encontrado pelo sistema capitalista e empresarial como forma de reduzir direitos dos trabalhadores, com o objetivo de garantir empregos, não fere a dignidade deles, diante dos direitos constitucionais trabalhistas?

Assim sendo pretende-se no presente artigo tratar inicialmente da história do trabalho humano e toda sua evolução aos dias atuais, explicitando o surgimento do direito do trabalho e dos direitos de natureza trabalhista, que por influência muitas vezes do judiciário, da economia e até mesmo do próprio trabalhador acabam arrefecidos.

O enfoque principal do presente artigo, busca com sua essência analisar os princípios da dignidade da pessoa humana como balizador da flexibilização trabalhista, e manutenção dos direitos trabalhistas mínimos sem, no entanto, sacrificar desnecessariamente e/ou desproporcionalmente qualquer das



partes envolvidas nesta relação qual seja empregado e empregador.

### **1. Limites da flexibilização - aspectos constitucionais balizadores à subtração dos direitos trabalhistas e as hipóteses constitucionalmente permissivas da flexibilização.**

Segundo a doutrina, existem fronteiras que balizam a possibilidade de flexibilização no direito brasileiro. Portanto, no tocante à classificação da flexibilização, tem-se que a mesma pode ser admissível ou inadmissível.

Neste particular, Martins (2015, p. 125) assevera: “[...] (a) admissíveis: que são usados, por exemplo, nas épocas de crise, permitindo a continuidade da empresa, porém garantindo um mínimo ao trabalhador. A negociação poderá ser feita por negociação coletiva; (b) inadmissíveis: quando são instituídos apenas com o objetivo de suprimir direitos trabalhistas”.

Ainda como continua Martins (2015, p. 125), a flexibilização pode ser: “ (a) proibida: em que a lei veda a flexibilização, como ocorre nas normas de ordem pública; (b) autorizada ou permitida: o inciso VI do art.7º da Constituição permite a redução dos salários, mediante convenção ou acordo coletivo”.

A partir das considerações consignadas pelo autor, vislumbra-se que a flexibilização possui alguns balizadores permissivos ou não, no que se refere às questões de ordem pública, há que se respeitar o mínimo garantido pelo Constituição Federal bem como nas legislações afetas, não havendo, dessa maneira, a possibilidade de se flexibilizar, por exemplo, o aviso prévio diminuindo seu prazo abaixo de 30 dias permitidos pela Constituição no artigo 7º, inciso XXI.

Nada impede, portanto, que seja instituído período do aviso maior, somente haverá vedação em diminuição de direitos garantidos minimamente pela Constituição. Sendo certo também que a norma celetista impõe restrições às negociações efetivadas

com as Convenções e Acordos coletivos que resultem na interferência da política econômico-financeira do governo e/ou ainda na política salarial, conforme instituído no artigo 623 da CLT (MARTINS, 2015, p. 126).

Ao se analisar detidamente a Constituição Federal de 1988 em alguns pontos, a mesma permite as flexibilizações em prejuízo ao trabalhador a exemplo das reduções de salários (Art.7º inciso VI) que podem ocorrer mediante negociação por acordo ou convenção coletiva de trabalho; A compensação da jornada de trabalho no mesmo sentido tem permissivo para negociação estampada do inciso XIII do artigo 7º da CF, também por acordo ou convenção, quando se trata de turnos ininterruptos de revezamento superiores à seis horas.

Denota-se que a flexibilização há muito já existe no ordenamento, embora a mesma tenha limites impostos na Constituição Federal e nas Leis de um modo geral, conforme citado no parágrafo anterior.

Cumprido salientar que a Carta Magna garante um direito em seu bojo e evidencia como um direito vai ser praticado; esta explicitação subentende uma proibição de qualquer interferência por parte do legislador ordinário, tanto que a Constituição, em seu artigo 7º, garante os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e dedica 34 incisos a elencar quais direitos são esses.

Tal artigo e seus incisos demonstram a preocupação do legislador com a manutenção da dignidade da pessoa humana bem como a valorização do seu trabalho, uma vez que a relação existente entre o trabalhador e a Carta Magna, é de intimidade, conforme corrobora Calvet (2006, p. 22):

A Constituição da República fixou valores, dentre seus fundamentos e objetivos fundamentais, que afetam substancialmente a prática das relações de trabalho, tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho e da livre iniciativa (art.1º, IV), a construção de uma

sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

Portanto, nada mais justo que tais garantias não sejam facilmente extirpadas, relativizadas, retiradas ou sonegadas sem a devida discussão pelo legislador ordinário, tanto que a própria Constituição baliza o que pode ser objeto de negociação, relativização, enfim, flexibilização, inclusive com a manutenção das garantias mínimas do texto constitucional.

Ademais, é importante mencionar que não só a Constituição Federal como também a Declaração Universal dos Direitos do Homem, buscaram proteger os direitos do homem, do trabalhador, estabelecendo um mínimo de garantias consideradas fundamentais para que estes tivessem uma vida digna.

Assim, chega-se à conclusão de que a flexibilização, de forma alguma, poderá ser realizada sobre garantias mínimas afiançadas constitucionalmente aos trabalhadores, salvo com os permissivos constantes do próprio texto constitucional nos seus incisos VI, XIII, XIV do artigo 7º, em que se registra uma permissão expressa de casos de flexibilização em prejuízo do trabalhador, porém praticamente são taxativas, lembrando que o texto constitucional social não permite a flexibilização no que se refere às regras de higiene e segurança do trabalhador, haja vista que são consideradas fundamentais à saúde do trabalhador.

As flexibilizações, de modo geral, na legislação atual são permitidas desde que negociadas através dos acordos e convenções coletivas de trabalho, embora com a reforma trabalhista a flexibilização de algumas normas trabalhistas poderá ser efetivada por acordo individual, a exemplo dos trabalhadores hiperssuficientes.

Todos os acordos e convenções pactuados entre as categorias no intuito de se flexibilizar direitos e garantias do trabalhador deverão observar as balizas constitucionais e legais, além de

respeitar o direito adquirido previsto no artigo 5º inciso XXXVI da Constituição Federal.

A legislação infraconstitucional também disciplina alguns pontos de flexibilização, inclusive o mínimo estabelecido pela Lei também não pode ser derogado ou reduzido por norma coletiva. Um exemplo típico dessa impossibilidade da interferência da negociação coletiva nas leis ordinárias são os casos de horas *in itinere*<sup>1</sup>, estabelecido no artigo 58 §2º da CLT, que disciplina que “§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução”.

Tal dispositivo é considerado questão de ordem pública e como salientado alhures não pode ser objeto de negociação pela via coletiva, ainda mais em prejuízo do trabalhador, sendo permitido, porém, a estipulação em benefício, que será aceita em razão do princípio da norma mais favorável ao obreiro.

Neste norte, não pode existir a supressão do direito ao recebimento das horas *in itinere*, por negociação coletiva, haja vista que se trata de tempo à disposição do trabalhador, considerando que o local de trabalho é de difícil acesso e não servido por transporte público regular. Assim, já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> O tempo gasto pelo empregado em transporte fornecido pelo empregador, de ida e retorno, até o lugar do trabalho de difícil acesso, onde não é viável por meio de transporte público regular, que deve ser computado na jornada de trabalho.

<sup>2</sup> Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. CLÁUSULA QUE DESCONSIDERA DE FORMA GENÉRICA COMO TEMPO DE SERVIÇO AQUELE DESPENDIDO NO TRASLADO PARA O LOCAL DE TRABALHO EM CONDUÇÃO FORNECIDA PELO EMPREGADOR. NULIDADE. Padece de nulidade da cláusula de convenção coletiva que suprima do cômputo de tempo de serviço aquele despendido no traslado, por meio de transporte fornecido pelo empregador, sem se tratar de situações de local de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, por se tratar de mera renúncia do empregado ao benefício legal, o que não se insere no âmbito da negociação coletiva. Inteligência dos arts. 7º, XXVI, da Constituição Federal, 58, § 2º, da CLT, e aplicação da Súmula 90, I, do TST. Tratamento jurídico distinto decorreria do ajuste coletivo prever tão-somente a limitação razoável de horas de percurso,

Ementa: Ação Anulatória. Clausula de Convenção Coletiva de Trabalho. Horas In Itinere. Não Pagamento. (...) 3. Inválida cláusula de convenção coletiva de trabalho que, de forma generalizada e plena, afasta totalmente o direito do empregado de auferir horas *in itinere*, em face do simples fornecimento de condução pelo empregador”. (TST, SDC, RO 10100-50.2005.24.0000, j.12.4.2007, Rel. Min. João Orestes Dalazen, DJ 01/06/2007).

Assim, verifica-se que, no caso das horas *in itinere*, se o tempo de trajeto é superior ao que foi disciplinado na norma coletiva, o princípio da primazia da realidade deve ser respeitado no sentido de manter a remuneração das horas *in itinere* na quantidade real, sem reduzir ou suprimir o direito do trabalhador.

As microempresas e empresas de pequeno porte têm a possibilidade de flexibilizar, por normas coletivas, as horas *in itinere* estabelecendo um tempo médio despendido pelo empregado no transporte fornecido pela empresa para chegar até a sede de difícil acesso, nos termos do artigo 58 §3º da CLT conforme se colaciona:

§ 3º Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio

---

considerado o efetivo tempo gasto no percurso, hipótese já contemplada em essência no art. 58, § 3º, da CLT, para as microempresas e empresas de pequeno porte, bem como admitida pela jurisprudência pacífica, notória e atual do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso a que se nega provimento. TST - RECURSO ORDINÁRIO RO 12637220115140000 1263-72.2011.5.14.0000 (TST). Encontrado em: Seção Especializada em Dissídios Coletivos Data de publicação DEJT 24/05/2013 - 24/5/2013 RECURSO ORDINÁRIO RO.

Ementa: Se a norma coletiva prevê o pagamento de 45 minutos e o tempo gasto era de 4 horas, houve situação menos favorável ao empregado, que não poderia ser determinada pela norma coletiva. Importa supressão parcial do direito e prejuízo ao trabalhador. Na hipótese de ser limitado o tempo de trajeto a uma hora na norma coletiva e o tempo percorrido o trajeto é de 2h35min., é inválida a fixação feita pela norma coletiva (TST, 8ª T. RR 494-57.2010.5.09.0091, j.28.08.2013, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ 30.08.2013).

despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração.

Sendo que a criação desta possibilidade se deu em razão da necessidade de se atender o artigo 170, inciso IX da Constituição Federal que estatui tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.

O citado artigo bem como as horas *in itinere* também foram objeto de modificação pela reforma trabalhista tanto que o artigo 58 §2º que disciplinava o cômputo das horas *in itinere* na jornada de trabalho, passou a excluí-la, ou seja, o tempo despendido pelo trabalhador da sua residência até o local de trabalho em condução fornecida pela empresa não será incluído na jornada de trabalho, e o §3º do mesmo artigo que trazia o tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte foi revogado, supostamente porque em ambos os parágrafos não seria considerado tempo à disposição do empregador, ou seja, as horas *in itinere* não existirão mais no ordenamento com a entrada em vigor da Lei 13.427/2017.

Tem-se que essa mudança é prejudicial ao trabalhador e um favorecimento sem justo motivo ao empregador que necessita da mão de obra em locais de difícil acesso e não servido por transporte público regular, sendo que é nítida a necessidade de que o transporte seja fornecido pelo empregador que necessita da mão de obra e deve fornecê-lo sob sua responsabilidade e custo, inclusive pagando as horas de deslocamento, já que o empregado está à disposição do empregador, pois, em se deslocando para o trabalho, não tem como fazer outras atividades a não ser ficar à disposição do empregador durante o deslocamento.

Em direção oposta, também se têm julgados que já entenderam correta a supressão de horas *in itinere* em razão de negociação mais favorável em norma coletiva. Ou seja, suprimiu-se o direito do trabalhador às horas *in itinere*, no entanto, compensou

com uma contrapartida, ou seja, concedendo outras vantagens ao trabalhador.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS IN ITINERE. LIMITAÇÃO DO PAGAMENTO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO. Ressalvado o meu entendimento pessoal, a atual jurisprudência desta Corte Superior considera válida a cláusula normativa que limita o pagamento das horas in itinere, à luz do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal. É necessário, porém, que a redução seja feita com parcimônia e esteja inserida em contexto de concessões mútuas entre o sindicato dos trabalhadores e o empregador ou a entidade sindical que o representa. No caso, a norma coletiva previu o pagamento de quarenta minutos diários, não obstante o percurso de quatro horas, o que evidencia o abuso na redução, equivalente à própria supressão do direito. Nesse contexto, não há como reconhecer a validade da negociação. Vale notar que a SBDI-1 deste Tribunal adota como parâmetro objetivo o limite de 50% entre a duração do percurso e o tempo fixado pela norma coletiva, o que não foi observado na hipótese dos autos. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (Processo: AIRR - 1733-02.2014.5.09.0562 Data de Julgamento: 14/12/2016, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/02/2017).

O Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário, também se manifestou em sentido positivo em “DECISÃO: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto em reclamação trabalhista visando, no que importa ao presente recurso, à condenação da reclamada ao pagamento de 4 (quatro) horas *in itinere*, com os reflexos legais. O Tribunal Superior do Trabalho decidiu a controvérsia nos termos da seguinte ementa (fl. 1, doc. 29)”:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI nº 11.496/2007. HORAS IN ITINERE. SUPRESSÃO. NORMA COLETIVA. INVALIDADE. 1. O princípio do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, consagrado no artigo

7º, XXVI, da Constituição da República, apenas guarda pertinência com aquelas hipóteses em que o conteúdo das normas pactuadas não se revela contrário a preceitos legais de caráter cogente. 2. O pagamento das horas in itinere está assegurado pelo artigo 58, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, norma que se reveste do caráter de ordem pública. Sua supressão, mediante norma coletiva, ainda que mediante a concessão de outras vantagens aos empregados, afronta diretamente a referida disposição de lei, além de atentar contra os preceitos constitucionais assecuratórios de condições mínimas de proteção ao trabalho. Resulta evidente, daí, que tal avença não encontra respaldo no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República. Precedentes da SBDI-I. 3. Recurso de embargos conhecido e não provido. (...) 4. **Diante do exposto, com base no art. 557, § 1º-A, do CPC/1973, dou provimento ao recurso extraordinário para afastar a condenação da recorrente ao pagamento das horas in itinere e dos respectivos reflexos salariais.** Após o trânsito em julgado, oficie-se à Vice-Presidência do Tribunal Superior do Trabalho, encaminhando-lhe cópia desta decisão para as devidas providências, tendo em conta a indicação do presente apelo como representativo de controvérsia.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 895.759 PERNAMBUCO.  
RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI. (*Grifo nosso*).

Assim, a Lei 13.427/2017 retirando esse direito do trabalhador, acaba por transferir o risco da atividade econômica do empregador para o empregado, que é a parte hipossuficiente; dessa forma, transfere-se o ônus de desenvolver uma atividade econômica com risco em local de difícil acesso, ao trabalhador, que não é dono do empreendimento, o que em regra não se poderia conceber, considerando os princípios protetores e as normas fundamentais protetivas das relações de emprego.

Denota-se que o tratamento do tema flexibilização implica ter, como baliza, a Constituição Federal que impõe limites e exhibe como garantir os direitos que são considerados mínimos ao trabalhador. Assim, necessário se faz tecer algumas considerações sobre a importância da norma fundamental trabalhista, que é a Constituição Federal, considerando a teoria do escalonamento



normativo, e o fato da mesma, ao longo do tempo, ter sido relativizada frente às incontáveis transformações econômicas, políticas e sociais que vêm ocorrendo como consequência da globalização, muitas vezes se amparando no desequilíbrio das relações do poder financeiro e político.

Destaca-se que durante o século XX, o Estado passou por inúmeras transformações, em estágios diferenciados, ou seja, em uma sequência do liberalismo, Estado Social e pós-modernidade, implicando em mudança ao longo do tempo e através dos processos interpretativos.

Nesse contexto, o sistema jurídico brasileiro trabalhista vem se adaptando às mudanças que vêm ocorrendo, tendo trilhado caminho extenso desde o liberalismo até os dias atuais, chamado de pós-modernidade. Nestas fases, muitas vezes, a Lei tem exaurido a sua deferência, e daí surgem os fenômenos chamados de deslegalização, desconstitucionalização, desregulamentação e, de uma forma menos grotesca, a flexibilização.

Forçoso afirmar que é neste cenário que o país chega ao período neoliberal, muitas vezes desprestigiando as normas existentes e elevando, em níveis preocupantes, a autonomia de vontade. Doutro norte, considerando que algumas mudanças são inevitáveis e algumas inclusive imperiosas, e visando à manutenção de garantias mínimas, como a dignidade da pessoa do trabalhador, forçoso se faz que sejam eleitos princípios, leis, e regras básicas que sejam mantidas, em sua essencial, independentemente dos subjetivismos da sociedade, bem como dos aplicadores do Direito, em especial os juízes que interpretam a lei e a aplicam ao caso concreto.

A discricionariedade conferida ao magistrado necessita ser aplicada com base no bom senso, ponderação e preocupação com a manutenção da ordem jurídica sã. Para tanto, são estabelecidos limites, que serão respeitados pelo Judiciário ao aplicar a Lei ao caso concreto, que exercerá seu múnus e aplicará a lei da forma que entender mais justa e equânime às partes envolvidas,

respeitados, assim, os ditames e limites impostos pela ordem constitucional.

Os ditames constitucionais da Carta Magna têm, em seu bojo, todo um arcabouço de normas, regras e princípios que tem por objetivo primordial reger todo o ordenamento jurídico. Doutra banda, os princípios constitucionais e específicos são considerados como o centro desse universo jurídico-positivo, sendo empregados para nortear a hermenêutica das normas, suprir lacunas da lei e embasar a interpretação dos tribunais no Judiciário.

Contudo, insta salientar que nem sempre é possível a aplicação desses princípios considerados premissas maiores do ordenamento no momento da interpretação, haja vista que pode haver colisão de princípios, não sendo tarefa fácil coalizar tais interesses divergentes e contrapostos, devendo, para tanto, sopesar a importância de cada princípio adequando ao caso concreto, neste caso o interesse, proteção e dignidade do trabalhador.

Destaca-se que os princípios da dignidade humana e proporcionalidade, atuam como balizadores da atuação social, seja da classe empresarial (empregadores), Estado, poder judiciário e ainda aos cidadãos como integrantes da sociedade contemporânea.

Assim, o princípio da proporcionalidade tem grande importância para o Direito do trabalho, haja vista que pressupõe que os juízes do trabalho no ato da prolação das sentenças contemplem a melhoria das condições sociais do empregado, ponderando e equilibrando a aplicação da lei e a ratificação do resultado que corresponda aos desejos da classe trabalhadora, considerada hipossuficiente, sempre buscando atender também as premissas constitucionais.

Por outro lado, apresenta-se o princípio da dignidade humana, pilar dos pilares do ordenamento, insculpido da Constituição Federal, que tal, como dito alhures, tem sobejada importância, tanto que é sustentáculo para a efetivação e regulamentação de direitos fundamentais que devem ser

garantidos a toda pessoa, inclusive os trabalhadores, para que estes possam alcançar existência digna.

Para que isso se traduza em realidade e não fique apenas no campo legal, tal princípio tem como garantia máxima e inabalável o necessário para que se tenha a existência digna e vida digna, para tanto se busca, com sustentação nesse princípio, proporcionar, saúde básica, renda mínima, educação fundamental e o amplo e livre acesso à justiça, caso tais garantias não sejam respeitadas.

Destaca-se que todos os problemas relativos ao desrespeito os direitos trabalhistas, flexibilizações em exagero, redução de garantias constitucionais e direitos sociais do trabalhador acabam “desaguar” na justiça especializada do trabalho.

Assim todos os trabalhadores têm livre acesso à justiça do trabalho, que inclusive facilita tal acesso através da figura do *jus postulandi*<sup>3</sup> inclusive sem necessidade de estar representado por advogado; Por outro lado faculta também aos trabalhadores o ingresso na via judicial sendo franqueado advogado com credencial sindical para representar o trabalhador sem qualquer custo.

As demandas trabalhistas têm aumentado significativamente, conforme se verifica em dados estatísticos, no exato momento em que o País ultrapassa 11 milhões de desempregados, em meio aos 3 milhões de novos processos trabalhistas que emergem a cada ano, é exatamente a Justiça do Trabalho a principal vítima dos cortes orçamentários do governo federal. No planejamento orçamentário de 2016, o governo cortou 30% das receitas solicitadas para custeio e incríveis 90% da verba destinada a investimento. Para se ter uma ideia, nos outros setores do judiciário, o corte, igualmente lamentável, foi de 15% para custeio e 45% para investimento (MACHADO, 2015).

Em 2016, a justiça do trabalho passou por uma crise econômica e interna que vem até os dias atuais. Os repasses de

---

<sup>3</sup> O princípio do *jus postulandi* é a capacidade que se faculta a alguém de postular perante as instâncias judiciárias as suas pretensões na Justiça. No Brasil, normalmente, somente advogados, e não as partes (pessoas que litigam na justiça), tem o "direito de postular" (*jus postulandi*).

receita foram reduzidos (corte orçamentário) e por consequência, foram anunciadas possibilidades de paralisação, embora a demanda trabalhista continue crescente a cada dia. Pelas notícias veiculadas não existe dotação para garantir nem mesmo o funcionamento precário das instalações, servidores, magistrados, bem como a modernização dos equipamentos.

A consequência desse fato são pautas de audiências atravancadas e elásticas para os anos de 2018/2019, e muitas vezes o jurisdicionado necessita de medidas urgentes junto à justiça do trabalho, no entanto, esta predestinada ao insucesso e ao perecimento jurídico.

Jamais se deve atribuir a culpa de tais fatos aos magistrados ou servidores, haja vista que estes continuam tentando manter a prestação de serviço e atendimento ao jurisdicionado de forma menos gravosa possível considerando a situação atual.

Com o risco de sucateamento da justiça do trabalho, com corte de verbas, defasagem de servidores, temos um grande risco de prejudicar toda classe trabalhadora de forma até mesmo irreparável, atingindo o âmago do trabalhador, ou seja, sua dignidade.

Na seara trabalhista, a dignidade do trabalhador funciona como base estrutural que sustenta a legislação jus laboral, tendo em vista que está arraigadamente concatenada ao princípio da proteção. Desta maneira, a busca pelo respeito às garantias mínimas ao direito do trabalhador que oferta sua força de trabalho, tem como objetivo primordial o de resguardar a dignidade do ser humano inserido na vida laboral, buscando sempre um equilíbrio entre os trabalhadores e o capital, que apresentam certa diferença a ser compensada.

Não há como distanciar o trabalho, como peça da cadeia produtiva, da pessoa humana trabalhadora, devendo, assim, ante essa indissociabilidade, mantê-los equilibrados, fomentando de todas as formas a ideia de vida digna ao trabalhador e prosperidade para as empresas e para a economia do país.

Sarlet (2003, p. 72) explicita que “a dignidade é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”.

Desta feita, a permanência e aplicabilidade das normas constitucionais fundamentais, amolda-se à realidade da sociedade trabalhista que se reinventa a cada dia, ademais esta não pode se curvar às interferências do sistema capitalista em total afronta às normas constitucionais fundamentais de garantia de todos os trabalhadores. Embora a norma constitucional não seja engessada, pode haver a flexibilização desde que sejam respeitados os direitos fundamentais mínimos.

Verifica-se, apesar do exposto, ainda alguns contrapontos e conflitos, entre as exigências do novo mercado juslaboral, que busca antecipar-se efetivamente através da auto-regulamentação sem maiores preocupações com o respeito às regras e princípios constitucionais. Aparentemente, tem-se um conflito, posto nesta situação, ou seja, entre as regras e a nova ordem fundamental, que assim evoluiu dada a influência do processo de globalização, que teve como consequência direta a flexibilização das legislações laborais e/ou até mesmo das normas constitucionais.

Salienta-se, portanto, que o fenômeno da flexibilização tem por base premissas maiores, amparadas nos permissivos do texto constitucional das garantias sociais, permitindo o ajuste da legislação às novas realidades econômicas do país, embora a premissa superior seja o respeito aos princípios fundamentais em vigência, caso contrário haveria a justaposição dos interesses - sobejadamente financeiros e econômicos - aos direitos sociais garantidos pela lei máxima.

Por fim, o labor deve ter por objetivo a produção de bens sociais, harmonizando-se com a finalidade e objetivos buscados pelo Estado Democrático de Direito, o que leva a perceber tratar-se da flexibilização.

A expressão flexibilização, como dito anteriormente, em sua essência, contrapõe-se ao conceito de rigidez, conforme assevera Cunico (2011, p. 29): “Flexibilizar consiste exatamente em tornar menos rígido, aceitação simplista, contudo hábil a justificar a discussão sobre alterações legislativas no âmbito juslaboralista. A flexibilização no Direito do Trabalho significa tratar diretamente a questão da rigidez legal em um sistema legislativo tradicionalmente assentado em bases positivistas”.

Inclusive a Carta Magna possui alguns limites rígidos a exemplo das cláusulas pétreas, já outras podem ser objeto de mudanças, relativização ou flexibilização desde que respeitados os princípios norteadores básicos. Pode-se afirmar, assim, que os limites norteadores da flexibilização trabalhista são as garantias fundamentais insculpidas no artigo 7º incisos VI, XIII e XIV da norma constitucional, que protegem a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho entre outros, podendo os direitos sociais serem flexibilizados, somente os que tem autorização expressa da própria constituição e ainda com a exigência de que o sejam por intermédio de acordo ou convenção coletiva.

Tanto que o artigo 7º preceitua que: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros** que visem à melhoria de sua condição social [...]” (*Grifo nosso*). A flexibilização, neste contexto, está inserida na expressão grifada, “além de outros”, haja vista que pode ser concebida no contexto de ampliação dos direitos trabalhistas, além daqueles mínimos garantidos nos incisos I a XXXIV.

Nesse prisma, chega-se à conclusão de que a flexibilização sobre o aspecto constitucional, pressupõe a necessidade de garantia dos direitos mínimos normatizados no artigo 7º, ou seja, o “legislado”, mas também exprime claramente o permissivo de negociações individuais e coletivas com validade entre as partes, e corroboradas pelo ordenamento jurídico, sempre com o intuito de

respeito às normas constitucionais e com melhoria da condição social do trabalhador, neste caso, o “negociado”.

Esse novo segmento de relativização das normas protecionistas juslaborais, que visa sempre manter o trabalhador sobre o manto de proteção da lei, também tem buscado se adequar às novas exigências do mercado de trabalho, novas espécies de trabalhadores, outras modalidades e realidades sociais em que está inserido o trabalhador, as novas tecnologias e novas modalidades de emprego a exemplo do teletrabalho, busca-se coalizar todos os interesses que mantenham a viabilidade econômica da empresa e os postos de trabalho, com a menor interferência possível do Estado.

Quando se menciona a menor interferência do Estado nas relações juslaborais, não há que se cogitar que seja total desregulamentação. Destaca Sússekind (1999, p. 357) que:

A desregulamentação retira a proteção conferida pelo Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva, regule as condições do trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego. Não há como aproximar, portanto, flexibilização de desregulamentação, uma vez que não se confundem, mas confrontam-se na medida em que a maleabilidade da norma atingida pelo primeiro conceito requer uma compensação à parte hipossuficiente da relação empregatícia, enquanto o segundo pretende minorar a atuação do Estado, mediante a sobreposição do negociado sobre o legislado, sem atentar para as garantias constitucionalmente asseguradas.

Nessa vertente, precisa-se buscar a harmonização dos princípios constitucionais protetores da relação empregatícia, com as novas exigências de mercado, com a legislação em vigor e com as possibilidades de negociação entre as partes no tocante aos direitos trabalhistas relativizando-os ou flexibilizando-os, porém não os desregulamentando.

Verifica-se, neste ponto, que, além do princípio da dignidade humana, os princípios da continuidade da relação de emprego e da preservação da empresa compactuam com o fenômeno da flexibilização e coexistem harmonicamente, desde que respeitada a essência de cada um.

Sabe-se que, na atualidade, o país, de forma geral, vem passando por sérias crises econômico-financeiras e tais fatos influenciam demasiadamente não só interna como também socialmente; assim, quando os problemas trabalhistas surgem e batem às portas do judiciário, é inevitável que não em raras situações, os princípios norteadores sejam colocados em xeque ou até mesmo enfraquecidos, alquebrados.

Havendo conflitos ou dúvidas quanto à aplicação dos princípios deve haver uma ponderação considerando o caso concreto. Sabe-se que tanto o empregado quanto o empregador possuem obrigações recíprocas que envolvem a relação de emprego, embora todos sabem que a obrigação maior recai sobre o empregador, conforme previsão do artigo 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. (*Grifo nosso*).

O princípio da proteção exerce seu papel protegendo o trabalhador e busca garantir um número maior de benefícios possíveis, sendo que tal fato decorre da elaboração da Consolidação das Leis Trabalhistas durante o chamado “*Estado Social*”<sup>4</sup>, sendo certo que a CLT é um diploma legal com normas rígidas, que atualmente vem sendo flexibilizada com sustentáculo nos permissivos constitucionais do artigo 7º incisos VI, XIII e XIV.

Na opinião de alguns doutrinadores, o maior ônus recai, de fato, ao empregador que assume o risco da atividade, suporta carga

---

<sup>4</sup> Estado do bem-estar social: História e crise do *welfare state*. O Estado do Bem-estar também é conhecido por sua denominação em inglês, *Welfare State*. Os termos servem basicamente para designar o Estado assistencial que garante padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos.



tributária bastante alta imposta pelo Estado com encargos relativos à INSS, FGTS, SAT, entre outros, além dos salários pagos aos empregados diretamente, embora, no fim de tudo isso, têm ganho de capital, ou seja, lucros, que são aplicados boa parte no cumprimento das obrigações do empregador, sejam trabalhistas, sejam fiscais.

Desta feita, assim que surgem as crises, tem sido natural e recorrente que a primeira opção do empresário seja o corte de despesas, e normalmente isso ocorre nos setores que apresentam maiores gastos, ou seja, folha de pagamento, número de trabalhadores, impostos decorrentes da contratação, ou seja, redução dos postos de trabalho, o que abala diretamente o princípio da continuidade da relação de emprego, que também se choca com o da preservação da empresa em casos de crise.

Forçoso ponderar que, embora haja muitas justificativas a serem colocadas por parte da sociedade, do Estado e do empregador, não é crível que, em tempos de adversidades econômicas, a preservação de direitos não seja garantida, não deve haver descarte de princípios que conflitam, e sim buscar alternativas de harmonizá-los, sem que se sacrifique sobremaneira o trabalhador e seus direitos, extirpando-os, e ainda que se preserve a empresa de encerrar suas atividades, causando maiores prejuízos sociais, com desemprego.

A solução para os conflitos existentes entre a legislação trabalhista, princípios, normas internacionais, fechamento de empresas, perda de postos de trabalho, redução de receita para o Estado oriunda dos recolhimentos de impostos, está na flexibilização, em especial na flexibilização das normas trabalhistas, haja vista que nosso arcabouço normativo é bastante rígido.

Nesse sentido, Beltramelli Neto (2008, p. 48):

Assim sendo, a flexibilização do direito laboral nasce a partir da necessidade, segundo quem emprega, de tornar menos rígidas a disciplina legal, de modo que possam ser contempladas as peculiaridades de cada empreendimento, visando à preservação

da empregabilidade e, num sentido macro, do desenvolvimento nacional.

Nesse sentido, a flexibilização permite uma readequação ou rediscussão do pacto trabalhista, fora dos limites instituídos na norma celetista que, como já dito, são extremamente rígidos, em momento de crise da empresa, bem como quando a situação precária da economia do país como um todo, não estejam favoráveis.

Assim o fazendo, encontra-se um equilíbrio entre a manutenção dos postos de trabalho, mantendo-se o contrato pactuado ainda que com algumas reduções, com respeito ao princípio da proteção e sem onerar demasiadamente a empresa respeitando também o princípio da preservação da empresa.

Contudo convém salientar que o ato de flexibilizar não significa desconsiderar os ditames da lei ou minorar direitos em sua matriz, na realidade o que se pode cogitar de aplicar em tempos de recessão seria uma nova modalidade de flexibilização de maneira adaptada, na qual se busca equilibrar a legislação existente à situação econômica e social atual do país, sem que haja, no entanto, diminuição indiscriminada dos direitos tão arduamente conquistados por toda classe trabalhadora ao longo dos anos.

Cassar (2014, p. 74), no tocante ao tema, afirma que:

Nova tendência tem sido buscar solução em outros modelos sociais adotados em alguns países, como Dinamarca, França e Espanha. A *flexissegurança* ou *fexsécurité* ou *flexsecurity* é uma combinação de flexibilidade com a segurança. A nosso ver, a *flexissegurança*, na verdade, repousa sobre uma relação triangular: mercado flexível pela desregulamentação das regras trabalhistas; sistemas de indenização generosos proporcionados por um Estado social; política estatal de “ativação” do mercado de trabalho, isto é, o Estado oferece cursos de qualificação e métodos de motivação à procura de novo emprego.

O modelo mencionado busca e tem como objetivo flexibilizar cada vez mais as formas de contratação, bem como promover a extinção do contrato de trabalho, inclusive sem encargos para o empregador; porém de outra banda, busca-se compensar os trabalhadores através de um sistema eficaz de seguro desemprego, bem como com inúmeras possibilidades de recolocação no mercado de trabalho, inclusive com cursos de qualificação profissional.

No Brasil, há alguns sistemas que bem se aproximam desse sistema largamente utilizado pela Holanda, Dinamarca e Suécia. Embora haja doutrinadores que se posicionam contrariamente ao modelo, a exemplo de Dallegrave Neto (2011, p. 02):

De uma análise fria e sem romantismo, chega-se à inferência de que se trata de mais uma medida em sintonia com a ideologia neoliberal, vez que os objetivos são claros: facilitar a vida da iniciativa privada em detrimento das condições de trabalho que se tornarão mais precárias em face da política de flexibilidade em seus diversos aspectos: contratação temporária; dispensa sem ônus; modalidades de salário vinculadas ao resultado; fixação de horários flexíveis visando atender exclusivamente a demanda da produção.

Tal sistema funcionou satisfatoriamente na Dinamarca, porém, testado em Portugal este fracassou, bem como no Brasil que tentou tal sistema inicialmente através da implementação do artigo 476-A na CLT, no entanto, a realidade econômica dos países citados é totalmente diversa, haja vista que o primeiro está em primeiro lugar dentre os países da União Europeia (28 países) nas seguintes exigências: competitividade internacional; segurança e satisfação no trabalho e nível de bem estar econômico (DALLEGRAVE NETO, 2011, p. 3);

Portugal e Brasil possuem realidades totalmente diversas, estando com a economia terrivelmente abalada, com nível de desemprego e subemprego altíssimos, sendo que o sistema citado funcionaria se a economia do país fosse satisfatória a fim de que o

Estado pudesse dar sua contrapartida. Embora o empregado também não possa negar-se de participar dos cursos de qualificação oferecidos e/ou ainda empregar-se.

Assim há que se observarem os preceitos constitucionais que permitem a flexibilização, embora essa deva se pautar pela combinação do triângulo lei, princípios, hermenêutica. Dessa forma, a lei e os princípios terão que ser interpretados da melhor forma pelo Judiciário trabalhista no momento de sua aplicação a fim de se garantir uma completa harmonização entre os ditames legais, a adequação dos princípios constitucionais protetores, flexibilizando-se, sem, no entanto, extirpar direitos mínimos.

Nesse contexto, oportuno citar as palavras de Nascimento (2011, p. 58):

Depois da CLT, no período contemporâneo, diversas leis deram sequência à diretriz tutelar, mas abrandou-se o teor protecionista da legislação brasileira com diversas normas flexibilizadoras. Toma-se, aqui, a palavra flexibilização no sentido de modificação das condições de trabalho como dos tipos do contrato de trabalho. E mudaram. A CLT permaneceu indiferente ao que acontecia na sociedade, mas leis paralelas foram sensíveis às transformações. Elas foram introduzidas não em decorrência de um projeto e de modo concentrado num mesmo e único momento da história das nossas relações de emprego, mas de forma difusa, por leis esparsas, em momentos políticos e culturais diferentes.

Dessa forma, vislumbra-se que a flexibilização trabalhista é por vezes necessária, se bem utilizada nos momentos de crise pode trazer benefícios para a classe trabalhadora, bem como para as empresas, desde que haja uma harmonização entre todos os institutos, tais como as leis, princípios, os intérpretes dos direitos, os negociadores (sindicatos), empregados e empregadores, a fim de que haja a preservação das empresas, dos postos de trabalho com a manutenção dos direitos mínimos do trabalhador a fim de que o mesmo tenha vida digna.

## **2. A dignidade humana como limitadora da flexibilização das normas trabalhistas**

O instituto da flexibilização é uma realidade atual, que deve ser concebida, interpretada e adaptada da melhor forma possível.

Porém, para se implementá-la a fundo, bem como adequá-la ao direito do trabalho atual, às normas celetistas atuais e à reforma vindoura, deve-se, primordialmente, observar a garantia fundamental prevista da Constituição Federal de 1988, que é a dignidade humana, que tem íntima ligação com a proteção da parte hipossuficiente da relação de emprego que é o trabalhador.

Assim balizados pela força de tal princípio, é possível que se tenha a flexibilização ideal que abranda e torna maleável a legislação, ainda que de forma temporária enquanto durar a dificuldade econômica e financeira das empresas e do país de forma geral, no entanto sem se distanciar das garantias mínimas.

Por exemplo, a legislação brasileira permite a flexibilização com a redução de jornada de trabalho e até mesmo redução dos salários, porém sempre com a garantia de que, pelo menos, o trabalhador receba o salário mínimo, desde que tal negociação ocorra por acordo ou convenção coletiva de trabalho, e as reduções são apenas temporárias. Há defensores ferrenhos em sentido contrário, de que seria injusto, a classe trabalhadora pagar “por essa conta”, haja vista que os mesmos não são culpados pela crise econômica regional, nacional ou mundial.

Muitas vezes o empregado tem seus direitos mínimos desrespeitados, sua dignidade humana severamente abalada e, muitas vezes, com receio de perder seu trabalho, sobreleva a perda de seus direitos garantidos constitucionalmente, que praticamente são reduzidos ao mínimo do mínimo, e sequer garantem a sobrevivência do trabalhador e ainda, muitas vezes, com a aquiescência dos sindicatos de classe que, às vezes, são acuados pelos interesses do governo e da classe empresarial.

Neste norte, constata-se que inúmeros direitos trabalhistas são considerados direitos fundamentais da pessoa humana, sendo que tal princípio atua como entrave e baliza à autonomia da vontade pactuada nos contratos realizados entre empregados e empregadores. Acerca do trabalho e dignidade da pessoa humana, destaca Cassar (2006, p. 409): “[...] forçoso concluir que todos os direitos trabalhistas previstos na lei são indisponíveis, imperativos, cogentes. Somente poderão ser disponibilizados quando a própria lei autorizar sua disponibilidade”.

Há quem defenda que a negociação coletiva deve ser incentivada a fim de que traga benefícios ao trabalhador e jamais para permitir a redução de direitos conquistados arduamente ao longo da história do Direito do trabalho, haja vista que isso redundaria em ofensa à dignidade humana do trabalhador. Conforme destaca Bomfim (2002, p. 18):

Se se permitir que, mediante negociação coletiva, os percentuais ou valores, correspondentes a cada direito ou parcela, sejam reduzidos, os direitos ali consagrados serão, na prática, anulados, perderão efetividade, tornar-se-ão meramente simbólicos. Seria um desvirtuamento da prece constitucional. Criar-se-iam, por via oblíqua, outras exceções, que, ao em vez de visarem à melhoria dos direitos sociais, redundariam em prejuízo destes.

Vale destacar que a flexibilização, na atualidade, deve ser vista com reservas, uma vez que, se aplicada de forma demasiada e não racional, pode vir a ferir de morte os direitos vistos como fundamentais e isso poderia significar uma involução e um vilipêndio à Magna Carta, haja vista que os direitos nela elencados são tidos como indisponíveis.

Desta feita, constata-se que, se os direitos sociais inculpidos no artigo 7º da CF/1988 como garantias constitucionais, têm por finalidade garantir um mínimo existencial ao trabalhador, não poderiam ser minimizados sem ferir o maior bem conquistado pela classe trabalhadora, que é a dignidade.

### **3. Da (in) constitucionalidade da flexibilização trabalhista**

O direito do trabalho considerado em toda sua jornada histórica, passou por imensas transformações, e sempre esteve sujeito às mudanças e influências da política e da economia. As mudanças conjunturais muitas vezes acabam por fragilizar a proteção conferida aos trabalhadores e a denegrir ou anular as conquistas sociais, fruto de muitas lutas ao longo de tantos anos.

Tem-se como fundamento da ordem econômica brasileira a livre iniciativa e o trabalho, sendo considerados estes como imprescindíveis para o desenvolvimento do Estado brasileiro. Porém, a livre iniciativa busca se caracterizar pela chamada responsabilidade social. Há que se lembrar que a carta magna preconiza o direito fundamental à vida, sendo de responsabilidade do Estado assegurá-la sobre duas nuances: o direito de continuar vivo, porém vida com dignidade, no tocante à subsistência e condições de trabalho.

A responsabilidade social muitas vezes não é alcançada a contento pelo mercado, devendo haver intervenção estatal. Ainda assim essa intervenção deve ser buscada com ética e responsabilidade social a fim de que seja promovido não só o equilíbrio econômico, mas também o social, e ratificar o reconhecimento dos direitos sociais e fundamentais implícitos e explícitos da carta magna.

O tema da flexibilização já foi amplamente tratado, porém convém salientar, que esta se refere, a uma harmonização das normas laborais face às transformações ou às dificuldades na seara econômica, sob o argumento de que, a rigidez normativa poderia trazer um significativo aumento das taxas de desemprego. O fato gerador da flexibilização tem diversas origens, a saber: crises econômicas, mudanças tecnológicas, desenvolvimento econômico, aspectos culturais, encargos sociais, desemprego e economia informal.

Neste norte Gonçalves (2007, p. 115):

A flexibilização fundamenta-se ideologicamente na econômica de mercado e na saúde financeira da empresa, justificando-se para que uma empresa saudável gere empregos. É também fundamento da flexibilização a grande massa de excluídos do mercado formal que, com a flexibilização, passaria a integrar o mercado formal que, com a flexibilização, passaria a integrar o “mundo oficial” do trabalho e teria, portanto, mais dignidade. Todos esses argumentos assentam-se na teoria do neoliberalismo.

Para Morato (2011, p. 111): “A flexibilização surge com o discurso de afastar a rigidez legislativa a partir de novo cenário neoliberal e globalizante, e procura-se justificá-la pela crise econômica ou a busca por produtividade e a margem de lucros maiores”.

A Constituição Federal de 1988 possibilitou algumas formas de flexibilização trabalhista, desde que feita sob a proteção e negociação sindical. Assim mais precisamente autorizou a flexibilização em seu artigo 7º incisos VI, XIII e XIV, que tratam de irredutibilidade de salário, salvo acordo ou convenção coletiva de trabalho; Duração do trabalho não superior a 8 diárias e 44 semanais, sendo, no entanto, permitida a compensação e/ou redução de jornada também por acordo ou convenção; Turno ininterrupto de revezamento nas jornadas de 6 horas, desde que negociadas coletivamente.

Os demais direitos sociais insculpidos no artigo 7º são considerados de ordem pública, portanto, não podem ser objeto de negociação nem mesmo a coletiva intermediada pelo sindicato da categoria, sendo que qualquer iniciativa flexibilizatória além desses limites seria inconstitucional.

Verifica-se, no entanto, que o princípio da norma mais benéfica que tem *status* constitucional, e partindo dessa premissa, os sindicatos somente podem negociar direitos *in melius* ao trabalhador, em comparação ao que vem garantido na lei.



A reforma trabalhista corroborou com a possibilidade de flexibilização haja vista que trouxe a prevalência do negociado sobre o legislado, como uma de suas premissas básicas, porém como sustentado aqui também deve se amoldar a norma constitucional.

Sabe-se que as normas pátrias são fulcradas em bases positivistas, o que nos leva a refletir e abordar o aspecto constitucional, haja vista que nossa carta magna tem fundamento no solidarismo. Sobre o fato (Silva, 2002, p. 49-50):

Nossa constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Temos, que as normas jurídicas devem, de certa forma, seguir o escalonamento criado por Kelsen, ideia esta que também é corroborada por Norberto Bobbio (1992, p. 48-99), que afirma que sobre o ordenamento jurídico aceita a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen; ou seja, deve ser respeitada, e todas as normas devem a ela se amoldar.

Ademais, estamos diante do princípio da supremacia da constituição, que é vigente no Estado brasileiro, e que se destaca pela rigidez da constituição, e tem fundamento no escalonamento das normas e determinações do poder constituinte originário (SILVA, 1996).

Aliado a esse fato, temos insculpido no artigo 60, as cláusulas pétreas, também conhecidas como “núcleo duro” da constituição em especial o inciso IV “os direitos e garantias fundamentais”, ou seja, pontos mais difíceis de serem modificados, salvo se por emenda à constituição, justamente por conta da sua

alta importância, fica obstada a sua alteração pela via normativa infraconstitucional.

Neste prisma existem acirradas discussões se os direitos sociais seriam alcançados e inseridos no inciso IV do artigo 6º também como uma *clausula pétrea*, haja vista que “direitos individuais” em tese seriam diferentes de “direitos sociais”, interpretando-se gramaticalmente a Constituição. Porém, essa não é a forma mais correta de se interpretar, na verdade é considerada a “mais pobre” delas, pois é considerada como restritiva, não podendo prosperar, visto que diante da evolução dos direitos fundamentais, a CF de 1988, reconheceu a dignidade humana, o valor social do trabalho, a função social da ordem econômica e a justiça social como seus primados (MORAES, 2001).

O direito do trabalho na Constituição Federal de 1988 é direito fundamental, sendo que tem previsão expressa nos artigos 7º, 8º, 9º e 10. Partindo dessa premissa pergunta-se se tais dispositivos poderiam ser objeto de flexibilização, ou esta seria taxada de inconstitucional?

A doutrina dominante traz teorias que minam a alegação de que a flexibilização seria inconstitucional em seu todo. Haja vista que, primeiramente deveria se considerar uma interpretação sistemática de tais dispositivos constitucionais, já iniciando pelo preâmbulo da Constituição que menciona expressamente a garantia dos direitos individuais e sociais como objetivo do Estado brasileiro. O Estado democrático e social de direito insculpido no artigo 1º, incisos I a III e artigo 3º incisos I, III e IV, sendo que nesse sentido corrobora Sarlet (2003, p. 372): “verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado da nossa Constituição”.

Assim os direitos sociais e fundamentais devem ser respeitados conforme os ditames constitucionais, sendo permitidas algumas hipóteses de flexibilização que não seriam taxadas como inconstitucionais, a exemplo da prevalência do negociado sobre o legislado, embora isso não signifique, a abolição de direitos dos

trabalhadores, sob pena de termos uma ofensa ao princípio do não-retrocesso social e violação dos direitos mínimos indisponíveis, salvo permissivo constitucional do artigo 7º incisos VI, XIII e XIV.

Dessa forma devem ser, portanto valorizados os princípios, que podem ser utilizados como balizas à flexibilização dos direitos trabalhistas, a exemplo do princípio da dignidade humana, valor social do trabalho, como uma forma de mantê-la constitucional.

## **Considerações finais**

Vislumbrando a história do direito do trabalho e seu suporte fático e dogmático, verifica-se que o trabalho humano sofreu intensas e profundas transformações ao longo do tempo, pois o trabalho foi sendo substituídos por processos produtivos em grande quantidade.

Com a qualificação das atividades humanas, imposta pela evolução cultural social e econômica da humanidade, a palavra trabalho passou por uma série de diferentes significados.

A evolução laboral foi e está pautada no processo produtivo de larga escala, sem a preocupação com a “pessoa do trabalhador” e sim com a realização do trabalho em menor tempo possível e aumento da produção a qualquer custo, em especial devido ao sistema capitalista.

Assim a evolução histórica do trabalho humano contribuiu de forma decisiva para o surgimento de legislações, cujo objetivo era estabelecer normas mínimas de proteção.

Nesse diapasão, as normas trabalhistas surgiram e continuam a buscar a melhor condição de trabalho e social ao trabalhador, muitas vezes tornando-se inflexível diante dos avanços econômicos e sociais.

Em suma, a atual legislação tem um conflito legislativo na defesa de direitos individuais por leis protecionistas e a possibilidade de leis flexibilizadoras que possam atender aos interesses econômicos dos empregadores e sociedade de forma geral.

Dessa forma, vale destacar que a legislação, muitas vezes, não consegue acompanhar as evoluções das relações de trabalho e emprego, e tampouco, seria acertado dizer que é papel da lei acompanhar as constantes alterações destas relações, surgindo a flexibilização como fonte de acompanhar as mudanças e os impactos das relações trabalhistas com o escopo de manter e criar novos postos de trabalho e garantir a saúde econômica das empresas, visando o desenvolvimento do país e da sociedade, e não como mecanismo simplório de eliminação de direitos.

Constata-se, que a flexibilização do Direito do Trabalho por intermédio de métodos de negociação, no estado neoliberal apresenta o retorno de situações já ocorridas historicamente, não sendo uma criação de ideias neoliberais, sendo necessária uma ampla discussão ante a dificuldade do processo legislativo que vigora, em especial no Brasil, buscando a necessidade de termos uma harmonização entre o negociado, o legislado e a proteção do trabalhador.

Verifica-se que a flexibilização dos direitos trabalhistas deve ser limitada, haja vista que sua ocorrência tem direta ligação com a questão o trabalho digno e a sua delimitação, e por consequência garantir o mínimo existencial e dignidade, sustentado pelo solidarismo constitucional.

É cristalino que existe uma dificuldade crescente para se encontrar harmonia para a crise social existente atualmente nas relações trabalhistas bem como o objetivo do direito do trabalho e tentar encontrar equilíbrio entre o direito do trabalhador e a sua minimização em detrimento da saúde da empresa e da economia do país, devendo, portanto, utilizar-se da flexibilização e interpretação das normas trabalhistas utilizando os princípios constitucionais da dignidade humana como balizador.

A flexibilização deve, portanto, ter limites, garantindo os direitos mínimos a uma vida digna, sendo-lhe, portanto, permitido que abra mão de alguns direitos.

Nesta vertente, o Estado deve continuar buscando firmemente a regulamentação da relação de trabalho, sua valorização e proteção, podendo excepcionalmente permitir a minimização ou abrandamento de direitos laborais, sempre que isso puder inviabilizar de forma grave a sobrevivência da empresa, desde que comprovada cabalmente a sua situação de precariedade e vias de extinção, sob a influência e interpretação analógica do princípio da reserva do possível.

Assim deve-se olhar com cuidado para tais instrumentos de flexibilização sob pena de ter a proteção ao trabalhador minimizada ou a ponto de termos um retrocesso da legislação protetiva e ofender de forma latente o princípio da dignidade humana, mínimo existencial, reserva do possível e direito ao trabalho justo, princípios estes amplamente garantidos constitucionalmente.

## Referências

BELTRAMAMELLI NETO, Sílvio. **Limites da Flexibilização dos Direitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. **Consolidação das leis trabalhistas**. Dec.-Lei 5452/1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em: 16 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Reforma Trabalhista**. Lei nº 13.467/2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em: 27 jun.2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).> Acesso em: 17 out. 2017.

\_\_\_\_\_. TST. **RO - SDC. Processo nº 10100-50.2005.24.0000**. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1481087/recurso-ordinario-em-acao-anulatória-roaa-101005020055240000-10100-5020055240000>. Acesso em: 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_. STF. **RE nº 895.459-PE**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12923110>. Acesso em: 17 out. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOMFIM, Benedito Calheiros. A legislação trabalhista e a flexibilização. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, ano 28, n.108, out.-dez. 2002.

CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9ª Edição. Editora Método. São Paulo, 2014. (Livro digital).

\_\_\_\_\_. Princípio da irrenunciabilidade da intransacionalidade diante da flexibilização dos direitos trabalhistas. **Revista LTr**. São Paulo: ano 70, nº 04, abr. 2006.

CUNICO, Daiyane de Souza; OLIVEIRA, Lourival José de. Os limites da flexibilização no direito do trabalho sob uma perspectiva constitucional. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR**, v. 14, n. 1, p. 23-44, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/viewFile/4128/2573>>. Acesso em: 12 out. 2017.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Fundamentos para uma Adequada Aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. **In Responsabilidade civil nas relações de trabalho: reflexões atuais: homenagem ao professor José Affonso Dallegrave Neto / Rodrigo Fortunato Goulart, Marco Antônio Villatore, coordenadores**. – São Paulo: LTr, 2011.

GONÇALVES, Antônio Fabricio de Matos. **Flexibilização Trabalhista**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2007.

MACHADO, Gustavo. **O que está por trás do sucateamento da Justiça do Trabalho?** Disponível em: <[http://www.sitraemg.org.br/post\\_type\\_artigo/o-que-esta-por-tras-do-sucateamento-da-justica-do-trabalho/](http://www.sitraemg.org.br/post_type_artigo/o-que-esta-por-tras-do-sucateamento-da-justica-do-trabalho/)>. Acesso em: 12 jan. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORATO, João Marcos Castilho. **Globalismo e Flexibilização Trabalhista**. Belo Horizonte: Inédita, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª.ed.rev.atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva do Direito Constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direitos Sociais**: O Problema de sua Proteção contra o Poder de Reforma na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Antônio Álvares da. Em Defesa das Novas Formas de Trabalho por Prazo Determinado. **Revista Síntese Trabalhista**, v.110, ago./98, Porto Alegre: Editora Síntese, 1998.

SILVA, Jose Antônio Ribeiro da Silva. **Flexibilização da Jornada de Trabalho e o Violação do Direitos a Saúde do Trabalhador**: uma Análise Comparativa dos Sistemas Jurídicos Brasileiro e Espanhol. São Paulo: LTr, 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho. Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.





## **O direito à saúde como exteriorização do princípio da dignidade da pessoa humana: a constituição que constitui!**

*Adriana Coan*

### **Introdução**

Não se pode olvidar que a história dos direitos humanos e fundamentais está intimamente imbricada com a ação estatal em suas diversas expressões, bem como sua fragilidade correlacionada com as insuficiências do Estado Contemporâneo. O fato é que os direitos fundamentais têm fundamentação ética, advém de um fundamento pré-jurídico que convertido e garantido em normas jurídicas vem a consolidar o que existe desde sempre: a dignidade da pessoa humana.

Assim, poderemos perceber ao longo deste estudo que apesar da historicidade dos direitos humanos e fundamentais sociais sua fundamentação não é histórica, mas ética, pois face à relevância de tais direitos, tem consolidada sua vertente jurídica no Estado Democrático de Direito quando a dignidade da pessoa humana é tida como seu fundamento, devendo então o Poder Público pautar todas as suas ações e atividades no sentido não só de preservá-la, mas também de promovê-la.

A saúde foi consagrada como direito social no art. 6º de nossa Carta Magna que, em seu art. 196 lhe conferiu o condão de direito de todos e dever do Estado, sendo enquadrada na seara dos direitos fundamentais sociais. E ainda que não tivesse adquirido o

condão de preceito fundamental, por sua inequívoca vinculação com o direito à vida, sua fundamentalidade restaria inquestionável.

Neste sentido, neste estudo se busca abordar sobre a efetividade na concretização do direito à saúde, que possui fundamento ético e está diretamente vinculado a um direito fonte de todos os outros direitos- o direito à vida-, expresso na exteriorização do princípio da dignidade da pessoa humana, que é a razão de ser de todos os precedentes históricos dos direitos humanos.

O fato é que a dignidade humana sob a ótica kantiana está intimamente ligada à noção de autonomia moral que deve ser tomada pelo poder público como imperativo ético fundamental que, no Estado Democrático de Direito deve levar o homem, efetivamente, a não ser um “ente” tutelado, mas um SER que encontre espaço para o seu desenvolvimento integral para poder chegar à “maioridade”, no exercício da cidadania e da construção da sociedade que se tenciona construir, onde a “constituição é tomada como referência fundante para o resgate da dignidade da pessoa humana, tido como valor universal. (MORAIS, o Advogado, 2002, p. 59-60).

Não se pode olvidar que a saúde não é apenas ausência de doenças, mas é o CUIDADO com a vida na sua totalidade e na sua possibilidade de total desenvolvimento das potencialidades do ser humano. Assim a mesma, visando uma melhor qualidade de vida, tem como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de que cada pessoa tenha acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar, enfim direito à vida, que é um direito a ter direitos, configurando-se como condição da própria dignidade da pessoa humana.

## **1. Os fundamentos do estado democrático de direito**

Nossa Carta Magna em seu art. 1º tem o escopo de trazer à lume que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito que, por assim caracterizar-se é um

estado ético/moral e, que tem como fundamento, entre outros, a *cidadania e a dignidade da pessoa humana*. No artigo em referência se encontram o princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, evidenciando que os direitos fundamentais são elementos básicos para que realize o princípio democrático (PIOVESAN, 2004, p. 90).

Vê-se de forma clara que deste artigo de nossa Constituição se depreendem algumas características ou princípios vinculantes do modelo estatal que se tenciona implantar objetivando uma reestruturação ou transformação social. Sendo assim, este é “um vínculo jurídico-ético-político do qual o Brasil não pode se desapegar”. (SCHARTZ, 2001, p.49).

Com efeito, pode-se dizer que os fundamentos do Estado Democrático de Direito, não se configuram com os qualificativos “democrático” e “de direito”, mas quando se verifica uma generalização dos instrumentos e de ações públicas de segurança e bem-estar social. Pois, o Estado e, conseqüentemente o direito devem servir a três valores: ao bem-comum, a segurança jurídica e à justiça. (RADBRUCH, 1974, p. 417).

Neste sentido, José Luís Bolzan de Moraes, destaca que a Constituição Federal de 1988:

[...] referenda alguns conteúdos que nos conduzem a compreendê-la como inserida no rol daquele constitucionalismo cujo objeto fundante está inserido nos direitos humanos, os quais devem orientar não apenas os trabalhos dos juristas, como também a atuação das autoridades públicas e da sociedade como um todo. (MORAIS, 2000, p. 18).

Neste liame, pode-se dizer que a priorização e efetivação dos direitos fundamentais, no limiar do terceiro milênio, é construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade”. (SARLET, 1999, p. 129). Assim é que nas declarações dos direitos do homem e do cidadão se consolidou um núcleo seguro e fixo dos princípios fundamentais de direito onde é possível trazer para a

aplicação jurídica o bem-comum, a segurança jurídica e a justiça. (RADBRUCH, 1974, p. 417).

Por outro lado, Eusébio Fernandez ressalta a importância de uma teoria dos direitos humanos, sendo fundamental a precisão de linguagem. Pois, falar de direitos humanos significa falar de direitos fundamentais do homem, estreitamente vinculados à noção de dignidade humana e, concomitantemente com estreita ligação com as condições de desenvolvimento dessa ideia. (1987, p.77).

É de se notar que a ideia da existência de direitos fundamentais não traz implícita a noção da existência de uma lista interminável de direitos, que podem assim ser catalogados. Tal conceito está adstrito aos direitos mais essenciais relacionados ao pleno desenvolvimento da dignidade humana, possuindo fundamento antropológico calcado na ideia de necessidades humanas, que possui uma certa hierarquia em função do objetivo que se busca alcançar. (FERNANDEZ, 1987, p.77).

Eusébio Fernandez defende a proposta de que a defesa dos direitos fundamentais “ é um autêntico desafio moral de nosso tempo, a pedra de toque da justiça do Direito e da legitimidade do poder [...] e o procedimento garantidor da dignidade dos seres humanos contra todo tipo de alienação e manipulação (política, cultural, econômica, etcétera)” ( 1987, p.78-79).

## **2. O direito à saúde como direito fundamental social**

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988, prevê que o Estado Democrático de Direito deve assegurar “ o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”. Especificando os direitos sociais em seu art. 6º consagra, entre outros, a saúde como ‘ valor supremo’ (BARRETTO, 2003. p. 107).

Nota-se de tal modo que, face à relevância e inquestionável atualidade da abordagem dos direitos fundamentais da pessoa humana, neste contexto histórico, ousamos enfocar neste estudo o

DIREITO SOCIAL À SAÚDE, que está fulcrado no art. 6º da Constituição Federal de 1988 e, consagrado em seu art. 196, como dever-direito. O dispositivo em tela, dispõe que:

Art. 196 –A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Preliminarmente, se ressalta que o direito à saúde “é *um direito fundamental do homem* (SILVA, 1995, p. 276) sendo que, para Sueli Dallari, tal constatação é indiscutível, pois:

[...] ninguém tem dúvida de que o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização da Nações Unidas, assinada pelo Brasil, quando enumera a saúde como uma das condições necessárias à vida digna, está reconhecendo o direito Humano fundamental à saúde. (O direito à saúde. Revista de Saúde Pública, São Paulo, n. 22, 1988, p. 57).

Não se pode olvidar que a Constituição vigente, “afinada com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi além, consagrando a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria”. (SARLET, Acesso em 25 de set. 2003).

Ocorre que, num primeiro momento, poderia se ter a ilusória impressão de que os direitos fundamentais se restringem aos direitos dispostos no art. 5º da CF/88 e naqueles elencados no seu título II. Mas, tal equívoco geraria uma diminuição das garantias constitucionais dos direitos sociais. Ressalta Anderson Lobato que, “é necessário insistir no caráter fundamental dos direitos sociais [...] pois, o regime constitucional dos direitos humanos no Brasil considera igualmente fundamentais os direitos

“ decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, conforme preceitua o § 2º do art. 5º de nossa Carta Magna”. (LOBATO, Acesso em 25 set. 2003).

Por relevante, convém assinalar que, antes da constituição de 1988, o tema saúde não era estranho ao Direito Constitucional, que atribuía competência à União para legislar sobre *defesa e proteção da saúde*, que na atual Constituição foi declarada como direito de todos e dever do Estado. (SILVA, 1995, p. 276).

Entretanto, assinala Dallari que, nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social até a promulgação da Carta de 1988. (DALLARI, 1995, p. 23).

Temos, pois, que pelo artigo 196 da Carta Magna, a saúde deve ser garantida “mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Serviços e ações estes que, pelo art. 197 deste diploma legal, são de relevância pública. Assim, pode-se dizer que este direito foi submetido ao “conceito de seguridade social, cujas ações e meios se destinam, também, a assegurá-lo e torná-lo eficaz”. (SILVA, 1995, p. 277).

Podemos perceber a procedência desta afirmação, uma vez que a Constituição vigente, dedica um capítulo especial, inteiramente para abordar os direitos sociais. Neste sentido, a atuação administrativa passa a “ter também funções de assistência e integração social, em cumprimento às exigências de justiça e dos direitos sociais declarados na Lei Maior” gerando uma interdependência entre a atuação da administração face às necessidades da população. (MEDAUAR, 1999, p. 26).

Cabe referir que, um dos principais vetores da problemática sanitária brasileira refere-se à conexão existente entre o Estado Democrático de Direito e o Direito à Saúde. (SCHWARTZ, 2001, p. 48). Uma vez que a implantação do Estado Democrático de Direito é tarefa que deve ser assumida por cada cidadão e por toda

sociedade brasileira, pois ele se consubstancia pela busca de efetiva justiça social e de qualidade de vida, que implica em saúde.

Se pode dizer então que, paralelamente, à posse dos direitos fundamentais existem deveres e obrigações fundamentais em relação com eles, pois cada direito implica também um dever. Assim, juridicamente possuir um, equivale à imposição por parte do ordenamento jurídico de um dever jurídico correlativo e complementar a outra pessoa ou a si mesmo (no caso de direito-dever). Entretanto, há que se referir que os direitos são lógicos e axiologicamente anteriores aos deveres, servindo de justificação dos deveres e, nada deveria ter mais deveres que os direitos próprios e alheios. (FERNANDEZ, 1987, p. 79-80).

Neste contexto, se pode dizer que atribuir à saúde o condão de direito fundamental e, restringir-se apenas ao preceito constitucional, é ser simplista. Ocorre que quando se fala em saúde, pelas implicações éticas e sociais dela decorrentes, necessário se faz analisar as garantias para sua efetivação, a eficácia das políticas sociais e econômicas do Estado, verificando se há garantia ao acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos, preservando a dignidade do ser humano.

Ocorre que o direito à saúde é constituinte do princípio da dignidade da pessoa humana, há vinculação do direito à saúde com o direito à vida, pois:

[...] a saúde faz parte do sistema social sobre o qual nos encontramos, e, se quisermos ir mais adiante, faz parte do sistema da vida – que também é sistema social [...] a saúde é um sistema dentro de um sistema maior (a vida), e com tal sistema interage. (SCHWARTZ, 2001, p. 37).

Neste teor de ideias, podemos perceber claramente que a saúde é dinâmica, é um “processo sistêmico [...] pois meta a ser alcançada varia de acordo com sua própria evolução e com os demais sistemas com os quais se relaciona, em especial o Estado e a própria sociedade”. (Apud SCHWARTZ, 2001, p. 37-39).

Com efeito, se pode perceber que o direito à saúde está diretamente vinculado a um direito que, é fonte de todos os outros, que é o direito à vida previsto no art. 5º de nossa Carta Magna, ao redor do qual gravitam outros tantos direitos que o homem busca implementar na vida em sociedade.

### **3. Fundamentação dos direitos humanos e fundamentais sociais**

Nesta ordem de ideias, sendo o direito à saúde um direito fundamental social, para se chegar à sua natureza necessário se faz perquirir sobre os fundamentos dos direitos humanos.

Neste liame, ressalta Vicente Barretto, que vem crescendo o número de filósofos e juristas que enfatizam a relevância de recuperar a temática da fundamentação dos direitos humanos em função de sua fragilidade histórica como categoria de direito frente a governos autoritários. Soma-se a isto o fato de que nas sociedades democráticas contemporâneas “ a aplicação do direito positivo ressentem-se, muitas vezes, de uma subordinação racional a um conjunto de princípios, expressão de valores da dignidade humana, que se explicitaram através da intermediação dos direitos humanos”. (BARRETTO, Acesso em: 25 set. De 2003).

De outra parte, falar sobre os direitos humanos nos suscita um interrogante fundamental sobre o problema do seu fundamento e, se refere ao problema de buscar uma justificativa racional a tais direitos, não podendo haver separação do conceito de direitos humanos fundamentais de seu fundamento, uma vez que a solução que se dá a este influenciará o conceito que sobre ele se mantenha (FERNADEZ, 1987, p. 82).

Assim é que para que os direitos fundamentais sejam implementados no Estado Democrático de Direito, necessário se faz que sejam observados o conjunto de princípios interpretados como expressão racional dos valores que constituem a dignidade humana.



Por outro lado, cabe referir que é criticada a postura de Norberto Bobbio, quando alega que a Declaração Universal de Direitos Humanos gerou um consenso geral acerca de sua validade, resolvendo assim o problema dos fundamentos dos direitos humanos. Afirma Bobbio que o problema se centra na possibilidade de se conhecer o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que sejam violados. FERNANDEZ, 19878, p. 83). Entretanto, afirma Vicente Barretto que, “ há casos em que a justificação e a fundamentação dos direitos é indispensável e indissociável da sua proteção”. (2003, p. 109)

Cabe lembrar que a Declaração Universal de 1948, foi quem conferiu “lastro axiológico e unidade valorativa” para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos enfatizando a sua universalidade, indivisibilidade e interdependência. Permitindo então a formação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos que “ refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelo Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos. (PIOVESAN, 2004, p. 84-85).

Neste contexto, se pode dizer que a indagação sobre a fundamentação dos direitos do homem deve ser perquirida necessariamente em função dos valores que traz em seu bojo, bem como das justificativas que se apresentam para que sejam defendidos. Neste sentido, qual é a fundamentação que lhe confere uma justificativa mais apropriada? Qual é efetivamente sua natureza?

### **3.1 A fundamentação histórica**

Para Bobbio, a natureza dos direitos sociais é histórica, uma vez que:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra

velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, nem de uma vez por todas. (1992, p. 5).

Então, a partir de uma fundamentação histórica dos direitos humanos podemos percebê-los como direitos variáveis e relativos a cada contexto histórico no qual os homens se encontram inseridos. Diferenciando-se dos direitos jus naturalistas, por serem direitos históricos, variáveis e relativos e constituindo-se como direitos sociais por estarem diretamente vinculados com a evolução da própria sociedade. (FERNANDEZ, 1987, p. 100-101).

Observa-se, outrossim que, o direito à saúde pode ser analisado sob o enfoque da teoria das gerações dos direitos, de Norberto Bobbio, pois sendo a saúde, por assim dizer, uma extensão do próprio direito à vida e, vida com qualidade, seu aprofundamento se dá também pela compreensão da teoria por ele desenvolvida.

Veja-se, pois, que, sob este enfoque e, pela natureza histórica do direito a saúde podemos catalogá-lo como *direito de primeira geração*, pois, de acordo com José Luiz Bolzan Moraes, no Estado Liberal, a saúde seria pensada dentro dos ditames do individualismo, onde cada pessoa, no pleno exercício de sua liberdade, escolheria profissionais médicos para cuidar de sua saúde. (SCHWARTZ, 2001, p. 52).

Com efeito, a saúde é direito de primeira geração por estar conectada ao direito à vida, por ser um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Veja-se, pois, que, integram a classificação dos direitos de primeira geração, os chamados direitos individuais, “nascidos e caracterizados pela titularidade individual e pela possibilidade de serem opostos e resistidos contra a vontade estatal.

Por pertinente, cabe recordar a lição de Leonel Severo Rocha, quando afirma que “o surgimento da geração de direito posterior ou subsequente não elimina direito de geração

anteriormente”. (Apud Schwartz, 2001, p. 52). Isto se verifica no inclusive, no direito à saúde.

Observe-se então que, sob o influxo do art. 6º da CF/88, a saúde é também *direito de segunda geração*. Ocorre que está é uma geração de direitos na qual se exige do estado prestações positivas no sentido de garantia/efetividade da saúde, sob pena de ineficácia de tal direito. Com isso, a saúde começa a ser pensada de forma preventiva, não apenas curativa, pois com a previsão do art. 196 é reconhecida como direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas, regulamentada pela Lei 8.080/90”. Schwartz, 2001, p. 53).

De outra parte, face à sua relevância e abrangência, a saúde também integra o rol dos *direitos de terceira geração*, composto pelos direitos transindividuais, também denominados de direitos coletivos e difusos. Outrossim, também se consubstancia como, os direitos de quarta geração, pois relacionada aos direitos à biotecnologia e a bioengenharia. E, ainda, pode ser catalogada como *direitos de quinta geração*, que são aqueles que possibilitam um estado de bem-estar mediante o acesso a computadores e à Internet. Sendo ainda *um elemento de cidadania* na ótica do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Face ao exposto podemos referir que na opinião de Eusébio Fernandez, a visão historicista não responde todas as interpelações dela decorrentes. Tece duas críticas sobre a mesma: A primeira aponta que a variedade histórica pode ser aplicada a direitos cívico-políticos, econômico-sociais e culturais, entretanto não aos direitos pessoais como à vida, a integridade física, que ainda que apresentem variação em seus matizes, são permanentes (FERNANDEZ, 1987, p. 102).

A segunda crítica decorre do fato de que sendo os direitos humanos decorrência de satisfação de necessidades humanas que como direitos devem ser valores integrados em normas jurídicas faz-se mister realizar uma eleição das mesmas para que os direitos humanos estejam vinculados às mais relevante para a vida

humana. Do contrário todas as necessidades humanas deveriam ser reconhecidas e garantidas (FERNANDEZ, 1987, p. 102).

Diga-se, pois, que as críticas tecidas por Eusébio Fernandez são consistentes, pois os direitos mais fundamentais para o homem, que são os direitos pessoais, não podem ter seu reconhecimento adstritos a determinado contexto histórico. De sua segunda crítica se extrai a dimensão valorativa que deve pautar os direitos fundamentais face às ilimitadas necessidades do ser humano.

Na verdade, a segunda crítica do autor já dá ensejo a uma fundamentação axiológica que se passa a abordar.

### **3.2 A fundamentação ética**

Assim é que dá fundamentação ética ou axiológica se depreende que os direitos fundamentais advêm de um fundamento pré-jurídico, uma vez que não criam direitos humanos, apenas fazem o seu reconhecimento, garantindo-os e convertendo-os em normas jurídicas. Tal fato decorre da existência de valores que consubstanciam os fins da vida individual, social e política já embutidos em todas as normas morais e jurídicas. (FERNANDEZ, 1987, p. 102).

Em outras palavras, a fundamentação dos direitos humanos éticos ou axiológicos, parte da ideia de que os mesmos não podem ser fundamentados senão por um fundamento ético axiológico ou valorativo, em torno das exigências que consideramos imprescindíveis para a vida humana decorrentes das exigências da própria dignidade humana que é a “razão de ser de todos os precedentes históricos dos direitos humanos” (FERNANDEZ, 1987, p. 107). Com efeito os direitos humanos estão além e acima da organização estatal, por terem suas raízes fincadas” em última instância, na consciência ética coletiva. (BARRETO, 2003, p. 124).

Cumprir então elucidar que, paralelamente, a todo direito humano como direito moral há um correspondente direito estritamente jurídico, pois na fundamentação ética dos direitos

humanos fundamentais, os direitos morais são “ o resultado da dupla vertente ética e jurídica (FERNANDEZ, 1987, p. 108-109).

Veja-se, então, que assim como os direitos humanos, os direitos sociais têm características, que podem ser elaboradas em função de qualidades relacionadas com a dignidade humana o que também lhe confere natureza ética que pode ser perfeitamente demonstrada a partir de uma fundamentação racional. (BARRETO, 2003, p. 124-125).

No que tange ao direito fundamental à saúde, assevera José Luiz Bolzan de Moraes, que há abrangência em sua conceituação, pois é uma “questão do cidadão ter direito a uma vida saudável, levando à construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhe benefícios”. (Apud Schwartz, 2001, p. 40).

Visto sob este prisma, falar em saúde como direito social fundamental, face ao valor primeiro que dele decorre e o princípio que lhe é constituinte, é muito mais do que apenas fazer o seu enquadramento na ceara dos direitos fundamentais. De fato, é ampliar os horizontes buscando fundamentos em princípios axiológicos, implementando condições para que não se tenha apenas uma “morte digna”, mas, se tenha plena consciência de que é pelo exercício da cidadania e luta pelos direitos de qualidade de vida e, de vida com qualidade, enfim, de dignidade humana que a mesma se concretiza.

Acrescente-se que, na realidade, a qualidade de vida é formada por outros direitos que a compõe, interagem e influem. Direitos esses que, podem ser nominados de “*direitos afins ao direito à saúde*”. Vale dizer, são direitos afins à qualidade de vida. São os direitos que influirão no conceito de saúde.

Face ao arrolamento de alguns dos *direitos afins à saúde*, Scliar conclui que, não se pode negar que o seu conceito esteja ligado ao “aspecto de sua *promoção*”, onde a “*qualidade de vida*” passaria a ser a imagem-horizonte”. (Apud SCHWARTZ, 2001, p.39).

Por outro lado, Dejours entende a saúde como o acesso aos meios indispensáveis para que seja efetivada, sendo que para cada homem, mulher ou criança, ter saúde significa “ ter os meios de traçar um caminho pessoal e original, em direção ao bem-estar físico, psíquico e social”. (SCHWARTZ, 2001, p. 43).

Adiante veremos que esta ideia é central no princípio da dignidade da pessoa humana sob a ótica Kantiana, pois todo ser humano tem o direito originário de auto-constituir-se, de traçar seu caminho pessoal, de expressar-se como pessoa, por isso o ser humano é um fim em si mesmo.

José Afonso da Silva, ressalta, que o exercício da cidadania não se restringe a ser titular de direitos políticos, mas confere ao indivíduo o reconhecimento de ser pessoa integrada à sociedade estatal, com direitos políticos, direitos à educação e à dignidade humana, consubstanciando a meta do regime democrático. (1995, p. 96).

Assim, ter direito à saúde- é ter direito à vida - um direito igual baseado na propriedade comum a todos os homens de serem considerados como seres humanos, independentemente de qualquer contingência histórica ou cultural, característica física ou intelectual, poder político ou de classe social (FERNANDEZ, p. 107). É ter direito a ser tratado como um fim em si mesmo, uma vez que a vida humana está acima de qualquer outro valor existente na sociedade, não tem preço.

#### **4. O direito á saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana**

Face ao exposto, facilmente se denota, que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ganha, “substância moral e jurídica, passando a integrar o sistema normativo, perdendo seu caráter adjetivo, não mais sendo um simples ideal, pouco definido e dependente da vontade mutante do legislador”. (BARRETO, 2003, p. 124).

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 ao focar a ordem econômica em seu art. 170, tem o intuito de assegurar a todos uma existência digna, visando à ordem social (art. 193) à realização da justiça social e à educação, bem como ao desenvolvimento e o preparo para o exercício da cidadania (art. 205). Neste sentido, e partindo-se da concepção de Ronald Dworkin:

[...] acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam exigências de justiça e dos valores éticos [...] que constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. (Apud, PIOVESAN, 2004, p. 91).

Por relevante, convém assinalar o posicionamento de Gomes Canotilho e Vital Moreira quando destacam a dignidade da pessoa humana como a “referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”. Na visão desses dois autores, não se pode restringir a dignidade da pessoa humana a uma visão pessoal ou particularizada, uma vez que:

[...] o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a no caso dos direitos sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais. (CANOTILHO, 1984, p. 70).

Desse modo se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana “impõe-se como núcleo básico informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional (PIOVESAN, 2004, p. 93), pois, segundo Bonavides, ‘nenhum

princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana” (PIOVESAN, 2004, p. 94-95).

É de extrema importância referir que, a vertente do Direito pós-guerra, tanto no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional), quanto no âmbito internacional, tem na dignidade da pessoa humana, o princípio unificador e centralizador de todo o sistema normativo. Diga-se pois, que o mesmo pode ser catalogado como “superprincípio constitucional, norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido. (PIOVESAN, 2004, p. 95).

Tal configuração se acentua ao final da segunda guerra mundial, quando há um repúdio a um ordenamento jurídico destituído de valores éticos. Busca-se uma “reaproximação da ética e do Direito e, neste esforço surge a força normativa dos princípios, especialmente, do princípio da dignidade humana. Há um reencontro com o pensamento Kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua (PIOVESAN, 2004, p. 95).

Cumprido esclarecer que o humanismo moderno se fundamenta, em grande parte, na filosofia de Kant que apresenta a melhor fundamentação para a dignidade humana. Assim para Kant a modernidade seria a chegada da humanidade à maioria que se expressa em função da autonomia do ser humano que toma nas mãos seu destino, assumindo-se como artífice de sua história, não sendo mais tutelado por um outro. (JUNGES, 2000, p. 146-147).

Assim o objetivo do humanismo iluminista é levar o ser humano à consciência moral autônoma, que é a base da própria dignidade. Kant, assim propõe uma autonomia intersubjetiva, que implica em colocar-se na perspectiva universal de um reino de fins, não opostos aos imperativos morais do dever, pois sendo a consciência autolegislatória, impõe a si mesmas máximas universais. Busca-se assim, resgatar o respeito absoluto à



dignidade humana como imperativo ético fundamental, pois a autonomia está diretamente ligada à dignidade humana (JUNGES, 2000, p. 145).

Assim é que, para Kant toda e qualquer espécie racional deve existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio para ser utilizado para determinado propósito. Os objetos são ‘coisas’ por terem um valor condicional, enquanto irracionais, podendo ser substituídas por outras equivalentes, por isso os denominamos de coisas. Já as ‘pessoas’ são seres racionais, e não podem ser tomadas como meios. São insubstituíveis e únicas, tem um fim em si mesmas, um valor intrínseco absoluto, por isso são dotadas de dignidade. Assim se manifesta Kant:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela, qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela, qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade (KANT, 1960, p.76).

Ademais Kant entende que a autonomia seja a base da dignidade humana de qualquer criatura racional, uma vez que a ideia de liberdade está intimamente conectada com a concepção de autonomia por meio de um princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações dos seres racionais. Seu imperativo categórico universal é ‘ aja apenas de forma que a sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em uma lei universal’. (PIOVESAN, 2004, p. 95-96).

Pode-se dizer então que a ideia da dignidade humana em Kant encontra base na autonomia moral da consciência que tem como características fundamentais: a incondicionalidade (absoluta prioridade), superioridade absoluta (acima de qualquer preço) e a incomensurabilidade (nenhum equivalente) (JUNGES, 2000, p.149).

Destaca Flávia Piovesan que da repercussão desta vertente Kantiana emergiu o valor da dignidade humana como valor inerente à pessoa tanto no plano internacional como emergência da concretização do ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’, quanto no plano nacional (constitucionalismo local) com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana (2004, p.96).

E, assim, se pode perceber que o modelo teórico kantiano nos fornece elementos para examinar a fundamentação ética dos direitos sociais. Vicente Barretto defende a ideia de que em sua segunda formulação do imperativo da moralidade aponta para a natureza social do ser humano (BARRETTO, 2003, p. 133), dispondo que – “ seres racionais estão, pois todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si” (KANT, 1960, p. 75).

Também da obra Kantiana, se extrai um ‘imperativo jurídico categórico’. Ressalta Hoffe que nela é possível perceber, – uma abertura metodológica que nos permitirá desenvolver a idéia de que os direitos sociais têm caráter de universalidade obrigatória, uma vez que representam a dimensão de *bios politikòn* das pessoas por serem direitos que se encontram nas origens da sociedade humana (Apud BARRETTO, 2003, p. 133).

Neste sentido, o Estado Democrático de Direito, fundado sobre o regime democrático pretende assegurar a inclusão social que tem como pressupostos a participação popular e o exercício dos direitos da cidadania, do qual se depreende o conceito jurídico clássico de vinculação jurídica entre o cidadão e o Estado.

Tal vínculo no Estado Democrático de Direito é ampliado, estendendo ao cidadão direitos civis (liberdades individuais), políticos (participação política) e direitos sociais como o direito à saúde que, pelo art. 196 de nossa Carta Magna, é consagrada como direito de todos e dever do Estado. Daí porque a saúde é “direito público subjetivo, tornando possível ao cidadão-credor exigir do

Estado-devedor a devida prestação sanitária, seja por meio judicial ou administrativo, desde que o Estado não cumpra o dever a ele imposto (SCHWARTZ, 2001, p. 25).

Conforme constata Ingo Wolfgang Sarlet, “a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais [...] condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade” (SARLET, 2001, p. 46).

Podlech por seu turno, quando enfoca a abrangência da dignidade da pessoa humana, a cataloga sob o enfoque de tarefa ou de prestação que é imposta ao Estado, de modos que tal conceituação imputa ao Estado a obrigação de guiar suas ações:

[...] tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária (SARLET, 2001, p. 46).

Visto sob este prisma, o Estado deve ser aquele que promove e preserva a dignidade humana. Mas, face à estrutura organizacional que mantém para prestar saúde e as políticas públicas que implementa, podemos perceber que ele ao menos a esta preservando?

Em regra, a doença deveria ser uma situação transitória. O normal na vida da pessoa humana seria ter saúde, o que não significa apenas ausência de doenças, mas, vida plena, que está diretamente vinculada à qualidade de vida, à questão ecológica, à sua dignidade humana.

Quando o indivíduo está doente encontra-se atingido em sua dignidade humana, pois sua liberdade foi tolhida, por muitas vezes não poder sequer prover suas próprias necessidades. O ser humano sem saúde, ou sem condições que lhe confirmam qualidade de vida tem sua própria liberdade cerceada. Aqui percebemos que a questão da saúde se liga ao direito de liberdade, que segundo Kant

é “a maioria da consciência do ser humano”, por isso um direito irrenunciável.

Forçoso é reconhecer, então, que o direito à saúde deve ser defendido não só pelo próprio sujeito de direito, mas também pelo poder público, legitimamente constituído para zelar pela vida humana em sua integralidade, pois, a pessoa atingida em sua liberdade encontra-se cerceada em sua essência, está “em menoridade, sob a tutela de um outro” (JUNGES, 2000, p. 147)

Neste ponto, é relevante referir Podlech, que faz um questionamento interessante que pode servir de interrogante para esta questão: “até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade) (Apud SARLET, 2001, p. 46).

Assim, com fulcro na dimensão de “Estado Social”, que tem seus fundamentos elencados no art. 1º da CF/88, podemos perceber a essencialidade da preservação da dignidade da pessoa humana, pois, a mesma “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 1995, p 42)

## 5. Efetividade do direito à saúde

Entretanto, cabe referir que os direitos sociais são os direitos fundamentais que face à sua natureza peculiar mais tem suscitado controvérsias no que tange à sua eficácia e efetividade, “inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização” (SARLET, 1999, p. 130).

Da lição de José Afonso da Silva, quando distingue *eficácia social da norma*, (sua obediência e aplicação aos fatos) *da eficácia jurídica*, temos que o alcance desta, “diz respeito à aplicabilidade,

exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”. Daí porque há conexibilidade entre eficácia e aplicabilidade, sendo a *eficácia* a potencialidade, pois passível de gerar efeitos jurídicos e, a *aplicabilidade* a realizabilidade. Assim é que, juridicamente, somente haverá eficácia na norma vigente, “por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade (SILVA, 1995, 42).

Luís Roberto Barroso (Apud SARLET, 1999, p.154) define a efetividade como “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, [...] materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.

Além das controvérsias existentes na eficácia e efetividades dos direitos sociais fundamentais, não se pode desconsiderar a situação do Estado Social, que “encontra-se gravemente enfermo” ultrapassando uma crise advinda do “impacto da globalização econômica e das doutrinas de matriz neoliberal sobre os direitos fundamentais, de modo especial os direitos sociais [...] a crise do Estado Social de Direito é, também de certa forma, a crise da democracia”. (SARLET, 1999, p.130-133)

Vê-se, neste sentido que, o enfraquecimento do Estado Social advindo do aumento da opressão socioeconômica e da exclusão social age diretamente sobre a capacidade do poder público de possibilitar efetiva fruição dos direitos fundamentais. No entanto, é fundamental destacar que a:

[...] crise dos direitos fundamentais não se restringe a uma crise de eficácia e efetividade, mas se revela também como uma crise na esfera do próprio reconhecimento e da identidade dos direitos fundamentais, ainda que está se encontre diretamente vinculada à crise da efetividade (SARLET, 1999, p.130-133).

Com efeito, é preocupante a atual conjuntura macroeconômica, entretanto, a inoperância do Poder Público na efetivação dos direitos sociais fundamentais não pode ser justificada pela crise advinda de fatores externos ou de

fundamentos dos próprios direitos. Pois, pela sua própria natureza, a crise deveria ser uma situação transitória. Deve, necessariamente, ser ultrapassada com a análise de seus indicadores, vontade política, planejamento, estabelecimento de prioridades, bem como de novos instrumentos que tragam efetivação, especialmente no campo da saúde, que é questão determinante para todo ser humano. Ocorre que a saúde é essencial, é o mínimo que o ser humano pode dispor para lutar por outros meios e condições que lhe permitam viver com qualidade, liberdade e dignidade humana.

Nesta mesma linha de raciocínio, Larissa Maria de Moraes Leal, aduz que a proteção e defesa da vida deve ser vista de forma dilatada em consonância com todos os outros direitos fundamentais, à luz das diretrizes magnas, pois existe:

[...] uma umbilical ligação entre a garantia da dignidade da pessoa humana e a proteção à vida, através da gestão das relações exercidas pelo Estado. O direito à vida, [...] à saúde, e à convivência pacífica decorrem de forma escorregada dessa garantia constitucional. Daí porque devemos tratar da dignidade da pessoa humana na ambivalência orçamentária... (LEAL, Acesso em: 17 de setembro de 2003).

Cumprido ressaltar que conceituar a dignidade da pessoa humana delimitando seu campo de abrangência enquanto valor da humanidade, é uma questão tormentosa, uma vez que ela atua como verdadeira cláusula geral para efetivar a igualdade entre os seres humanos e a extensão dessa igualdade em meio à sociedade.

Entretanto, apesar de sua indeterminação conceitual, resta indubitável que ela emana inequivocamente da Carta Magna, como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito. Alcançando o status de “qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado...” (SARLET, 2001, p. 40)

Com efeito, sendo a noção de dignidade um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento, por ser repositório de perene evolução, acompanhando a própria evolução de nossa concepção de Estado que, na CF/88 “superou-se enquanto fim próprio de organização da sociedade em sentido estrito, para transformar-se em um ente administrador, criador e, ao mesmo tempo, realizador do bem-estar do homem”. (LEAL, Acesso em: 17 de setembro de 2003).

Neste sentido, pode-se afirmar que a configuração de um Estado Social de Direito que constitui um Estado Social, se “realiza mediante os procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito voltado à consecução da justiça social” (SARLET, 1999, p. 133).

No tocante a este tema cita-se o ensinamento de José Afonso da Silva que, entende os direitos sociais como:

[...] dimensão dos direitos fundamentais do homem, pois são prestações positivas estatais enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que por sua vez proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Nesta linha de pensamento, traçando o perfil de nova modalidade de Estado Democrático de Direito, Luis Bolzan de Moraes, fulcrado na elaboração de Canotilho e Moreira José, desenvolvendo os pressupostos materiais (juridicidade, constitucionalidade e Estado de Direitos Fundamentais) classifica seus princípios, como:

(i)constitucionalismo – sendo a Constituição o elemento fundante das garantias jurídicas, colocando o princípio da supremacia da Constituição como vértice do ordenamento

jurídico; (ii) organização democrática da sociedade – incorporando-se novos elementos de democracia, tais como as ONGS, aos mecanismos tradicionais; (III) *sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos* - em que a Constituição deve garantir a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem; (IV) justiça social como elemento de correção das desigualdades sociais; (v) igualdade; (vi) divisão de poderes ou de funções; (vii) legalidade; (viii) segurança e certeza jurídicas (Apud SCHWARTZ, 2001, p. 49).

Desse modo, o Estado Democrático de Direito extrapola o status de Estado de Direito apenas, para ser uma modalidade de transformação social, na qual a lei passa a ser instrumento fundamental de mudança do *status quo*, fundamentada e baseada em vetores axiológicos, tais como os direitos fundamentais do homem.

Neste contexto, pode-se dizer que a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito é superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social e promova a dignidade da pessoa humana, tendo o ser humano efetivamente como um fim.

Conforme Sebastião Botto de Barros Tojal, “está, pois, o Estado juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde visando a construção de uma nova ordem social, cujos objetivos, repita-se, são o bem-estar e a justiça social, pois a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas” (Apud SCHWARTZ, 2001, p. 51).

## **Considerações finais**

No presente estudo foi possível perceber a relevância de perquirir sobre o fundamento dos direitos humanos e fundamentais sociais, uma vez que os direitos sociais são o núcleo normativo central do Estado Democrático de Direito. Assim se pode dizer que, indubitavelmente, pelo caráter de exigência moral como condição da



sua normatividade, os direitos fundamentais não podem ficar adstritos ao mero arbítrio da administração/ poder público.

Não se poderia deixar de referir que a cidadania, fundamento do Estado Democrático de Direito reveste-se de grande fundamentalidade, uma vez que é ela que permite que o indivíduo se sinta partícipe da sociedade, integrante da comunidade no qual se encontra inserido, desde que, na medida que esta sociedade/comunidade se preocupe ativamente com sua sobrevivência, e, diga-se de passagem, com uma sobrevivência digna.

Assim, se pode dizer que à medida que a saúde foi submetida ao conceito de seguridade social pelo art. 197 de nossa Carta Magna, não podemos nos desapegar da noção de cidadania que possui uma via de dupla mão, dirigindo-se da comunidade para o cidadão e vice-versa. Logo, o cidadão que contribui com a seguridade social, não só pode como deve exigir pelos meios administrativos ou judiciais que o Estado implemente políticas públicas suficientes e eficientes, indispensáveis para uma vida digna, pois contribui preliminarmente fornecendo subsídios a serem aplicados na implementação do direito social à saúde.

É lamentável que o cidadão brasileiro, no que tange ao direito-dever à saúde, nem sempre consegue ser cidadão. Apesar de haver uma inversão na lógica axiológica -de que os direitos são anteriores aos deveres, pois preliminarmente ele cumpre o dever, contribuindo com a seguridade social e, muitas vezes, não consegue usufruir do direito correspondente, não sendo, portanto, reconhecido como cidadão, tendo seu direito desrespeitado. Entretanto, o exercício da cidadania é irrenunciável no resgate da dimensão axiológica dos direitos fundamentais, pois não poder usufruir do direito à saúde é ver negado o direito à própria vida que é o bem maior do ser humano.

Não se poderia deixar de referir que, se há crise na implementação do direito à saúde, não é possível justificá-la pelos motivos que a fundamentam, pois, os fundamentos dos valores que

ela atinge não necessitam de justificativa, mas de proteção e defesa face à sua relevância social.

O direito à saúde não pode continuar adstrito a políticas calcadas na “reserva do possível” ou na garantia do “mínimo necessário”, pois este descaso do poder público, sob a ótica Kantiana, coisifica o ser humano, pois cerceia totalmente sua dignidade como pessoa humana, diminuindo o seu valor essencial. Faz com que o ser humano deixe de ser um fim em si mesmo, passando a ter um preço, pois seu direito à vida digna está constantemente disputando um orçamento com outras prioridades sob o arbítrio de interesses e políticas governamentais.

Não se poderia deixar de lembrar pois, que a Constituição, como explicitação do Contrato Social originário é que deve instrumentalizar a atuação do Poder Público no sentido de atender às necessidades de seu ente criador, qual seja o homem em sociedade. Assim, sua existência somente será legítima quando estiver a serviço da própria sociedade, assumindo compromisso intrínseco com o bem comum ou interesse coletivo. E a saúde como bem maior da vida deve ser priorizada, deve ser efetivada.

Por fim, cabe ainda dizer que o Estado Democrático de Direito, previsto, no artigo 1º de nossa Constituição, somente será implementado se o princípio da dignidade da pessoa humana, efetivamente for o centralizador e unificador de todo o sistema normativo.

Assim, com certeza serão implementadas políticas que visem construir uma sociedade livre, justa e solidária, com o escopo de impedir a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais com a promoção do bem de todos, sem quaisquer discriminações. E, cada pessoa, poderá atingir sua plena autonomia assumindo seu papel de partícipe desta sociedade, ocupando o seu lugar de cidadão na contribuição e gozo de seus direitos sociais, pois será acolhido por e, em sua comunidade cidadã, que proverá as necessidades que lhe permitam uma vida com dignidade.

## Referências

- BARRETTO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.), In: Direitos fundamentais sociais; estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. **A leitura ética da Constituição**. Disponível em: < [.http://www.zuerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente\\_barreto/vb\\_8html](http://www.zuerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_8html) >. Acesso em: 25 set. De 2003
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 2 ed., v.1, Coimbra: Coimbra editora, 1984)
- DALLARI, S.G. **Os Estados Brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: HUCITEC, 1995
- DALLARI, Sueli. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, n° 22, 1988.
- FERNADEZ, Eusébio. **Teoria De La Justicia Y Derechos Humanos**. Santa Olalla de Molledo: Editorial Debate, 1987.
- JUNGES, José Roque. **O respeito à dignidade humana como fundamento de todo o humanismo**. In: OSOWSKI, Cecília Irene (org.) Teologia e humanismo social cristão: traçando rotas. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Coimbra: Biblioteca Filosófica Atlântida, 1960.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988**. In: (Neo) constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n° 2, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 90.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. **A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Disponível em: < [http://www.sces.br/direito/revista\\_....](http://www.sces.br/direito/revista_....) >. Acesso em: 17 set. 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: 2010.

LIMA, George Marmelstein. **A efetivação judicial do direito á saúde – decisão comentada** . Disponível em: < <http://www.georgelimahpgig.com> >. Acesso em: 17 set. 2003.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais**. Disponível em: < [http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/Textos\\_DH/Protjurisd\\_desc.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/Textos_DH/Protjurisd_desc.htm) > Acesso em: 25 set. 2003.

MAIA, Marcela de Almeida; SOUZA, Romina Nóbrega e. **Direito à saúde**. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/oficinas/dhparaiba/ssauade.html> >. Acesso em: 21 de julho de 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 3 ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1999, p. 26.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Constituição ou barbárie – perspectivas constitucionais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 18.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2002, p. 59-60.

MORIN, Edgar. *A Religação dos Saberes: o desafio do sec. XXI*. Trad. E notas de Flávia Nascimento, Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2001, p. 437.

OLIVEIRA JUNIOR, Mozart de Oliveira. **O Financiamento do Sistema Único de Saúde no Brasil**. Disponível em:< [http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_saude\\_brasil](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_saude_brasil) >. Acesso em: 17 de setembro de 2003.

RADBRUCH, Gastão. **Filosofia do Direito**, Coimbra: Armênia Armada Edita, 1974

ROZICKI, Cristiane. **Direito e cidadania**. Disponível em: < <http://www.nossacasa.net/dire/texto.asp?texto=62> >. Acesso em: 03 set. 2003.

\_\_\_\_\_. Qual é o valor da vida? Disponível em: < <http://www.mail-archive.com/direitos-humanos@grupos.com.br/msg00707.html> >. Acesso em: 03 set. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Público em tempos de crise – estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e direito privado - algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. In SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Disponível em: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 25 de set. 2003.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde – efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacir. **Do Mágico ao Social: a trajetória da saúde pública**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

O direito à saúde. Revista de saúde pública, São Paulo, n. 22, 1988, p. 57). In: *A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial*. Disponível em: < <http://www.sces.br/direito/revista....> >. Acesso em: 17 de setembro de 2003.



## **O estatuto da cidade e seus instrumentos garantidores de uma moradia digna: da desapropriação urbanística**

*Rodolfo Fares Paulo  
Wellington Fernandes Pereira*

### **Considerações iniciais**

Ao término da Segunda Guerra Mundial, inicia-se um movimento de ordem principiológica de valorização do ser humano, da dignidade da pessoa humana. Tal movimento teve diversos desdobramentos sociológicos e jurídicos por todo o mundo.

No Brasil, é de se acentuar a Constituição Federal de 1988 que prevê a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

Os direitos fundamentais e sociais nada mais são que meios e instrumentos que tem por finalidade última a realização da dignidade da pessoa humana.

Dentre os direitos sociais, apontamos o direito à moradia que teve como marco inicial um dispositivo constante na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que atribui a toda pessoa, um padrão capaz de assegurar para si e para sua família direitos como a habitação, dentre outros meios de proteção.

Tal direito foi introduzido na Carta Cidadã de 1988 por meio da Emenda Constitucional n.º 26 de 2000.

Com isso em mente, no presente artigo, trataremos de alguns instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico pátrio, mormente no Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257/2001, haja

vista que com o grande e constante êxodo rural, se faz necessário uma política urbana que procure equalizar direitos, tais como o direito à propriedade e o direito à moradia, tendo por finalidade uma visão menos individualista e mais preocupada com o coletivo.

Destaca-se a desapropriação urbanística, que é um dos instrumentos previstos na lei supracitada que busca atenuar os efeitos causados pelo desenvolvimento urbano desordenado e a marginalização da população.

Os instrumentos jurídicos que buscam equacionar as disparidades existentes na sociedade moderna é uma das diversas formas de intervenção do Estado, que deve atender as necessidades da sociedade como um todo, apoiando e implementando soluções que permitam a ascensão de todas suas camadas, sobretudo no tocante ao direito à moradia digna.

## **1. Política urbana e função social da cidade**

A Constituição Federal confere ao meio ambiente uma proteção jurídica, proteção esta que abrange inclusive o meio ambiente artificial ou urbano, uma vez que se trata do habitat natural do ser humano. É, portanto, nesse sentido que Padilha traz que o conceito de meio ambiente urbano:

[...] é compreendido pelo espaço urbano construído e todo o conjunto de edificações, estrutura e elementos que compõem o conceito de cidade, enquanto um complexo demográfico formado social e economicamente por uma importante concentração populacional não agrícola. (PADILHA, 2010, p. 406)

Surge nesse momento o direito à cidade, uma vez que, segundo Nolasco, o entendimento dos constituintes de 1988, afirma que a Política Urbana tem como objetivo principal ordenar o planejamento e o pleno desenvolvimento das funções da cidade e de sua propriedade urbana. (NOLASCO, 2008, p. 105)



Portanto, devido ao fato de o meio ambiente urbano estar fortemente ligado ao meio ambiente natural, é que a nossa Carta Magna resolveu atribuir às cidades um sistema de defesa visando a preservação de seu equilíbrio. É nesse sentido que no Título VIII, Da Ordem Econômica e Financeira, encontramos o Capítulo II, que trata da política urbana.

Cabe ao Poder Público Municipal ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, bem como garantir o bem-estar dos seus habitantes, devendo possuir como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, o Plano Diretor, que dentre outras funções deverá determinar a função social da propriedade urbana.<sup>1</sup>

A Constituição Federal atribui ainda ao Município, em seu artigo 30, inciso VIII, a competência de “promover, no que couber adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

Foi tendo como base os referidos dispositivos constitucionais que regulam as diretrizes da Política de Desenvolvimento Urbano que, se preocupando com o desenvolvimento urbano ecologicamente saudável, em julho de 2001 foi editada a Lei n.º 10.257, conhecida também como Estatuto da Cidade.

O Estatuto da Cidade, tendo como diretrizes fundamentais a Política de Ordenamento dos Municípios brasileiros, visa a ordem pública e o interesse social, bem como o bem-estar dos cidadãos e o seu equilíbrio ambiental.<sup>2</sup>

É fundamental, no entanto, segundo propõe Nelson Saule Jr. e Maria Elena Rodriguez (apud NOLASCO, 2008, p. 108) que os governos brasileiros apliquem alguns

[...] princípios e objetivos constitucionais [...] tais como a cidadania e a dignidade da pessoa humana, a democracia direta, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das

---

<sup>1</sup> Constituição Federal, art. 182, §§ 1º e 2º.

<sup>2</sup> Estatuto da cidade, art. 1º, parágrafo único

desigualdades sociais, o princípio da igualdade, os princípios das funções sociais da cidade e da propriedade, a proteção ao meio ambiente como critérios para a solução dos conflitos ambientais urbanos.

Também deveremos considerar o desenvolvimento sustentável<sup>3</sup>, um dos pilares do direito constitucional ambiental, que possui respaldo legal também no Estatuto, uma vez que tal dispositivo denomina como cidades sustentáveis, aquelas que garantem o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer.<sup>4</sup>

Padilha identifica, em meio ao Estatuto, as principais diretrizes com conotação ambiental, encontradas em seu artigo 2º, nos incisos VI, XII e XIV respectivamente: a) a ordenação e controle do uso do solo, evitando dessa forma a deterioração das áreas urbanas, a edificação ou o uso excessivos e inadequados em relação à infraestrutura urbana; b) a proteção e recuperação do meio ambiente natural e artificial; c) regularização fundiária e a urbanização das áreas ocupadas pelas populações de baixa renda. (PADILHA, 2010, p. 407-408)

Entretanto, a principal ferramenta trazida pela Lei 10.257/2001, foi o Plano Diretor. Trata-se de instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, responsável por estabelecer as exigências em relação à função social da propriedade, visando sempre as necessidades dos cidadãos quanto a qualidade de vida, a justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Por desenvolvimento sustentável devemos entender como uma forma de harmonização entre o desenvolvimento econômico, social e ambiental. Ignacy Sachs acredita que o crescimento econômico se faz necessário, sem dúvidas, mas este por sua vez, deveria ser socialmente receptivo, devendo inclusive ser implementado, mas por métodos favoráveis ao meio ambiente também.

<sup>4</sup> Estatuto da Cidade, art. 2º, inciso I.

<sup>5</sup> Estatuto da Cidade, art. 39.

## 1.1 Função social da propriedade

Todos brasileiros possuem direito à propriedade, direito esse atribuído pela Constituição Federal como um direito essencial para a existência de uma vida digna, tendo sido inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, conforme estabelece em seu art. 5º, inciso XXII.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 contempla a Função Social da Propriedade como princípio geral da atividade econômica em seu art. 170, inciso III, bem como o inseriu no rol de Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em seu artigo 5º, inciso XXIII. Contudo, o conteúdo referente à Função Social, pode ser definido em relação à propriedade rural pelo art. 186 e em relação à propriedade urbana pelo art. 182, §2º, a saber,

art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§2º - A propriedade urbana cumpre função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Nesse mesmo diapasão entendem Motta e Barchet (2007, p. 198), ao afirmarem que

Logo, a função social da propriedade está direta e umbilicalmente ligada à sua produtividade. Se a propriedade é estática e improdutiva, o Estado é dotado de meios constitucionais e legais de intervenção no domínio econômico, que, embora gradativos, podem culminar com a perda do direito à propriedade sobre determinado bem.

A evolução da concepção de propriedade, em relação às Constituições anteriores, se dá, uma vez que, a propriedade perde seu caráter individualista, passando a atender não só os anseios do

proprietário possuidor, mas também aos interesses da coletividade. Oportuno se torna trazer a posição de Seguín e Carrera (2001, p. 160), ao afirmar que

Em nome da função social da cidade e da propriedade, inúmeras restrições e limitações passam a incidir sobre o bem (desapropriação, restrições edilícias, tombamento, servidão administrativa, ocupação, requisição). Finda a propriedade individualista, onde o dono, dispondo livremente, pode usar e abusar de seu bem, passando aquele a atender às exigências globais da comunidade.

Sendo assim, a Constituição atribui ao Município exigir do proprietário do solo que promova adequado aproveitamento, conforme dispõe o art. 182, §4º

§ 4º é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- I- Parcelamento ou edificação compulsório;
- II- Imposto sobre propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- III- Desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

A compreensão dessa inclusão da função social da propriedade como direito fundamental é de extrema importância, uma vez que atendendo as necessidades coletivas, a função social da propriedade se torna uma ferramenta essencial no combate à marginalização da população e conseqüentemente um mecanismo eficaz na redução dos impactos ambientais.

## 1.2 Plano diretor

O Plano Diretor se torna obrigatório em cidades com mais de vinte mil habitantes, integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, áreas de interesse turístico, ou ainda áreas de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.<sup>6</sup>

Em relação ainda ao Plano Diretor, vale ressaltar também a participação democrática, uma vez que para sua elaboração e fiscalização, serão necessárias audiências públicas com a participação da população ou de associações representativas, garantindo ainda a publicidade e acesso de qualquer interessado em relação aos documentos e informações produzidos.<sup>7</sup>

Essas audiências públicas, com a participação do Poder Público e da população interessada, visam a implantação de empreendimentos ou a fiscalização de atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído.

Sendo assim, Padilha (2010, 408) relata que há uma clara preocupação por parte do Estatuto da Cidade em relação ao equilíbrio do meio ambiente artificialmente construído, em consonância com os debates realizados durante a RIO/92 e as propostas introduzidas pela Agenda 21. Uma vez que o Estatuto da Cidade

[...] também adota a orientação da Agenda 21 Brasileira, que afirma que o desafio atual da gestão das cidades passa pela busca de modelos de políticas que combinem as novas exigências da economia globalizada à regulação pública da produção da cidade e ao enfrentamento do quadro de exclusão social e de deterioração ambiental.(PADILHA, 2010, p. 410)

---

<sup>6</sup> Estatuto da Cidade, art. 41, incisos I, II, IV e V.

<sup>7</sup> Estatuto da Cidade, art. 40, § 4º, incisos I, II e III.

Como dito anteriormente, o Plano Diretor é responsável por estabelecer as exigências em relação à função social da propriedade. Nesse sentido, a Constituição Federal também traz oito referências diretas à Função Social da Propriedade, a saber: art. 5º, inciso XXIII; art. 153, § 4º; art. 156, § 1º; art. 170, inciso III; art. 182, § 2º; art. 184; art. 185, parágrafo único; e, art. 186.

Mas, é por meio do novo Código Civil que encontramos a mudança mais significativa em relação ao direito de propriedade privada, uma vez que o art. 1.228, § 1º ao 5º, estabelece nas palavras de Padilha (2010, p. 413), uma forma de regularização das áreas de favelas nos grandes centros urbanos.

Em razão disso o Estatuto da Cidade poderá usar do instrumento do parcelamento, edificação ou utilizando compulsórios, quando um imóvel urbano não estiver sendo devidamente utilizado, ou seja, se a propriedade não estiver sendo utilizada conforme sua função social adequada.<sup>8</sup>

Segundo Padilha (2010, p. 419)

Com a aplicação de tal instrumento jurídico procura-se otimizar os investimentos públicos realizados e penalizar os usos inadequados, fazendo com que a propriedade urbana cumpra a sua função social. Além disso, poderá ser ampliada a oferta de imóveis no mercado imobiliário e promovido o uso e a ocupação de imóveis em situação de abandono, especialmente aqueles localizados na área central das grandes cidades.

Outra forma de solução proposta pelo Estatuto da Cidade é a criação de um Imposto Territorial Urbano – IPTU, progressivo no tempo, mediante a majoração de alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.<sup>9</sup> Essa forma de tributação não deve ser considerada como uma arrecadação, mas sim como uma penalização pela quebra do dever de uso adequado do solo urbano, mantendo assim

---

<sup>8</sup> Estatuto da Cidade, art. 5º.

<sup>9</sup> Estatuto da Cidade, art. 7º.

um caráter de extrafiscalidade. Sobre esse caráter de extrafiscalidade, o STF entendeu ser admissível a cobrança de um imposto progressivo, para garantir o cumprimento da função social da propriedade.<sup>10</sup>

Como última saída ainda, o Estatuto da Cidade poderá promover a desapropriação com pagamento de títulos no caso de ineficácia das penalidades anteriores. Sendo assim, decorrido cinco anos da cobrança do IPTU progressivo, sem que o proprietário tenha realizado o parcelamento, edificação ou utilização do solo, o Município poderá promover a desapropriação do imóvel<sup>11</sup>. Trata-se, portanto, segundo Padilha (2010, p. 421), de um nítido “mecanismo de caráter sancionatório para impor a supremacia do interesse coletivo sobre o particular, na defesa do cumprimento efetivo da função social da propriedade”.

Em outras palavras, o proprietário será intimado para promover a utilização correta nos termos do Plano Diretor, podendo inclusive ser lhe cobrado um IPTU progressivo e, em último caso se a função social não for exercida, o imóvel ou terreno será entregue ao Poder Público para que promova uma utilização socialmente mais justa.

Por fim, Padilha brilhantemente aduz sobre a importância do Estatuto da Cidade:

Diferentemente de legislações tradicionais, o Estatuto não apresenta fórmulas ou receituário de passos a serem seguidos, muito comuns no passado quando predominou na política urbana a crença de um suposto planejamento urbano racional e salvador, capaz de garantir uma cidade perfeita e isenta de conflitos. Estabelece agora, de forma clara e aberta, formas possíveis de diálogo entre planejamento e gestão, planejamento e política. Só tem sentido o ordenamento urbano quando a

---

<sup>10</sup> RE 153.771, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 20 de novembro de 1996. No mesmo sentido, STF – AGRAG 222172-SP Ag. Reg. Em Ag. De Instr. ou de Petição, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 10 de novembro de 1998, DJ 05 de fevereiro de 1999, p. 1681. (PADILHA, op. cit., p. 421).

<sup>11</sup> Estatuto da Cidade, art. 8º.

comunidade participa deliberando sobre a cidade que deseja.  
(PADILHA, 2010, p. 423)

Sendo assim, devemos entender que o Estatuto da Cidade é a forma mais eficaz para se garantir o direito à cidade, uma vez que a esse direito, inevitavelmente, se atribui também o direito à vida digna, o exercício da cidadania, o direito de participação da gestão da cidade, em suma, o direito de viver em um meio ambiente sadio e ecologicamente sustentável.

## **2. A aplicação do art. 182, §4º da constituição e o estatuto da cidade como instrumento de política urbana**

Os governos municipais sempre encontraram dificuldades de controlar e orientar o uso do solo, em virtude do desenvolvimento e expansão da cidade. Nesse sentido, para solucionar tal demanda, o Congresso Nacional aprovou o Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257/2001, que regulamenta os art. 182 e 183 da Constituição Federal.

O Estatuto da Cidade surge como uma importante ferramenta na execução da política urbana, regulando o uso da propriedade como uma forma de garantir uma melhoria na segurança, bem-estar da população, sem falar no equilíbrio ambiental. Em outras palavras, seu objetivo é garantir o cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana, por intermédio de normas de ordem pública e interesse social que visem o bem-estar da coletividade. (RIBEIRO, 2004, p. 234)

### **2.1 Edificação compulsória**

O art. 5º do Estatuto da Cidade dispõe sobre parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo se fixar condições e prazos



para implementação da referida obrigação, como uma forma de exercer a função social da propriedade.

Sobre função social da propriedade, entende Ribeiro (2004, p. 239):

Efetivamente, afirma-se que o proprietário tem o dever de exercer o direito de propriedade de acordo com os interesses da coletividade, cabendo-lhes apenas direcionar-lhe o exercício de acordo com as orientações da política social do município. Sob o ponto de vista moderno, a função social da propriedade é tida como fórmula de conciliação do individual e do social, constituindo elemento inerente ao direito de propriedade.

Sendo que o art. 5º ainda estabelece que os referidos prazos ofertados para o cumprimento da obrigação, não poderão ser inferiores a um ano para apresentação dos projetos, a contar da notificação e dois anos para iniciar as obras a partir de sua aprovação.

## 2.2 IPTU progressivo

No caso de não-cumprimento das condições para edificação ou utilização compulsória, ou seja, a não-aplicação da função social da propriedade, o Município, por sua vez, poderá criar um IPTU progressivo no tempo, mediante a majoração de alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.<sup>12</sup> Essa forma de tributação não deve ser considerada como uma arrecadação, mas sim como uma penalização pela quebra do dever de uso adequado do solo urbano, mantendo assim um caráter de extrafiscalidade.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Estatuto da Cidade, art. 7º.

<sup>13</sup> Sobre esse caráter de extrafiscalidade, o STF entendeu ser admissível a cobrança de um imposto progressivo, para garantir o cumprimento da função social da propriedade (art. 156, § 1º, e art. 182 da CF). RE 153.771, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 20 de novembro de 1996. No mesmo sentido, STF – AGRAG 222172-SP Ag. Reg. Em Ag. De Instr. ou de Petição, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 10 de novembro de 1998, DJ 05 de fevereiro de 1999, p. 1681. (PADILHA, op. cit., p. 421).

Sobre tal caráter punitivo, convém esclarecer ainda que, a partir do momento em que se menciona uma eventual penalização referente ao IPTU progressivo, em verdade já não mais se fala em tributo, haja vista que em termos técnicos, tributo não pode constituir sanção por ato ilícito.

Nesse sentido, a progressividade do imposto em razão do princípio da justiça fiscal, onde o art. 145, § 1º, da Constituição federal, possibilita a aplicação de um tributo maior para aquele que possui uma renda maior, não deve ser confundido com a progressividade proposta pelo Estatuto da Cidade, conforme propõe Ribeiro (2004, p. 238)

O sistema jurídico brasileiro oferece uma forma especial de progressividade, que é a progressividade no tempo, prevista no art. 182 da Constituição Federal. Tal progressividade tem por finalidade desestimular os proprietários de imóveis de os manterem contrariando os planos de urbanização das cidades. Esta progressividade não é um instrumento de justiça tributária. Trata-se de instrumento da política urbana.

Por fim, a implementação do IPTU se mostra essencial para conter o crescimento desordenado da cidade, uma vez que ao cumprir a função social da propriedade estaremos atendendo os interesses sociais, proporcionando um desenvolvimento sustentável, respeitando o meio ambiente e melhorando, assim, as condições de vida da população.

### **2.3 Da usucapião especial de imóvel urbano**

Cabe ainda citar a usucapião especial de imóvel urbano, prevista no art. 183 da Constituição:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia

ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

O Estatuto da Cidade, regulamentando a Constituição, dispôs acerca da usucapião especial de imóvel urbano no artigo 9º e seguintes, vejamos:

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Em recente alteração do texto normativo, o art. 10 do Estatuto prevê que:

Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (Redação dada pela lei nº 13.465, de 2017)

O atual texto do art. 10 demonstra clara evolução no tocante ao instituto de usucapião, que faz menção à possibilidade de os

diversos núcleos urbanos informais, diversas vezes marginalizados poderem ser usucapidos de forma coletiva.

A possibilidade de usucapir núcleos urbanos informais, visando os menos abastados e muitas vezes marginalizados, atende a política urbana, o direito à moradia, relativizando o direito de propriedade quando os imóveis não atendem as diretrizes do Plano Diretor.

## **2.4 Desapropriação urbanística**

Como última saída ainda, o Estatuto da Cidade poderá promover a desapropriação com pagamento de títulos no caso de ineficácia das penalidades anteriores. Sendo assim, decorrido cinco anos da cobrança do IPTU progressivo, sem que o proprietário tenha realizado o parcelamento, edificação ou utilização do solo, o Município poderá promover a desapropriação do imóvel<sup>14</sup>. Trata-se, portanto, segundo Padilha (2010, p. 421), de um nítido “mecanismo de caráter sancionatório para impor a supremacia do interesse coletivo sobre o particular, na defesa do cumprimento efetivo da função social da propriedade”.

Segundo Marinela (2016, p. 935) a desapropriação urbanística, assim como acontece com a rural e a confiscatória, pode ser enquadrada como uma desapropriação sancionatória, uma vez que decorre de uma prática ilegal, decorrente de um interesse social relativo ao descumprimento da função social da propriedade.

Além disso o caráter sancionatório fica mais evidente, quando tratamos sobre o pagamento da indenização, uma vez que não se aplica aqui a regra geral, ou seja, uma indenização prévia, justa e em dinheiro, mas sim em títulos da dívida pública, em de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas. Estabelecendo ainda em relação ao montante da indenização, no art. 8º do Estatuto da Cidade que:

---

<sup>14</sup> Estatuto da Cidade, art. 8º.

§ 20 O valor real da indenização:

I - refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 20 do art. 50 desta Lei;

II - não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

No que tange ao procedimento utilizado, Marinela (2016, p. 937) esclarece que

Para essa modalidade de desapropriação, não há previsão de procedimento específico, seguindo assim a previsão do Decreto-Lei nº 3.365/41. Em relação ao aproveitamento do imóvel, esse ocorrerá pelo próprio Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, sempre precedida de procedimento licitatório.

Em outras palavras, o proprietário será intimado para promover a utilização correta nos termos do Plano Diretor, podendo inclusive ser lhe cobrado um IPTU progressivo e, em último caso se a função social não for exercida, o imóvel ou terreno será entregue ao Poder Público para que promova uma utilização socialmente mais justa.

### **3. A desapropriação urbanística como instrumento garantidor de uma moradia digna**

É sabido que um dos efeitos causados pelo desenvolvimento urbano desordenado é a marginalização da população. Em outras palavras, a falta de recursos financeiros deixa muitos habitantes à margem da sociedade, razão pela qual são obrigados a se amontoarem em barracos, dando origem assim às inúmeras favelas.

Vale ratificar nesse sentido que segundo Nolasco (2008, p. 56):

[...] no Brasil, a ordenação das cidades não constitui uma tradição. As grandes cidades enfrentam, diariamente, as consequências do crescimento desordenado, causador do caos urbano. Há uma imensa massa de pessoas que vivem em extrema pobreza, em condições sub-humanas, a começar pelos cortiços, constituídos por um pequeno espaço com elevado número de pessoas vivendo em situações promíscuas – favelas compostas de barracos, construídas com restos de materiais de toda espécie, sujeitas a constantes deslizamentos, causando mortes e dores para uma classe socialmente marginalizada.

Hernández (2008, p. 312) defende a tese de que não há de se falar em desenvolvimento sustentável sem que haja antes um papel, por parte das nações, em solucionar suas próprias questões relacionadas à pobreza, uma vez que qualquer ação visando o desenvolvimento sustentável sem a elevação do índice de desenvolvimento humano de toda a sociedade será considerado um fracasso.

É, portanto, nesse sentido que o Estado deve atender as necessidades da sociedade como um todo, apoiando e implementando soluções que permitam a ascensão de todas suas camadas. Posta assim a questão, é de se dizer inicialmente que é primordial para extinção da pobreza que todos tenham acesso a uma moradia digna.

Podemos citar como marco inicial do dever de garantia a uma moradia digna, o dispositivo constante na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que atribui a toda pessoa, um padrão capaz de assegurar para si e para sua família direitos como a habitação, dentre outros meios de proteção.

Com a Emenda Constitucional n.º 26 de 2000, o direito à moradia passou a integrar o rol de direitos sociais<sup>15</sup> juntamente com os direitos à educação, saúde, trabalho, segurança, dentre

---

<sup>15</sup> Cf. José Afonso da Silva, classifica os direitos sociais como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (SILVA, op. cit., p. 286b)

outros, conforme estabelece o artigo 6º da nossa atual Constituição Federal:

**Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, 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. (Grifo nosso)

Moradia para fins didáticos pode ser classificada, na concepção de Nolasco (2008, p. 88) como a

posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção contra a intempérie e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão. [...] Nesse sentido, moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e os seus; daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção.

Convém ressaltar, nesse sentido, a posição de Claval (2010, p. 40) em relação à definição de moradia

Os homens são seres sensíveis: o espaço onde eles evoluem não lhes parece jamais neutro. Eles moram nele: eles têm aí um domicílio, uma casa, um apartamento [...]. É aí que eles descansam, que fazem suas forças, ou que dormem. Aí reencontram sua família: seus pais, seus irmãos e suas irmãs [...]. Eles evoluem em meio a seres que conhecem bem [...]. É a esfera do íntimo, do privado, do familiar.

Como podemos notar, a Carta Política de 1988 menciona apenas o direito à moradia, mas devido ao fato de a dignidade da pessoa humana ser considerada, constitucionalmente, como um dos princípios fundamentais do Estado é que devemos ao ler tal dispositivo, interpretar extensivamente o direito à moradia como um direito à moradia digna.

Se o conceito de moradia não é muito explorado pelos doutrinadores, não podemos dizer o mesmo em relação ao conceito de dignidade da pessoa humana. Porém, de todas as definições a mais utilizada é a da Immanuel Kant (2004, p. 65), que afirma o seguinte:

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Sendo assim, direito à moradia digna deve ser encarado como uma forma do Estado garantir uma vida mais digna para toda a população, observando assim todos os requisitos para obtenção de uma vida mais saudável, tanto fisicamente como psicologicamente.

Portanto, quando falamos em moradia devemos levar em consideração as condições urbanas adequadas, como equipamentos de saúde, educação e lazer eficientes, integrados a um mesmo projeto urbanístico, em outras palavras, deverá haver uma interligação entre todos esses direitos sociais.

Vale salientar, entretanto, que a nossa Carta Magna em seu artigo 23, IX, já atribuía à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a competência para “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento”.

Nesse viés, o artigo 7º, inciso IV, atribui direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, como um “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família como moradia, alimentação [...]”.

Por derradeiro, Ferreira e Fernandes (2010, s.p) afirmam que devemos considerar que, com a



Inclusão do direito social à moradia no artigo 6º da Constituição Federal; ao nosso ver, tal dispositivo não poderá ser alterado por Emenda Constitucional, sob pena de violação a cláusula pétrea, ante a proibição prevista no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Lei Fundamental.

Dessa forma, fica evidenciado que o direito à moradia se trata de um direito essencial ao homem, uma vez que embora tenha sido considerado expressamente como direito social no ordenamento jurídico pátrio a partir do fim século XX, já se era possível encontrar alguns dispositivos constitucionais que o garantissem.

Mas o que devemos considerar como moradia? Aqueles barracos construídos sob os pés do morro, um sobre o outro, podem ser considerados como moradia?

Não se pode entender como moradia digna, somente o fato do indivíduo possuir um teto sobre sua cabeça, existe muitos fatores que devem ser considerados, assim como, uma infraestrutura básica, com ruas asfaltadas, tratamento de esgoto, energia elétrica, abastecimento de água e coleta de lixo, ou seja, condições que proporcionem aos cidadãos uma qualidade de vida digna.

Ao tratar sobre uma definição, Santiago (2010, p. 99-100) oportunamente cita o Comentário Geral n. 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que atribui que o direito à moradia “não deveria ser interpretado em sentido restrito que equipara como, por exemplo, o abrigo provido meramente de um teto sobre a cabeça dos indivíduos”, ou seja, o conceito de moradia digna envolve aspectos muito mais amplos, sendo que o autor os enumera alguns, como

- a) Segurança legal da posse. Independentemente do tipo, afinal todas as pessoas deveriam possuir um grau de segurança, o qual garanta proteção legal contra pressões incômodas e outras ameaças;
- b) Disponibilidade de serviços gerais, materiais, facilidades e infraestrutura, como acesso aos recursos naturais comuns, água

potável, energia elétrica, saneamento básico, serviços de emergência etc.;

c) Custo acessível. Um imóvel com preço acessível, de certa forma que sua obtenção não dificulte a realização ou aquisição de outras necessidades básicas;

d) Habitabilidade. Deve possuir um espaço adequado para protegê-los do frio, calor, chuva, dentre outras ameaças à saúde, bem como, inclusive sua segurança física;

e) Localização. A moradia ideal deve estar em uma localização que permita o fácil acesso a opções de trabalho, serviços de saúde, escolas etc. Também não devem ser construídas em locais próximos a eventuais fontes de poluição.

José Afonso da Silva (2006b, p. 314) determina que o direito à moradia vai muito mais além de ser apenas um teto, onde o cidadão poderia se abrigar juntamente com sua família, na verdade

[...] Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar, como se prevê na Constituição portuguesa (art. 65). Em suma, que seja uma habitação digna e adequada, como quer a Constituição espanhola (art. 47). [...] Se ela prevê, como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), assim como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), e que a casa é um asilo inviolável (art. 5º, XI), então tudo isso envolve, necessariamente, o direito a moradia [...]

Tendo em vista que o artigo 3º da Constituição Federal traz como fundamentos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade justa e solidária, com o intuito de erradicar a marginalização, é que se faz necessário, portanto, o direito a uma moradia digna e adequada. Nesses termos, tal direito social, deve ser considerado como um direito positivo de caráter prestacional do Estado.

Sendo assim, as cidades que se adequam às previsões constitucionais e infraconstitucionais deverão possuir um plano diretor que cumpra com algumas exigências fundamentais tais como, atender as necessidades do cidadão quanto à qualidade de

vida e à justiça social, visando à inserção da moradia no espaço urbano como um todo e tendo como fundamento basilar o desenvolvimento sustentável, conforme estabelece o artigo 39 do Estatuto da Cidade.

O maior problema relacionado a esse direito social está no fato de não haver dispositivo constitucional, ou até mesmo infraconstitucional, que defina exatamente o significado de moradia digna. E, é nesse sentido que Sarlet (2008, p. 220), ao relacionar tal direito com o princípio da dignidade da pessoa humana e ao próprio direito à vida, considera como essencial, “considerar os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável”, seguindo as exigências propostas pela Organização Mundial da Saúde, tendo como intuito buscar um bem-estar físico, mental e social.

Podemos tomar como parâmetro, também, o que o Código Tributário Nacional em seu artigo 32, parágrafo 1º, entende como propriedade urbana para fins de constituição de fato gerador para cobrança do IPTU (Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana), ou seja: meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; abastecimento de água; sistema de esgoto sanitários; rede de iluminação pública; etc.

Em suma, tal direito à moradia digna está fortemente ligado, conforme brilhantemente relata Sarlet (2008, p. 215), aos direitos de subsistência, uma vez que, se não o for assegurado, a pessoa não terá sequer o direito à própria existência física, conseqüentemente ao direito à vida. É por esse motivo que o direito à moradia digna deve ser considerado como um direito da personalidade.

Desta forma, diante da necessidade do Estado em garantir e promover a todos cidadãos, o direito à moradia, é que fundamenta-se neste importantíssimo documento de política urbana, que é o Plano Diretor, o uso da desapropriação urbanística como um dos principais instrumentos garantidores da função social da propriedade, uma vez que por intermédio de sua aplicação, há em tese, a possibilidade de oferecimento de uma moradia digna para a população carente.

Afinal, em um país como o Brasil, onde há uma crescente e má distribuição de renda, nada mais justo do que a criação de políticas sociais-urbanas, que promovam o uso consciente da propriedade imóvel urbana, como ocorre com o instituto da desapropriação urbanística, onde o Estado transfere compulsoriamente ao seu próprio domínio, a propriedade que descumpriu sua função social, podendo desta forma ser destinada a construção de habitação populares.

### **Considerações finais**

A mudança da visão de mundo, da preocupação com o meio ambiente e o êxodo rural, são fatores preponderantes para a atual política urbana implementada no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, há má distribuição não só de renda, mas também da propriedade, seja urbana ou rural. Desta feita, a função social da propriedade é de suma importância para a equalização da desigualdade, penalizando àqueles que não atendem as suas finalidades previstas no texto constitucional.

Apontamos neste trabalho os diversos instrumentos previstos constitucionalmente e regulamentados pelo Estatuto da Cidade.

Dentre eles, destacamos a desapropriação urbanística, instrumento ímpar para a busca de uma sociedade justa e solidária, em referência ao direito a uma moradia digna e adequada.

Evidencia-se a importância do direito à moradia digna, que por estar umbilicalmente conexo aos direitos de subsistência deve ser considerado um direito da personalidade.

No Direito Ambiental brasileiro, já é praxe dizer que temos leis consideradas excelentes, bem à frente de seu tempo, todavia, com fiscalização inócua ou de pouca adequação social, podendo se mencionar a existência de lacunas ontológicas.

Assim, não podemos olvidar que apesar de atualmente existirem as diversas políticas de intervenção na propriedade para uma melhor política urbana, com objetivo fim de prover moradia

digna a todos, se faz necessária uma maior atuação do Poder Público no tocante à fiscalização e obediência quanto ao disposto no Plano Diretor das cidades e metrópoles.

## Referências

CLAVAL, Paul. **Terra dos homens**: A Geografia. Contexto: São Paulo, 2010.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERNANDES, Rodrigo Pieroni. **O Direito constitucional à moradia e os efeitos da emenda constitucional nº 26/2000**. Disponível em < <http://www.saj.com.br/artigos/Moradia1.html>> Acesso em: 02 ago. 2010.

HERNÁNDEZ, Marisol Anglés. El desarrollo sostenible al centro de la tríada: pobreza, médio ambiente y desarrollo. In: LECEY, Eladio. CAPELLI, Silvia. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 13, n.º 50. São Paulo: RT, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOTTA, Sylvio. BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2007.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Editora Pilares, 2008.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2010.

RIBEIRO, Maria de Fátima. O IPTU como instrumento de intervenção no uso e ocupação do solo urbano conforme disposições do Estatuto da Cidade. UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA, Departamento de Direito público e Departamento de Direito privado, Centro de Estudos sociais aplicados. **Scientia Iuris**: revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL. Vol. 5/6, N1 (2001-2002). Londrina: Editora da UEL, 2004.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SANTIAGO, Alex Fernandes. O direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – Ocupação de áreas protegidas: conflito entre direitos fundamentais? . In: LECEY, Eladio. CAPELLI, Silvia. **Revista de direito ambiental**. Ano 15, n.º 60. São Paulo: RT, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (coords.). **Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008

SÈGUIN, Elida. **Direito ambiental: nossa casa planetária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SÈGUIN, Elida. CARRERA, Francisco. **Planeta Terra: uma abordagem de direito ambiental**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006b.

**Polaca:  
a quebra da insurgência geracional de direitos e  
a ruptura no pensamento de Bobbio e Vasak com  
advento da constituição brasileira de 1937**

*Norton Maldonado Dias*

**Considerações iniciais**

A temática de direitos fundamentais e dos respectivos surgimentos remontam a necessidade de retrocesso no histórico do constitucionalismo e, conseqüentemente, a proposta teórica de maior expressão e atualmente aceita pertence a autoria de Karel Vasak e defendida por Norberto Bobbio na obra intitulada “A Era dos Direitos”, trata-se das denominadas “gerações” (dimensões) de direitos.

Ocorre que há expressivos estudos, principalmente por vertentes internacionalistas, acerca de falhas na proposta das “gerações” ou “dimensões” de direitos como ideias que não se verificam quando conferidas em documentos internacionais de natureza diversa dos documentos de essência constitucional, uma vez que, do ponto de vista dos Tratados e Convenções Internacionais, a ordem de proteção não começou com os direitos civis e políticos como pretendeu Karel Vasak e Bobbio, mas sim com a Convenção da OIT – Organização Internacional do Trabalho de 1919 que protegeu direitos sociais relativos ao trabalho.

A hipótese desta investigação irá abordar a mesma problemática de descompasso na cronologia proposta por Karel

Vasak, e por Norberto Bobbio no trabalho intitulado “A Era dos Direitos”, porém não na perspectiva dos Tratados e Convenções Internacionais, mas sim dentro do próprio histórico do constitucionalismo brasileiro, suspeitando desta sequência de proteção verificável com advento da Constituição Brasileira de 1937 (Polaca).

A problemática questão trazida pela proposta das “gerações” (dimensões) de direitos está, justamente, em sérios retratos favoráveis a uma significativa corrente crítica que defende derradeiros equívocos no ideário, uma vez que propõe uma ordem de momentos de proteção que sucumbem quando observado o retrocesso de direitos no histórico do constitucionalismo nacional.

Para esta verificação vale o método não só dedutivo bibliográfico, mas comparativo em documentos históricos, dentre os quais, o documento constitucional de 1937 (Polaca) em detrimento ao documento constitucional precedente (Constituição Brasileira de 1934), verificando à hipótese de quebra ou ruptura de um dos pensamentos mais repercutidos e usados para referenciar o surgimento de direitos fundamentais, justamente, por afirmar que tais prerrogativas surgem no momento em que são constitucionalmente positivados.

## **1. Do *Iter* geracional no histórico do constitucionalismo brasileiro**

No estudo dos Direitos Fundamentais, o pensamento mais reconhecido acerca de fases que buscam compreender o processo de proteção dessas prerrogativas consiste nas intituladas dimensões de direitos.

Em que pese o ideário receba a atual intitulação, vale salientar a nomenclatura genuína que intitulou o pensamento na sua referência originária, ou seja, no início da respectiva construção teórica, quando era tratada como “gerações de direitos”.



A mudança terminológica quanto a intitulação de “geração” para “dimensão” ocorreu por razões técnicas de ajustar a nomenclatura com os reais significados de um fenômeno que não se encerra, mas sim se acumula, onde direitos são acrescentados na medida em que as fases vão insurgindo em detrimento as fases anteriores, por isso a opção por “dimensões” em detrimento a “gerações”.

Quando se investiga acerca do pensamento das dimensões de direitos, em que pese as referências apontem ao italiano Norberto Bobbio na obra intitulada “A Era dos Direitos”, verifica-se que, na verdade, o pioneirismo pertence à Karel Vasak com a proposta genuína que usava a terminologia “gerações”. Com apenas três fases de proteção (uma primeira referente à proteção dos direitos civis e políticos, uma segunda atrelada aos direitos sociais e econômicos e, por fim, a terceira dimensão referenciando os direitos atrelados à fraternidade):

[...] a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. (MARMELSTEIN, p. 2008)

Lógico que o reconhecimento na autoria não afasta as relevantes contribuições de Bobbio ao ideário geracional, sendo uma marca, também, em seu pensamento no trabalho intitulado “A Era dos Direitos”, com o primeiro acréscimo, a mais uma fase de proteção de direitos.

A proposta surge sob influências da França, país em que Karel Vasak recebeu expressiva carga teórica na relação das fases do histórico de previsão dos direitos fundamentais ao lema revolucionário francês do século XVIII: *Liberté, Égalité, Fraternité* (*Révolution Française*, 1789-1799).

Inclusive foi na França que decidiu fixar-se e residir após 1968, ano da invasão soviética ao seu país, adquirindo a naturalidade francesa, inclusive, fazendo carreira em inúmeros e relevantes cargos, dentre os quais, secretário-geral do Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo (1969-1980), outros vários cargos no Conselho da Europa, diretor da Divisão de Direitos Humanos e Paz da UNESCO e assessor jurídico do instituto e da Organização Mundial de Turismo.

Segundo Roberto Gonzales Alvarez, professor da Faculdade de Direito na Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco no seu trabalho intitulado “Aproximaciones a los Derechos Humanos de Cuarta Generación”, as primeiras ideias sobre relacionar as três expressões do lema revolucionário de 1789 (liberdade, igualdade e fraternidade) com o histórico constitucionalista de se prever tais prerrogativas favoreceu o surgimento de tais pensamentos por volta de 1979.

A literatura constitucionalista reiteradamente faz referência como os primeiros fragmentos do surgimento deste pensamento em uma aula inaugural do Instituto dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, pelo próprio Karel Vasak:

[...] o jurista tcheco Karel Vasak formulou, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, baseando-se na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade teorizou sobre “as gerações – evolução – dos direitos fundamentais”, da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução

Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (fraternité), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. (MARMELSTEIN, 2008, p. 42).

Em que pese, Norberto Bobbio não tenha a autoria neste pensamento, não se pode negar suas contribuições ao ideário das dimensões dos direitos, pois aspecto imprescindível destas prerrogativas consiste, justamente, na historicidade desses direitos:

Os direitos do homem, [...] são direitos históricos, [...] caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p. 5)

Ainda Celso Lafer complementa que, desde o século XVIII até os dias atuais, o rol que foi contemplando para direitos do homem tem uma ligação bastante reconhecida com as peculiaridades dos diferentes momentos históricos: [...] do século XVIII até os nossos dias, o elenco de direitos do homem contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais foram-se alterando com a mudança das condições históricas. (LAFER, 1988, p. 124)

Deve-se, portanto, reconhecer o aspecto histórico que justifica a relevância de uma ordem de acontecimentos no processo de proteção de prerrogativas, de modo que o propósito consiste, justamente, na compreensão maior dos direitos fundamentais pelo viés classificatório das fases no seu desenvolvimento.

A ideia de reconhecer a historicidade dos direitos contribuiu para a necessidade de se compreender o histórico de proteção das prerrogativas humanas e, portanto, subdividir ou classificar o respectivo processo de previsão em momentos de acordo com as

peculiaridades do contexto que se assentou direitos no decorrer dos diferentes constitucionalismos nos diferentes países.

A necessidade classificatória da Metodologia Científica e da facilitação na compreensão do processo histórico de previsão e positivação, repercutiu de modo bastante significativo pela doutrina e pela jurisprudência, não somente interna, mas também internacional.

O pensamento das dimensões de direitos ganhou uma repercussão e uma aceitação enorme. A princípio, pela doutrina constitucionalista e, por influência do fenômeno da constitucionalização dos Direitos, irradiou-se para todos os ramos das ciências jurídicas, de modo que a jurisprudência suprema passou a aderir uma linguagem de aceitação, dentre várias expressões de reconhecimento, explicá-la de modo categórico em seus julgados:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (BRASIL, 2006).

A primeira vez que Karel Vasak utilizou a expressão “gerações de direitos” para se referir ao pensamento no qual se atribui a sua autoria foi em uma aula inaugural dos Cursos no Instituto dos Direitos do Homem em Estrasburgo datado 1979 ministrada sob o título: *Pour les droits de l’homme de la troisième génération: les droits de solidarité*, significando: Pelos direitos do

homem da terceira geração: os direitos de solidariedade não foi uma simples aula (BONAVIDES, 2006, p. 563).

Outro fator que influenciou a atual projeção do pensamento de Karel Vasak consiste na veiculação dessas ideias em uma relevante obra intitulada “A Era dos Direitos” de Norberto Bobbio, quando afirma, categoricamente, que o “desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases”, explicando que “num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade” (BOBBIO, 2004, p. 32).

No Brasil o seu principal defensor foi o influente jurista Paulo Bonavides que acresceu significativas abordagens ao pensamento originário, dentre os quais, destaca-se o acréscimo de outras fases de proteção como a quarta e a quinta geração de direitos. Ensina, inclusive, que direitos de proclamação das prestações sociais geram deveres estatais em detrimento à coletividade, dentre os quais correspondentes à saúde, educação, assistência social, trabalho e etc.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho ‘positivo’ possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. (SARLET, 2008, p. 55)

Vale, inclusive, esclarecer o significado da expressão “social” para os direitos e garantias deste momento que ficou conhecido como segunda dimensão dos direitos, haja vista que a expressão atrela-se ao dever positivo por parte do Poder Público de justiça social e satisfazer as reivindicações da categoria menos favorecida:

[...] expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos [...], na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a

título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza (e, de certa forma, ainda caracterizada) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um menor grau de poder econômico. (SARLET, 2008, p. 56).

Nesse contexto, o Estado tem um dever na realização de prestações positivas que surgem do reconhecimento de direitos por parte de uma nova titularidade, em suma, de uma nova categoria de titulares que se pode chamar de cidadão pelas reivindicações junto a ele (LAFER, 1988, p. 127).

Não se pode perder de vista que as dimensões de direitos possuem como pressuposto a referência e o tratamento de direitos humanos e fundamentais, de modo que vale a reiterada distinção doutrinária que distingue um em detrimento do outro:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem o ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram a validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2008, p.35)

No histórico do constitucionalismo brasileiro é bastante perceptível falhas que tornam ainda mais vulneráveis o pensamento das dimensões de direitos, onde no recorte da "Era Vargas", durante o Estado Novo (1937 até 1945), foram positivados várias das prerrogativas sociais, trabalhistas, previdenciárias, sem que os direitos de liberdade de imprensa, reunião, associação, ou

ainda direitos políticos pertencentes a primeira dimensão, dentre os quais, voto filiação partidária fossem previstos.

## **2. A polaca no constitucionalismo brasileiro como forma de ruptura e crise das gerações (dimensões) de direitos**

A Constituição de 1937 que ficou conhecida como “Polaca”, com 187 artigos, assinada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, manteve a intitulação “Constituição dos Estados Unidos do Brasil” referenciando um Estado Federal, porém houve a substituição dos governadores por interventores nomeados pelo Presidente da República, que, por sua vez, nomeavam prefeitos municipais, organizando expressiva e ampla concentração de poder político concentrado nas mãos do chefe do Poder Executivo Federal:

Art. 9º - O Governo federal intervirá nos Estados mediante a nomeação, pelo Presidente da República, de um interventor que assumirá no Estado as funções que, pela sua Constituição, competirem ao Poder Executivo, ou (...) (BRASIL, 1937)

Outras distinções que vale ressaltar como forma de compreender eventuais reduções de prerrogativas com advento da Constituição Brasileira de 1937, pode ser verificada no artigo 74 inciso “l” que diz claramente:

Art. 74 - Compete privativamente ao Presidente da República: (...) c) dissolver a Câmara dos Deputados no caso do parágrafo único do art.167; d) adiar, prorrogar e convocar o Parlamento; (...) l) intervir nos Estados e neles executar a intervenção, nos termos constitucionais; (...) (BRASIL, 1937).

Outra característica que releva observar como forma de vislumbrar supressões e retrocessos em detrimento aos documentos constitucionais anteriores consiste no sistema judiciário que ficou, significativamente, vinculado ao Presidente da

República e a previsão da pena de morte para além dos casos previstos na legislação militar que especificam o tempo de guerra, inclusive dentro do artigo 122 que tratou dos “Direitos e Garantias Individuais”: “DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS art. 122 [...] Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes [...]” (BRASIL, 1937).

No título “Dos Direitos e Garantias Individuais” da Constituição de 1937, ao mesmo tempo que garante o direito de manifestar o seu pensamento dentro dos limites legais, coloca o adendo imperativo acrescido ao artigo 122, item 15:

[...] A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. (BRASIL, 1937)

Desse modo, verifica-se no discurso, os modelos imperativos mais radicais relacionados à alegação de segurança nacional e reestabelecimento da paz pública e ordem sempre nos propósitos de supressões de direitos, além de uma liberdade enorme das polícias especiais e estaduais na sua atuação, podendo prender de forma arbitrária pessoas com base em mera suspeição (BRASIL, 1937).

Não se pode deixar de abordar as políticas de supressões, também, concernentes aos direitos do voto para chefia de Poderes Executivos, podem ser vislumbrados:

[...] artigo 119, alínea “b” que diz: Perdem os direitos políticos: (...) b) pela recusa, motivada por convicções religiosas, filosóficas



ou políticas, de encargo, serviço ou obrigação imposta por lei aos brasileiros; (...) (BRASIL, 1937).

A parte preambular da Constituição de 1937, demonstra manifesta justificativas e o espírito daquele contexto político que irá estabelecer a égide do estado Novo, com razões usadas para constitucionalização de medidas até excessivas em comparação com o documento constitucional precedente que protegeu direitos sociais (Constituição Brasileira de 1934). Desse modo vale retratar o preâmbulo que tem como propósito reproduzir o espírito do constituinte daquele período:

[...] ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança. (BRASIL, 1937)

Um dos pontos que vale abordar diz respeito as eleições para Presidente da República que precederam o Estado Novo e o documento constitucional de 1937, marcadas para janeiro de 1938, ressaltando que desde janeiro de 1937 vinham desenvolvendo uma campanha eleitoral como candidaturas de nomes como Plínio Salgado e Armando de Sales Oliveira, de modo que para disfarçar as pretensões de golpe, o governo lançou a candidatura de José Américo de Almeida, sem desconsiderar a forte repressão policial que, por exemplo, resultou na prisão de Olga Benário Prestes, grávida, foi presa e torturada e entregue à Gestapo Alemã acusada de ser judia e comunista com respectivo fuzilamento em 1942, no campo de concentração nazista de Revensbruck (COUTRIM, 1999).

No dia 30 de setembro de 1937, jornais anunciaram que o Estado Maior do Exército descobrira um plano comunista para a tomada do poder, referenciada com a intitulação “Cohen” que era atribuído ao Komintern (Central Comunista Internacional), baseado em greves, massacre de líderes políticos, incêndio de

igrejas e outras medidas; de modo que em novembro de 1937 (COUTRIM, 1999), Getúlio encabeçou o golpe, sem mortes, nem tiros, com o apoio governadores incumbidos de reprimir protestos em seus estados e uma companhia de soldados que fecharam o Congresso.

Foi nesse contexto que o documento constitucional de 1937 (Polaca) foi outorgada, inclusive com a suspeição de um esboço já desenvolvido e findo, escrito por Francisco Campos, e, por fim, um pequeno discurso pelo rádio instaurando o período que ficou conhecido como Estado Novo (COUTRIM, 1999).

O “Plano Cohen” historicamente acusado como farsa para instauração do Estado Novo sofre expressiva divergência quanto a autoria de sua redação, em que pese existir indicações no sentido de Francisco Campos, há vertentes que apontam respectiva redação militar integralista Olimpo Mourão Filho que, posteriormente, mais especificamente em 31 de março de 1964, encabeçaria outro golpe, com o movimento cívico-militar (COUTRIM, 1999).

Analisando o documento de 1937, temos uma Constituição compreendida como outorgada, abolindo partidos políticos e instaurando a égide dos aclamados decretos-lei, restrições às iniciativas de projetos de lei, de modo que fica bastante patente o retrocesso democrático e na perspectiva de direitos e garantias fundamentais quando comparada com a Constituição anterior de 1934:

Na Constituição de 1934 adotou-se o princípio da divisão das funções. Todavia, a carta política de 1937 trouxe em seu texto a forma de concentração de poder na pessoa do Presidente da República, que se transformou em ditador de 1937 a 1945 (MACHADO, 2012, p. 89)

A Constituição de 1934 foi pioneiro na participação política com previsões dos votos secreto, feminino, a criação de uma Justiça Eleitoral que fiscalizasse as eleições dentro de uma Constituição

promulgada por uma Assembleia Constituinte bem mais representativa do que as anteriores (SILVA, 2006.), incluindo a legislações trabalhistas, previdência Social, jornada de trabalho, salário mínimo, férias, aposentadoria, previsão do Mandado de Segurança, autonomia de sindicatos, representação profissional, em suma, um documento que encerrou o governo provisório com respectiva promulgação em 16 de julho de 1934.

Perceba que, em que pese críticas a Constituição de 1934, quando comparada com a Constituição de 1937 (Polaca), não um manifesto processo de retrocesso não só em termos democráticos, mas, sobretudo, acerca de direitos fundamentais, dentre os quais, direitos políticos naquilo que Karel Vasak e Norberto Bobbio denominou de primeira dimensão.

Portanto, a ordem proposta pelo pensamento de Karel Vasak (liberdade, igualdade, fraternidade) fosse aplicável no histórico do constitucionalismo brasileiro consiste em ignorar a supressão de inúmeros direitos fundamentais de diferentes gerações (dimensões) suprimidos por oscilações políticas que a generalização geracional acaba não abrangendo. A proposta ignora o histórico político e as peculiaridades do constitucionalismo de cada país.

Reiteram-se, inúmeras previsões retrocederam com supressão de prerrogativas fundamentais, até mesmo supressão de direitos inseridos na chamada primeira dimensão, tais como, liberdade (de imprensa, de reunião, de associação etc.) ou políticos (de voto, de filiação partidária) e outros suprimidos no Estado Novo, em 1937, após um curto período de constitucionalização de direitos de segunda dimensão em 1934, rompendo com a ordem sequencial evolutiva do pensamento dimensional.

Outros tantos problemas na vertente das dimensões de direitos, dentre os quais, a aparente corrigenda terminológica que evoluiu as expressões “gerações” para “dimensões” sob o argumento de que o significado da expressão “gerações” leva consigo o aspecto sucessório, em suma, apontando uma fase que se

encerra em detrimento a outra subsequente. Desse modo, há proposta é absoluta no sentido de sempre haver um acréscimo de direitos e não um encerramento de proteções, inclusive, por isso, a opção terminológica que intitulou com a expressão “dimensões” e que ignora possibilidades reais de supressão como no caso da instituição do Estado Novo e as supressões de direitos fundamentais com o documento constitucional de 1937 (Polaca).

Foi, exatamente, por isso que a proposta terminológica evoluiu as nomenclaturas de “geração” para “dimensões” de direitos, de modo a encaixar terminologicamente uma expressão semanticamente mais correta com o significado do que a proposta de Vasak e Bobbio sempre ignorou que fosse supressões e nem sempre um acréscimo ou cúmulo de direitos no decorrer das diferentes fases dimensionais.

O defeito verificável no ponto vista da Constituição de 1937 com o advento do constitucionalismo brasileiro não é a única vertente que coloca o ideário das dimensões de direitos em crise, haja vista forte corrente internacionalista que também vislumbra problemas de ordem cronológica na positivação de prerrogativas e direitos.

Nesse sentido uma crítica contrária a vertente geracional construída por, no geral, juristas internacionalistas que reiteram seus argumentos, dentre os quais, Flávia Piovesan, Cançado Trindade, Jairo Schäfer, Carlos Weis (WEIS, 2010) e até Valério Mazzuoli (2013, p. 858) que é categórico quando diz:

[...] a consagração nas Constituições dos direitos sociais foi, em geral, posterior à dos direitos civis e políticos, ao passo que no plano internacional o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, propiciou a elaboração de diversas convenções regulamentando os direitos sociais dos trabalhadores, antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos no plano externo.

O próprio Cançado Trindade com outros relevantes autores internacionalistas, dentre os quais, Flavia Piovesan, Carlos Weiss, Valério Mazzuoli e outros tantos defendendo a mesma ruptura quando se altera a objeto textual de verificação, retirando a análise incidente em textos constitucionais para, por exemplo, Tratados e Convenções Internacionais.

Do ponto de vista de Tratados e Convenções Internacionais, as primeiras proteções atinentes a pessoa humana não refere-se aos direitos civis e políticos como propõe a Teoria das Dimensões de Direitos, mas sim as prerrogativas relativas ao trabalho com a Convenção da OIT - Organização Internacional do Trabalho de 1919.

A essência do pensamento e respectiva falha está na base sobre a qual se construiu o pensamento das dimensões de direitos quando se verifica que a análise de Karel Vasak partiu de estudar e elaborar uma classificação histórica daquilo que estava sendo previstos nos diferentes documentos constitucionais.

Trata-se de um critério essencialmente positivista e formal que afirma surgimento de direitos no momento em que são constitucionalmente previstos, porém, na realidade, o momento de previsão ocorrido em documentos de natureza diversa como os Tratados e Convenções Internacionais, bem como a defesa de uma sequência que nem sempre será reproduzida no constitucionalismo de certos países como no caso do Brasil é um demonstrativo manifesto de que o direitos não podem surgir única e exclusivamente no momento em que foram historicamente constitucionalizados, mas sim de inúmeros fatores, dentre os quais, de ordem histórica, sociológica, antropológica etc.

Portanto, o trabalho consegue compreender os problemas da proposta cronológica de proteção de direitos fundamentais quando acaba não se conferindo com a previsão em Tratados e Convenções Internacionais que não começaram suas proteções com os direitos civis e políticos na perspectiva de Karel Vasak e Bobbio, mas sim com a previsão de direitos atinentes ao trabalho com advento da

Convenção da OIT (Organização Internacional do Trabalho) de 1919, ou ainda quando o mesmo descompasso se repete no histórico do constitucionalismo de alguns países, no caso do objeto desta investigação relativo à Constituição de 1937 (Polaca).

A falha ou equívoco da proposta geracional que demonstra uma ruptura na ordem cronológica de determinação dos direitos fundamentais com advento da Constituição Brasileira de 1937 (Polaca) está, justamente, ligado ao critério sobre o qual o ideário das gerações ou dimensões de direitos foi construído, baseado em afirmar direitos única e exclusivamente com o momento em que foram positivados no decorrer do constitucionalismo.

Os direitos fundamentais não foram determinados somente no momento em que galgaram as respectivas proteções jurídicas, pois direitos fundamentais surgem de inúmeros fatores de natureza sociológica, histórica, antropológica, psicológica, tecnológica e outras várias influências a serem analisadas, sendo o critério utilizado por Vasak e Bobbio somente um dos vários fatores que devem ser averiguados no processo de surgimento e determinação de direitos.

### **Considerações finais**

As ideias de “gerações” (dimensões) de direitos foram genuinamente defendidas por Karel Vasak e, posteriormente, por Norberto Bobbio na obra intitulada “A Era dos Direitos” e, atualmente, são reiteradamente abordadas nas doutrinas não só constitucionalistas, pois respaldam o momento em que direitos relativos à pessoa humana surgiram e foram historicamente afirmados.

A proposta genuína com apenas três momentos de proteção defendeu, em suma, primeiro momento de previsão correspondente aos direitos civis e políticos, depois acerca de uma segunda dimensão referente aos direitos sociais e econômicos e,

por fim, uma terceira e última dimensão de direitos atinentes à fraternidade.

Ocorre que existe uma expressiva corrente crítica ao pensamento geracional formada, principalmente, por internacionalistas que apontam que, na perspectiva dos Tratados e Convenções Internacionais, as primeiras proteções de direitos da pessoa humana foram os direitos sociais com advento da Convenção da OIT – Organização Internacional do Trabalho de 1919 e não os direitos civis e políticos de primeira geração (dimensão) como pretendeu o pensamento geracional de Karel Vasak e Norberto Bobbio.

A suspeição do advento da Constituição Brasileira de 1937 (Polaca) que instituiu o Estado Novo acaba sendo confirmada como um ponto no histórico do constitucionalismo pátrio que não seguiu a sequência cronológica de cumulação de direitos defendida pelo pensamento geracional de Karel Vasak e Norberto Bobbio. Contrariando a ideias de “gerações” (dimensões) de direitos, o contexto de égide da Constituição Brasileira de 1937 (Polaca) significou uma expressiva redução em termos de prerrogativas em detrimento ao documento constitucional precedente (Constituição Brasileira de 1934), implicando um descompasso na sequência de proteção de direitos generalizada pelo ideário geracional. Uma vez que desconsiderou contextos políticos no histórico do constitucionalismo de certos países que nem sempre implicaram favoravelmente em termos de direitos fundamentais.

O trabalho conclui, que a problemática do pensamento de Norberto Bobbio e Karel Vasak acerca das “gerações” (dimensões) de direitos atrelaram o surgimento de prerrogativas com o contexto histórico ou momento em que direitos foram protegidos constitucionalmente. Porém, o critério positivista fica comprometido quando se verifica que proteções ocorridas em Tratados e Convenções Internacionais não seguiram a mesma sequência cronológica de surgimento de direitos, uma vez que no âmbito de documentos internacionais, os primeiros direitos da

pessoa humana foram direitos sociais com advento da Convenção da OIT – Organização Internacional do trabalho datada em 1919 e não com os direitos civis e políticos como defendeu a primeira geração (dimensão) de direitos.

Da mesma forma, o critério positivista hermético em que se pautou as gerações (dimensões) de direitos falha quando investigado a sequência cronológica do constitucionalismo brasileiro, pois os direitos sociais positivados com o documento constitucional de 1934 e de segunda geração (dimensão) de direitos não foi seguido por uma terceira geração (dimensão) de direitos, mas sim por um momento de supressão de prerrogativas sob a égide ditatorial do Estado Novo.

A generalização da proposta geracional ou dimensional verificável no pensamento de Vasak e Bobbio ignora, portanto, nuances e oscilações políticas quando investigada características e peculiaridades históricas do constitucionalismo de certos países, no caso da presente proposta, especificamente quanto ao constitucionalismo ocorrido no Brasil e a Constituição Brasileira de 1937 (Polaca) é uma expressão desta ruptura.

O erro primordial da proposta Karel Vasak e Norberto Bobbio quanto ao surgimento dos direitos fundamentais está no critério que relacionou o nascimento e determinação de prerrogativas com o momento histórico de suas positivações, ou seja, o momento em que historicamente foram inseridos e formalizados em documentos constitucionais.

Ocorre que direitos fundamentais não surgem somente no momento em que são constitucionalmente positivados e inseridos no ordenamento jurídico, mas de inúmeros fatores das mais diversas naturezas, dentre as quais, históricas, sociológicas, antropológicas, tecnológicas, psicológicas e outras que devem ser verificadas no histórico e no estudo de cada prerrogativa.

A relação obrigatória que atrela o surgimento de direitos com o momento histórico em que é positivada, diz respeito ao resquício e excesso de um positivismo hermético não mais



condizente com uma realidade em que princípios começaram a fazer parte da aplicação jurídica.

A positivação e supressão de prerrogativas em documentos constitucionais podem, muitas vezes, estarem atreladas aos interesses políticos de um determinado contexto em que se vive um país, um determinado Estado e nem sempre, umbilicalmente ligada à formalização constitucional, mas também a interesses políticos que reduziriam as ideias de gerações ou dimensões de direitos à uma realidade de sujeições.

O trabalho conclui no sentido de que a grande problemática do pensamento é o critério sobre as quais tais ideias foram construídas, haja vista que foi elaborada sob uma análise estritamente formal e positivista baseada na previsão dos direitos que estavam sendo protegidos em diferentes contextos históricos.

A proposta teórica de Karel Vasak falha, quando se sustenta no critério de previsão de prerrogativas como forma de compreender a origem e a determinação de direitos fundamentais, pois direitos fundamentais não surgem somente no momento ou contexto em que galgam suas respectivas proteções e formalizações.

Os direitos, na verdade, surgem de inúmeros fatores que devem ser considerados, dentre os quais, fatores históricos, antropológicos, sociológicos, psicológicos, tecnológicos e outros; sendo o aspecto de previsão jurídica de prerrogativas somente um dos fatores a serem considerados dentre outros tantos que acabam sendo ignorados na proposta geracional.

No caso da proposta teórica das gerações de direitos, Karel Vasak tentou compreender a determinação de direitos fundamentais somente do ponto de vista das respectivas proteções. Critério que não consegue explicar, por exemplo, o descompasso existente entre a ordem de proteção constitucional dos direitos fundamentais em documentos de natureza diversa, tais como os Tratados e Convenções Internacionais que com advento da Convenção da OIT - Organização Internacional do Trabalho de

1919 inaugurou a proteção de direitos da pessoa humana com as prerrogativas sociais e trabalhistas e não com a previsão de direitos civis e políticos conforme a defendeu Karel Vasak e Norberto Bobbio.

Ou ainda, descompassos e problemáticas no histórico do constitucionalismo brasileiro, no pontual caso da “Polaca”, Constituição Brasileira de 1937 (objeto desta investigação) que não seguiu a ordem sequencial proposta por Karel Vasak e Bobbio, mas retrocedeu em detrimento a Constituição Brasileira precedente de 1934.

## Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Nova ed. 10<sup>a</sup> reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26<sup>a</sup> edição, Malheiros Editora, São Paulo, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 47.516*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília: 23 de fevereiro de 2006. [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 01/09/2007.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao037.htm) . Acesso em: 16/10/2015

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao034.htm). Acesso em: 16/10/2015

- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22164/SP. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília: 23 de fevereiro de 2006. [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 01/09/2007.
- COUTRIM, GILBERTO. História & reflexão Consolidação do Capitalismo e Brasil Império. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 1999, vol. 3.
- GAJARDONI, Fernando Fonseca. Direitos difusos e coletivos I: teoria geral do processo coletivo. São Paulo: Saraiva, 2012. (Saberes do Direito, 34).
- LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MACHADO, Edinilson. Donisete. *Ativismo Judicial Limites Institucionais Democráticos e Constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. Coleção Univem
- MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, São Paulo: Atlas, 2008.
- MARX, Karl. *A questão judaica*. 2. ed. São Paulo: Moraes, 1991.
- MAZZUOLLI, Valério. O. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 392 p., 23 x 16 cm. ISBN 8573480696..
- WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.



## **Reconectando as pontas: a reivindicação de direitos pelos titulares do poder através da defensoria pública**

*Luciana Barbosa Garcia*

### **Considerações iniciais**

Uma sociedade sem leis e sem regras propicia o caos e o retrocesso aos tempos antigos de validação de atos por imposição da vontade de um em detrimento do outro, seja pela força bruta ou por outro meio coercitivo. Ou, ainda, uma sociedade em que apenas uma pessoa ou um grupo de pessoas decida com base em suas próprias convicções, não restringindo suas decisões a nenhum aparato moral, social, político ou jurídico que não à própria razão, à própria vontade, delineando-se como uma realidade despida de legitimidade solidária, como era o exemplo dos períodos monárquicos e aristocratas. A sociedade era guiada em benefício do ocupante do poder ou do grupo ocupante do poder, desprezando à vontade social.

Com o fracasso evidente desse tipo de organização (ou desorganização), bem como a falta de legitimidade de representação das pessoas unidas em determinado território, através de movimentos revolucionários, através da decorrência do tempo, por um processo de evolução jurídica e social, chegou-se ao Estado de Direito.

O Estado de Direito é o respeito às leis por todos, sejam os cidadãos ou governantes, ocasião em que o único imperador é o

ordenamento jurídico. A liberdade que permeia o Estado de Direito e alcança os ocupantes do poder e as pessoas que têm vínculo com esse Estado, não é uma liberdade absoluta, mas sim, significa uma ambivalência entre direitos e deveres.

A República Federativa do Brasil constituiu-se em um Estado Democrático de Direito, nos termos da Constituição Federal de 1988, conforme o artigo 1º, que assim preceitua:

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

Portanto, a forma de governo adotada é a República; a forma de Estado é a Federativa e o regime de governo é o democrático.

A democracia, em um conceito etimológico, traduz-se como o **poder do povo**, sendo que do grego antigo *demos* significa povo e *kratos* poder. Assim, o povo poderá exercer o poder diretamente ou por meio de representantes.

Dada a dimensão continental do país e uma quantidade habitacional de mais de 200 milhões de habitantes, o exercício pessoal do poder causaria um tumulto gigantesco. Por isso, a democracia no Brasil é representativa, ou seja, embora o poder emane do povo, é exercido por meio de representantes eleitos. Todavia, também é possível que o exercício seja direto, nas hipóteses previstas na lei constitucional, conforme LENZA, Pedro, (2018, p. 1331), esclarece:

Assim como o voto, a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo, a ação popular, corroborando o preceituado no art. 1º, parágrafo único, da CF/88, constitui importante instrumento de democracia direta e participação política.

Limitar a democracia ao direito de votar seria simplificar sobremaneira o papel participativo do cidadão. O conceito de democracia, porém, deve ter o dinamismo que o tema requer, nos dizeres de GONZALES (2017):

[...] a democracia não é um mero conceito político abstrato e imutável, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia de direitos fundamentais que vão sendo conquistados ao longo do tempo. A democracia é, pois, um ‘processo histórico’, dinâmico; é um meio, um instrumento, um caminho, e não um valor-fim estático.

Percebe-se a democracia, dentre outros vetores, como afirmação do povo e da garantia de direitos fundamentais. Entretanto, o que vem ocorrendo é um distanciamento dos direitos e garantias fundamentais dos seus verdadeiros titulares e dos titulares do poder, como um todo (leia-se: o povo brasileiro). O abismo existente entre o poder emanar do povo e esse mesmo povo receber benefícios advindos do poder chega a ser cômico. Exemplificando: seria como entregar as chaves de uma casa própria a alguém de confiança para administrá-la, mas no momento seguinte não poder entrar na casa, não saber se foi posta para locação ou à venda, não receber as verbas pela suposta locação ou alienação; ficar sem lugar para morar e endividar-se para locar outro imóvel; ao pedir informações sobre o ocorrido talvez tenha que entrar com demanda judicial para ter notícias do paradeiro daquilo que lhe pertence; e ao final, provavelmente ter que pagar pela administração feita em seu bem, se ainda não tiver perdido a consciência de que aquele bem lhe pertence. Alguém, em sã consciência, deixaria uma situação dessas acontecer e se quedaria inerte? A correlação da hipótese levantada e o vínculo do cidadão com seu país não está muito distante, entretanto, pouco ou nada é feito pelos donos da casa. E por que não é feito? Falta reconectar as pontas. Falta restituir aos donos da casa, o que lhes pertence por direito.

Como cidadãos, todos, além do Estado, têm essa responsabilidade no agir em prol do bem maior. Se cada um puser em prática sua cidadania, é possível que o milagre aconteça. Ocorre que a falta de confiança no Estado faz descreer que esse pouquinho seja significativa, mas é a ausência de todas as gotinhas que secaria o oceano.

Mário Sérgio Cortella, brilhante filósofo brasileiro, além de escritor, educador, palestrante e professor universitário, em entrevista à rádio Jovem Pan, com sua eloquência e lucidez costumeiras, provoca o questionamento crítico acerca do pessimismo, do otimismo, da omissão e do compromisso com o saber e o agir, afirmando:

Dá um trabalho danado ser otimista, tem que ir atrás, tem que estudar, tem que se juntar. A frase predileta do pessimista é: 'Que horror! Alguém tem que fazer alguma coisa!'. O pessimista é um vagabundo<sup>1</sup>.

E arremata dizendo que o pessimista espera tudo dar errado e se ainda não deu, ele senta e espera acontecer o pior.

Mas o que pode ser feito? Como é feito? Como reconectar as pontas e restabelecer o controle daqueles que legitimamente o detêm? Para reconectar as pontas entre os detentores do poder e o retorno efetivo da boa administração do mandato conferido aos representantes são necessários o conhecimento jurídico e informação adequados. É preciso educar em Direitos, emancipando os cidadãos nesse sentido.

Nesse compasso, exsurge a Defensoria Pública, uma instituição que auxiliará a harmonizar esse descompasso, que permitirá que esse indivíduo seja imitado na posse de sua casa, dando-lhe o conhecimento de que aquele bem lhe pertence, e que ele poderá usufruí-lo, com a consciência dos direitos que poderá exercer e dos deveres que deverá obedecer e respeitar. E mais, que a partir desse ponto, poderá (e deverá) participar das decisões tomadas em sua casa. Como coproprietário de um bem, essencial sua participação nas diretrizes e manutenção daquilo que lhe pertence.

Em apresentação à obra de Domingos Barroso da Costa e Arion Escorsin de Godoy, Patrícia Kettermann 2014, evidencia a atuação da Defensoria Pública como instituição em destaque,

---

<sup>1</sup> Trecho retirado do endereço: <https://www.youtube.com/watch?v=RNMZY2G1Serc>



voltada à inserção desse sujeito ao que os autores recém citados chamam de linguagem de poder:

Neste percurso, avulta-se o papel da Defensoria Pública enquanto mediadora da inserção legítima do sujeito nos sistemas de poder, que se expressam pela linguagem do Direito. Ao assegurar aos vulneráveis o acesso ao instrumental necessário para inserirem-se na linguagem do poder e se comunicarem a partir de seus símbolos, a Defensoria Pública viabiliza sua atuação já na condição de cidadãos capazes de influenciar nas tomadas de decisão, assim se convertendo em agentes transformadores, seja de sua própria história, seja da sociedade que integram.

Incontestemente, portanto, a premente necessidade de educar os cidadãos em direitos, para inseri-los ou reinseri-los na tomada de decisões conscientes e participação no curso político e na vida em sociedade. Agir com o pensamento de que aquela pequena ação ou omissão não terá repercussão nenhuma é um discurso que não cabe mais na vida dos brasileiros. O “jeitinho brasileiro” ilusoriamente pode trazer algum benefício momentâneo, mas todos saem perdendo, ao final.

## 1. A defensoria pública e o acesso à justiça

Nesse contexto de desequilíbrio social, político, organizacional, vislumbra-se a Defensoria Pública, como uma instituição de destaque no auxílio ao balanceamento das desigualdades.

Mas o que é a Defensoria Pública?

Há 30 (trinta) anos foi promulgada a Constituição Federal ou Constituição Cidadã, outrossim, pode-se comemorar esse trigenário constitucional com o surgimento da Defensoria Pública. Nos termos da Lei Maior, mais precisamente em seu artigo 134<sup>2</sup>,

---

<sup>2</sup> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e

extrai-se que a Defensoria Pública, como função essencial à justiça, é uma instituição, que tem como missão constitucional, a incumbência de fazer orientação jurídica, promover os direitos humanos e defender os direitos daqueles que necessitem. A Defensoria Pública, além do mais, é expressão e instrumento do regime democrático de direito.

Assim, surge outra indagação: a quem é endereçada a prestação do serviço defensorial. Considerando o enunciado na Constituição, a presença da Defensoria Pública justificar-se-á nas hipóteses em que envolver necessitados.

O significado do vocábulo *necessitado* deve ser harmonizado com todo o ordenamento jurídico, atentando-se à real vontade da lei e aos princípios norteadores de um regime político democrático, que possibilitem de maneira efetiva o acesso à justiça.

Impende ressaltar que embora o surgimento da Defensoria Pública tenha ocorrido com a *Lei Magna* atual, certo é que o Estado já vinha desenhando, ainda que em traços tênues, a existência de uma assistência jurídica à população. Assim, contemporânea à Constituição Federal de 1946, sem adentrar nos movimentos anteriores, foi aprovada a Lei n. 1060, de 05 de fevereiro de 1950, ainda vigente, a qual estabelece normas para a concessão de **assistência judiciária** aos necessitados. Nesse espírito é que a Constituição Federal de 1988 determinou que o Estado prestará **assistência jurídica** integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos<sup>3</sup>.

Cioso observar que os termos “necessitados” e “insuficiência de recursos” não se resumem à hipossuficiência econômica, tão

---

*extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.*

<sup>3</sup> Constituição Federal. 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:*

*(...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.*

somente. Nesse percurso, desenvolveu-se a ideia de que a Defensoria Pública atuará quando presente a vulnerabilidade, que vai muito além da hipossuficiência econômica. Além da ausência de recursos financeiros a garantir o acesso à justiça, a *necessidade* que atrairá a atuação defensorial refere-se a inúmeras situações de vulnerabilidade, conforme expresso na Lei Orgânica da Defensoria Pública – Lei Complementar n. 80 de 1994, a qual preceitua, em seu artigo 8º, que são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

Dessa forma, a presença de criança, idoso, consumidor, mulher vítima de violência doméstica, pessoa com deficiência ou qualquer outra hipótese de vulnerabilidade jurídica, etária, étnica, de exclusão, de minorias permitem que a Defensoria Pública atue em favor deles. Vale citar, outrossim, a reunião da cúpula Ibero-americana, a qual o Brasil faz parte, que ocorreu em 2008, em Brasília, que originou o texto intitulado “*Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade*”. O texto, embora desprovido de teor vinculativo, possui norte interpretativo inquestionável, além de descrever, ainda que resumidamente, as hipóteses de vulnerabilidade, os meios de atuação, a influência na política pública para convergir nessa assistência dos vulneráveis, com efetivo acesso à justiça para a defesa dos direitos, ou parafraseando Felipe Kirchner, garantir a abertura das portas do sistema de justiça aos que nela batem,

entretanto, garantir também que o jurisdicionado consiga sair e com uma resposta satisfatória às indagações feitas<sup>4</sup>.

Ademais, Maurílio Casas Maia, Defensor Público no Estado do Amazonas, foi quem primeiro lançou mão da expressão *custos vulnerabilis*, assim esclarecendo:

A Defensoria Pública, enquanto carreira nacional e interiorizada, nasceu na Constituição de 1988, daí a explicação para sua incipiência em alguns Estados da Federação. Constitucionalmente, recebeu da Constituição Cidadã a atribuição de tutela dos necessitados e desprovidos de recursos – ou seja, daqueles mais suscetíveis de mazelas, os “vulneráveis sociais”. Isto justifica o porquê de a Instituição merecer a condição constitucional de guarda dos vulneráveis ou de *custos vulnerabilis*. (Grifo nosso)

Expressão, embora recente, já vem sendo adotada em julgados e doutrina, conforme corrobora recentíssima decisão do TJ-PR, reafirmando entendimento do STF, nesse sentido.<sup>5</sup>

A Defensoria Pública pode participar, na qualidade de *custos vulnerabilis* de casos, que envolvam a promoção dos direitos humanos, independentemente se há já advogados públicos ou particulares no processo. Esse é o entendimento da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, que não aceitou pedido do Porto de Paranaguá para a Defensoria fosse retirada do caso. (...) porquanto sua atuação não está voltada unicamente à eventual permanência dos requeridos no imóvel, e sim à 'promoção dos direitos humanos e a defesa dos necessitados', visando garantir, nesse sentido, que a dignidade e o direito à moradia de tais pessoas sejam observadas, não só na realização das medidas possessórias, mas também no momento posterior a tais atos, contribuindo para a efetividade da prestação da tutela

---

<sup>4</sup> (...) abrangendo não apenas o mencionado acesso do cidadão ao sistema de justiça, mas também (e, quiçá, principalmente) a qualidade material e temporal de “saída” deste aparelho estatal. Felipe Kirchner em prefácio à obra COSTA, Domingos Barroso da. Educação em Direitos e Defensoria Pública: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva. / Domingos Barroso da Costa, Arion Escorsin de Godoy. / Curitiba: Juruá, 2014.

<sup>5</sup> <https://www.conjur.com.br/2018-ago-20/tj-pr-reafirma-direito-defensoria-atuar-custos-vulnerabilis>

jurisdicional para a promoção da paz social', disse o desembargador.

O julgador ressaltou que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal já legitimou o ingresso das Defensorias Públicas estaduais como *custos vulnerabilis* em demandas que envolvam interesses de necessitados ou hipossuficientes, conforme entendimento adotado no Habeas Corpus 143.641.

Com a definição *en passant* do que vem a ser a necessidade, que invocará a atuação funcional da Defensoria Pública, o presente artigo tem a ousada missão, por sucinto espaço, de apontar a referida instituição com um papel de destaque a promover o real exercício da cidadania de modo a efetivar a democracia, sem exclusão de outros órgãos.

A Defensoria Pública é expressão e instrumento do regime democrático, o que a torna legítima a reivindicar os direitos em prol dos necessitados e educá-los como cidadãos, conforme elucidado acima.

Os direitos individuais, coletivos e sociais previstos no Título II da Constituição Federal, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como o direito à saúde, à educação, à moradia, ao lazer, etc., são garantidos a todos os brasileiros, sem distinção de qualquer natureza.

A Defensoria Pública tem a função de promover a orientação jurídica e os direitos humanos. Assim, levar aos titulares de direitos a informação de que eles são detentores dessa gama enorme de direitos e também de deveres, mostra-se um grande desafio. Embora o ordenamento jurídico traga a previsão de que ninguém pode escusar-se de cumprir a lei alegando que não a conhece<sup>6</sup>, não há uma preocupação em educar os cidadãos em direitos, não há uma política pública eficaz, no sentido de orientar os nacionais quanto à legalidade de suas ações e os direitos que lhes pertencem, papel este que a Defensoria Pública tem

---

<sup>6</sup> Decreto-Lei n. 4.657, de 04/09/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

autorização para ministrar. Aqui, cabe uma observação pertinente: ao receber a devida informação, o cidadão terá que ser educado para utilizá-la. A entrega do conhecimento não pode ser formal, sem resultado prático, pelo contrário, dar-se-á de maneira efetiva, empoderando os cidadãos para se autogerirem no dia-a-dia, com vistas a um futuro consciente.

Por outro lado, com a conquista dos direitos, em diferentes gerações ou dimensões, dos direitos individuais, sociais e coletivos, de fraternidade e direitos universais, parte da concretização desses direitos cabe aos órgãos públicos, com a implementação de um serviço público de qualidade, orientado por princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, dentre outros. Considerando-se que a Administração Pública vem apresentando falhas e dificuldades na entrega de uma prestação efetiva e de qualidade à população, são as pessoas em situação de vulnerabilidade que têm a maior dificuldade em ver seus direitos resguardados e respeitados. E num segundo momento, são desrespeitadas novamente quando se aventuram a reivindicá-los.

A saúde, a educação, a segurança, a moradia e outros bens são um plexo de garantias que propiciam um mínimo existencial digno; entretanto, esses direitos têm se mostrado ícones de luxo a uma parcela reduzida da população.

Juntamente com a falha e ou omissão seja por um concidadão ou pelo Estado na prestação e garantia dos direitos nas mais variadas dimensões, nasce a pretensão do particular lesado em perquiri-los.

Nesse cenário, uma nova realidade tem incomodado a concretização de direitos e dificultado a harmonia dos poderes e da vida em sociedade, qual seja, ausência de entes públicos no cumprimento de seu dever, o que transfere ao Poder Judiciário suprir funções típicas de outros poderes da União. Vale transcrever o julgado do STF, citado no livro de LENZA (2018, p. 573):

EMENTA: [...] A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. (MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086).

O sistema de freios e contrapesos na tripartição de funções de Montesquieu deveria equilibrar o sistema, mas o que se vê, de fato, é a exceção virando regra. Basta dar uma olhada para a saúde no país e perceber que o que seria apenas a utilização de um serviço público comum, já que o direito à saúde é um direito universal torna-se um grande desafio. Porém, para conseguir vagas em hospitais, cirurgias, tratamentos e medicamentos, ao cidadão não resta outra opção senão acionar o sistema de justiça para angariar a entrega do que lhe pertence por direito. Inúmeras são as ações, no âmbito da saúde, originadas na escassez de recursos para prestação de um serviço público de qualidade.

A hipertrofia do Poder Judiciário continua inflando, num verdadeiro inchaço da função jurisdicional do Estado, sendo necessário que conflitos de toda sorte sejam levados à Justiça para sua resolução, o que eleva sobremaneira a importância do direito constitucional de acesso à Justiça, posto que esse se torna um instrumento fundamental para realizar e concretizar direitos. Se o

acesso à Justiça se torna o instrumento capaz de consolidar-se direitos, como implementá-lo?

Sem olvidar a existência de outras políticas públicas, *v.g.*, a intervenção do Ministério Público como *custos iuris*, a possibilidade de constituir um advogado àqueles que possuem recursos para tanto, medidas administrativas; este artigo visiona aquelas pessoas sucintamente elencadas no rol das que terão assistência jurídica pela Defensoria Pública e que poderão acionar a instituição *incontinenti* para as providências necessárias, sem olvidar a atuação de ofício permitida à instituição e nos moldes que vêm se delineando atualmente.

Dessa forma, à Defensoria Pública cabe a defesa em todos os graus, judicial ou extrajudicial dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. Em outra linha de atuação, pelo desconhecimento desses particulares de que são titulares de direitos, a Defensoria, numa atuação proativa, deve identificar essas demandas e intervir na tentativa de coibir o desrespeito e se preciso, posteriormente, na providência para resgate dos bens lesados.

Percebe-se, pelo exposto, a grande missão da Defensoria Pública em promover a cidadania, em emancipar os titulares de direitos, inculcando-lhes uma consciência jurídica, bem como propiciar a efetiva igualdade entre os cidadãos brasileiros, respeitadas suas desigualdades, promovendo uma verdadeira isonomia, atuando de forma extrajudicial ou judicialmente, seja anterior ou posteriormente aos conflitos.

Nos dizeres de Domingos Barroso da Costa e Arion Escorsin de Godoy, (2014, p. 62-63):

Em uma democracia, liberdade não equivale à inexistência de limites e igualdade não significa ausência de diferença. [...] Assim, a igualdade democrática é a igualdade das – e nas – diferenças. (...) A liberdade democrática, consoante antecipado, pressupõe autonomia, ou seja, consciência de limites e capacidade



de agir segundo essa consciência, a qual se constrói reflexivamente, considerando a liberdade de outras pessoas que compartilham de um mesmo mundo. Nenhuma liberdade é, portanto, ilimitada; se não há limites, o que há é licenciosidade, incompatível com a democracia que só floresce entre cidadãos iguais e livres em sua igualdade.

A Emenda Constitucional n. 80/2014, além de trazer significativas alterações ao artigo 134, que trata da Defensoria Pública, acrescentou o artigo 98 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fixando um prazo de até 08 (oito) anos, contados a partir da data da emenda, portanto, data limite até 2022, para que todas as unidades jurisdicionais tenham Defensores Públicos, em número proporcional à efetiva demanda. Com o anseio de que seja cumprida a determinação constitucional, após vencidas as dificuldades orçamentárias, ter um Defensor Público ou uma Defensora Pública à disposição do cidadão ou da cidadã que dele necessite, significará mais exercício da cidadania.

Os Defensores Públicos transfiguram-se em verdadeiros agentes de transformação social, como expressão e instrumento da democracia, empoderando os cidadãos, conscientizando-os acerca dos seus direitos e reconectando-os à origem de um Estado que lhes pertence. Dessa forma, vislumbra-se possível alcançar os objetivos de construir uma sociedade livre justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização; e reduzir as desigualdades sociais e regionais. E por que não dizer, possibilitar que o país viva em união entre os poderes e entre as pessoas, não se olvidando de onde vem o poder, de quem são reais verdadeiros titulares. Assim, será uma nação que se origina do povo e se volta para o povo, reconectando as pontas de uma sociedade e de um sistema harmônicos.

## Referências

ALVES, Cleber Francisco. **Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios.** / Cleber Francisco Alves, Pedro Gonzáles. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COSTA, Domingos Barroso da. **Educação em Direitos e Defensoria Pública: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva.** /Domingos Barroso da Costa, Arion Escorsin de Godoy. / Curitiba: Juruá, 2014.

JOVEM PAN. **Cortella: o pessimista, antes de tudo, é vagabundo.** 2018 (2m28s). Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=RNM2G1Serc> >. Último acesso em: 01 dez 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** / Pedro Lenza – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINES, Fernando. **TJ-PR reafirma direito da Defensoria de atuar em caso como custos vulnerabilis.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-ago-20/tj-pr-reafirma-direito-defensoria-atuar-custos-vulnerabilis> >. Último acesso em: 01 dez 2018.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. **Defensoria pública, democracia e processo** / Alfredo Emanuel Farias de Oliveira ... [etal.]; organização Maurílio Casas Maia – 1 ed. – Florianópolis [SC]: Empório do Direito, 2017.

PEDROSO, Patrícia Kettermann Stéfano. **Edição Histórica da Constituição da República Federativa do Brasil** / Organização, Patrícia Kettermann, Stéfano Pedroso. – Brasília: ANADEP, 2015.

PROJECTO EUROSOCIAL JUSTIÇA. **Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade.** Disponível em: < <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf> >. Último acesso em: 01 dez 2018.

ROCHA, Jorge Bheron. **Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais.** Fortaleza: Boulesis Editora, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

**“Todo poder emana do povo”:  
um estudo das constituições brasileiras em comemoração  
aos 30 anos da constituição cidadã de 1988**

*Luiz Gustavo Caratti de Oliveira*

**Considerações iniciais**

A presente pesquisa tem como escopo principal demonstrar a evolução histórica constitucional do Brasil em homenagem aos trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988. Inegável foram os avanços democráticos e sociais advindos da entrada em vigor da Norma Constitucional de 1988, mas, a grande questão aqui explorada tange no descumprimento por parte do Estado dos preceitos mais básicos e fundamentais que foram positivados pela mencionada Constituição.

Busca também, a presente pesquisa, demonstrar a trajetória democrática na ordem global, facilitando assim, o entendimento do leitor quanto aos precedentes mais remotos das primeiras cartas constitucionais que afluíram a possibilidade de limitação do poder do Estado.

A Carta Magna Inglesa de 1215, foi o pontapé inicial da discussão quanto a necessidade de preservação dos direitos fundamentais do ser humano. Tal Carta, entre outras coisas, trouxe apontamentos quanto a criação de tributos através de leis e ainda a impossibilidade de prisões arbitrárias. Podemos dizer que o princípio do devido processo legal teve sua semente plantada nesse período, uma vez que, tal princípio hoje amplamente estudado e

respeitado, naquele momento ainda possuía interpretação básica e superficial.

A Carta Magna de 1215, trazia em seus 63 artigos demonstração clara da insatisfação dos nobres quanto ao poder absoluto do Rei Inglês John Lackland (João Sem Terra), do qual detinha através do Direito Consuetudinário tais poderes.

Referida carta em seu momento inicial não possuía intenção de trazer caráter universal, ou seja, fora inicialmente aplicada apenas na Inglaterra, mas, outras nações observando as consequências de tal levante contra o Rei e o Estado, basearam-se na Carta Magna para inflamarem seus desejos pelos preceitos mais básicos, como vida, liberdade, propriedade, tributos, devido processo legal, entre outros.

No Brasil, após a declaração de independência de 7 de setembro de 1822, Dom Pedro I, pediu a elaboração da primeira Constituição por um conselho. A Assembleia Constituinte se reuniu em 03 de maio de 1823, e a pedido do Imperador, este queria o controle político e executivo através do veto, o que contrariava e trouxe uma desavença com os constituintes que possuíam uma orientação liberal-democrata, qual seja, uma monarquia com limitação dos poderes do imperador, sendo o mesmo apenas uma figura decorativa, nos moldes ingleses.

A Constituição Federal de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, em 25 de março de 1824, é dentre todas as demais constituições brasileiras posteriores, a que teve vigência por mais tempo, 65 anos.

Desde a primeira Constituição de 1824, até a atual Constituição Federal de 1988, ao todo tivemos sete Constituições Federais, tendo cada uma delas, marcas e anseios próprios do tempo em que regeram, conforme se verifica nesse estudo. Sem sombra de dúvidas o Brasil em pouquíssimo tempo criou e rasgou mais constituições do que muitos continentes inteiros. Passamos de colônia a independência, de monarquia ao presidencialismo, de províncias a federação, e, da democracia a ditadura.

A Constituição Federal de 1988, também apropriadamente chamada de Constituição Cidadã, foi promulgada em 5 de outubro de 1988, sendo o maior símbolo da redemocratização brasileira, uma vez que, o Brasil havia sido palco de 21 anos de regime militar, onde todos os princípios constitucionais assegurados até então, foram trocados por porões ocultos e latebrosos mantidos pelo militarismo, onde os oponentes políticos eram torturados, muitas vezes até a morte.

A atual Constituição trouxe, principalmente, ferramentas para que os abusos do Estado fossem evitados e até mesmo combatidos. Ademais, foram também ampliados, os Direitos Sociais, tendo por exemplo, sido criado o Sistema Único de Saúde, possibilitando mesmo àqueles que não eram filiados ao INPS, a utilização de hospitais públicos.

Assim, o trabalho tem como objetivo geral demonstrar o caminho percorrido desde a primeira constituição brasileira, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma análise da redemocratização brasileira, e, ainda, em ato contínuo, averiguar os reflexos sociais, buscando responder se os ideais do Poder Constituinte Originário foram atingidos 30 anos após a promulgação da Constituição.

## **1. A carta magna de 1215 como precursora da democracia**

A Carta Magna Inglesa de 1215, garantiu amplos direitos, inicialmente aos nobres, e, posteriormente a todos os cidadãos Ingleses. A assinatura de tal carta não decorreu de uma evolução democrática no íntimo do Rei Inglês John Lackland, também conhecido de “João Sem Terra”, mas sim, por pressão dos nobres ingleses.

Geralmente, as descrições do sistema feudal que costumam aparecer nos livros de história fornecem uma falsa impressão de uniformidade e de universalidade deste mesmo. A primeira impressão é basicamente produzida, porque se costuma tomar

como modelo o feudalismo francês –extremamente hierarquizado e fechado – e extrapolar esse modelo para os outros países da Europa. A segunda impressão, decorrente desta extrapolação, não permite perceber que há países da Europa em que simplesmente não houve nada que se assemelhasse a um sistema feudal. Portugal é um exemplo de uma formação bastante distinta em que o rei sempre foi mais forte do que a nobreza, frequentemente a desprezava e buscava sua força diretamente no povo. E isto terá uma significativa influência sobre a colonização do Brasil. (GUERREIRO, 2015, s.p.)

Em 1215, o Rei John Lackland, se viu obrigado a assinar o documento mais importante na evolução democrática da sociedade. Este rei, considerado por muitos, teimoso e descontrolado, nunca teve um reinado tranquilo e harmonioso. Seu sobrenome “Lackland”, traduzindo para a língua portuguesa, “sem terra”, é oriundo de ter sido ignorado na partilha da herança de seu pai, o Rei Henrique II.

De acordo com Antônio Manoel Bandeira Cardoso, (1986, p. 135), A Carta Magna de 1215, “é considerada a base das liberdades inglesas”. No mesmo sentido, pontua PINTO FERREIRA, (1964, p. 126) que “a Magna Carta encerra uma época histórica e reabre uma outra, devendo ser entendida como a crisálida ou o modelo imperfeito das Constituições posteriores”.

O cenário de surgimento da Carta de 1215, não era dos mais favoráveis. Os historiadores são unânimes em afirmar que o Rei João Sem Terra não era um líder dos mais amados e respeitados pelos seus súditos. Referido rei, violou inúmeras leis e costumes antigos, além de questionar diretamente o poder de influência da Igreja. O Rei John Lackland chegou ao ponto de ser excomungado pela Igreja Católica. (HELLFELD, 2009).

Diante do insucesso da coligação continental contra Felipe Augusto – Rei da França – chefiada por João Sem Terra, e com a derrota de Bouvines, em 1214, da qual resultou a perda de quase todas as possessões francesas, os barões obrigaram o rei a assinar

um documento por eles elaborado, sob a inspiração de Langton, fato esse ocorrido em 1215. (CARDOSO, 1986, p. 136).

Em meados de 1214, a Inglaterra foi ameaçada de ser atacada e João se antecipou, invadindo a França, sendo a tentativa, um fracasso. A derrota vergonhosa foi o estopim do reinado de Lackland, os nobres se rebelaram e obrigaram o Rei a assinar a Carta Magna de 1215, em latim, com seus 67 artigos, onde a mesma, assegurava aos nobres e seus descendentes diversos direitos.

A exigência mais importante era o direito a que nenhum imposto fosse mais criado sem a aprovação da nobreza. Da mesma forma, nenhum cidadão livre, poderia ser preso por funcionários reais sem que as razões de sua prisão fossem investigadas. Além disso, os nobres estabeleceram para si privilégios inalienáveis, os quais nem o rei nem o papa poderia revogar. (HELLFELD. 2009. s.p.)

Após assinar a Carta Magna de 1215 o Rei João Sem Terra claramente perdia seu poder. Não há dúvidas que tal ato claramente limitou o poder do Estado, e, criou a imagem de “Rei Figurativo”, sem poderes, como ocorre até os atuais dias na Inglaterra. Alguns doutrinadores, entendem que a Carta Magna de 1215, não refletia os interesses do povo, e sim, dos nobres, uma vez que, tal carta recebeu sua tradução para a língua inglesa apenas no século XVI.

Nesse sentido, MAUROIS (1963, p. 93), pontua que “A Carta Magna esteve tão longe de ser um documento popular, que não foi traduzida para o inglês antes do século XVI”, tal posição é minoritária, “É verdade que dos 67 artigos da Magna Carta somente 12 beneficiam diretamente o povo, mas é preciso convir que a iniciativa da rebelião partiu do clero e da nobreza e, naturalmente, para eles recairiam as premissas da conquista legal” (CARDOSO, 1986, p. 139).

Assim expõe CARLYLE (1950, p. 178):

El primero de los principios, pues, del sistema político de la Edad Media era la supremacía del derecho; esto no era un principio abstracto, sino que encontro forma concreta en la regla medieval de que esa autoridad encarnaba em tribunales de justicia independientes del príncipe. Esto es lo que significa la famosa cláusula 39 de la Carta Magna de que ningún hombre libre pueda ser detenido o encarcelado, nin siquiera por el Rey, salvo por el juicio de sus pares e por la ley de la tierra, y hay que recordar que esta regla no era unicamente inglesa<sup>1</sup>.

O Rei João morreu em 19 de outubro de 1216 de uma indigestão causada por excesso de pêssegos e de cidra nova. (CARDOSO, 1986). Muito embora João não soubesse, ele após assinatura da Carta Magna de 1215, havia criado uma nova ordem constitucional primitiva.

A Carta Magna de 1215 é chamada por muitos como de precursora da democracia, ou ainda como primeira Carta de Direitos Humanos, porque muitos foram os frutos colhidos desta norma. Como por exemplo, a origem do Parlamento Inglês, a obrigação de criar leis antes de instituir impostos, a proibição de prisões arbitrárias, o direito de todos os cidadãos livres possuírem e herdarem propriedade, proibição ao suborno, punição à má conduta oficial, dentre outros enormes avanços que prevalecem nas normas constitucionais da maioria dos Estados até hoje.

## **2. A constituição norte americana de 1787**

A Constituição dos Estados Unidos foi promulgada em 1787 e ratificada em 1789 pelos 13 estados americanos. Após a declaração de independência das 13 colônias em relação à Inglaterra, os

---

<sup>1</sup> Tradução Livre do autor: O primeiro dos princípios, então, do sistema político da Idade Média foi a supremacia da lei; este não era um princípio abstrato, mas encontrou forma concreta na regra medieval daquela autoridade incorporada nos inegáveis tribunais de justiça do príncipe. Isto é o que a famosa cláusula 39 da Carta Magna significa que nenhum homem livre pode ser preso ou encarcerado, nem mesmo pelo rei, exceto pelo julgamento de seus pares e pela lei da terra, e devemos lembrar que essa regra não era apenas inglesa



estados adotaram o regime confederado que, adotavam um governo central, mas, ao mesmo tempo cada estado é autônomo em termos políticos e jurídicos. A Constituição dos Estados Unidos de 1787 foi fruto da Convenção da Filadélfia, pós colapso do crédito público.

O colapso do crédito público foi um dos principais motivos da convocação da Convenção da Filadélfia. Com a especulação de terras públicas em troca de títulos da dívida pública, havia a necessidade de se restaurar o crédito público. Não existia na América a dívida pública monetizada, como havia na Inglaterra desde 1694, com a instituição do Banco da Inglaterra e a chamada “revolução financeira” inglesa. Para o pagamento das dívidas da guerra revolucionária, ocorreram tentativas de melhorar as rendas do Congresso Continental, que foram vetadas em 1781 e 1783 por Rhode Island e por New York, acarretando a quebra do tesouro da Confederação. (BEARD. 1986, p. 31)

Diferentemente de outras cartas constitucionais, a carta norte americana não foi criada com o intuito de ver preservados os direitos civis de seu povo, mas sim, fundamenta-se sua criação em decorrência da enorme crise financeira que assolou o país após a revolução contra os Ingleses. No mesmo sentido, pontua MCDONALD (1985, p.173):

A crise política e financeira da Nova Inglaterra atingiu os Estados de Connecticut, New Hampshire, Rhode Island e Massachusetts, onde ocorreram várias revoltas armadas de devedores. As mais importantes foram a crise de Rhode Island e a Rebelião de Shay, em Massachusetts. Em 1786, constatou-se que a dívida pública de Rhode Island havia se tornado incontrolável. A assembleia legislativa, então, emite papel-moeda sem lastro, emprestando-o aos cidadãos. Os emprestadores pagariam seus empréstimos e o Estado pagaria seus credores. No entanto, a “moeda” se desvalorizou enormemente e o legislativo declarou que sua aceitação era obrigatória, retirando as garantias de quem se recusasse a recebê-la em pagamento, além de estipular que os devedores cujos credores haviam recusado o papel moeda

poderiam cancelar seus empréstimos ao depositá-lo em certas contas e publicar a notícia do pagamento pelos jornais.

A movimentação que resultou na Convenção da Filadélfia de 1789, foi claramente conservador e nada revolucionário como o que aconteceu em outros países. Não se buscava a criação de algo novo através de uma revolução, mas sim, o equilíbrio econômico-social que encontrava-se ameaçado.

De acordo com BERCOVICI, “o que se buscava era a revisão dos Artigos da Confederação, especialmente no que dizia respeito à regulação uniforme do comércio, interno e externo, e para impedir uma abertura democrática do poder político”. O referido autor ainda pontua que: “A Convenção da Filadélfia não foi, assim, uma assembleia constituinte. Os seus integrantes eram delegados escolhidos pelos Estados, cujos legislativos também eram eleitos com base no voto censitário, não foram eleitos pelo povo”. (2013, p.111).

A Constituição Americana de 1787, pode ser considerada um documento econômico, tendo como premissa a concepção que o direito à propriedade antecede até mesmo a própria norma, e, que este direito deve ser protegido das maiorias populares. Referida Constituição não foi elaborada pelo povo, muito menos pelos Estados, mas sim por um grupo consolidado de interesses econômicos com reflexos nacionais. (BEARD, 1986)

“A preocupação da Constituição de 1787 com a proteção da propriedade foi tão determinante que o texto chegou a prever expressamente uma garantia constitucional aos proprietários de escravos, dando-lhes o direito de recapturar escravos fugitivos no art. IV, 2”. (BERCOVICI. 2013, p. 117).

Assim normatizava o artigo IV, seção 2:

No person held to service or labor in one State, under the laws thereof, escaping into another, shall in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labour, but

shall be delivered up to claim of the party whom such service or labour may be due<sup>2</sup>. (GOLDWIN. 1988, p. 54)

A Constituição de 1787, ainda em vigor, passou por diversas emendas, tendo suas dez primeiras emendas sido denominadas de “Bill of Rights”, ou na língua portuguesa, “Declaração de Direitos”, do qual passamos a analisar a seguir.

## 2.1 Bill of Rights de 1791

As dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos foram denominadas de “Bill of Rights”, esse conjunto de emendas nasceu da necessidade de reparar a ausência na Constituição Americana de proteção dos princípios básicos da liberdade humana.

O “Bill of Rights” foi acrescentado na Constituição Americana em 1791 e garantia alguns direitos fundamentais ao cidadão, como por exemplo a liberdade de expressão, a possibilidade de praticar sua religião livremente, o direito ao silêncio durante interpeção policial.

Nas palavras de SILVA (2005, p. 155):

[...] Alguns, entretanto, somente concordaram em aderir a esse pacto se se introduzisse na Constituição uma Carta de Direitos, em que se garantissem os direitos fundamentais do homem. Isso foi feito, segundo enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison, dando origem às dez primeiras Emendas à Constituição de Filadélfia, aprovadas em 1791, às quais se acrescentaram outras até 1975, que constituem o Bill of Rights do povo americano.

---

<sup>2</sup> Tradução livre do autor: Nenhuma pessoa detida para serviço ou trabalho num Estado, de acordo com as leis do mesmo, escapando para outro, deverá, em consequência de qualquer lei ou regulamento, ser dispensada de tal serviço ou trabalho, mas deverá ser entregue para reclamação da parte que tal serviço ou trabalho foi encubido.

Foram assegurados os mais diversos direitos fundamentais com as emendas denominadas Bill of Rights, tendo em vista que a Constituição Americana de 1787, possui muito mais um viés de carta econômica, do que propriamente dito, uma carta de direitos.

O Bill of Rights assegurou os seguintes direitos fundamentais:

- (1) liberdade de religião e culto, de palavra, de imprensa, de reunião pacífica e direito de petição (Emenda 1<sup>a</sup>);
- (2) inviolabilidade da pessoa, da casa, de papéis e posses de objetos (Emenda 4<sup>a</sup>);
- (3) direito de defesa e de um julgamento por juiz natural e de acordo com o devido processo legal, isto é, com garantias legais suficientes (Emenda 5<sup>a</sup>);
- (4) garantia do direito de propriedade, de que não se poderá privar senão para uso público e com justa compensação (Emenda 5<sup>a</sup>);
- (5) direito a julgamento público e rápido por júri imparcial do Estado e distrito em que o crime tenha sido cometido, com direito a provas de defesa e assistência de um advogado (Emenda 6<sup>a</sup>);
- (6) vedação de exigências de fiança e multas excessivas, bem como de inflição de penas cruéis ou inusitadas (Emenda 8<sup>a</sup>);
- (7) proibição da escravatura e servidão involuntária (Emenda 13<sup>a</sup>);
- (8) garantia de que todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos são cidadãos norte-americanos qualquer que seja sua raça ou cor (Emenda 14<sup>a</sup>);
- (9) garantia de igual proteção das leis, ou seja: igualdade perante a lei (Emenda 14<sup>a</sup> e 27);
- (10) garantia ao direito de sufrágio igual a todos os cidadãos, que, por isso, não poderá ser restringido por motivo de raça ou cor (Emenda 15<sup>a</sup>);
- (11) direito de voto às mulheres (Emenda 19<sup>a</sup>);
- (12) Proibição de leis retroativas, leis *ex post facto* (Constituição, n.3 da Seção IX e n.1 da Seção X do art. 1);
- (13) proibição de *bill of attainder*, lei de proscricção (Constituição, n.3 da Seção IX do art. 1);
- (14) proibição de suspensão do *habeas corpus*, a menos que a ordem pública o exija nos casos de rebelião ou de invasão (Constituição, n.2 da Seção IX do art. 1); e
- (15) garantia de que a enumeração de certos direitos na Constituição não seja interpretada como denegação ou diminuição dos outros direitos que o povo se reservou (Emenda 9<sup>a</sup>). (SILVA. 2005, p. 155-156)

Observa-se a importância dos direitos fundamentais assegurados pelo Bill of Rights, uma vez que, grande parte dos estados democráticos em todo o mundo se baseiam até hoje nos fundamentos acima expostos. Se por um lado a Constituição Americana de 1787, fundou-se como uma Carta de preservação da propriedade e de anseios econômicos, por sua vez, o Bill of Rights assegurou os fundamentos dos cidadãos.

### **3. A constituição francesa de 1791**

A Constituição francesa de 1791, exerceu grande influência em todo o mundo ocidental, referida Constituição teve condão de manifesto político, sendo fruto das ideologias dos pensadores liberais, possuindo um caráter de aplicação e obediência muito mais moral do que através de imposição de lei. Como pauta maior da norma estava a liberdade do indivíduo, devendo o Estado garantir e ainda combater qualquer forma de restrição a esse direito.

Do ponto de vista formal, o governo era o governo da lei, que declarava formalmente os direitos, deixando cada indivíduo livre para gozar seus respectivos direitos, respeitando os de outros indivíduos. A par disso, deu-se extraordinária ênfase aos direitos patrimoniais, declarando-se como sagrado o direito de propriedade (DALLARI. 2009. p.90)

A Carta Francesa de 1791, dentro outros direitos e garantias, trazia pela primeira vez em uma norma constitucional, o comprometimento pela paz. Nesse sentido, LOSURDO (2008, p. 10), pontua que “Pela primeira vez na história, um país se comprometia a conduzir uma política de paz e o ideal da paz perpétua encontrava sua consagração, ainda que indireta, em um texto constitucional. Trata-se de uma novidade radical”.

A norma constitucional, fruto de muita divergência, trouxe pela primeira vez em uma norma fundamental, a ideia da

universalização dos direitos, chamado também de “estado de direito”, qual seja, que todos são iguais perante a lei, e que esta deve ser fruto da vontade de representantes para tal eleitos.

Assim dispõe o preâmbulo da Constituição Francesa de 1791:

A Assembleia Nacional, desejando estabelecer a Constituição francesa sobre a base dos princípios que ela acaba de reconhecer e declarar, abole irrevogavelmente as instituições que ferem a liberdade e a igualdade dos direitos. Não há mais nobreza, nem pariatos, nem distinções hereditárias, nem distinções de ordens, nem regime feudal, nem justiças patrimoniais, nem qualquer dos títulos, denominações e prerrogativas que deles derivavam, nem qualquer ordem de cavalaria, de corporações ou condecorações para as quais se exigiram provas de nobreza, ou que supunham distinções de nascença, nem qualquer outra superioridade senão aquela de funcionários públicos no exercício de suas funções. Não há mais venalidades nem hereditariedade para qualquer cargo público. Não existe mais, para qualquer parte da Nação, nem para qualquer indivíduo, privilégio algum, nem exceção ao direito comum de todos os franceses. Não há mais corporações profissionais, de artes e ofícios. A lei não reconhece os votos religiosos, nem qualquer outro compromisso que seja contrário aos direitos naturais, ou à Constituição. (FAFICH. 1791, s.p.)

Indiscutível foi a limitação do poder do Estado, assim como também a ampliação dos direitos dos cidadãos franceses. Além dos visíveis avanços no campo civil, a separação de poderes preconizada por Montesquieu, também estava ali normatizada.

No pensamento de LOCKE (2003, p. 75), “Não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar à lei à sua vontade”. Nesse sentido, ao Poder Executivo era atribuída a função de administrar o Estado e de executar as questões relativas à esfera pública; enquanto o Poder Judiciário deveria aplicar as leis em caso de conflito (MONTESQUIEU, 1998).

A proteção dos direitos do homem pelo Estado foi brilhantemente descrita por BOBBIO (1992, p.31):

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de algum desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado.

A Constituição Francesa de 1791, foi considerada uma das maiores cartas de Direitos Fundamentais, uma vez que regulamentou direitos como a igualdade, liberdade, segurança, propriedade, livre manifestação do pensamento, devido processo legal, ampla defesa e os direitos políticos. Observado a importância desta constituição, ela serviu como base à diversas constituições de outros Estados espalhados por todo mundo.

#### **4. As constituições brasileiras**

Sem sombra de dúvidas o Brasil possuiu uma história política conturbada. Em sete Constituições Federais – alguns autores entendem ser oito constituições – é possível ver como a sede pelo poder, e ainda, pela permanência no poder por ego, fizeram cartas constitucionais serem rasgadas de um dia para o outro.

Torna-se pertinente estudar a história constitucional do Brasil, uma vez que sabendo quais os erros cometemos no passado, podemos projetar um país mais democrático e humano no futuro. Se enfrentamos tempos difíceis no passado, agora é a hora de enxergarmos as falhas e não permitirmos mais atitudes que contribuíram para o nosso retrocesso cultural e democrático.

O nosso constitucionalismo, ao revés, levantou-se sobre as ruínas sociais do colonialismo, herdando-lhe os vícios e as taras, e ao mesmo passo, em promiscuidade com a escravidão trazida dos sertões da África e com o absolutismo europeu, que tinha a hibridez dos Braganças e das Cortes de Lisboa, as quais deveriam ser o braço da liberdade e, todavia, foram para nós contraditoriamente o órgão que conjurava a nossa recaída no domínio colonial. (BONAVIDES. 2000, p. 156)

Em cada tópico específico a seguir explanado, podemos entender os momentos históricos que foram cenário para cada carta constitucional brasileira, facilitando assim seu contexto. Se hoje possuímos uma Constituição Cidadã que de forma nunca igual, ampliou a carta de direitos, após a leitura, será possível entender o porquê de sua necessidade.

#### **4.1 Constituição do Império do Brasil de 1824**

A Constituição do Império do Brasil de 1824, oficialmente chamada de Constituição Política do Império do Brasil de 1824, foi a primeira Constituição Federal do Brasil, sendo esta, outorgada em 25 de março de 1824. Esta constituição foi elaborada por um conselho, a pedido do então Imperador do Brasil, Dom Pedro I.

Após ter declarado a Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, Dom Pedro I convoca, em 1823, uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, com ideais marcadamente liberais, que, contudo, vem a ser dissolvida, arbitrariamente, tendo em vista a existência de divergências com os seus ideais e pretensões autoritários. Em substituição (da Assembleia Constituinte), D. Pedro I cria um Conselho de Estado para tratar dos “negócios de maior monta” e elaborar um novo projeto em total consonância com a sua vontade de “Majestade Imperial”. A Constituição Política do Império do Brasil foi outorgada em 25 de março de 1824 e foi, dentre todas, a que durou mais tempo, tendo sofrido considerável influência da francesa de 1814. Foi marcada por forte centralismo administrativo e político, tendo em vista a



figura do Poder Moderador, constitucionalizado, e também por unitarismo e absolutismo. (LENZA. 2012, p. 101)

A Constituição de 1824, possuía fortes influências europeias, uma vez que, a elite brasileira se espalhava naquele povo, como podemos verificar, as famílias com melhores condições financeiras, patrocinavam os estudos de seus filhos em países europeus. Aqueles enviados a estudar na França, absorviam os ideais liberais franceses oriundos da revolução, influenciando no futuro no Brasil. (VAINER, 2010).

Entre as características mais importantes da Constituição de 1824, podemos destacar que forma de Governo escolhida, qual seja, monarquia, hereditário, constitucional e representativo. Quanto ao território, as antigas capitanias hereditárias foram convertidas em províncias e estas eram subordinadas ao Poder Central. A religião oficial do Império era a Católica Apostólica Romana, mas, todas as demais religiões eram permitidas desde que os cultos e encontros ocorressem em locais domésticos ou particulares, sendo proibido qualquer manifestação externa do templo. (LENZA. 2012). Ademais, foi estabelecido que a Igreja estava subordinada ao Estado.

A cidade do Rio de Janeiro passou a ser a capital do Império, permanecendo com o título até 1889. Ao que se refere a Organização dos Poderes, não se adotou a separação tripartida de Montesquieu, adotando-se assim os ideais de Benjamin Constant, que implementava as funções legislativa, executiva e judiciária, e, a função moderadora. A respeito do sufrágio, foi adotado o sistema censitário, ou seja, baseado nas condições econômicas e financeiras dos votantes e votados. O Poder Executivo era exercido pelo Imperador, considerado o Chefe do Poder Executivo, por intermédio de seus Ministros de Estado. (LENZA. 2012).

Sem sombra de dúvidas a Constituição do Império de 1824, foi a pedra fundamental para toda a evolução democrática e constitucional do Brasil. Mesmo que evidentemente o Imperador

Dom Pedro I, assegurou seu poder e seu trono através do poder moderador. Tal poder trouxe diversas insurreições populares, sempre com ideais de busca por melhores condições sociais.

Dentre as insurreições populares incentivadas pelos federalistas, destacamos: Cabanagem (Pará, 1835); Farroupilha (Rio Grande do Sul, 1835); Sabinada (Bahia, 1837); Balaiada (Maranhão, 1838); e Revolução Praieira (Pernambuco, 1848). Após 1860, a Monarquia começa a enfraquecer, e, em 1868, na regência da Guerra do Paraguai, o descontentamento dos militares aumentou, em decorrência da marginalização política e diminuição dos recursos e efetivo de militares.

O Manifesto do Centro Liberal (1869) e o Manifesto Republicano (1870) também contribuíram para abalar a Monarquia, atacando a vitaliciedade dos Senadores e o papel do Conselho de Estado. Em 1874 tivemos fortes entraves entre a Igreja Católica e a Monarquia. Nesse contexto, “desmoronando” as “colunas de apoio” ao Império, em 15 de novembro de 1889, a República é proclamada pelo Marechal Deodoro da Fonseca, afastando-se do poder D. Pedro II e toda a dinastia de Bragança, sem ter havido muita movimentação popular. Isso porque, como visto, tratava-se mais de um golpe de Estado militar e armado do que de qualquer movimento do povo. A República nascia, assim, sem legitimidade. Consequentemente, as Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, passam a constituir os Estados Unidos do Brasil. Entre 1889 e 1891 se instala no Brasil o Governo Provisório (Dec. n. 1, de 15.11.1889, redigido por Rui Barbosa), presidido por Deodoro da Fonseca e que tinha a importante missão de consolidar o novo regime e promulgar a primeira Constituição da República. (LENZA. 2012, p. 105).

Assim, encerrava-se a vigência da Constituição de 1824, a constituição que por mais tempo ficou em vigor, 65 anos. A carta estabelecia direitos e garantias individuais, mas, estava muito longe dos anseios do povo, tendo os liberais lutado incansavelmente contra o mecanismo centralizador e sufocador das autonomias regionais.

Em 1889, as foças descentralizadoras vencem, surge a ideia do federalismo como princípio constitucional de estruturação do Estado, e, a democracia como o regime político que melhor asseguraria os direitos humanos fundamentais.

## **4.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**

Em 1889 os republicanos, civis e militares assumiram o poder. Instalaram o governo provisório sob a presidência do Marechal Deodoro da Fonseca. A primeira medida constitucional da República foi o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, surgindo aí os Estados Unidos do Brasil.

Finda a monarquia e, conseqüentemente, terminado o império, a República recém instaurada sofreu forte influência norte-americana. Não é por acaso que se deu ao novo Estado que se instaurou no Brasil o nome de “Estados Unidos do Brasil”. Tal influência se deu devido ao notório êxito que os Estados Unidos da América apresentavam, através de um regime republicano desde a sua independência, como um país garantidor de uma democracia que dificilmente se observava nos Estados desta época. (VAINER. 2010, p. 166)

A Assembleia Constituinte fora eleita em 1890, e, em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição Republicana do Brasil era promulgada, tendo como Relator o Senador Rui Barbosa.

Foi adotado como forma de governo o regime representativo, sendo declarado a união perpétua e indissolúvel das antigas Províncias, extinguindo assim, de qualquer possibilidade de secessão, separação ou segregação do pacto federativo. O Rio de Janeiro, nos termos do art, 2º da Constituição de 1891, foi considerada novamente Capital do Brasil, antes rebaixada a município neutro.

O artigo 3º da comentada norma constitucional ainda trazia uma grande novidade: “fica pertencendo à União, no planalto central

da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura Capital Federal. Efetuada a mudança da Capital, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado”. (BRASIL. 1891, s.p.)

O Brasil passa a ser um Estado Laico, ou seja, sem religião oficial. A Constituição de 1891, retirou os efeitos civis do casamento religioso, determinou que os cemitérios, que antes eram controlados pelas Igrejas, passassem a serem geridos pelos municípios. No mesmo sentido, houve a vedação do ensino religioso nas escolas públicas, e, no preâmbulo da Constituição não se utilizou da frase “sob a proteção de Deus” na sua promulgação.

A Constituição de 1891 ainda extinguiu o Poder Moderador, adotando a teoria da tripartição de poderes de Montesquieu, nos termos do art. 15, “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. (BRASIL. 1891, s.p.).

O Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, sendo composto por duas casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, nascia aí o “Bicameralismo” Federativo. Já o Poder Executivo era exercido pelo Presidente da República, eleito pela nação, por sufrágio direto, para mandato de 4 anos, não havendo a possibilidade de reeleição. No Poder Judiciário, ocorreu a criação do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo, composto por 15 juízes. Houve ainda a criação dos chamados crimes de responsabilidade, previsão legal da vitaliciedade para os Juízes Federais e membros do Supremo Tribunal Militar, e, por fim, a previsão expressa da garantia da irredutibilidade de vencimentos. (LENZA. 2012).

Nos termos do artigo 90 da Constituição de 1891, as alterações da Constituição passam a serem mais solenes e difíceis do que o processo de alteração das demais normas, estabelecendo-se inclusive as chamadas cláusulas pétreas, como a exemplo, a forma republicano-federativa e igualdade da representação dos Estados no Senado.

A declaração de direitos fundamentais foi expandida, a norma constitucional aboliu a pena de galés, as penas de banimento e a de morte, ressalvadas, neste último caso, as normas militares em tempo de guerra. Houve nitidamente respeito às proteções clássicas das liberdades privadas, civis e políticas.

Por fim, no que tange às garantias constitucionais, a Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil de 1891, trouxe previsão expressa, do remédio constitucional do *habeas corpus*.

### **4.3 Constituição de 1934**

A democracia implantada na Constituição de 1891, era claramente decorativa, a possibilidade do voto aberto, e o controle dos votos pelos coronéis, chamado de “voto de cabresto”, criou no Brasil uma verdadeira oligarquia, controlada pelos Estados de Minas Gerais e São Paulo. Os coronéis elegiam os governadores, deputados e os senadores, e, os governadores decidiam quem seria o Presidente da República. O povo ansiava por uma maior participação política e por mais seriedade e transparência nas eleições.

No cenário internacional, eram nítidas as transformações oriundas da Revolução Comunista de 1917, da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, que acarretaram em um novo paradigma, os direitos sociais.

Nesse sentido:

As motivações mais profundas eram muitas, em âmbito internacional, a crise econômico-financeira de 1929 irradiava até o Brasil os seus efeitos, agravando o estado geral de insatisfação. Uma nova classe média, urbana e industrial, contrapunha-se à velha face do país, rural e agrária. Esta pequena burguesia urbana em ascensão, em cujo contexto se inseria a jovem oficialidade do exército, tinha o seu ideário expresso no Tenentismo, movimento que em seu difuso programa defendia o

voto secreto, a reforma administrativa e outras teses voltadas para a moralização das práticas políticas. [...] As organizações de trabalhadores, que antes tinham mero caráter associativo e beneficente, assumem o seu papel reivindicatório. O Partido Comunista do Brasil, depois Partido Comunista Brasileiro é fundado em 1922, por Astrojildo Pereira. Com algum atraso, a questão social chegara no Brasil. (BARROSO. 2006, p. 19).

A crise econômica que afligiu o mundo em 1929, trouxe a tona, velhas discussões até então deixadas de lado, como a melhoria na condição de vida da classe trabalhadora, que não possuía nenhum direito garantido.

Estava pronto o cenário para a aparição de um líder carismático e com queda aos assuntos sociais, assim, a República velha tem o seu fim com a Revolução de 1930, que instituiu o Governo Provisório, levando Getúlio Vargas ao poder. Getúlio, tomou o poder e acabou com o coronelismo e, como consequência, com a política dos governadores. (VAINER. 2010).

Getúlio Vargas em 1932, criou o Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que criava o Código Eleitoral e instituiu a Justiça Eleitoral, que dentre outros direitos adotou o voto feminino e o sufrágio universal, direto e secreto.

O Governo Provisório da República perdurou até o advento da Constituição de 1934, promulgada em 16 de julho de 1934, tendo sofrido fortes influências da Constituição Alemã de Weimar de 1919, positivando os direitos fundamentais de 2ª dimensão.

Na Constituição de 1934, foram preservados alguns princípios fundamentais, como a República, a Federação, a tripartição de poderes, o presidencialismo e o regime representativo. (LENZA. 2012).

Neste sentido:

Assim, surgiu a primeira constituição verdadeiramente social do Brasil, de caráter democrático e interventiva. Elaborado o texto da carta Política de 1934, a Constituição modificou, principalmente, os seguintes aspectos do sistema até então

vigente: 1) Tornou o voto secreto e conferiu direito de voto às mulheres (art. 52, §1º); 2) Instituiu a Justiça Militar e Eleitoral como órgãos do Poder Judiciário (art. 63); 3) Criou normas reguladoras da ordem econômica e social (Título IV), da família, educação e cultura (Título V) e da segurança nacional (Título VI); 4) Reforçou a tripartição dos poderes (art. 3º); 5) Instituiu a responsabilidade pessoal e solidária dos ministros de Estado juntamente com o Presidente da República (art. 61). (VAINER, 2010, p. 172).

A Carta de 1934 além das significativas alterações à legislação eleitoral, tratou a respeito da ordem previdenciária, mandando de segurança e também sobre a ação popular. Referida carta foi de grande importância, mas, teve vigência extremamente curta, de apenas 3 anos, conforme se verifica no estudo a seguir.

#### **4.4 Constituição de 1937**

Getúlio Vargas foi eleito e empossado para governar o Brasil de 1934 até 1938, mas, em meados da década de 30, os fatores externos viriam novamente a influenciar a ordem constitucional brasileira. Após a primeira Guerra Mundial, a Alemanha se militarizou, enquanto o mundo assistia de forma silenciosa e com a ascensão ao poder de Adolf Hitler, aliado ao regime fascista dominante na Itália e de outro Norte, o regime comunista da União Soviética, o mundo se dividia entre duas ideologias. De um lado tínhamos a direita radical defendida pelo nazismo e fascismo e de outro, o comunismo representado pela União Soviética.

Tal dicotomia ideológica se refletiu no Brasil com a fundação do Partido da Ação Integralista Brasileiro, de cunho fascista, encabeçada por Plínio Salgado e a fundação do Partido Comunista do Brasil, sob a chefia de Luis Carlos Prestes. Assim, formava-se no Brasil um ambiente de crise político-ideológica, cujo radicalismo não condizia com o liberalismo social preconizado pela Constituição de 1934. Era o momento certo para que Getúlio Vargas, aproveitando-se da situação, realizasse um golpe de Estado e outorgasse a

Constituição de 1937, de cunho claramente fascista, conferindo amplíssimos poderes ao Presidente da República. [...] A arbitrariedade era tamanha que se pode afirmar que a Constituição de 1937 não teve aplicabilidade, a começar porque ela mesma previa a realização de um plebiscito para sua aceitação, o que jamais ocorreu, findando com qualquer legitimidade que porventura pudesse vir a ter. (VAINER. 2010, p. 176).

A Intentona Comunista de novembro de 1935, que foi uma insurreição político militar que contava com o apoio do Partido Comunista Brasileiro e de ex-tenentes, tinham objetivo de derrubar Getúlio Vargas e instalar o socialismo no Brasil. O estado de sítio foi decretado pelo Governo, deflagrando forte repressão ao comunismo, criando inclusive a Polícia Especial. Getúlio e o governo receberam apoio do Congresso Nacional, sendo decretado o Estado de Guerra. Getúlio aproveitando de todo o furor de um possível golpe comunista, aplica o golpe ditatorial, centralizando o poder e fechando o Congresso Nacional. (LENZA. 2012).

Assim surgia o “Nascer da Nova Era”, outorgando-se a Constituição Federal de 1937, tendo como premissas os ideais autoritários e fascistas, instalando o “Estado Novo”. Dentre as significativas alterações na norma constitucional destacamos as principais.

A forma de estado foi mantida, porém, na prática, as autonomias estaduais foram diminuídas, e o regime federativo foi apenas simbólico, tendo em vista a assunção dos governos estaduais por interventores federais, e vereadores e prefeitos eram nomeados pelos interventores de cada Estado.

A teoria clássica da tripartição de poderes foi formalmente preservada, porém, observado o traço autoritário do governo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário foram esvaziados, tendo inclusive o Senado Federal deixado de existir durante o Estado Novo. Já no Poder Executivo ficou estabelecido a eleição indireta para a escolha do Presidente da República, com mandato de 6 anos.



No que tange a declaração de direitos, na Constituição de 1937 não houve previsão a respeito do Mandado de Segurança, muito menos da Ação Popular. A constituição também nada mencionou sobre os princípios da irretroatividade das leis e da reserva legal. Seguindo os ideais ditatoriais, o direito de manifestação do pensamento foi restringindo, com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, nasce então a chamada censura prévia da imprensa, do teatro, dos cinemas, das rádios. Cabia à autoridade competente, inclusive, proibir a circulação, a difusão ou a representação de qualquer tipo de manifesto. A pena de morte poderia ser aplicada para crimes políticos e nas hipóteses de homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade. (BRASIL. 1937).

“A tortura foi utilizada como instrumento de repressão, situação essa simbolizada pela entrega de Olga Benário, mulher de Luís Carlos Prestes, líder comunista no Brasil, que viria a ser assassinada em campo de concentração nazista na Alemanha”. (LENZA. 2012, p.117).

A Constituição de 1937, que trouxe uma visível ditadura como forma de governar, também trouxe avanços na economia e na valorização do trabalho nacional. Na economia, buscou-se o controle na mineração, aço e petróleo, trazendo inquestionável expansão capitalista. Durante esse período foram criadas as estatais: Companhia Vale do Rio Doce, Companhia Nacional Álcalis, Fábrica Nacional de Motores e Companhia Hidrelétrica de São Francisco.

[...] a Constituição não desempenhou papel algum, substituída pelo mando personalista, intuitivo, autoritário. Governo de fato, de suporte policial e militar, sem submissão sequer formal à Lei maior, que não teve vigência efetiva, salvo quanto aos dispositivos que outorgavam ao chefe do Executivo poderes excepcionais. (BARROSO. 2006. p. 57)

A citação acima reflete bem a contextualização da Constituição de 1937, norma que possuía apenas um objetivo a permanência no poder a qualquer custo, onde um ditador governou praticamente sozinho, tendo significativa alteração apenas com o fim da Segunda Guerra Mundial e cenário de redemocratização, oriundo da derrota dos regimes totalitários na Europa.

#### **4.5 Constituição de 1946**

Durante a Segunda Guerra Mundial, o Brasil declarou apoio aos chamados Aliados (China, França, Grã-Bretanha, União Soviética e Estados Unidos), entrando em confronto com os países do Eixo (Alemanha, Itália e Japão). Com a entrada na guerra, Getúlio Vargas perdeu apoio, uma vez que, restava contraditório a política interna exercida no Brasil e a política externa apoiada. O Manifesto dos Mineiros, assinado pelos intelectuais, datada de 24 de outubro de 1943, comprova a contradição apontada.

[...] ao entrar na Guerra ao lado dos “Aliados”, buscando enfrentar as ditaduras nazifascistas de Mussolini e Hitler (países do “Eixo”), parecia natural que o fascismo fosse “varrido” da realidade brasileira, não se sustentando, internamente, a contradição de manter um Estado arbitrário com base em uma Constituição inspirada no modelo fascista e externamente lutar contra esse regime. [...] na mesma linha do Manifesto dos Mineiros, foram assinados. Essa crise política forçou Vargas a assinar o Ato Adicional em 1945 (Lei Constitucional n. 9, de 28.02.1945), convocando eleições presidenciais e marcando a derrocada final do “Estado Novo”. (LENZA. 2012, p. 117-118).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, Getúlio Vargas convoca eleições para dezembro de 1945, demonstrando claramente seu interesse em permanecer no poder. Tal intenção restou comprovada, quando, Getúlio tentou substituir o chefe de

Polícia do Distrito Federal por seu irmão, e, nomeou João Alberto para prefeito do Rio de Janeiro. Tais atitudes fizeram com que os militares o expulsassem do poder, precipitando assim, o fim do Estado Novo.

O General Gaspar Dutra foi eleito Presidente da República com mais de 55% dos votos. Foi instalado no dia 02 de fevereiro de 1945, a Assembleia Constituinte, vindo a norma constitucional a ser promulgada em 18 de setembro de 1946. (LENZA. 2012).

A Constituição de 1946 se insere entre as melhores, senão a melhor, de todas que tivemos. Tecnicamente é muito correta e do ponto de vista ideológico traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descurar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934. (BASTOS. 2002, p. 200).

A Constituição Federal de 1946, buscou como elemento maior, a redemocratização do Brasil, repudiando os ideais totalitários e ditatoriais de 1930, e, consagrando os princípios do Estado liberal, marca da Primeira República, assim como, os princípios do Estado social consagrados na Constituição de 1930.

Buscou esta Constituição uma proteção maior dos direitos individuais, consagrando em seu texto o amplo acesso ao Poder Judiciário (art. 141, §4º), o direito de greve (art. 158), o mandado de segurança como garantia (art. 141, §24), a vedação da pena de morte, de banimento, de confisco e a de caráter perpétuo (art. 141, §31), entre outras inovações. O federalismo, tão enfraquecido durante o Estado Novo, ganha vida com garantias à autonomia dos Estados e a valorização do Município. O Poder Executivo, verdadeiro detentor do poder na Constituição anterior, é limitado aos moldes em que se verifica atualmente, com a previsão de eleições diretas para Presidente e Vice-Presidente, com mandato de cinco anos, eleito pelo voto universal, direto e secreto, prevendo-se a responsabilidade do Presidente da República pelos seus atos. O Poder Legislativo volta a ser bicameral, com o retorno do Senado às suas funções normais, sendo uma delas a importante função de julgar o Presidente da República e outras

autoridades pelos crimes de responsabilidade (art. 62, I), um grande avanço haja vista que o país saía de um regime ditatorial. Por sua vez, o Poder Judiciário é fortalecido tanto pela utilização do Mandado de Segurança como pela alteração no controle de constitucionalidade das leis. (VAINER. 2010, p. 178-179).

Indiscutível, e, amplamente demonstrado neste estudo, são as crises políticas enfrentadas pelo Brasil. A Constituição de 1946, foi um avanço na redemocratização nacional, mas, ao mesmo tempo, há de ser ponderado que suas bases teóricas, eram pautadas em duas normas constitucionais brasileiras antecedentes, que por diversos motivos tiveram suas vigências encerradas prematuramente. A referida constituição pautou-se no passado e não nas perspectivas do futuro.

Getúlio Vargas foi eleito Presidente da República em 03 de outubro de 1950, com uma missão, desmistificar a ideia de ser um presidente ditador e ao mesmo tempo, demonstrar uma forma de governo que se pautava no social, nos mais pobres.

Novo abalo veio com a vitória de Getúlio Vargas à sucessão de Dutra, nas eleições de 3 de outubro de 1950. Derrotado o Brigadeiro Eduardo Gomes, lançado uma vez mais pela UDN, o ex-ditador voltava ao poder, sobre uma plataforma de proteção ao trabalhador e de defesa da economia nacional. Inaugurava-se a fase do populismo nacionalista, combatido desde a primeira hora por diversos segmentos militares e pela burguesia industrial e financeira, nacional e estrangeira. Progressivamente, o governo foi se desgastando e ficando isolado. [...] Um atentado contra Lacerda, em 4 de agosto de 1954, vitimou o Major Rubem Vaz. A apuração do homicídio, levada a efeito por oficiais da aeronáutica, que implantaram um verdadeiro poder paralelo ao oficial, conduz ao comprometimento do chefe da guarda pessoal do Presidente. (BARROSO. 2005, p. 25)

Após muitos escândalos de corrupção, tentativa de homicídio de opositores, perda de apoio de seus ministros, investigação pelos militares, e, uma oposição inflamada, Getúlio Vargas comete

suicídio, retardando assim por 10 anos, um novo golpe que se delineará.

Em 3 de outubro de 1955, Juscelino Kubitschek era eleito o novo Presidente da República, mesmo após sofrer forte oposição dos chefes militares, que entendiam ser este, um novo sucessor das políticas populistas de Vargas. (BARROSO. 2005). A oposição tentou anular a eleição sob o argumento de que Juscelino não havia obtido a maioria absoluta dos votos. No entanto, JK se manteve no poder mesmo após diversas tentativas fracassadas de golpes.

Juscelino buscou promover o desenvolvimento e a integração do Brasil, sendo notadamente reconhecido os avanços econômicos e uma relativa estabilidade política, sendo o responsável pela construção de Brasília, a nova Capital Federal.

A mesma sorte não teve Jânio Quadros, que renunciou com apenas sete meses de governo, assumindo João Goulart que, com sua política de agradar tanto à direita como à esquerda, permitiu as condições necessárias para que os militares realizassem o golpe em 1º de abril de 1964, que traria ao Brasil o regime de maior desrespeito aos direitos individuais e de uma arbitrariedade jamais vista em sua história. (VAINER. 2010, p. 179).

Jango foi destituído do poder por um movimento de militares que eclodiu em 31 de março de 1964, tendo sido acusado de estar a serviço do Comunismo Internacional. Observa-se que estabilidade política não faz parte da evolução constitucional do Brasil. Toda a história de criação ou modificação das cartas constitucionais, é repleto de tramas políticas, jogos de interesses e muita sede pelo poder.

#### **4.6 Constituição de 1967**

Com o golpe de 1964 e a ascensão ao poder dos militares, todas as conquistas democráticas conquistadas nas cartas

constitucionais no decorrer de mais de um século, foram reprimidas pela nova ordem revolucionária. O General Costa e Silva, O brigadeiro Francisco Correia de Melo e o Almirante Augusto Rademaker, criaram o chamado Supremo Comando da Revolução, e em 9 de abril de 1964, baixaram o ato institucional nº 1, pautado em inúmeras restrições à democracia.

As forças vitoriosas, investidas, *ipso facto*, no poder constituinte originário, mantiveram a Carta em vigor, mas criaram uma normatividade paralela, supraconstitucional. O Ato Institucional de 9 de abril de 1964, baixado pelos comandantes-em-chefe das três Armas, inaugurou a nova ordem com as seguintes medidas: eleição indireta do Presidente; suspensão das garantias de vitaliciedade e estabilidade; possibilidade de demissão, dispensa ou aposentadoria se servidores públicos federais, estaduais e municipais; possibilidade de cassação de direitos políticos e de mandatos legislativos, dentre outras medidas de caráter discricionário. (BARROSO. 2005, p. 34)

Inicia-se aí a cultura de combate e repressão a qualquer forma de oposição dos contrários ao golpe. Nasce as figuras dos subversivos ou corruptos. Mais a diante, a intolerância política, inflamada pela vitória de opositoristas aos governos estaduais da Guanabara e Minas Gerais, fez com que um novo Ato Institucional fosse baixado, o A.I. nº 2, de 27 de outubro de 1965.

Nova crise culminou com o AI 2, de 27.10.65, e outros atos complementares. Vieram ainda os AI 3 e 4. Este regulando o procedimento a ser obedecido pelo Congresso Nacional, para votar nova Constituição, cujo projeto o governo apresentou. A 24.1.67, fora ela outorgada, o que veio resumir as alterações institucionais operadas na Constituição de 1946, que findava após sofrer vinte e uma emendas regularmente aprovadas pelo Congresso Nacional com base em seu art. 217, e o impacto de quatro atos institucionais e trinta e sete atos complementares, que tornaram incompulsável o Direito Constitucional positivo então vigente. (SILVA. 2005, p. 86)

Assim, sob o peso de tantas alterações substanciais em seu texto, desaba a Constituição Federal de 1946, e, em 24 de janeiro de 1967, é promulgada a Constituição Federal de 1967, entrando em vigor em 15 de março de 1967, momento em que Marechal Arthur da Costa e Silva assumia a Presidência da República.

A nova constituição sofreu nítida influência da Constituição de 1937, conforme disciplina José Afonso da Silva:

[...] preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. Deu mais poderes à União e ao Presidente da República. Reformulou, em termos mais nítidos e rigorosos, o sistema tributário nacional e a discriminação de rendas, ampliando a técnica do federalismo cooperativo, consistente na participação de uma entidade na receita de outra, com acentuada centralização. Atualizou o sistema orçamentário, propiciando a técnica do orçamento-programa e os programas plurianuais de investimento. Instituiu normas de política fiscal, tendo em vista o desenvolvimento e o combate à inflação. Reduziu a autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores, salvo a de 1937. Em regra, é menos intervencionista do que a de 1946, mas, em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária. (SILVA. 2005, p. 87).

Em decorrência da falta de popularidade dos Presidentes Militares, somado aos visíveis abusos de poder, inicia-se um período de manifestações, principalmente motivados pelos estudantes, que tomam as ruas de todo o Brasil, principalmente dos grandes centros urbanos. Como resposta, o governo baixou em 13 de dezembro de 1968, o Ato Institucional nº 05.

“O AI nº 5, que representava a mais exacerbada manifestação de poder autoritário da República, introduzindo, paralelamente à ordem constitucional – e acima dela – [...]” (BARROSO. 2005, p. 37), diversas medidas que demonstravam o ápice da ditadura no Brasil. A censura à imprensa, torna-se prática

corriqueira. A tortura aos opositores políticos, presos de forma ilegal. Repressão a atividade partidária, dentre outras atrocidades.

No mesmo ano, surge a resistência armada, compondo quadros de guerrilha urbana, liderados principalmente por estudantes universitários, os mesmos reprimidos anteriormente. Nesse cenário, podemos destacar o sequestro de Embaixadores e Diplomatas, muitas mortes e desaparecimento de opositoristas ao governo e ao mesmo tempo medidas desesperadas e até mesmo desumanas pela manutenção do poder.

A situação tornou-se insustentável, nunca antes se viu tamanha arbitrariedade no exercício do poder. O Estado de polícia tomava conta definitivamente do país e a Constituição não era levada em consideração, embora se tentasse, através dela, dar uma aparência de legitimidade aos atos do Poder Executivo. Assim é que, em 17 de outubro de 1969, foi publicada a Emenda Constitucional nº 01, que modificava o texto da Constituição de 1967 em diversos aspectos, tornando-a ainda mais autoritária. De fato, a modificação no texto da Carta Política foi tão grande que boa parte da doutrina classifica tal emenda como uma nova Constituição. (VAINER. 2010, p. 183).

“Dado ao seu caráter revolucionário, podemos considerar a EC nº 1/69 como a manifestação de um novo poder constituinte originário, outorgando uma nova Carta, que “constitucionalizava” a utilização dos Atos Institucionais”. (LENZA. 2012, p. 124). No mesmo sentido: “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado [...]”. (SILVA. 2005, p. 87). Corroborando com a ideia da Criação da Constituição de 1969: “Antes disto, no entanto, em 17 de outubro de 1969, os Ministros militares outorgam a Emenda nº 1 à Constituição de 1967, reformando amplamente o texto anterior. Materialmente, era uma nova Constituição”. (BARROSO. 2005, p. 38).



Sendo (ou não) considerada uma nova constituição, pouca coisa se alterou no cenário ditatorial vivenciado naqueles anos. Muito embora o texto constitucional previsse, ainda que poucos direitos e garantias fundamentais, estes não eram minimamente respeitados. Foi somente durante o Governo de Ernesto Geisel (1974/1979), que se observou uma evolução na abertura política, mesmo que tímida, diante dos anseios da redemocratização pelo povo brasileiro.

Em 1979 o General João Baptista Figueiredo, Presidente da República, concede anistia aos condenados por crimes políticos, possibilitando o retorno ao Brasil de muitos artistas e intelectuais que buscaram exílio em outros países diante da ditadura severa que enfrentaram, alguns anos antes.

A insatisfação popular tornou-se ainda mais visível, após o resultado das eleições diretas para Governador que ocorreram em 1982, tendo o principal partido de oposição expressiva vitória, criando-se assim as condições propícias para que a nação clamasse pelas “diretas já” para as eleições a presidência que ocorreriam dois anos depois.

Em que pesem as manifestações populares sob a alcunha de “diretas já”, as eleições ocorridas em 1984 foram indiretas, mas levaram à Presidência da República um civil, o então governador de Minas Gerais, pelo PMDB, Tancredo Neves, cujo vice era José Sarney, do PFL (Partido da Frente Liberal). Grande esperança tomou conta da população, que havia vinte anos não via um civil no poder. Esperava-se a redemocratização e a abertura política, a convocação de nova constituinte que elaborasse uma Constituição condizente com os anseios de todos. Todavia, a esperança pareceu ruir quando Tancredo Neves, eleito Presidente, mas ainda sem tomar posse, adoece e falece em 21 de abril de 1984, causando grande comoção popular. (VAINER. 2010, p. 184).

Tudo parecia perdido após a morte de Tancredo Neves, porém, após discussão se seria ou não convocadas novas eleições presidenciais, assume então, o vice de Tancredo, José Sarney sob

total desconfiança da nação, tendo em vista suas origens coronelistas e o histórico de apoio às forças autoritárias.

O Presidente José Sarney cumpriu com as promessas de Tancredo Neves durante a campanha eleitoral e convocou o Congresso Nacional para a Assembleia Nacional Constituinte, com o condão de criar uma nova Constituição Federal que absorvesse os pleitos da nação de democracia e liberdade. A nova Constituição foi promulgada em 05 de outubro de 1988.

#### **4.7 Constituição Federal de 1988**

No dia 05 de outubro de 2018 é comemorado 30 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988. A CF/88 tornou-se o principal símbolo do processo de redemocratização do Brasil. Após mais de 20 anos de ditadura militar, o povo brasileiro recebia uma nova constituição que assegurava dentre outros direitos, a liberdade de pensamento e diversos mecanismos para evitar os abusos de poder do Estado.

A Constituição brasileira de 1988 é, sob vários aspectos fundamentais, a mais democrática de todas as que o Brasil já teve. Além de ter sido elaborada com intensa participação popular, a atual Constituição brasileira integra a nova corrente do pensamento constitucional que hoje é reconhecida como novo constitucionalismo. Entre as inovações de maior importância teórica e prática introduzidas por essa corrente inovadora estão a concepção da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de plena eficácia jurídica. (DALLARI. 2009, p. 90)

A Assembleia Nacional Constituinte, convocada no ano de 1985 pelo então Presidente da República José Sarney, trabalhou durante 20 meses, tendo participado da elaboração, 559 parlamentares, sendo 72 Senadores e 487 Deputados Federais, além da intensa participação popular.

É inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a conquista dos direitos fundamentais notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País. Os anseios de participação, represados à força nas duas décadas anteriores, fizeram da constituinte uma apoteose cívica, marcada, todavia, por intensas paixões. (BARROSO. 2005, p. 41).

A Constituição Federal de 1988 garantiu direitos fundamentais em várias áreas, por exemplo: colocou a educação como dever do Estado, inclusive aos que não tiveram acesso ao ensino na idade certa; ampliou a educação rural; buscou a inclusão das crianças com deficiências e indígenas; introduziu a defesa do consumidor; trouxe a proteção às manifestações culturais tipicamente nacionais; trouxe o pleno acesso à cultura; criou o Sistema Único de Saúde (SUS); reconheceu a importância da biodiversidade criando capítulo próprio para o meio ambiente; criou a possibilidade de os cidadãos apresentarem projetos de lei, com a assinatura de 1% dos eleitores do país; estabeleceu direitos trabalhista; ampliou as liberdades civis e garantias individuais; retornou com as eleições diretas; acabou com a censura à imprensa; possibilitou o direito do voto aos analfabetos; fez a reforma do sistema tributário; dentre outros diversos avanços.

Alguns pessimistas daquele tempo argumentavam que o texto da Constituição de 1988, tornava o Brasil ingovernável, o que a própria história e o passar dos anos se mostrou capaz a responder. No mesmo sentido, a crítica rebatia na falta de efetividade das normas, uma vez que estas não eram autoaplicáveis. Visível também foi a desmobilização do povo após a promulgação da carta constitucional, o que resultou na falta de adimplemento das obrigações fundamentais ali positivadas.

A iníqua acusação de que a “Constituição Cidadã” tornaria o país ingovernável não prosperou, até mesmo porque nunca um plano econômico, nem mesmo o famigerado “Plano Collor” foi impedido por conta de sua inconstitucionalidade. O grande

problema desse texto é a falta de efetividade de suas normas, que foram deixadas sem implementação porque não atendem aos interesses das elites dirigentes. Acrescente-se que as disposições normativas que não puderam ter sua eficácia cerceada, pois eram autoaplicáveis, foram objeto do Poder Reformador, sofrendo modificações através de emendas constitucionais. Indubitavelmente foi a melhor Constituição até agora elaborada, que somente não obteve a concretização da totalidade de suas disposições porque as forças populares, que foram o seu maior sustentáculo, desmobilizaram-se diante da ofensiva das elites econômicas sob a égide do neoliberalismo. (ANGRA. 2018, p. 117).

Muito embora a atual Constituição Federal complete 30 anos de sua promulgação, esse período não foi de mar calmo, a exemplo podemos citar que o primeiro Presidente da República eleito pelo voto direto, Fernando Collor de Mello, renunciou após vários escândalos de corrupção e a abertura do processo de impeachment pela Câmara dos Deputados.

Em seguida, na próxima eleição direta, o sociólogo Fernando Henrique Cardoso venceu para o mandato de 4 anos, mas, durante seu mandato, foi aprovada a EC nº 16/97, que criou a possibilidade de reeleição por mais 4 anos.

Em 2015 Dilma Rousseff foi reeleita, mas em 2016 sofreu o processo de impeachment tendo assumido o cargo, Michel Temer. Observa-se que, durante toda a história do Brasil, o cenário político nunca foi de calma. Durante a regência da atual carta constitucional, dois presidentes sofrem com processo de impeachment, um renunciando antes da conclusão do processo e outra sendo afastada após conclusão do processo.

A Constituição Federal de 1988 é o fruto das lutas pelas garantias fundamentais do povo brasileiro. Não se deve passar despercebido que cada letra ali expressa, foi escrita com muito suor e até mesmo sangue. Se hoje podemos afirmar que possuímos uma Constituição Cidadã, devemos isso a aqueles que lutaram por isso, nada que foi positivado na norma veio através de boa ação por parte do Estado. Necessário também se faz pontuar que não

podemos deixar, em hipótese nenhuma, a supressão, alteração ou mesmo diminuição dos preceitos conquistados. Espera-se que a Constituição Federal de 1988, comemore 40, 50, ou até mesmo 100 anos de sua promulgação e que os tempos difíceis outrora vividos não mais retornem.

### **Considerações finais**

O presente trabalho buscou demonstrar sobre a evolução da humanidade na luta pela limitação do Poder do Estado. Iniciando a pesquisa na Carta Magna Inglesa de 1215, que, de forma inovadora instituiu alguns direitos fundamentais, mesmo que ainda básicos se comparados aos de hoje, mas, que trouxeram grande avanço a época.

Ao se analisar a motivação da assinatura da Carta Magna pelo Rei João Sem Terra, observa-se que a manutenção pelo poder a qualquer custo se mistura com a própria história da humanidade. A ideia de poder figurativo do rei inglês, permanece até os dias atuais.

Diferentemente da Carta Magna de 1215, a Constituição dos Estados Unidos de 1787 não foi criada com o condão de normatizar e proteger os direitos civis, mas sim, tinha como fundamentação a enorme crise financeira que assolou o país após a revolução contra os ingleses. O movimento que resultou da constituição foi claramente conservador e nada revolucionário, não se buscou o novo, mas apenas, o equilíbrio econômico-social.

Já as dez primeiras emendas à Constituição Americana, denominadas de *Bill of Rights*, foram criadas com o intuito de reparar a lacuna deixada pela norma constitucional no que se referia a proteção dos princípios básicos da liberdade humana. O *Bill of Rights* foi acrescentado na Constituição Americana em 1791, protegendo assim alguns direitos básicos como a liberdade de expressão, possibilidade de prática religiosa e até mesmo o direito ao silêncio durante interpelação policial.

A Carta Francesa de 1791 normatizou em grande parte a pauta da revolução, trazendo a ideia de paz e universalização dos direitos, além, claro, de ampla liberdade de expressão. Esta constituição foi amplamente difundida como base de novas ordens constitucionais no mundo ocidental. Sua importância reflete imensamente na área dos Direitos Humanos.

No Brasil tivemos sete constituições, sendo que parte da doutrina entende por mais uma, decorrente da ditadura no país, que através de um Ato Institucional reformulou toda constituição. A primeira constituição do Brasil foi a Constituição do Império de 1824. Esta norma criou a tripartição de poderes, mas com a moderação do Imperador, ou seja, todo poder ainda estava nas mãos de Dom Pedro I, possuía interesse em unificar as províncias brasileiras e através do monarca, governar todo o país.

Dentre as constituições brasileiras tivemos todos os tipos de normas, as que previam direitos fundamentais, assim como aquelas que restringiam esses direitos. Fomos da democracia a ditadura, e, da ditadura a redemocratização em poucas décadas. Na verdade, observa-se que nunca tivemos um cenário tranquilo no aspecto político em nosso país. Durante toda a história brasileira, muitos foram os golpes, assim como as tentativas frustradas. Na lista de acontecimentos marcantes temos suicídio de presidente, morte de presidente eleito as vésperas da posse (por duas vezes), golpe militar e ainda dois *impeachments*.

No presente estudo foi possível vislumbrar que o estudo da história de um país se mistura automaticamente com suas normas constitucionais, e, que precisamos conhecer mais a fundo a história político-constitucional de nossa pátria para só assim, evitarmos que dias difíceis se repitam. Se ainda nos dias atuais, alguém ainda clama por uma (nova) intervenção militar, está no mínimo não conhece a história de nosso país.

Nesses 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, muito temos a comemorar, inquestionáveis foram os avanços democráticos, mas, não deixamos de lado a necessidade de

sempre buscar avançar na proteção dos direitos individuais. Que cada gota de sangue derramada nos “anos de chumbo”, sirvam de lição e motivação para lutarmos por uma ordem constitucional cada dia mais democrática e inclusiva, pois nenhum povo caminha sozinho e nenhum líder se mantém no poder apenas por vaidade.

Todo o poder emana do povo, e que eles nunca mais se esqueçam disso!

## Referências

ANGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte. ed. Fórum. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

BEARD, Charles Austin. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York. Free Press. 1986.

BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição Invertida: A Suprema Corte Americana no Combate à Ampliação da Democracia**. Lua Nova. São Paulo, n. 89, p. 107-134. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **A Evolução Constitucional do Brasil**. Estudos Avançados. São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176. Dezembro de 2000.

BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília, DF. 1824. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao024.htm) Acessado em 03 de agosto de 2018.

\_\_\_\_\_, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF. 1891. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao091.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao091.htm) Acessado em 03 de agosto de 2018.

\_\_\_\_\_, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF. 1934. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm) Acessado em 03 de agosto de 2018.

\_\_\_\_\_, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF. 1937. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm) Acessado em 03 de agosto de 2018.

\_\_\_\_\_, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF. 1946. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm) Acessado em 03 de agosto de 2018.

\_\_\_\_\_, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 1967. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm) Acessado em 03 de agosto de 2018.

\_\_\_\_\_, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 1988. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm) Acessado em 03 de agosto de 2018.

CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. **A Magna Carta: Conceituação e Antecedentes**. Revista de Informação Legislativa, v. 23, n. 91, p. 135-140, jul/set. 1986.

CARLYLE, THOMAS. **La Revolución Francesa**. Editora Everyman's Library. 1950.

DALLARI, Dalmo Da. **Ministério Público: Advogado do Povo**. Livianu. Justiça, Cidadania e Democracia. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, p. 90-95. 2009.

FAFICH, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Departamento de História. História Contemporânea. Professor Luiz Arnaut. Disponível em [www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf) Acessado em 06 de Agosto de 2018.

GOLDWIN, Robert. **Slavery and its Consequences: The Constitution, Equality, and Race**. Editora Client Distribution. 1988.



GUERREIRO, MARIO. **800 Anos da Carta Magna** (1215-2015). Instituto Liberal. 2015. Disponível em [www.institutoliberal.org.br/blog/800-anos-da-carta-magna-1215-2015](http://www.institutoliberal.org.br/blog/800-anos-da-carta-magna-1215-2015) Acessado em 21 de agosto de 2018.

HELLFELD, Matthias Von. **Carta Magna de 1215 Criou Condições para Liberdades e Direitos Cívicos**. Deutsche Welle – DW. Tradução e Revisão de Augusto Valente. 2009. Disponível em <https://p.dw.com/p/Hg4p> Acessado em 12 de Agosto de 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOSURDO, Domenico. **A Revolução, a nação e a paz**. USP. Estudos Avançados. 22. n. 62. p. 9-27. 2008.

MAUROIS, André. **Histoire Dangleterre**. Editora Albin Michel. 1963.

MCDONALD, Forrest. **Alexander Hamilton: A Biography**. New York/London: W.W. Norton & Company. 1982.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 1964. Livraria Freitas Bastos.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24<sup>a</sup> edição, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

VAINER, Bruno Zilberman. **Breve Histórico Acerca das Constituições do Brasil e do Controle de Constitucionalidade Brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC. n. 16, jul./dez. 2010.