



ANAIS DO VI SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL

**Tema: “Estado liberal e intervenção
nas atividades empresariais e
pessoais”**

ISSN 2179-0760

16 de outubro de 2015

GT 02

DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS SOCIAIS e ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO



Sumário

Em ordem alfabética por nome de autor

RESUMO SIMPLES

PROPRIEDADE: DIREITOS E DEVERES.....6

Ana Lúcia Maso Borba Navolar e Luciane Delalibera Bim

ASPECTOS DO DIREITO DE REQUISIÇÃO.....7

Ana Lúcia Maso Borba Navolar e Luciane Delalibera Bim

O DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE ESCOLHA EM FACE DE TRATAMENTO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE ESTATAL QUANTO O DIREITO DE SAÚDE.....8

Bárbara Vieira de Mello e Juliana Aprygio Bertencelo

O PROCEDIMENTO LEGISLATIVO FEDERAL COMO GARANTIA E SUPORTE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO MUNICIPAL.....9

Fabio Sukekava Junior e Judith Aparecida de Souza Bedê

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS AUTORIZATIVAS.....10

Guilherme Aparecido da Rocha

A MODALIDADE LICITATÓRIA CONVITE À LUZ DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....11

José Eduardo Costa Devides

AS DIRETRIZES DA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....12

Luís Felipe Alonso Casarolli

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS.....13

Luiz Augusto Almeida Maia

O PROBLEMA DA REPRESENTATIVIDADE PARA BENJAMIN CONSTANT: UM ENSAIO SOBRE A LIBERDADE.....14

Marina da Costa Tannuri e Mariana Cardoso Beretta

O TRANSPORTE ERIGIDO A DIREITO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....15

Rafael Santana Frizon

DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO.....16

Renata Canevaroli de Souza

DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO.....17

Stephanie de Cassia Nakamura Chaves



RESUMOS EXPANDIDOS

DA REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS COMO OBRIGAÇÃO <i>PROPTER REM</i> À LUZ DA LEI Nº 12.651/2012.....	18
Alessandra Nunes Bardelini	
A POSTURA BRASILEIRA DIANTE DA CRISE DOS REFUGIADOS THE BRAZILIAN POSITION IN FRONT OF THE REFUGEES CRISIS.....	23
Ana Carla Pisoler Morandi da Silva e Georgia Anastacia Campana Murari	
A IDENTIFICAÇÃO ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Letícia Sarto	
EMBRIÕES EXCEDENTES: ASPECTOS JURÍDICOS ENVOLVENDO A DISCUSSÃO ACERCA DE SUA DIGNIDADE E A PROBLEMÁTICA DAS INTERVENÇÕES CIENTÍFICAS.....	31
Ana Flávia Terra Alves Mortati e Daniela Braga Paiano	
A VIDA NUA COMO NÚCLEO ORIGINÁRIO DO PODER SOBERANO.....	36
André Simões Chacon Bruno	
REABILITAÇÃO PROFISSIONAL DE USUÁRIOS DE DROGAS – DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E INCREMENTO DA RECEITA TRIBUTÁRIA.....	41
Bruno Bianco Leal e Jefferson Aparecido Dias	
A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	45
Fernanda Mesquita Serva e Jefferson Aparecido Dias	
O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL APLICADO À SEGURIDADE SOCIAL.....	49
Judith Aparecida de Souza Bedê e Vanessa Vilela Berbel	
O TERCEIRO SETOR NA CONSECUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	52
Leonardo Pimenta Oliveira	
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E (RE)DISTRIBUIÇÃO DE PODERES.....	56
Lucas Teixeira de Rezende e Pedro Henrique Arcain Riccetto	
A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL.....	62
Taliton Irineu Viana e Vanessa Vilela Berbel	
POLÍTICAS PÚBLICAS E PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO DOCENTE.....	66
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer e Marisa Rossignoli	
A DIVISÃO DOS PODERES DO ESTADO: DA BIPARTIÇÃO À HEXAPARTIÇÃO DOS PODERES.....	72
Yago Aparecido Oliveira Santos e Caio Cesar Tomioto Mendes	



ARTIGOS CIENTÍFICOS

COMPLIANCE E ADVOCACIA: ANÁLISE CONSTITUCIONAL.....75

Emily Garcia e Felipe Lourenço Mendes

POLÍTICA DISTRIBUTIVA: O PAPEL DO ESTADO NA JUSTIÇA FISCAL E SEUS LIMITES.....90

Fabiano Machado Gagliardi

REFLEXÃO SOBRE APATRIDIA NA ATUALIDADE.....104

Késia Rocha Narciso

REFUGIADOS AMBIENTAIS: DESAFIOS INTERNACIONAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE.....123

Késia Rocha Narciso

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS.....140

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin



PROPRIEDADE: DIREITOS E DEVERES

ANA LÚCIA MASO BORBA NAVOLAR
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
ana-navolar@hotmail.com

LUCIANE DELALIBERA BIM
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
lu_bim@hotmail.com

O direito de propriedade é um dos direitos fundamentais do homem. Está presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no artigo 12, o qual dispõe que a propriedade é um direito “inviolável e sagrado”. No Brasil o direito de propriedade é garantido pela Constituição Federal, está presente no “caput” do artigo 5º, entretanto é o inciso XXII que dispõem sobre a garantia desse direito a todos, configura-se como um direito individual, e, portanto, é uma cláusula pétrea. De forma objetiva o direito de propriedade pode ser definido como a expressão jurídica da propriedade e revela o poder atribuído pela Constituição para o indivíduo usar gozar e dispor da coisa, ou também como um direito subjetivo que consiste em assegurar a uma pessoa o monopólio da exploração de um bem e de fazer valer esta faculdade contra todos que eventualmente quieram a ela se opor. Dito isto, resta esclarecer que a propriedade, hodiernamente, não é só um direito, o proprietário também tem o dever de dar à coisa sua função social, isto é, a utilização, a fruição e a disposição da propriedade devem ser feitas de acordo com a convivência social, sempre atendendo aos interesses particulares e da sociedade. Em outras palavras, tem o proprietário o direito de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa daquele que indevidamente a possua ou queira possuir, e contrapondo-se a isso, tem a sociedade o dever de respeitar esse direito. No entanto, na mesma medida, tem o proprietário o dever de dar uma função social à coisa, e, ao mesmo tempo, tem a sociedade o direito de exigir-lhe tal função social. Havendo então uma relação recíproca entre o proprietário e a sociedade, ambos com direitos e deveres.

Palavras-Chave: Propriedade, Função Social, Direitos e Deveres.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Propriedade-função na Perspectiva Civil-Constitucional**, Curitiba: Juruá, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



ASPECTOS DO DIREITO DE REQUISIÇÃO

ANA LÚCIA MASO BORBA NAVOLAR
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
ana-navolar@hotmail.com

LUCIANE DELALIBERA BIM
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
lu_bim@hotmail.com

A requisição corresponde ao direito de requisição de bens em benefício do Poder Público, e um dos limites constitucionais à propriedade. Referido direito é assegurado pela Constituição Federal, no “caput” do artigo 5º, e no inciso XXV, regulado também pela Lei Delegada nº 4 de 1962 em seu artigo 1º. Pode ser conceituado como um ato administrativo unilateral, autoexecutório e oneroso, consistente da utilização de bens ou de serviços particulares pela Administração, para atender as necessidades coletivas em tempo de guerra ou em caso de perigo público iminente. É considerado como uma modalidade de intervenção estatal através da qual o Estado utiliza bens móveis, imóveis e serviços particulares nas situações acima descritas. Além da finalidade acima exposta, o direito de requisição possui como um dos seus fundamentos a função social da propriedade, uma vez que o serviço requisitado, bem como qualquer objeto de requisição deve ser aquele necessário para que se possa suprir a demanda social e imprescindível para o atendimento dos anseios da população, protegendo-se também, a dignidade da pessoa humana. Hodiernamente a requisição pode ser civil ou militar. A primeira visa a evitar danos à vida, à saúde e aos bens da coletividade, já a segunda, objetiva o resguardo da segurança interna e a manutenção da soberania nacional. O requisitante será o Estado e o requisitado será aquele que se presume possuir o objeto da requisição. Ela pode incidir sobre bens ou serviços, sendo este não existem óbices constitucionais, mas, no tocante à de bens, a atividade está condicionada à existência de perigo público iminente, e, em ambos os casos o proprietário só receberá indenização ulterior, caso ocorra dano.

Palavras-Chave: Requisição, Função Social da Propriedade, Ato administrativo.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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



O DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE ESCOLHA EM FACE DE TRATAMENTO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE ESTATAL QUANTO O DIREITO DE SAÚDE

BÁRBARA VIEIRA DE MELLO
UNIVERSIDADE NORTE DO PARANÁ – UNOPAR
barbaravmello@hotmail.com

JULIANA APRYGIO BERTONCELO
UNIVERSIDADE NORTE DO PARANÁ – UNOPAR
aprygio@uol.com.br

A Constituição Federal de 1988 no título que discorre sobre os direitos e garantias fundamentais dispõe e assegura a todos o direito de liberdade abrangendo a liberdade de escolha, de crença e consciência. Para Paulo Bonavides os direitos de liberdade destinam-se ao indivíduo, ou seja, seu titular. São oponíveis ao Estado – direitos de resistência ou oposição perante o Estado – a pessoa possui o atributo ou a faculdade de escolha, marcada sua subjetividade. A partir dessa resistência é que deve o poder estatal ser limitado, não devendo intervir em assuntos de cunho pessoal como a escolha de tratamentos médicos. Nessa vertente, o grupo religioso denominado Testemunhas de Jeová se opõe ou recusam-se a realizar tratamentos médicos que envolvam o uso de sangue, porém buscam tratamentos médicos e alternativos para a manutenção da vida e de sua saúde. No entanto, ao optarem por tratamentos diversos e alternativos a transfusão, muitas vezes tem o tratamento negado por falta de capacitação médica e por não prestação estatal. Diante esse fato, há violação direta ao texto constitucional em especial ao direito fundamental à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal, pois ao buscarem opções a tratamentos buscam a manutenção ao direito a vida. Por conseguinte, quando o Estado afasta sua responsabilidade por não fornecer tratamentos viáveis a ordem pública age de forma arbitrária e negligente. Nesse sentido, o texto constitucional dispõe em seu artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever expresso do Estado. Como direito social à saúde é postulada no artigo 6º da Constituição e está diretamente ligada ao direito à vida, nesse sentido Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que o direito à vida é um direito de defesa contra os poderes públicos e seus atos que atentem contra o indivíduo. Portanto, não deve o Estado agir como limitador de direitos fundamentais, antes deve de forma efetiva ser garantidor desses direitos. Infelizmente nota-se o disfarce na proteção do bem coletivo em detrimento ao direito individual, uma vez que os tratamentos apresentam-se viáveis aos cofres públicos e muitas vezes menos onerosos. Destarte, a intervenção estatal faz-se necessária para garantir os direitos postulados pela Constituição e não atuar para os dirimir.

Palavras-Chave: Saúde e Vida. Intervenção Estatal. Constituição.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VI Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da Universidade Estadual de Londrina
“Estado liberal e intervenção nas atividades empresariais e pessoais”



O PROCEDIMENTO LEGISLATIVO FEDERAL COMO GARANTIA E SUPORTE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO MUNICIPAL

FABIO SUKEKAVA JUNIOR
FAFIMAN
fabiosukjr@hotmail.com

JUDITH APARECIDA DE SOUZA BEDÊ
FAFIMAN
judithbede@gmail.com

A Constituição Federal de 1988 detalhou o procedimento legislativo, paradigma para as unidades da federação. Assim, este estudo tem por objetivo analisar o procedimento utilizado no município de Mandaguari, por ocasião da composição das leis municipais. Interessa-nos, igualmente, verificar como se dá o controle de constitucionalidade neste. No sistema federal, o procedimento de formação das leis é constituído por três fases em processo bicameral. O desencadeamento do processo manifesta-se com a entrega de um projeto de lei ao Legislativo (Introdutória); seguido para a fase Constitutiva, que implica na deliberação. Caso aprovado o projeto, segue para sanção ou veto presidencial. É nesta fase que se cria o direito novo, com a manifestação de vontade tanto do Congresso Nacional como do Presidente da República. Na terceira etapa (Complementar) ocorre a promulgação, onde se atesta a vigência da lei, e a publicação, por meio do D.O.U. A lei só adquirirá eficácia de fato a partir da data escrita em seu texto, existe no sentido material porque sancionada, mas não dispõe, ainda, de vigência ou eficácia. A lei está na dependência da promulgação e da publicação. Na fase constitutiva, as casas legislativas (Iniciadora e Revisora) podem aprovar, emendar ou rejeitar a proposta de direito novo. Note-se que no âmbito municipal, as Câmaras são responsáveis por traduzir a vontade popular no Estado Democrático de Direito. Contudo, notou-se, empiricamente, que assuntos de grande importância não são tratados, ficando a Câmara Municipal relegada a uma função menor, ou, ainda, são discutidas leis sem o cuidado de verificar sua constitucionalidade, algo totalmente indesejável em face das necessidades do cidadão. Este procedimento precisa ser acompanhado pelos indivíduos e entidades municipais, pois representa as escolhas políticas.

Palavras-Chave: Procedimento legislativo, Câmara de Vereadores, Opções políticas.



A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS AUTORIZATIVAS

GUILHERME APARECIDO DA ROCHA
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR
guilhermejau@gmail.com

A competência do Poder Legislativo Municipal é restrita, notadamente em relação à iniciativa do processo legislativo. A existência de um grande número de matérias de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo gera inconformismo até em parlamentares experientes. Para contornar a limitação legislativa, muitos (talvez a maioria dos) Municípios brasileiros sofrem com as chamadas “leis autorizativas”. Estas são espécies normativas elaboradas por parlamentares em assuntos que são de competência exclusiva do Poder Executivo. São leis sem imperatividade, que simplesmente autorizam o Prefeito do Município a adotar determinadas condutas, não obstante as Constituições Federal e Estadual, bem como as leis orgânicas municipais já as viabilizem. Também são leis sem coercibilidade, consequência decorrente da facultatividade criada, que torna a norma incompatível com a aplicação de sanções. São, ainda, leis despidas de autorização, característica que permite ao prejudicado pelo descumprimento da norma exigir sua observância, ou ser ressarcido por eventual prejuízo, notadamente mediante a utilização do Poder Judiciário. As leis autorizativas, portanto, nada criam. Por meio delas, em verdade, o parlamentar municipal atua como se constituinte fosse. Argumenta-se, porém, que não são inconstitucionais porque não geram prejuízo. Esta, contudo, é uma premissa equivocada. A presente pesquisa, que serve de base à outra (sobre a iniciativa parlamentar em leis que criam incentivos fiscais) será desenvolvida por meio da utilização do método indutivo, bem como de elementos quantitativos, a partir da aferição empírica de prejuízos gerados à sociedade em decorrência das leis autorizativas. A experiência pode revelar consequências não imaginadas durante o processo legislativo, que não podem ser desconsideradas pelo hipertrófico sistema legislativo nacional.

Palavras-Chave: Leis autorizativas; Inconstitucionalidade; Poder Legislativo Municipal.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende. Leis autorizativas: leis? In: **Revista da AJURIS**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre, Ano XXVI, n. 78, p. 275/279, Jun-2000.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



A MODALIDADE LICITATÓRIA CONVITE À LUZ DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

JOSÉ EDUARDO COSTA DEVIDES
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR
du.devides@gmail.com

A Constituição Federal de 1988 trouxe inovações na seara da Administração Pública, mais especificamente no tocante às licitações públicas, na qual informa sobre a sua obrigatoriedade (ressalvadas as hipóteses legais) e sobre a garantia de igualdade de condições entre todos os concorrentes, em obediência ao Princípio da Livre Concorrência. Nesse sentido, em 1993 surgiu a Lei 8.666, também chamada de Lei de Licitações, que passou a disciplinar todos os aspectos envolvendo o tema, como os tipos e modalidades de licitações, as hipóteses de dispensa, a formalização dos contratos administrativos, dentre outros. Das modalidades licitatórias mencionadas por esta, têm-se o concurso, o convite, a tomada de preços, a concorrência e o leilão, cada uma com sua peculiaridade. Denota-se, da análise conjugada entre os artigos 21 e 22, § 3º da Lei 8.666/93, que a única modalidade em que não é obrigatória a publicação do aviso contendo o resumo do edital é o convite. Por esta diretriz, depreende-se que possa haver ofensa ao princípio constitucional da Livre Concorrência, que prega a igualdade de competição entre todos os fornecedores de produtos/serviços de determinado ramo, pois a falta de publicidade do aviso do convite os colocaria em pé de desigualdade perante os convidados, tendo em vista que aqueles dificilmente teriam conhecimento sobre a existência da referida modalidade licitatória. Ademais, o fato de o licitante poder requerer a participação no certame (em até vinte e quatro horas antes da abertura dos envelopes) torna-se uma ferramenta inócua, tendo em vista que a sua cientificação dependeria da divulgação do convite por parte de algum convidado, o que, em termos práticos, dificilmente ocorreria, tendo em vista os interesses próprios disseminados numa economia de mercado puramente capitalista. Assim, a presente pesquisa será desenvolvida com base no método indutivo, sendo realizadas investigações de cunho quantitativo e qualitativo no intuito de solucionar este problema que macula a liberdade de competição entre as empresas nas licitações em que é adotada a modalidade convite.

Palavras-Chave: Licitação, Convite, Livre concorrência, Igualdade.

REFERÊNCIAS

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Bruno Ribeiro. Licitação na modalidade convite: conflito entre os princípios da legalidade e da competitividade, **Site JurisWay**, jun. 2009. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1374. Acesso em 22 ago. 2015.

TAVARES. André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.



AS DIRETRIZES DA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

LUÍS FELIPE ALONSO CASAROLLI
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
lfcasarolli@gmail.com

Assinada em 30 de março de 2007 pelo Brasil, a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência ingressou no ordenamento jurídico pátrio pelo procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal em 9 de julho de 2008, ou seja, foi aprovada, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, sendo equivalente à emenda constitucional. A adoção da mencionada Convenção pelo Brasil representou um grande avanço na proteção dos direitos das pessoas com deficiência, através do estabelecimento de diversas diretrizes as quais os estados-partes devem seguir. O objetivo da Convenção é garantir que as pessoas com deficiência gozem de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, buscando ainda assegurar e promover o respeito por sua inerente dignidade. Algumas diretrizes trazidas pela Convenção merecem destaque: o desenho universal e a adaptação razoável. Por desenho universal, entende-se a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços que possibilitem sua utilização por todas as pessoas, na maior medida possível, sem necessidade de adaptação. A adaptação razoável consiste na adoção de modificações e ajustes necessários que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar e exercer os direitos humanos e liberdades fundamentais, nas mesmas condições que as demais pessoas. As políticas públicas adotadas pelos Estados devem garantir a participação da pessoa com deficiência nos processos decisórios que as afetem, buscando-se sua emancipação. Tais concepções derivam da ideia de modelo social de deficiência, tendo em vista que a deficiência está no ambiente, e não somente na pessoa. Dessa forma, o ambiente deve ser acessível às pessoas com deficiência, em todos os seus aspectos.

Palavras-chave: Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência; direitos humanos, direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4ª. edição. 2011. Brasília. CORDE.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Barrados - pessoas com deficiência sem acessibilidade**: como, o que e de quem cobrar. Petrópolis. KBR, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, C. V. [ET al.]. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-51.



A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

LUIZ AUGUSTO ALMEIDA MAIA
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR
luizaugusto@lfmaia.com.br

O presente trabalho se dedica em analisar o fenômeno da eficácia privada dos direitos fundamentais, sob a perspectiva dos direitos sociais prestacionais. Com efeito, o escopo do desse estudo consiste, basicamente, em demonstrar que apesar da questão da eficácia horizontal ser, geralmente, atrelada aos chamados direitos de liberdade, a mesma também é compatível com situações em que se reclame a imposição de prestações materiais, buscando-se, em última análise, identificar o papel da sociedade na concretização dos direitos sociais, sem prejuízo da atuação estatal. Quanto à questão metodológica, utilizou-se na pesquisa, principalmente, o critério dedutivo, a partir de estudos de diversos autores acerca dos direitos fundamentais e sua eficácia. Assim sendo, partindo do confronto entre os contornos próprios dos direitos sociais, dentro da dogmática dos direitos fundamentais, com as teorias específicas que debatem a vinculação dos particulares (eficácia imediata ou direta, *State Action*, convergência estatística, poderes privados e deveres de proteção) é que se demonstra não somente ser possível, como também necessária, a referida eficácia na esfera privada, ainda que adaptações sejam necessárias em razão das especificidades dos direitos sociais. Este trabalho também se ocupa em apresentar algumas proposições acerca da forma de aplicação dos direitos sociais, de índole prestacional, no âmbito privado, com o intuito de fomentar discussões quanto à formulação de uma teoria que possa servir de base em demandas concretas.

Palavras-Chave: Relações privadas. Direitos fundamentais. Direitos sociais. Prestações materiais. Eficácia horizontal.



O PROBLEMA DA REPRESENTATIVIDADE PARA BENJAMIN CONSTANT: UM ENSAIO SOBRE A LIBERDADE

MARINA DA COSTA TANNURI
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
marina_tannuri@hotmail.com

MARIANA CARDOSO BERETTA
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
mariana.beretta@gmail.com

Benjamin Constant (1767 – 1830), autor liberal cujas reflexões se aplicam até os dias atuais, escreveu “Sobre a Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos” em 1819, em que comparava o conceito de liberdade na democracia representativa com a democracia direta. Para ilustrar a como era tratada a liberdade dos antigos, o filósofo trata das discussões em ágoras, na Grécia Antiga: para ele, a democracia ali se dava de maneira direta, uma vez que a população era menor e todos tinham a oportunidade de expressar suas opiniões de maneira pessoal. A liberdade ali vivenciada tinha três pilares, segundo Constant: a soberania popular, a participação direta e o espírito de coletividade, a fim de decidir sobre assuntos importantes, como declarar guerra e celebrar a paz. Entretanto, tal liberdade é incompatível com a chamada liberdade dos modernos, fundada no contratualismo (uma vez que as populações cresceram e o interesse pela política começava a ficar a cargo de determinada classe social), que tinha como alicerce a democracia representativa, a liberdade em sentido formal – “todos são iguais perante a lei” – e a confiança em um Estado de Direito que contemplasse os interesses da população de maneira indireta. Para o filósofo, os dois tipos de liberdade são incompatíveis e a liberdade “dos antigos”, apesar de se mostrar mais eficaz, tornou-se inaplicável com o surgimento do movimento contratualista. Assim, as sociedades ocupavam territórios maiores e tornavam-se mais complexas, dinâmicas e comercializadas. Dessa maneira, o movimento contratualista ganhou força, originando o que Constant chama de “liberdade dos modernos”, formando uma vida política menos aquecida e alicerçada na representatividade, o que não contempla, de maneira efetiva, os interesses de toda a população.

Palavras-Chave: Representatividade, democracia, liberdade.

REFERÊNCIAS

<http://www.libertarianism.org/publications/essays/liberty-ancients-compared-moderns>



O TRANSPORTE ERIGIDO A DIREITO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

RAFAEL SANTANA FRIZON
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
frizon_frizon@hotmail.com

O advento dos direitos sociais nos remete a meados século XX, momento marcado pela concepção antiliberal e da ascensão do Welfare State, ocorrido notadamente na Europa e presente nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. Na teoria dos direitos fundamentais estes são direitos da segunda dimensão. Segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Dessa forma, possibilita ao indivíduo exigir do Estado prestações positivas e materiais para a garantia de cumprimento desses direitos”. No dia 15 de setembro de 2015, o Congresso Nacional brasileiro promulgou a emenda constitucional nº 90, incluindo o transporte no rol dos direitos sociais do cidadão, elencados no Artigo 6º da Constituição. Um dos fundamentos para a inclusão do transporte como direito social na Constituição é que se trata de um direito-meio, posto que, vários dos direitos já classificados como direitos sociais precisam do transporte para serem exercidos, afinal, para um cidadão ter acesso à rede pública de saúde, por exemplo, ele precisará utilizar algum meio de transporte. O consultor legislativo João Trindade, explica que o “efeito imediato é muito pequeno, mas não dá para dizer que é inócuo. Cria um direito fundamental, então cria também a obrigação do legislador de regulamentá-lo, ou seja, vai depender de regulamentação para poder produzir efeitos práticos”. O professor Paulo César Marques acrescenta que “elevar a mobilidade a um direito social traz a discussão para outro patamar. Não há garantia automática, mas ganha impulso e agora há respaldo da Constituição para políticas que desonerem o usuário”. A inclusão do direito ao transporte no rol dos direitos sociais é apenas um passo para melhorar o transporte público no Brasil, afinal, uma vez reconhecido como direito social pela Constituição, gera um direito que o Estado é obrigado a atender, por meio de uma política pública que o assegure a todos os cidadãos.

Palavras-Chave: Direitos sociais, política pública, transporte.

REFERÊNCIAS

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 286.

Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/09/transporte-passa-a-ser-direito-social-na-constituicao>> Acesso em: 26 set. 2015.

Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/09/22/garantido-na-constituicao-transporte-e-caminho-para-os-demais-direitos>> Acesso em 26 set. 2015.

VI Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da Universidade Estadual de Londrina
“Estado liberal e intervenção nas atividades empresariais e pessoais”



DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO

RENATA CANEVAROLI DE SOUZA
CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE BAURU
recanevaroli@gmail.com

A presente pesquisa buscou analisar o caráter de norma dos princípios esculpido no bojo da Constituição Federal de 1988, que norteiam o ordenamento jurídico com aplicabilidade imediata no caso concreto. Em especial, foi abordada análise do princípio da proporcionalidade, implícito no texto constitucional, sendo utilizado como critério de solução de conflitos e choques entre direitos fundamentais. Outra hipótese atribuída ao princípio da proporcionalidade, e objetivo do estudo realizado no presente trabalho, fora a demonstração da necessidade de aplicação da proporcionalidade na intervenção Estatal, realizada através do poder de punir em face da liberdade do indivíduo (proporcionalidade no sentido de vedação do excesso), ou para garantir eficácia imediata dos direitos fundamentais (proporcionalidade como “garantismo positivo” e proibição da proteção deficiente). Por conseguinte, na seara penal, a proporcionalidade orienta e restringe os atos do Estado seja na esfera legislativa ou judiciária na aplicação de sanções restritivas de direitos ou liberdade, assim como, atua para que este realize a devida garantia à da sociedade para concretizar a eficácia dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. A ausência de uma abordagem correta para aplicação do princípio da proporcionalidade acarreta grave prejuízo para a proteção dos direitos fundamentais, uma vez que deve ser utilizado em toda a tomada de decisão no ordenamento vigente, seja pelo legislativo ao editar norma, ou pelo magistrado ao decidir o caso concreto. Pretendeu-se compreender mediante singela análise bibliográfica, a deficiência da proteção do Estado a tipo penal específico, sendo este, o crime de redução à condição análoga a de escravo, em contraponto a delitos de cunho patrimonial, que recebem por infeliz escolha do legislador, quantificação de pena maior ou igual, ao referido crime, sendo que este fere o direito à dignidade, e liberdade individual, o que ilustra a proteção deficiente do Estado perante a sociedade integrante do contrato social.

Palavras-chave: Princípio versus regra; Princípio da proporcionalidade; Proteção deficiente do Estado; Efetivação de direitos fundamentais.



DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

STEPHANIE DE CASSIA NAKAMURA CHAVES
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA – UEL
tephani_nakamura@yahoo.com.br

As discussões em torno da questão ambiental ocupam uma posição de destaque. O nosso planeta vem apresentando sérios problemas, tais como o esgotamento dos recursos naturais, a extinção de espécimes da fauna e da flora, o que, acarreta redução da biodiversidade, a escassez de água, o aquecimento global, poluições em níveis alarmantes, enfim, problemas que afetam a vida e a qualidade de vida da espécie humana. Devido ao modelo de crescimento econômico e demográfico implementado pelas nações durante o século XX, surgiu a preocupação com o meio ambiente unido à preservação da vida humana com qualidade e a crise ambiental atual, cada vez mais intensa. A prática do desenvolvimento sustentável é uma possível solução conciliatória, diante dos interesses conflitantes entre direito fundamental ao meio ambiente e direito ao desenvolvimento econômico. O desenvolvimento sustentável visa suprir as necessidades da geração atual, nossa geração, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações. Os recursos ambientais não são inesgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato. Deve existir harmonia entre economia e meio ambiente. Deve-se ter consciência de que o direito fundamental ao meio ambiente, deve orientar todas as formas de atuação neste campo. A tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental, o que se protege é um valor maior, a qualidade da vida. Tem grande importância a busca de um desenvolvimento de forma equilibrada, que não ameace e nem agrida excessivamente os recursos naturais, preservando-os para as futuras gerações e ter uma consciência ambiental. Assim, no futuro, as pessoas terão oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que tem-se hoje à disposição.

Palavras-chave: Direito fundamental. Meio ambiente. Desenvolvimento sustentável.



DA REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS COMO OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* À LUZ DA LEI Nº 12.651/2012

THE REPARATION BY ENVIRONMENTAL DAMAGE SO *PROPTER REM*
OBLIGATION ACCORDING TO BRAZILIAN LAW Nº 12.651/2012

ALESSANDRA NUNES BARDELINI
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
alebardelini@gmail.com

RESUMO: Objetiva-se analisar a característica da obrigação de reparar os danos ambientais, mais especificamente quanto à degradação das áreas de preservação permanente e de reserva legal, à luz do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012). Primeiramente, expõe-se o conceito legal destas duas áreas de preservação ambiental. Após, diferencia-se a obrigação *propter rem* da decorrente de responsabilidade civil. Por fim, analisa-se, por meio de um estudo jurisprudencial, qual a origem do dever de reparar as áreas de preservação degradadas, especialmente em relação ao proprietário adquirente de imóvel já danificado. Conclui-se se tratar de obrigação *propter rem*, a qual é mais adequada e efetiva para garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado, de interesse de toda a coletividade.

Palavras-chave: Reparação; Danos ambientais; Obrigação *propter rem*.

ABSTRACT: The goal is to analyze the character of the obligation to repair the environmental damage, specifically in the environmental conservation areas according to the new “Código Florestal” (Law nº. 12.651/2012). First, it showed about the legal concept of the two existing types of environmental conservation areas. After, it showed about the differences into the *propter rem* obligation and the environmental liability. Finally, this research discuss about the characteristic of the obligation to repair the environmental damages localized in environmental conservation areas, especially about the obligation of the new acquirer of damaged area. It concluded which the *propter rem* obligation is more convenient than environmental liability in these cases, because is more effective to ensure the balanced natural environment, which is interests of all.

Keywords: Reparation; Environmental damage; *Propter rem* obligation.

INTRODUÇÃO

Tanto o direito à propriedade como ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foram elevados ao nível de direito fundamental pela Constituição Federal brasileira de 1988, em seus artigos 5º, inciso XXII, e 225, respectivamente. Contudo, em que pese à essencialidade desses direitos aos cidadãos, ambos asseguram interesses diferentes: um de origem individual e outro de caráter difuso, de modo que, em alguns casos, um acaba se tornando limite à efetivação do outro. Diante desse tipo de conflito, compete aos juristas fazer uma ponderação de valores, a fim de determinar os institutos jurídicos mais adequados aos casos concretos, primando sempre pelo direito considerado de maior relevância.

VI Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da Universidade Estadual de Londrina
“Estado liberal e intervenção nas atividades empresariais e pessoais”



É nesse contexto que surge a presente pesquisa, a qual pretende explicar acerca do debate existente sobre qual a origem da obrigação de reparar as áreas de preservação ambiental degradadas, através de um estudo jurisprudencial e legal.

DESENVOLVIMENTO

Antes de adentrar no tema específico desta pesquisa, faz-se necessário apontar determinadas conceituações jurídicas. Portanto, é o que se passa a expor.

A Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, também conhecida como (novo) Código Florestal, diferencia, em seu artigo 3º, incisos II e III, os conceitos de área de preservação permanente (APP) e área de reserva legal, nos exatos termos abaixo transcritos:

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa;

Ainda, o Código Florestal atual traz em seu Capítulo II, artigos 4º a 9º, as regras aplicáveis às APPs, e no Capítulo IV, artigos 12 a 25, as normas referentes às áreas de reserva legal.

Do acima exposto, verifica-se que tanto as APPs como as áreas de reserva legal são limitações legais impostas às propriedades, objetivando, acima de tudo, assegurar o equilíbrio ecológico. Contudo, tais áreas se tratam de institutos jurídicos completamente distintos, inclusive com regras próprias delineadas pelos dispositivos da lei, tendo como maior diferença o fato de que, nas áreas de reserva legal, pode haver exploração econômica, desde que feita de forma sustentável e em respeito aos ditames legais, enquanto as APPs são áreas exclusivas de preservação ambiental e, portanto, invioláveis.

Outro ponto importante desta pesquisa é a diferenciação entre as obrigações decorrentes do instituto da responsabilidade civil e as obrigações *propter rem*, quando aplicadas nos casos em que há danos ambientais a serem reparados.

Quanto à responsabilidade civil, de acordo com os artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil, para que exista o dever de reparar eventual lesão causada, em regra, imperioso que estejam presentes os seguintes requisitos: a) conduta ilícita (omissiva ou comissiva); b) culpa na conduta; c) nexo de causalidade; e d) o dano. Contudo, em atenção ao parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, tem-se que pode haver a obrigação de reparar um dano independentemente de culpa, exclusivamente nos casos previstos em lei ou em que a atividade exercida implique em risco para o direito de outrem. Observa-se, pois, que no sistema legislativo atual, há duas ordens de responsabilidade civil: uma objetiva e outra subjetiva.



No caso da responsabilidade civil por danos ambientais, aplica-se a teoria objetiva, segundo a qual não há necessidade de se comprovar o requisito da culpa. Isso porque a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, prevê em seu artigo 14, § 1º: “[...] é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Já em relação à obrigação *propter rem*, cuja tradução seria “em razão da coisa”, verifica-se, pela própria denominação, que o dever de reparar o dano decorrente desse instituto jurídico advém da própria coisa – e não do exercício de uma conduta. Para melhor explicar a conceituação da obrigação *propter rem*, segue abaixo a sua diferenciação em relação aos direitos reais:

São obrigações que surgem *ex vi legis*, atreladas a direitos reais, mas com eles não se confundem, em sua estruturação. Enquanto estes representam *ius in re* (direito sobre a coisa, ou na coisa), essas obrigações são concebidas como *ius ad rem* (direito por causa da coisa, ou advindos da coisa). (BITTAR, 1990, p. 40 *apud* GONÇALVES, 2014, p. 40).

Ressalta-se também uma das principais características dessa espécie de obrigação: a ambulatoriedade. Isso significa dizer que a obrigação *propter rem* é transmitida sempre que há alteração na titularidade de um direito real, de modo que, mesmo as obrigações pré-existentes serão transferidas ao adquirente do direito real. Neste sentido: “A obrigação real, portanto, seria conexa ao direito real, submetida ao princípio de que o acessório segue o principal.” (BRANDÃO, 2009, p. 49).

Expostos os principais conceitos jurídicos no debate do tema aqui proposto, passa-se, agora, à análise das controvérsias existentes na jurisprudência pátria e aos resultados obtidos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para garantir a obediência às normas impostas com relação à formação e à reparação das APPs e das áreas de reserva legal nos casos de degradação ambiental, o Direito se utiliza dos institutos jurídicos já existentes, devendo, todavia, identificar e aplicar o mais adequado ao caso. Neste ínterim, debateu-se por muito tempo acerca da característica do dever de reparar os danos ambientais causados pelo desmatamento destas áreas de preservação, sendo que alguns juristas defendiam a aplicação do instituto da responsabilidade civil enquanto outros entendiam se tratar de uma obrigação *propter rem*.

Observa-se que, quando o agente causador do dano ambiental é também o proprietário do imóvel danificado, não há motivos para maiores delongas acerca do impasse jurídico apresentado, uma vez que, independentemente do instituto aplicado, o responsável pelo reflorestamento será o mesmo. Contudo, a controvérsia surgiu nos casos de adquirentes de imóveis de terras já desmatadas.

Por uma análise jurisprudencial, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) modificou completamente o seu entendimento acerca do tema ao longo dos anos.

A princípio, conforme bem preleciona Patrícia Faga Iglecias Lemos (2012, p.174): “[...] o STJ colocava a configuração do nexo de causalidade como o essencial para que se pudesse responsabilizar o adquirente de imóvel já desmatado [...]”; logo,



adotava a aplicação do instituto da responsabilidade civil aos casos abarcados (Recursos Especiais 229302/PR, 15899/PR, 214714/PR e 218120/PR). Entretanto, após o ano de 2003, o STJ passou a adotar posicionamento diferente, apontando, inclusive, que o dever ambiental de recomposição da reserva legal constitui obrigação *propter rem* (LEMOS, 2012, p. 176-7).

Importante destacar que, nas decisões proferidas pelo STJ antes da promulgação da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal atual), as fundamentações utilizadas para justificar a característica real do dever de reparar as APPs e as áreas de reserva legal degradadas, eram baseadas na responsabilidade ambiental objetiva somada ao disposto no artigo 16 da Lei nº 4.771/1965 (Código Florestal revogado) e no artigo 99 da Lei nº 8.171/1991, os quais imputavam o dever de demarcar as áreas protegidas aos proprietários dos imóveis. Sobre essa “confusão” conceitual feita pelo STJ em muitas decisões acerca do tema aqui debatido, aponta-se:

O enquadramento dogmático da *quaestio iuris* no âmbito da responsabilidade civil não é correto quando se trata de sujeito de direito que adquire o imóvel rural após a ocorrência do evento danoso. [...] Isso, contudo, não significa que a decisão da Corte deveria ser no sentido de eximir o adquirente do imóvel rural de qualquer responsabilidade, pelo contrário, sua responsabilização à luz do ordenamento jurídico brasileiro está correta, apenas deveria ter sido reconhecida mediante fundamentação adequada à espécie. (BUNAZAR, 2012, p. 89-90).

Após a promulgação do novo Código Florestal, o debate sobre a origem da obrigação de reparar os danos ambientais pré-existentes parece ter perdido a sua razão. Isso porque a característica *propter rem* das obrigações derivadas das áreas de preservação ambiental – demarcação, averbação, preservação e reparação – foi prevista expressamente no §2º do artigo 2º da mencionada lei, nos seguintes termos: “As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural”. Corroborando com esse entendimento, mencionam-se também os artigos 7º e 17 da mesma lei.

Inclusive, o posicionamento atual e pacífico do STJ é no mesmo sentido. Veja-se:

[...] 2. A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação *propter rem*, isto é, aderem ao título de domínio ou posse, independente do fato de ter sido ou não o proprietário o autor da degradação ambiental. Casos em que não há falar em culpa ou nexo causal como determinantes do dever de recuperar a área de preservação permanente. 3. Este Tribunal tem entendido que a obrigação de demarcar, averbar e restaurar a área de reserva legal nas propriedades rurais configura dever jurídico (obrigação *ex lege*) que se transfere automaticamente com a mudança do domínio, podendo, em consequência, ser imediatamente exigível do proprietário atual. [...]. (AgRg no REsp 1367968/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 12/03/2014).

Ante a discussão proposta e os resultados aqui apresentados, tem-se que o novo Código Florestal tornou taxativo o entendimento jurisprudencial pátrio anteriormente



consolidado, no sentido de que o dever de reparar os danos ambientais causados nas APPs e nas áreas de reserva legal decorre de uma obrigação *propter rem*.

CONCLUSÕES

Diante do breve estudo aqui realizado, denota-se que o entendimento jurisprudencial brasileiro, até meados de 2003, aplicava o instituto jurídico da responsabilidade civil nos casos de APPs e áreas de reserva legal degradadas, exigindo, pois, o nexo causal entre a conduta do proprietário e o dano ambiental existente para exsurgir o dever de reparar os prejuízos. Logo, tal posicionamento primava pelo interesse individual do proprietário em detrimento do interesse da coletividade, uma vez que não se podia exigir do adquirente do imóvel a reparação dos danos ocasionados antes da sua aquisição.

Em contraposição a este entendimento até então adotado, ressalta-se que as questões relativas à preservação do meio ambiente são de interesse difuso, conquanto atinjam a todos indistintamente. Sendo assim, a proteção, bem como a recuperação do ecossistema degradado, devem se dar da forma mais eficiente possível.

Por estes motivos, conclui-se que a adoção atual do caráter *propter rem* às obrigações decorrentes da degradação das áreas de preservação ambiental, tanto pela lei como pela jurisprudência, foi a mais adequada, visto que atentou à aplicação do instituto jurídico que melhor garante a restauração do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Tom Alexandre. **Contribuição ao Estudo das Obrigações propter rem e Institutos Correlatos**. 2009. 121 f. Dissertação. Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009.

BRASIL, Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. **Código Florestal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

BRASIL, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

BUNAZAR, Mauricio Baptistella. **Da obrigação propter rem**. 2012. 149 f. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.

LE MOS, Patrícia Faga Iglesias. **Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. v. 5. Direito das coisas. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



A POSTURA BRASILEIRA DIANTE DA CRISE DOS REFUGIADOS THE BRAZILIAN POSITION IN FRONT OF THE REFUGEES CRISIS

ANA CARLA PISOLER MORANDI DA SILVA
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
carla_morandi@hotmail.com

GEORGIA ANASTACIA CAMPANA MURARI
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
georgiaanastacia91@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo o exame da postura brasileira diante da crise dos refugiados e suas implicações jurídicas no âmbito internacional. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, por meio do qual parte-se de uma premissa geral para um caso particular, e a técnica de pesquisa aplicada é a documentação indireta por meio de pesquisa documental e bibliográfica. Assim, seguindo este método, verificam-se primeiramente os mecanismos de proteção brasileiros dos direitos humanos. Posteriormente, analisa-se dentre esses mecanismos, os que se direcionam especificamente para os indivíduos que se encontram na posição de refugiados, destacando a importância do CONARE - Comitê Nacional dos Refugiados. A apreciação da temática revela fundamental interesse público visto que se refere à própria dignidade humana.

Palavras-Chave: Refugiados. Brasil. Direitos humanos. Direito internacional. CONARE.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the Brazilian position in front of the refugees crisis and its legal implications in the international scope. For these, was used the deductive method, which starts with the general premise for a particular case and the research methodology used was the indirect documentation through documental and bibliographic research. So, using this method, first we see the Brazilian protection mechanisms of human rights. Then, we see which one of those mechanisms are intended for the refugees, highlighting the importance of CONARE - National Committee of Refugees. The appreciation of this theme reveals vital public interest since refers human dignity itself.

Keywords: Refugees. Brazil. Human rights. International right. CONARE.

INTRODUÇÃO

A concepção contemporânea de direitos humanos foi inserida por meio da Declaração Universal de 1948 e renovada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena em 1993, conforme preleciona Flávia Piovesan. Esta atual compreensão é resultante do Pós-Guerra como resposta aos genocídios, torturas e atrocidades cometidos durante o estado totalitário nazista. Nessa perspectiva, observa-se o



esforço para a reconstrução dos direitos humanos “como paradigma referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea” (PIOVESAN, 2011, p.37).

Como forma de garantir a efetividade dos direitos humanos, especialmente com relação aos refugiados, o Brasil tornou-se parte da Convenção das Nações Unidas de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e do seu Protocolo de 1967. Em julho de 1997, o país promulgou a Lei de Refúgio (Lei nº 9.474/97) que adota a definição ampla de refugiado estabelecida na Declaração de Cartagena de 1984, que considera como uma das formas de reconhecimento da condição de refugiado a própria violação generalizada de direitos humanos. Em maio de 2002, o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas, e em outubro de 2007, iniciou o processo de adesão à Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1961 para redução dos casos de apatridia.

A Lei nº 9.474/97 criou o chamado Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão interministerial presidido pelo Ministério da Justiça e que lida essencialmente com a formulação de políticas para refugiados no país. É importante mencionar que a lei garante documentos básicos aos refugiados, tais como: documento de identificação e de trabalho, além da liberdade de movimento no território nacional e de outros direitos civis.

DESENVOLVIMENTO

Nota-se no contexto histórico brasileiro que, a Constituição Federal de 1988 introduziu um avanço na consolidação legislativa das garantias e dos direitos fundamentais e fez com que os direitos humanos ganhassem extrema relevância. Nesse sentido, a presença dos direitos humanos na ordem interna reforçou para que estes se impusessem também na agenda internacional do país. A Constituição Federal de 1988 ampliou de forma significativa o campo dos direitos e garantias fundamentais e procurou estabelecer o Estado Democrático de Direito, apresentando dentre seus fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, incisos II e III. Este valor da dignidade humana surge exatamente no período Pós-Guerra como uma crítica e repúdio ao ordenamento jurídico indiferente aos valores éticos do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália. O ordenamento jurídico brasileiro acolhe a sistemática da incorporação automática para os tratados de direitos humanos, cabendo ao Poder Judiciário e os demais Poderes Públicos assegurarem a implementação no âmbito nacional das normas internacionais de proteção dos direitos humanos ratificadas pelo Estado brasileiro (PIOVESAN, 2008, p.93). Tendo em vista os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, é possível elencar inúmeros direitos que, embora não previstos no âmbito nacional, passaram a incorporar no direito brasileiro, por se encontrarem nesses tratados: a proibição do restabelecimento da pena de morte nos Estados que a hajam abolido, conforme o artigo 4º da Convenção Americana; o direito da criança que não completou quinze anos de não ser recrutada pelas Forças Armadas para participar diretamente de conflitos armados, de acordo com o artigo 38 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Neste contexto, cabe destacar que o Brasil é signatário de um tratado internacional de direitos humanos extremamente importante e faz parte da Convenção das Nações Unidas de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e do seu Protocolo de 1967, conforme o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR).



De acordo com o site do Ministério das Relações Exteriores, poderá solicitar refúgio ao Brasil os indivíduos que possuem o temor de serem perseguidos por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo especial ou opinião política, que se encontre fora de seu país de nacionalidade e, que não possam ou não queiram retornar a ele. Além disso, tem-se que a política brasileira para acolhimento de refugiados avançou após a promulgação da Lei do Refúgio (Lei nº 9.474/1997). Essa lei é a responsável pela criação do Comitê Nacional dos Refugiados (CONARE), um órgão interministerial presidido pelo Ministério da Justiça. De acordo com dados de outubro de 2014 do CONARE, o Brasil possui na atualidade 7.289 refugiados reconhecidos de 81 nacionalidades distintas, sendo 25% mulheres - incluindo refugiados reassentados - sendo os principais grupos da Síria, Colômbia, Angola e República Democrática do Congo (RDC). Constata-se que o CONARE recebeu solicitações de refúgio de 18 países diferentes, dentre estes: Síria, Líbano, RDC e Mali. Nessa perspectiva, nota-se que o Brasil adotou uma postura de sensibilidade diante da crise humanitária contemporânea. Dentre os refugiados, 20% representam os sírios e, até o presente mês, conforme dados do CONARE, existem 8.687 casos em tramitação, sendo 2.164 do Senegal, 1.150 da Nigéria, 1.090 da Gana e 571 da República Democrática do Congo. Observa-se que o Brasil reassentou não só refugiados da América Latina, como também de outros continentes, exercendo um papel extremamente importante no cenário internacional, além de apoiar as iniciativas da ACNUR em promover a proteção internacional em diferentes fóruns. Ao analisar a crise na Europa, a própria ACNUR, em recente declaração, defende que somente uma resposta europeia conjunta poderá resolver a presente crise de refugiados e migrantes no continente, pois as medidas individuais de cada país deixariam a situação ainda mais caótica.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Empenhado com o princípio da solidariedade internacional, o Brasil tem exercido participação crucial no desenvolvimento e implantação do Programa de Reassentamento Solidário na América Latina, como parte do Plano de Ação do México (que visa o fortalecimento da proteção internacional dos refugiados na América Latina). Desde 2002, o país promoveu o reassentamento de mais de 612 refugiados, sendo a maioria colombianos, dentre os quais 46% são mulheres. Em 2014, foram aceitos no Programa de Reassentamento refugiados da região do Sri Lanka e da Síria. Nos próximos anos, o Brasil planeja realizar a expansão do programa de reassentamento para um maior número de casos extracontinentais para que possa ser oferecida acolhida para refugiados deslocados de outras regiões. Nesse sentido, a posição brasileira frente à crise dos refugiados é bem vista porque além de oferecer um ambiente de proteção favorável aos refugiados, o Brasil tem apoiado as iniciativas do ACNUR em promover a proteção internacional em diferentes fóruns. Em dezembro de 2010, o país sediou um encontro governamental na celebração do 60º aniversário da ACNUR onde 18 países da América Latina firmaram compromisso no sentido de se engajar mais na proteção das vítimas de deslocamentos forçados e de apátridas na região. O compromisso foi estabelecido na denominada “Declaração de Brasília para Proteção de Refugiados e Apátridas nas Américas”. No final de 2012, o Brasil liderou dentro do MERCOSUL a adoção da “Declaração de Princípios Internacionais de Proteção dos Refugiados”. Esse



documento reafirma o princípio da não devolução (*non-refoulement*), a importância da reunificação familiar e a priorização das abordagens de idade, gênero e diversidade. Ainda, a declaração enfatiza tanto a necessidade de se evitar políticas migratórias que sejam restritivas quanto o estabelecimento de mecanismos de cooperação adicionais e novas formas complementares de proteção humanitária. Nos dias 2 e 3 de dezembro de 2014, o país sediou o evento comemorativo dos 30 anos da Declaração de Cartagena sobre a Proteção Internacional dos Refugiados de 1984, onde um Plano de Ação do Brasil foi adotado. Entre os principais pontos do plano vislumbra-se o compromisso de erradicação da apatridia e a inclusão do Caribe no processo que até então era restrito aos países latino-americanos. Conforme o site *Diário Online*, junto a esse plano foi divulgada a Declaração do Brasil que reitera o compromisso da região com refugiados, deslocados e apátridas. Ainda, o Brasil se destaca com relação às contribuições para as operações humanitárias do ACNUR ao redor do mundo, no qual se consolidou como o principal doador entre os países emergentes, com US\$ 3,5 milhões doados em 2010, US\$ 3,7 milhões em 2011, US\$ 3,6 milhões em 2012 e US\$ 1 milhão em 2013.

CONCLUSÃO

O Brasil comprometeu-se em respeitar os direitos humanos em suas relações internacionais. Por essa razão, destaca-se a sua postura “acolhedora” diante da crise dos refugiados. Para exemplificar, o último levantamento feito em setembro de 2015, indica que já foram concedidos 7.752 vistos aos refugiados, a maioria nas embaixadas do Brasil no Líbano, Jordânia e Turquia. Assim, observando o cenário mundial, nota-se que, para defender os direitos humanos dos refugiados ainda há um caminho árduo a ser seguido com relação ao forte poder soberano existente nos Estados. Contudo, vale ressaltar que, a conduta brasileira frente à crise é um exemplo essencial que deve ser observado pelos demais Estados para que juntos possam contribuir para a garantia dos direitos dos refugiados sem que isso afete significadamente a soberania interna.

REFERÊNCIAS

A ONU e os refugiados. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/acao/refugiados/>>. Acesso em: 20 set. 2015.

ACNUR pede nova postura da Europa frente à crise de refugiados. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/acnur-pede-nova-postura-da-europa-frente-a-crise-de-refugiados/>>. Acesso em: 20 set. 2015.

AMÉRICA Latina adota plano de ajuda a refugiados. Disponível em: <<http://www.diarioonline.com.br/noticias/mundo/noticia-311221-.html>>. Acesso em: 20 set. 2015.

DADOS sobre refúgio no Brasil. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 20 set. 2015.



PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano** / Flavia Piovesan. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

REFUGIADOS e CONARE. Disponível em:
<http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_tags&view=tag&id=566-conare-comite-nacional-para-os-refugiados&lang=pt-BR>. Acesso em: 20 set. 2015.



A IDENTIFICAÇÃO ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE IDENTIFICATION BETWEEN HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL RIGHTS

ANA CLÁUDIA CORRÊA ZUIN MATTOS DO AMARAL
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
anaclaudiazuin@live.com

LETÍCIA SARTO
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
leticia_sarto@hotmail.com

RESUMO: O trabalho analisa a ampliação e a transformação dos direitos fundamentais dos homens. Investiga as denominações utilizadas para a identificação dos referidos direitos e a dificuldade para proceder a devida distinção em relação aos direitos humanos, face ao caráter heterogêneo adotado doutrinariamente para diferenciar uma expressão da outra.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direitos humanos; estado constitucional; heterogeneidade; ordem internacional.

ABSTRACT: The work analyzes the expansion and transformation of the fundamental rights of men. Investigates the names used for the identification of those rights and the difficulty to carry out proper distinction in relation to human rights, given the heterogeneous character adopted doctrinally to differentiate an expression of the other.

Keywords: fundamental rights; human rights; constitutional status; heterogeneity; international order.

INTRODUÇÃO

Desde a marcante presença dos estados totalitários no século XX, nos quais se imperava o abuso a dignidade da pessoa humana e as garantias individuais, fez-se necessária a positivação de direitos que garantissem a proteção a pessoa humana, impedindo-a de sofrer os mesmos abusos sofridos durante o período totalitário. Tais direitos, chamados de direitos humanos, positivaram-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, realizada pelos Estados Unidos, em 1948. Desde então, ordenamentos jurídicos do mundo inteiro têm acrescentado, em suas Constituições, um rol de direitos humanos. Todavia, as doutrinas responsáveis pelos estudos desses direitos têm utilizado expressões variadas para conceituá-los, tratando-as sinonimicamente. Entretanto, essa sinonímia, após aprofundados estudos dos temas, tem se mostrado equivocada, já que tais expressões não abrangem a amplitude tratada pelos direitos humanos. Contata-se que, no caso da relação aos direitos fundamentais, a divergência ocorre no tocante ao espaço territorial no qual se trabalha esses direitos.



DESENVOLVIMENTO

Para os teóricos positivistas do século XIX, o fundamento do direito não é transcendental ao homem e à sociedade, mas, sim, um pressuposto lógico, no qual se defende que as leis são válidas e devem ser obedecidas, se legisladas por órgão e autoridade competente, em um processo regular (COMPARATO, 1997, p. 5). O que os positivistas não previam era um abuso do poder, por meio da manipulação social, operada pela máquina do Estado, a qual se sustentava em um extremo legalismo, e na falta de legitimidade, como se verificou no Nazismo e em outros sistemas totalitários.

Dessa situação se extrai a questão do fundamento dos direitos humanos, já que sua validade deve se embasar em algo mais sólido e permanente que a ordenação estatal, ainda que tal fundamento esteja previsto na Constituição Federal. Deste modo, a validade formal das normas jurídicas defendida pelos positivistas não se mostrou suficiente, já que os problemas referentes à pessoa humana correspondem ao valor ético do direito (COMPARATO, 1997, p. 7).

Atualmente, percebe-se a situação trabalhada acima no caso das imigrações ocorrentes no Oriente Médio. Embora positivados no ordenamento jurídico, tais direitos têm sido infringidos, obrigando os cidadãos a buscarem o respeito pela sua dignidade em outros países. Portanto, a simples positivação, sem a prática contínua desses direitos, não apresenta fundamento sólido, fazendo necessário a valoração, ética e moral, deles.

Nessa direção, a busca pela dignidade verifica uma busca pelos direitos humanos daqueles cidadãos ou a busca por seus direitos fundamentais?

José Afonso da Silva aponta que são vários os fatores a dificultar uma conceituação sintética e precisa dos direitos humanos. Como se vê, atualmente, emprega-se para tais direitos, diversas expressões: direitos naturais, direitos fundamentais, direitos dos homens, direitos individuais (SILVA, 2005, p. 175).

A ciência jurídica encontra permanente dificuldade em definir o que é um direito humano, todavia, antes de tudo, em definir o que seja um direito. O que se tem, por concreto, é que o fundamento de todos os valores do ordenamento jurídico é o *próprio homem*, um ser essencialmente histórico, por isso se afirma que todos os direitos, inclusive os humanos e fundamentais, são relativamente históricos (COMPARATO, 1997, p. 8).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Do exposto, infere-se que os direitos humanos compreendem direitos de diversas naturezas, configurando uma categoria geral reconhecidamente heterogênea.

Para entender a causa da heterogeneidade, tem-se que os *direitos naturais* são aqueles inerentes ao homem, mas que, atualmente, vem cedendo espaço aos *direitos positivos*, os quais encontram seu fundamento e conteúdo nas relações materiais de cada época (SILVA, 2005, p. 176). Já os *direitos individuais* limitam-se ao rol das liberdades e direitos civis. Portanto, tem-se que tais expressões não abarcam todas as dimensões dos direitos fundamentais, embora não sejam



incompatíveis e nem se excluem. A distinção está em suas esferas de alcance, positividade e consequências práticas (SARLET, 2009, p.34).

Para a maior parte da doutrina constitucional moderna, *direitos fundamentais* são aqueles presentes à esfera constitucional de determinado Estado, enquanto *direitos humanos* se encontram veiculados em âmbito internacional, como tratados, os quais independem de determinada ordem constitucional (SARLET, 2009, p.30-31).

Afirma-se que os direitos fundamentais são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, determinadas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade do homem, enquanto os direitos humanos constituem a expressão elementar nos documentos internacionais (SILVA, 2005, p. 176-179).

Por conseguinte, a heterogeneidade entre as diversas expressões para a definição equivocada dos direitos fundamentais, existe, pelo fato de não abrangerem a extensa dimensão da qual decorre tais direitos.

CONCLUSÃO

Em suma, tem-se que os *direitos humanos* e os *direitos fundamentais* apresentam o mesmo objeto de proteção: a pessoa humana. Entretanto, a esfera de alcance de ambos se difere, sendo os *direitos humanos* válidos para todos os povos e a qualquer tempo, enquanto os *direitos fundamentais* são aqueles garantidos e limitados espaço-temporalmente. Deste modo, a amplitude daqueles se faz maior – âmbito internacional – do que a desses – âmbito territorial.

REFERÊNCIAS

BERTRAMELLO, Rafael. 2014. **Direitos humanos fundamentais – conceito, terminologia e perspectiva histórica.** Disponível em: <<http://rafaelbertramello.jusbrasil.com.br/artigos/121943100/direitos-humanos-fundamentais-conceito-terminologia-e-perspectiva-historica>>. Acesso em: 30 set. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. 1997. **Fundamento dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf/at_download/file>. Acesso em: 30 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.



**EMBRIÕES EXCEDENTES: ASPECTOS JURÍDICOS ENVOLVENDO A
DISCUSSÃO ACERCA DE SUA DIGNIDADE E A PROBLEMÁTICA DAS
INTERVENÇÕES CIENTÍFICAS**

**SURPLUS EMBRYOS: LEGAL ASPECTS INVOLVING THE DISCUSSION ABOUT
ITS DIGNITY AND THE PROBLEMATIC OF SCIENTIFIC INTERVENTION**

ANA FLÁVIA TERRA ALVES MORTATI
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
ana_mortati@hotmail.com

DANIELA BRAGA PAIANO
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
danielapaiano@hotmail.com

RESUMO: Com o desenvolvimento de tecnologias sobretudo no âmbito da biociência, o ser humano avançou em técnicas antes não conhecidas que trouxeram consequências, de mesma forma, não previamente enfrentadas. Destaca-se, nesse íterim, o instituto da reprodução humana assistida e a problemática do descarte dos embriões excedentes ou sua utilização para pesquisas, bem como as intervenções científicas neles realizadas. A discussão que se propõe insere-se nos estudos e constatações que afirmam (ou não) haver tutela da dignidade e vida do embrião excedente o que, conseqüentemente, implicaria em distintos tratamentos que os propostos pelo ordenamento jurídico pátrio. Diante da insuficiência de normas ou da ausência de análises médicas satisfatórias, busca-se, pelo presente, destacar os diferentes posicionamentos encontrados na seara jurídica, bem como as consequências decorrentes destes, postura que é imperiosa em um Estado Democrático de Direito em que a vida revela-se enquanto primazia de todo o ordenamento.

Palavras-Chave: Embriões excedentes. Dignidade da pessoa humana. Intervenções científicas.

ABSTRACT: With the development of technologies in the bioscience, the human being has advanced in techniques previously not known which brought consequences not previously encountered. Therefore, stands out the assisted human reproduction institute and the problem of the disposal of surplus embryos, also as their use for research and scientific interventions. The discussion revolves around the studies and findings that claim (or not) be protection of the surplus embryo dignity and life which, in turn, imply different treatments than those proposed by the Brazilian legal system. Faced with the lack of standards or satisfactory medical analysis, is intended to highlight the different positions found as well as the consequences of such positioning, posture that is imperative in a Democratic State in which life is revealed as the primacy of the entire planning.

Keywords: Surplus embryos. Human dignity. Scientific Intervention.



INTRODUÇÃO

O atual ordenamento jurídico brasileiro prevê o direito ao planejamento familiar (art. 226, §7º, Constituição Federal) estabelecendo suas bases no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Nesse âmbito, cumpre destacar que a Lei n. 9.263/1996 é responsável por regulamentar o planejamento familiar e dispõe acerca da reprodução humana assistida.

No que tange a esse novo instituto, tem-se que este é o “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano” (DINIZ, 2011, p. 610). Em que pese as demais implicações derivadas dos diferentes métodos que a propiciam, esta ocorre através da fertilização *in vitro* ou da inseminação artificial.

Ressalte-se, inicialmente, que essa nova técnica para criação de ser humano em laboratório, possibilitou ao homem a satisfação do direito à procriação e, com isso, garantiu sua descendência. Por outro lado, ainda, fez com que a vontade de fazer nascer filhos no momento em que se quisesse se tornasse um fato concreto.

Destaque-se, contudo, que são situações como estas que entusiasma a embriologia e a engenharia genética, desencadeando controvérsias a serem sanadas através de debates calcados em princípios justamente pelos entraves ético-jurídicos gerados. Nesse âmbito, fala-se, inclusive, da coisificação do ser humano, sendo imprescindível a imposição de limitações legais à prática analisada.

Tem-se, assim, que a manipulação dos componentes genéticos da fecundação, com o escopo de possibilitar o desenvolvimento e planejamento familiar revela-se um avanço. No entanto, suas consequências não se esgotam quando da formação de um ser humano que integrará o núcleo familiar, vez que, na maioria das vezes, alguns embriões fecundados não são implantados ou plenamente desenvolvidos, dando origem à problemática que envolve os embriões excedentes.

Questiona-se, assim, acerca da possibilidade de seu descarte ou de sua utilização em investigações científicas o que, necessariamente, remete à discussão acerca da tutela jurídica de sua dignidade e da existência ou não de sua vida.

DESENVOLVIMENTO

No Brasil, a Lei n. 11.105/2005 zela pelo embrião em seus arts. 6º, III e 125. No entanto, o art. 5º admite sejam feitas pesquisas em células embrionárias, quando forem os embriões considerados inviáveis ou estejam congelados há três anos. Ressalte-se que a Resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina traz o prazo de 5 anos.

No entanto, Maria Helena Diniz (2011, p. 547), defende que o embrião possui todos os atributos da espécie humana, de forma que faria jus à proteção à vida, integridade física e dignidade, assim como à imagem científica, “sendo inadmissível qualquer investigação experimental com o objetivo alheio à avaliação de sua dignidade, à detecção de doença hereditária ou à sua própria terapia no útero ou fora dele”.

Em suma, a autora defende que a consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, motivo pelo qual repudia “técnicas de fecundação *in vitro* que impliquem a



perda de óvulos fecundados, por haver sacrifício de vidas humanas” (DINIZ, 2011, p. 544).

Sem embargo das demais teorias acerca do início da vida, Joaquim Toledo Lorentz (2002, p.340) filia-se a teoria concepcionista segundo a qual a fecundação do óvulo assinala o começo da vida de cada indivíduo, vez que este é distinto dos seres que lhe deram origem, por possuir um código genético próprio, capaz de conduzir a seu desenvolvimento. O mesmo autor entende que os defensores de outras teorias como a da viabilidade ou da nidação, apegam-se apenas ao caráter técnico, afastando a responsabilidade daqueles que se submetem a reprodução humana assistida.

Destaque-se, também, o entendimento de Heloisa Helena Barboza (2005, p. 268), segundo a qual:

[...] parece que o mais razoável, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, seja conferir ao embrião humana uma ‘tutela particular’, desvinculada dos conceitos existentes, mas que impeça, de modo eficaz, sua instrumentalização, dando-lhe, enfim, proteção jurídica condizente, se não com a condição de indivíduo pertencente à espécie humana, com o respeito devido a um ser que não pode ser coisificado.

Cumpre, ainda, salientar que o art. 5º da Lei n. 11.105/2005, supracitada, foi alvo de Ação Indireta de Inconstitucionalidade, cujo Voto – através do posicionamento do Relator Carlos Britto - salientou a necessidade de questionando acerca da aceitação do excedente de óvulos fertilização como custo necessário à superação da infertilidade.

Na decisão, enfatizou que não haveria ofensa à dignidade da pessoa humana, diferenciando a condição do pré-embrião, (massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir) e do embrião propriamente dito (unidade biológica detentora de vida humana individualizada). Destacou, ainda, que deveria ser aplicado o princípio utilitarista, segundo o qual se deve buscar o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível. Conclusivamente, frisou que o aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos, julgamento improcedente a ação.

Isso, no entanto, não foi suficiente para minar determinadas controvérsias quanto aos embriões viáveis, por exemplo, vez que pesquisas apontam que embriões congelados a mais tempo (que 3 ou 5 anos) desenvolvem-se normalmente. Esses fundamentos são utilizados para defender a ideia de ter legislador restringido a expectativa de vida dos embriões congelados interferindo, ainda, no direito fundamental de planejamento familiar. Outrossim, defende-se que os excedentes viáveis possuiriam direito à vida, tendo o direito de serem implantados.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Fica claro, portanto, que a maior discussão quanto à temática insere-se no que diz respeito ao início da dignidade do ser humano e, também, em que momento começa a ter-se vida, propriamente dita. Nesse âmbito, Léon Cassiers (2008, p. 205) entende que:



A dignidade humana começa desde o óvulo fecundado, que reclama mais respeito que um embrião animal, e depois vai crescendo em importância. Para um grande número de pessoas, esta dignidade iniciante é ainda tão abstrata e incerta que ela pode ser objeto de um balanço de outros valores, que também têm seu peso ético: o melhoramento da medicina pela pesquisa ou contribuição à realização de um projeto de procriação por meio da fecundação *in vitro*, que necessita de um excedente de embriões.

Dependo da concepção adotada acerca da presença ou não da dignidade da pessoa humana em relação ao embrião, questionar-se-á, ainda, a possibilidade destes serem usados para fins de pesquisa, o que parece extremamente razoável quando de sua inviabilidade ou quando seu destino, inevitavelmente seria a descartabilidade.

Não se pode – frise-se aqui – preterir o direito ao desenvolvimento das tecnologias científicas com base em argumentos ou discussões contraditórias. Vê-se que se o ordenamento jurídico prevê o descarte que minaria qualquer possibilidade de vida, evidente que o uso destes para fins de pesquisas com fins terapêuticos parece perfeitamente admissível, sobretudo no que diz respeito àquela realização com células-tronco.

No entanto, importa destacar que, sob o entendimento de que o embrião, independentemente de seu desenvolvimento intrauterino, seria uma vida em potencial e, ainda assim, perfeitamente respeitável em todas as esferas de direito do ser humano, seu descarte quando viável constitui uma afronta ao direito de viver, direito esse, primordialmente garantido pelo ordenamento jurídico pátrio.

CONCLUSÃO

Do assunto, fica claro, surgem diversos posicionamentos, cujo estudo mostra-se imperioso para que, através de ponderações acerca dos diferentes argumentos utilizados, chegue-se a uma conclusão satisfatória e capaz de conciliar as diferentes consequências dos avanços genéticos com os princípios da bioética. Faz-se mister o presente estudo, para que, ao longo de seu desenvolvimento, conclusões sejam capazes de positivarem-se em normas a fim de que o regulamento acerca do instituto seja capaz de tutelar os princípios basilares do ordenamento jurídico sem ferir os avanços da biociência.

Hodiernamente, acredita-se, que as técnicas de reprodução humana assistida caminham muito mais à frente os valores que não a acompanham porque demandam análises profundas acerca de institutos abstratos com consequências relevantes para o desenvolvimento do senso de humanidade como um todo.

Conclui-se que o mais razoável, em qualquer circunstância, é dar primazia à vida e ao seu desenvolvimento natural de forma tal que intervenções científicas com fins meramente especulativos são uma afronta ao desenvolvimento do ser humano em suas potencialidades enquanto pessoa de direitos e não objeto de experimentações. Contudo, no que diz respeito a pesquisas desenvolvidas em embriões excedentes inviáveis, parece extremamente razoável que sejam desenvolvidas com fins terapêuticos para tutelar, inclusive, o direito de viver daqueles seres que já se encontram plenamente desenvolvidos.



Não obstante as considerações feitas alhures, faz-se mister o desenvolvimento de limites, sobretudo, legais para que a curiosidade e a exploração biológica não levem à banalização da vida como meio para atingir o fim do desenvolvimento, o que soa deveras maquiavélico e revela-se enquanto retrocesso inquestionável e inadmissível.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Heloisa Helena. In: CASABONA, Carlos María Romeio; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.510-0, Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>>. Acesso em 25 set. 2015.

CASSIERS, Léon. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENTZ, Joaquim Toledo. In: Maria de Fátima Freire de Sá (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.



A VIDA NUA COMO NÚCLEO ORIGINÁRIO DO PODER SOBERANO

THE BARE LIFE AS THE ORIGINARY CORE OF THE SOVEREIGN POWER

ANDRÉ SIMÕES CHACON BRUNO
INSTITUTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E CIDADANIA – IDCC
andrebruno01@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho faz uma análise da discussão agambeniana acerca da vida nua do *homo sacer* como núcleo originário do poder soberano a partir da sua inclusão, por meio de técnicas biopolíticas, nos mecanismos e cálculos do poder estatal.

Palavras-Chave: Filosofia do Direito. Giorgio Agamben. Biopolítica.

ABSTRACT: This paper analyzes the agambenian discussion of the *homo sacer's* bare life as the original nucleus of the sovereign power due to its inclusion, through biopolitical techniques, in the mechanisms and calculations of state power.

Keywords: Philosophy of Law. Giorgio Agamben. Biopolitics.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa concerne precisamente em perquirir o oculto ponto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico de poder, principalmente no que concerne ao estado de exceção. Consoante a concepção de Giorgio Agamben, estas duas análises não podem ser separadas e a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário, ainda que velado, do poder soberano. Pode-se dizer, inclusive, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano, e neste sentido ela é tão antiga quanto a exceção soberana.

Será desenvolvida a tese de como o espaço da vida nua, situada originalmente à margem do ordenamento, passou progressivamente a coincidir com o espaço político. Assim, o estado de exceção, no qual a vida nua era, ao mesmo tempo, excluída e capturada pelo ordenamento, constituía, em verdade, o próprio fundamento sobre o qual repousava o inteiro sistema político. A vida nua, portanto, a vida *matável* e *insacrificável* do *homo sacer*, é a vida que emerge, libera-se na cidade e torna-se simultaneamente o sujeito e o objeto do ordenamento político e de seus conflitos, constituindo-se no ponto comum tanto da organização do poder estatal quanto da sua emancipação.

A exceção soberana, entendida a partir da noção de *bando* (do antigo termo germânico que designa tanto a exclusão da comunidade quanto o comando e a insígnia do soberano) traduz esta potência da lei de manter-se na própria privação, ou seja, de aplicar-se desaplicando-se, é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão. É essa



terra de ninguém, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida, que a presente pesquisa se propõe a explorar.

DESENVOLVIMENTO

Michel Foucault, tendo por referência a definição aristotélica entre a simples vida natural (o simples fato de viver – *to zên*) e a vida qualificada (politicamente qualificada – *tò eû zên*), ou seja, o homem como sendo *politikon zôn*, entendida a política não como um atributo do vivente como tal, mas uma diferença específica que determina o gênero *zôn*, resume o processo pelo qual os homens, nos limiares da Idade Moderna, a vida natural começa a ser incluída nos mecanismos e nos cálculos do poder estatal, e a política se transforma em *biopolítica*. (AGAMBEN, 2010, p.11).

De acordo com Judith Revel (2005, p. 26-27) o termo “biopolítica” designa a maneira pela qual o poder tende a se transformar, entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX, na esteira do nascimento do liberalismo, a fim de governar não somente os indivíduos por meio de um certo número de procedimentos disciplinares, mas o conjunto dos viventes constituídos em população. A biopolítica, por meio dos biopoderes locais se ocupará da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade etc, na medida em que elas se tornaram preocupações políticas. Nasce um novo tipo de mentalidade de governo, uma tecnologia do poder que tem como objeto a “população”.

Michel Foucault (1988, p. 130-131) ensina, por sua vez, que esse poder sobre a vida (de *causar* a vida ou *devolver* à morte), desenvolveu-se em duas formas principais: um dos polos, o primeiro a ser formado, centrou-se no corpo como máquina, no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos; tudo isso garantido por procedimentos de poder que caracterizam as *disciplinas: anátomo-política do corpo humano*. O segundo, que se formou mais tarde, centrou-se no corpo como transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos assumem-se mediante uma série de intervenções e controles reguladores: *uma bio-política da população*.

Deste modo, para Foucault (1988, p. 131):

As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois polos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida. A instalação – durante a época clássica, desta grande tecnologia de duas faces – anatômica e biológica, individualizante e especificante, voltada para os desempenhos do corpo e encarando os processos da vida – caracteriza um poder cuja função mais elevada já não é mais matar, mas investir sobre a vida, de cima a baixo.

Pode-se verificar nesta perspectiva, conforme Agamben (2010, p. 11) que o triunfo do capitalismo não teria sido possível sem o controle disciplinar efetuado pelo novo biopoder, que criou para si, por assim dizer, através de uma série de tecnologias apropriadas, os “corpos dóceis de que precisava”. Por outro lado, Hannah Arendt já



havia demonstrado, em *The Human Condition* (A Condição Humana), o processo que leva o *homo laborans* e, com este, a vida biológica como tal, a ocupar progressivamente o centro da cena política do moderno, fazendo ressaltar o primado da vida natural sobre a ação política, que Arendt fazia remontar a transformação e a decadência do espaço público na sociedade moderna. (AGAMBEN, 2010, p. 11).

De qualquer modo, o que surge imperativamente na ideia destes dois pensadores é a noção de que a politização da vida nua como tal, o ingresso da *zoé* na esfera da *pólis*, constitui o evento decisivo da modernidade.

Nesta senda, expondo os “enigmas” que nosso século propôs à razão histórica e que permanecem atuais, Agamben (2010, p. 12) afirma que

Somente em um horizonte biopolítico, de fato, será possível decidir se as categorias sobre cujas oposições fundou-se a política moderna (direita/esquerda; privado/público; absolutismo/democracia etc.), e que se foram progressivamente esfumando a ponto de entrarem hoje numa verdadeira zona de indiscernibilidade, deverão ser definitivamente abandonadas ou poderão eventualmente reencontrar o significado que naquele próprio horizonte haviam perdido. E somente uma reflexão que, acolhendo a sugestão de Foucault e Benjamin, interrogue tematicamente a relação entre vida nua e política que governa secretamente as ideologias da modernidade aparentemente mais distantes entre si poderá fazer sair o político de sua ocultação e, ao mesmo tempo, restituir o pensamento à sua vocação prática.

O principal objeto de pesquisa desenvolvido por Agamben concerne precisamente neste ponto oculto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder. O que deve restar registado como provável resultado é justamente a noção de que as duas análises não podem ser separadas e que a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário, ainda que encoberto, do poder soberano. Consoante Agamben (2010, p. 14), “Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano.”. E neste sentido a biopolítica é tão antiga quanto a exceção soberana, visto que a colocação da vida biológica nos cálculos estatais remonta a uma forma de política já imemorial.

Assim, de acordo com ASSMAN e BAZZANELA (2013, p.27):

(...) o humano é aquilo que transita constantemente entre sua condição humana e sua natureza humana e é sob essa dualidade que opera o poder soberano e o estado de exceção na contemporaneidade. Ao retirar do humano sua condição de partícipe de uma comunidade linguisticamente e politicamente qualificada, o homem é reduzido à sua natureza humana, transformando-se em vida nua, vida meramente biológica, vida animal, vida *matável*.

Uma das mais importantes chaves para desvendar os enigmas do poder é a vida nua, isto é, a vida *matável* e *insacrificável* do *homo sacer*, uma obscura figura do direito romano arcaico, na qual “a vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta *matabilidade*)” (AGAMBEN, 2010, p. 16). Decisivo, portanto, é o fato de que paralelamente ao processo pelo qual a exceção vem a se tornar a regra, o espaço da vida nua, situado



originariamente à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir agora com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção. (AGAMBEN, 2010, p. 16). Nesse mesmo sentido, na sua “Crítica do Poder”, Walter Benjamin (1986, p.166) demonstra que:

(...) Pois no exercício do poder sobre vida e morte, o próprio direito se fortalece, mais do que em qualquer outra forma de fazer cumprir a lei. Mas ali se manifesta também um elemento de podridão dentro do direito, detectável por uma percepção mais sensível, que se distancia de relações nas quais o destino em pessoa apareceria majestosamente para fazer cumprir a lei. A razão e a inteligência, porém, devem aproximar-se dessas relações de maneira mais decidida, se quiserem levar a termo a crítica do poder instituinte e do poder mantenedor do direito.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O que se observa e deve-se ressaltar é que a ocorrência de dois processos aparentemente antagônicos, seja o processo disciplinar através do qual o poder estatal faz do homem enquanto vivente o próprio objeto específico, seja outro movimento, que coincide grosso modo com o nascimento da democracia moderna, no qual o homem como vivente se apresenta não mais como *objeto*, mas como *sujeito* do poder político, escancaram o fato de que em ambos os processos o que está em questão é a vida nua do cidadão, o novo corpo biopolítico da humanidade. Pode-se afirmar, a partir dos apontamentos feitos por Giorgio Agamben, que o estado de exceção, no qual a vida nua era, ao mesmo tempo, excluída e capturada pelo ordenamento, constituía, em verdade, o seu apartamento; o fundamento oculto sobre o qual repousava o inteiro sistema político. A discussão atual deve pairar sobre a questão se a vida nua, portanto, a vida *matável* e *insacrificável* do *homo sacer*, é a vida que emerge para todos nós, libera-se na cidade e torna-se simultaneamente o sujeito e o objeto do ordenamento político e de seus conflitos, constituindo-se no ponto comum tanto da organização do poder estatal quanto da sua emancipação.

CONCLUSÃO

O direito possui uma fratura essencial, um vazio, que comumente vem sendo preenchido com a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Nesse sentido, o estado de exceção, apresenta-se como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo, e tende a cada vez mais se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea, trazendo à luz, apesar do longo processo que levou ao reconhecimento dos direitos e das liberdades formais, o corpo do homem sacro (*homo sacer*) – e com sua inclusão biopolítica nos cálculos estatais - com o seu duplo soberano: a vida insacrificável e, porém, matável. A vida nua, enfim, continua



presa a ela sob a forma da exceção, isto é, de algo que é incluído somente através de uma exclusão, constituindo-se como o núcleo originário do poder soberano.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

BENJAMIN, Walter. **Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos**. Seleção e apresentação Willi Bolle. Tradução Celeste H. M. Ribeiro de Souza. São Paulo: Cultrix: Editora da Universidade de São Paulo, 1986.

BAZZANELA, Sandro Luiz; ASSMAN, Selvino José. **A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2013.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Grall, 1988.

REVEL, Judith. **Michel Foucault: conceitos essenciais**. Tradução Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani. São Carlos: Claraluz, 2005.



**REABILITAÇÃO PROFISSIONAL DE USUÁRIOS DE DROGAS – DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE, VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E
INCREMENTO DA RECEITA TRIBUTÁRIA**

VOCATIONAL REHABILITATION OF DRUGS USERS – THE FUNDAMENTAL
RIGHT TO HEALTH, HUMAN'S WORK VALORIZATION AND TAX INCOME
INCREASE

BRUNO BIANCO LEAL
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR
brunobiancoleal@hotmail.com

JEFFERSON APARECIDO DIAS
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR
jeff.bojador@gmail.com

RESUMO: A Reabilitação Profissional tem como foco a saúde do trabalhador, valorizando o trabalho humano, contextualizando-o e vinculando-o aos anseios sociais, especialmente aos anseios arrecadatários do Estado. Tal ocorre porque o retorno ao trabalho retira o segurado da condição de beneficiário e o devolve ao grupo de contribuintes, fato que visa o tão almejado equilíbrio das contas previdenciárias nacionais. O mencionado serviço ganha expressividade quando confrontado com o problema relativo ao uso de drogas e substancias entorpecentes, o qual é responsável por incontáveis incapacitações que geram ônus e desequilíbrio ao sistema, e plasmam a ineficiência estatal no cumprimento de seu mister constitucional. Portanto, buscar-se-á desenhar o perfil do usuário drogas no Brasil, sua inserção e exclusão no mercado de trabalho, demonstrando todos os benefícios que a reabilitação desses segurados pode trazer à Nação.

Palavras-Chave: Reabilitação profissional; trabalho humano; saúde; sistemas tributário e previdenciário.

ABSTRACT: The Vocational Rehabilitation has its focus in the worker's health, valuing the human's work, putting himself into the social desires and linking himself to them, specially tax collecting interests. That's because the return to work pulls the insured worker away from the beneficiary condition and back to the taxpayer group, which is responsible for the desired Social Security accounts balance. That service win expressiveness when confronted with the issue of drugs and narcotic substances abuse, which is responsible for countless loss of capacity that create costs and an imbalance to the system, and shape the government inefficiency in fulfilling its constitutional duty. Therefore, we will try to draw a drugs user profile in Brazil, its inclusion and exclusion in the labor market, showing all the benefits that this insured workers rehabilitation can bring to the nation.

Keywords: Vocational Rehabilitation; human's work; health; tax and social security systems.

INTRODUÇÃO



A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus artigos 6º (que trata dos direitos sociais) e 203 (pertinente à assistência social – um dos flancos da Seguridade Social), é clara ao descrever os direitos pertinentes à saúde, ao trabalho, à Previdência Social, e especificamente, à habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

A Reabilitação Profissional consiste na assistência educativa (ou reeducativa), de adaptação (ou readaptação) profissional que tem o escopo de proporcionar aos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social em gozo de benefício decorrente de incapacidade - incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho - em caráter obrigatório e independente de carência, os meios indicados para o reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem de acordo com os artigos 89 da Lei nº. 8.213 de 1991 e 136 do Decreto nº. 3.048 de 1999). Além de ser proporcionada, prioritariamente, àqueles trabalhadores, a reabilitação profissional é também ofertada a todos aquele que dela necessitarem (pessoas com deficiência).

Trata-se de serviço executado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, mas muito insipiente no Brasil, e com espetacular potencial gerador de receita ao Estado. Isso porque, ao mesmo tempo em que cumpre o mandamento constitucional visando a função social e a valorização do trabalho humano – tendo o trabalho como direito fundamental – transforma pessoas inativas e que se encontram percebendo benefícios previdenciários em cidadãos ativos que não apenas deixam de ser tutelados pelo sistema securitário, mas a ele voltam a contribuir.

No caso específico dos usuários de drogas – um crescente e preocupante problema de saúde pública nacional – pouco ou quase nada se faz em matéria de reabilitação profissional, seja pelo elevadíssimo grau de complexidade das enfermidades, suas detecções e tratamentos, seja pela falta de profissionais especializados nos quadros do INSS, ou ainda, pela falta de diálogo entre entes governamentais, fatos que serão abordados, um a um, a seu devido tempo, no decorrer da pesquisa.

Nota-se, desde logo (o que será devidamente aprofundado no decorrer da pesquisa), a falta de estrutura e especialização dos profissionais que lidam com a reabilitação profissional, bem como a falta de recursos financeiros para sua devida implementação, que fazem com que a situação do usuário de drogas afastado por ocasião de um benefício por incapacidade se torne definitiva. Tal circunstância ocasiona, a um só tempo, ônus permanente ao sistema previdenciário, já deficitário, e ônus social à Nação, já que não o usuário de drogas no Brasil não recebe tratamento (com viés educativo e de readaptação). O retorno desses cidadãos ao mercado de trabalho representaria o fim da obrigação da prestação previdenciária e o (re)início de uma vida laborativa e contributiva.

Por outro lado, especialmente no que tange à Política Nacional Antidrogas, existe no âmbito do Ministério da Justiça a Secretária Nacional de Políticas sobre Drogas (Senad), a qual é gestora do Fundo Nacional Antidrogas (Funad). Tal Fundo é constituído de recursos originados de dotações específicas estabelecidas no orçamento da União, de doações, e de qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, de abuso ou utilizado em atividades ilícitas de produção ou comercialização de drogas, após decisão judicial ou administrativa tomada em caráter definitivo (Brasil, SENAD. Acesso em: 17/09/2015).



Vale notar que os recursos do mencionado Fundo são destinados ao desenvolvimento, à implementação e à execução de ações, programas e atividades de repressão, prevenção, tratamento, recuperação e reinserção social de dependentes de substâncias psicoativas, mas em momento algum são ou foram aplicados no programa de reabilitação profissional do INSS (que também é órgão da União), único programa público efetivo e oficial de assistência educativa (ou reeducativa), de adaptação (ou readaptação) profissional do País.

O presente trabalho visa, portanto, desenhar os caminhos jurídicos e estudar as possibilidades para a integração entre INSS e SENAD no sentido do fortalecimento do programa de reabilitação profissional, criando um flanco próprio à reabilitação de usuário de drogas, demonstrando, por meio dos números oficiais dos dois órgãos, os benefícios sociais e financeiros que, potencialmente, advirão dessas novas atitudes.

DESENVOLVIMENTO

Os benefícios previdenciários por incapacidade, no caso específico da presente pesquisa o auxílio-doença, são prestações, por natureza, transitórias, com o nítido objetivo de guarnecer o segurado (e sua família) que se encontrar incapacitado para o trabalho. Pela essência, tais benefícios não podem ser transmutados em definitivos – nem mesmo a aposentadoria por invalidez – devendo o sistema, mandamentalmente, buscar a recuperação da capacidade laborativa, com a cessação do benefício e reaquisição da vida laborativa e contributiva do cidadão.

Portanto, “[...] a reabilitação profissional consubstancia um serviço social preferencialmente voltado ao segurado parcialmente incapacitado, que, embora tenha sido considerado insuscetível de recuperação para sua atividade habitual, pode ser reabilitado para o exercício de outra atividade profissional.” (BILHALVA, 2007, p. 474)

Neste particular, nota-se que, conforme citado pela mesma autora, “não parece correto afirmar pura e simplesmente que a reabilitação profissional se destina à cobertura do risco da incapacidade, e não do risco do desemprego.” (BILHALVA, 2007, p. 469).

Serão, portanto, desenvolvidas, cronologicamente, pesquisas dos dados oficiais relativos aos beneficiários de prestações por incapacidade decorrentes do uso de drogas, o perfil do usuário no Brasil, os aspectos e as possíveis soluções jurídicas para a integração dos dois órgãos (INSS e SENAD) visando a criação de um programa específico de reabilitação profissional de usuários de drogas.

Já foram levantados os dados referentes ao ano de 2014, no decorrer do qual, exatos 82.097 novos benefícios de auxílio-doença foram concedidos em razão de incapacidades decorrentes do consumo de drogas e afins (Fonte: SUIBE - Sistema Único de Informações de Benefícios, em 01.09.2014, SISTEMA ATUALIZADO EM 26.08.2014). Destes, por ação direta do Estado, não há registro de caso de reabilitação profissional.

Por fim, buscar-se-á demonstrar e comprovar os benefícios sociais e financeiros das medidas propostas.

Conforme adiantado, até o momento alguns dados já foram analisados e a ideia do projeto já foi apresentada ao Presidente do INSS e ao Secretário Nacional de Políticas sobre Drogas. Até o final da pesquisa pretende-se formalizar um projeto a ser apresentado aos mencionados órgãos, inclusive com a análise de custo/benefício de sua implementação.



RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados iniciais já foram obtidos (quantidade de benefícios e inexistência de reabilitação em caso de usuários de drogas) e a proposição já levada a efeito. Nas próximas fases haverá que se analisar, respectivamente, o custo das medidas propostas, os benefícios sociais e financeiros possivelmente obtidos, a possibilidade jurídica de se utilizar valores do FUNAD e a estrutura física e de pessoal (inclusive necessidade de capacitação) do INSS para a requerida atividade.

CONCLUSÃO

Assim, com foco prioritário na saúde do trabalhador, buscando valorizar o trabalho humano, contextualizando-o e vinculando-o aos anseios sociais, especialmente aos interesses arrecadatários e atuariais do Regime Geral de Previdência Social-RGPS, conclui-se que o retorno ao trabalho, a um só tempo, retira o segurado da condição de beneficiário e o devolve ao grupo de contribuintes, fato que traz o tão almejado equilíbrio das contas previdenciárias nacionais, bem como a consecução do mister constitucional de valorização do trabalho humano.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. 4. ed. rev. e atual. com obediência às leis especiais e gerais. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2009.

BILHALVA, Jacqueline Michels. Reabilitação Profissional Incompleta. In: LUGON, Luiz Carlos de Castro. LAZZARI, João Batista Lazzari (Coord.). **Curso Modular de Direito Previdenciário**. Conceito Editora, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 21 set. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 14ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

_____. Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho 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/l8213compilado.htm. Acesso em: 21 set. 2015.

Ministério da Justiça. SENAD. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/politicas-sobre-drogas>. Acesso em: 21 set. 2015.



A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

FERNANDA MESQUITA SERVA
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR
fernanda@unimar.br

JEFFERSON APARECIDO DIAS
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR
jeffersondias@unimar.br

RESUMO: O presente resumo expandido analisa sucintamente a distinção que se tem feito entre direitos fundamentais, concebidos como aqueles consagrados em uma ordem constitucional ou legal de um determinado país, dos direitos humanos, conceituados, por alguns, como produtos naturais que decorrem da própria essência ou natureza humana (teoria tradicional) e, ainda, por outros, como produtos culturais decorrentes de processos de luta pela dignidade humana (teoria crítica). A partir dessas premissas é analisada a possibilidade dos direitos fundamentais, ao lado de serem aplicados nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), também possam ter incidência nas relações entre cidadãos (eficácia horizontal).

Palavras-chave: direitos humanos; produtos naturais; produtos culturais; ponderação.

ABSTRACT: This article briefly analyzes the distinction that has been made among fundamental rights, conceived as those established in a constitutional or legal order in specific country, of human rights, conceptualized by some as natural products regarding the very own essence or human nature (traditional theory), and also by others as cultural products resulting from struggling processes for human dignity (critical theory). Based on these premises, it is analyzed the possibility of fundamental rights, alongside with its relations between the state and the citizen (vertical effectiveness), may also have an effect on relations among citizens (horizontal effect).

Keywords: human rights; natural products; cultural products; consideration.

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais polêmicos da atualidade e que tem gerado intensos debates na doutrina e na jurisprudência é a amplitude que deve ser dada no momento da aplicação dos direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional e legal de um dado país.

Se de um lado existem os que defendem a aplicação de tais direitos apenas nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical); por outro, existem autores e julgadores que defendem que tais direitos também devem regular e ser aplicados nas relações entre particulares (numa incidência de eficácia horizontal).



Esse é o tema central do presente resumo expandido, que traz o que de mais importante existe em artigo que em breve será publicado em livro elaborado em parceria pela Universidade de Marília (UNIMAR) e a Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Antes de entrar no núcleo da questão, porém, serão apresentadas algumas considerações sobre qual o conceito que deve ser atribuído aos direitos fundamentais, aqui concebidos como aqueles que representam a positivação de direitos humanos.

Superada essa necessidade de conceituação de direitos fundamentais, o texto se dedica a analisar outro ponto polêmico, a saber, a natureza jurídica dos direitos humanos.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma das grandes polêmicas da atualidade é o conceito que deve ser atribuído aos direitos humanos e, por consequência, aos direitos fundamentais.

Segundo uma teoria tradicional, os direitos humanos têm sua origem na própria natureza humana e, em razão disso, aspirariam validade universal, inerente a todas as pessoas. Assim, independente do local de nascimento e do contexto em que se vive, todo ser humano teria garantido, em razão de sua essência, um rol de direitos humanos que lhes seriam inatos. Os direitos humanos seriam, portanto, produtos naturais.

A partir dessa concepção naturalista, tem-se defendido que os direitos humanos existem desde que a vida humana surgiu no mundo, mas apenas começaram a ser valorizados em âmbito mundial após as atrocidades ocorridas no século XX (PIOVESAN, 2009, p. 04-05, 09).

Dessa maneira, os direitos humanos seriam atribuídos aos seres humanos desde o nascimento, independentemente de qualquer atuação, pela sua própria natureza, cabendo ao Estado apenas positivá-los, ou seja, transformá-los em direitos fundamentais.

Alguns direitos humanos já estão reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos dos países e, com isso, ao serem positivados, são classificados como direitos fundamentais e passam a ter um caráter nacional, apesar de continuarem a ter uma aspiração universal.

Assim, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais seria o fato de o primeiro, universal, nem sempre estar positivado; ao passo que o segundo, nacional, sempre está positivado na Constituição ou nas leis do Estado (SARLET, 2010, p. 29).

2 TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Como se viu no item anterior, para o presente trabalho, optou-se por considerar como direitos fundamentais aqueles que já foram incorporados ao ordenamento jurídico de um país, tanto em razão de adesão a tratados e convenções internacionais, quanto em razão de expressa ou implícita previsão constitucional ou infraconstitucional. Assim, como direitos fundamentais são considerados aqueles já positivados.



Essa composição, típica da teoria tradicional de direitos humanos, contudo, tem sido alvo de grandes questionamentos pela teoria crítica, que não reconhece uma origem natural para tais direitos, uma vez que defende que todos os direitos humanos, na verdade, ao contrário de serem produtos naturais, são produtos culturais.

A partir dessa crítica à concepção tradicional dos direitos humanos, Herrera Flores (2009, p. 20) conceitua direitos humanos como “resultados provisórios de lutas sociais pela dignidade”.

Dessa maneira, ao contrário de serem produtos naturais, os direitos humanos seriam produtos culturais e surgiriam em razão de processos de luta pela dignidade humana. Assim, não há que se falar em direitos decorrentes da natureza humana, como se tivessem caído do céu.

Assim, todos os direitos humanos, ao contrário de terem uma origem natural, seriam produtos culturais, surgidos de processos de luta, iniciados em relações entre particulares ou entre um particular e o Estado, mas sempre no sentido de garantir “o acesso à dignidade humana, aqui concebida como o acesso igualitário, não previamente hierarquizado, aos bens necessários a uma vida digna de ser vivida” (FLORES, 2009, p. 34).

3 REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS

Ao se trazer à baila a discussão dos direitos fundamentais nas relações particulares, observa-se que a doutrina denomina de “eficácia horizontal” a aplicação destes direitos previstos na Constituição da República nas relações entre os indivíduos.

No que tange aos sujeitos passivos dos direitos fundamentais, tem-se entendido que pode figurar tanto o Estado como o particular. Assim, os direitos fundamentais incidem não apenas nas relações entre o Estado e o cidadão, mas também naquelas entre particulares (MENDES, 2014, p. 175-176).

A problemática do tema envolve, em muitos casos, o aparente conflito entre dois princípios constitucionais: o da autonomia da vontade (implícito) e o da aplicação imediata dos direitos fundamentais (explícito – art. 5º, § 1º da Constituição da República de 1988).

Adotou-se, portanto, a teoria da ponderação de interesses para verificar quando e em que medida os direitos fundamentais obrigam os particulares nas suas relações privadas.

Essa possibilidade dos direitos fundamentais serem aplicados nas relações entre particulares, com eficácia horizontal, é facilmente percebida pela simples leitura de vários preceitos elencados na Constituição da República de 1988. Por outro lado, alguns direitos consagrados na constituição, evidentemente, são aplicáveis apenas nas relações entre os cidadãos e o Estado, possuindo, portanto, apenas uma eficácia vertical.

Nesse aspecto, verifica-se que alguns direitos fundamentais admitiriam uma eficácia vertical, ou seja, seriam aplicáveis apenas nas relações do cidadão com o Estado e outros, além dessa eficácia vertical, também teriam uma eficácia horizontal, regulando as relações entre particulares.

Importante destacar que, para uma teoria crítica, pouco importa qual a origem desses direitos fundamentais, pois é indiferente se eles são o resultado da positivação de direitos humanos decorrentes de processos de luta que surgiram na



relação entre o cidadão e o Estado, ou processos de luta entre cidadãos. Só não é aceito que sejam a positivação de eventual direito humano inato ou natural.

CONCLUSÕES

Muito se tem discutido na doutrina e também na jurisprudência em relação a qual o conteúdo jurídico que deve ser atribuído aos direitos humanos, os quais são concebidos, por uma teoria tradicional, como produtos naturais e, por uma teoria crítica, como produtos culturais.

Ao lado dessa controvérsia, outra que foi analisada é a concernente à diferença existente entre os direitos humanos e os ditos direitos fundamentais. Enquanto os primeiros seriam, supostamente, universais, os segundos seriam aqueles expressamente previstos na Constituição ou lei de um referido país.

Tais temas e controvérsias, porém, são apenas o pano de fundo do presente trabalho que se dedicou a analisar se tais direitos fundamentais devem regular apenas a relação entre o Estado e o cidadão e, portanto, possuir uma aplicação vertical ou se, ao contrário, também devem ser aplicados nas relações entre cidadãos (particulares), em uma incidência horizontal.

REFERÊNCIAS

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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



O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL APLICADO À SEGURIDADE SOCIAL

THE PRINCIPLE OF SOCIAL NON-RETROGRESSION APPLIED TO SOCIAL SECURITY

JUDITH APARECIDA DE SOUZA BEDÊ
FUNDAÇÃO FACULDADE DE FILOSOFIA, CIÊNCIAS E LETRAS DE
MANDAGUARI – FAFIMAN
judithbede@gmail.com

VANESSA VILELA BERBEL
UNIVERSIDADE NORTE DO PARANÁ – UNOPAR
vanessa.berbel@usp.br

RESUMO: O presente ensaio busca demonstrar que a organização constitucional da Seguridade Social no Brasil, responsável por garantir o direito à saúde, assistência e previdência social, possui seu alicerce fundado, dentre outros princípios, no princípio do não-retrocesso ou vedação ao retrocesso social, o qual assegura o constante progresso da efetivação dos direitos sociais e a preservação do patrimônio jurídico do cidadão. O princípio da vedação retrocesso social, insculpido por G. BalladorePallieri na obra “DirittoCostituzionale” (PALLIERI, 1963), se constitui, na prática, em importante instrumento de controle das alterações dos direitos fundamentais, compreendidos em seu âmbito de *cláusula pétrea*, impossibilitando que, direitos efetivados pelo legislador e incorporados ao patrimônio jurídico da cidadão, sejam arbitrariamente suprimidos. O reconhecimento e efetivação do princípio do não retrocesso são brevemente demonstrados por julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão máximo do Poder Judiciário, responsável por guardar e efetivar as normas programáticas da Constituição Federal Brasileira de 1988, dentre elas a concretização de uma sociedade livre, justa e solidária. Ao final, será analisado o julgamento da ADI nº 1.946/DF, em que se deu a aplicação do princípio do não-retrocesso para preservar o direito consagrado no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. A técnica de pesquisa utilizada será a bibliográfica, de natureza descritiva.

Palavras-chave: Direitos sociais. Seguridade Social. Não-Retrocesso.

ABSTRACT: This essay aim to demonstrate that the constitutional organization of Social Security in Brazil, responsible for ensuring the right to health care and social security, has its foundation founded, among other principles, the principle of non-retrogression or fence to social regression, the which ensures steady progress of realization of social rights and the preservation of the legal heritage of the citizen. The principle of social regression fence, thought by G. BalladorePallieri in the work "DirittoCostituzionale" (PALLIERI, 1963), it is in practice an important instrument of control of changes in fundamental rights, understood in its scope of entrenchment clause, making it impossible, rights effected by the legislature and incorporated into the legal heritage of the citizen, are arbitrarily removed. The recognition and realization of the principle of non-retrogression are briefly stated at trial of the Supreme Court (STF), the highest body of the Judiciary, responsible for store and carry out the program standards of the Brazilian Federal Constitution of 1988, among

VI Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da Universidade Estadual de Londrina
“Estado liberal e intervenção nas atividades empresariais e pessoais”



them the realization of a society free, just and solidary. At the end, it will analyze the judgment of ADI No. 1946 / DF, in which they gave the principle of non-retrogression to preserve the right embodied in Article 7, item XVIII of the Federal Constitution. The research technique used will be bibliographic, descriptive in nature.

Keywords: Social Rights. Social Security. Non-retrogression.

INTRODUÇÃO

A seguridade social é composta por um conjunto de princípios norteadores que dependem, para serem efetivados, tanto da iniciativa dos poderes públicos quanto da posição da sociedade. Destinado a assegurar os direitos voltados à saúde, à previdência e à assistência social, estuda-se, no ensaio em tela, o princípio do retrocesso social que tem por escopo proibir o legislador de reduzir, suprimir e diminuir, ainda que parcialmente, o direito social já materializado em âmbito legislativo e na consciência geral. O objetivo não é esgotar o tema apresentado, mas entender melhor os institutos voltados à previdência social presentes na Constituição Federal de 1988 e amparados por julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF), em que e pôs a prova a constitucionalidade de supressão de direitos sociais que estejam vinculados ao escopo da Seguridade Social.

DESENVOLVIMENTO

O doutrinador G. BalladorePallieri, em 1955, na Itália, concluiu, pela primeira vez, que o princípio da vedação ao retrocesso social é uma regra estruturante do ordenamento jurídico (SILVA, 1998, p. 158); deste modo, uma vez alcançado determinado patamar, o direito social não poderia ser diminuído e, portanto, não poderia o legislador ordinário retornar à situação anterior. Em síntese, o princípio do não-retrocesso tem como conteúdo a proibição do legislador em reduzir, suprimir, diminuir, ainda que parcialmente, o direito social já materializado em âmbito legislativo e na consciência geral (SILVA JUNIOR, 2013). No mesmo sentido José Joaquim Gomes Canotilho no seu livro de Direito Constitucional, "(...) o princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de retrocesso social. (...) Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (exemplos: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a conquistar, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo". (CANOTILHO, 1993, p.468). Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que ele, apesar de não-expresso, decorre do próprio sistema jurídico-constitucional; isso pois, uma vez que o legislador ordinário tenha dado execução a um direito constitucionalmente garantido, estes incorporam ao patrimônio jurídico do cidadão e não poderão ser arbitrariamente suprimidos (FILETI, 2009). O Supremo Tribunal Federal já entendeu ser possível a aplicação do princípio do não-retrocesso social em diversos casos, dentre eles: ADI nº 1.946/DF, a ADI nº 3.104/DF, a ADI nº 3.105-8/DF, a ADI nº 3.128-7/DF e o MS nº 24.875-1/DF. Especificamente em relação à ADI nº 1.946/DF, o Plenário do STF, por unanimidade de votos, deu ao artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98, interpretação conforme a Constituição, excluindo sua aplicação ao salário da licença



gestante, a que se refere o artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. Entendeu, O STF, neste julgamento que, não tendo sido revogado por norma constitucional derivada, o artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal não poderia se tornar insubsistente sequer pela atuação do legislador constituinte não originário, sob pena de se incorrer em retrocesso histórico.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Apurou-se que o princípio do não retrocesso, apesar de não expresso na Constituição Federal de 1988, é uma norma jurídica fundante desta diploma normativo, reconhecido pela doutrina pátria e por decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal. Aplicado ao âmbito da Seguridade Social, tem-se que, os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, ainda que sob a forma de normas programáticas, ao serem efetivados pelo legislador infra-constitucional, não mais poderão ser suprimidos, vez que incorporados ao patrimônio jurídico do cidadão. Este posicionamento parece ser de dedução válida a partir da análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, notadamente a ADI nº 1.946/DF tratada no presente ensaio.

CONCLUSÃO

Com base na pesquisa realizada apurou-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em diversos casos, a existência do princípio do não-retrocesso social em situações em que direitos sociais efetivados pelo sistema da Seguridade Social estavam sendo ameaçados de restrição/extinção. Deste modo, a perspectiva de G. BalladorePallieri foi recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro, vendando-se o legislador ordinário voltar atrás quando já houver dado execução a direitos sociais, incorporando-os ao patrimônio jurídico do cidadão.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição de retrocesso social. Breves considerações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12359>>.

PALLIERI, Giorgio Balladore. **Diritto Costituzionale**. Milão: A. Giufrè, 1963.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, São Paulo:1998.

SILVA JUNIOR, Luiz Carlos da. O princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro. Uma análise pragmática. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3651, 30 jun. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24832>. Acesso em: 17 nov. 2014.



O TERCEIRO SETOR NA CONSECUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

THE THIRD SECTOR IN ACHIEVING SOCIAL RIGHTS

LEONARDO PIMENTA OLIVEIRA
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA
leo-pimenta13@hotmail.com

RESUMO: Este trabalho visa discutir o papel do Terceiro Setor na efetivação dos denominados direitos sociais positivados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Partindo de uma leitura do contexto político-social contemporâneo e seus novos paradigmas, busca-se evidenciar o quão adequado se mostra a união público-privada na efetivação dos direitos sociais em um contexto de total conexão em rede e debate quanto aos valores da democracia representativa.

Palavras-Chave: Terceiro Setor, direitos sociais, rede, democracia representativa.

ABSTRACT: This work aim to discuss the role of the Third Sector with regard to its effectivity towards the social rights, established in the sixth article of the 1988 Federal Constitution. From a view of the contemporary political-social context and its new paradigms, it is seeked to highlight how satisfactory the public-private union shows, in order to effective the social rights in a scenario of total connection networking and debate about the values of representative democracy.

Keywords: Third Sector, social rights, network, representative democracy.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, concebida em contexto de resgate e afirmação de direitos dos cidadãos, em resposta ao então recente período de ditadura militar, incorporou em sua essência a defesa intransigente dos direitos sociais. Em seu artigo 6º, a Carta Magna determina que: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”.

Afinada, dessa forma, ao sentimento de reconstrução da identidade do povo brasileiro, que naquele período se mobilizou para construção de um país democrático, a Assembleia Nacional Constituinte encarnou o sentimento participativo, como declarou seu presidente, Dr. Ulisses Guimarães, no seu histórico discurso de promulgação: “há, portanto, representativo oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e a autenticidade social que ora passa a vigorar.”

É, portanto, nesse contexto de intensa discussão democrática, que o constituinte convoca a sociedade para assumir sua cota-parte na consecução dos direitos então positivados.



Neste sentido, vale citar o Art. 3º da CF/88 que declara ser: “objetivos fundamentais da REPÚBLICA Federativa do Brasil: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Analisando de forma não reducionista, percebe-se que o constituinte escolheu o termo República. Entendendo-se República, ainda que de forma simples e objetiva, como um sistema de governo cujo poder emana do povo vê-se claramente o protagonismo da sociedade organizada.

É nesta seara que o Terceiro Setor (também denominado Setor Voluntário, Setor Público Não-Estatal, Organizações Não-Governamentais) entra como potencial agente transformador. No entanto, sem jamais atuar longe das vistas do Estado, não o eximindo dos deveres expressamente conferidos constitucionalmente.

DESENVOLVIMENTO

O século XXI viu nascer, através do advento da internet, uma sociedade extremamente conectada.

Esta sociedade tem assistido a uma nova concepção de criação e compartilhamento do conhecimento. O homem não mais apenas consome conteúdo, mas também o produz constantemente.

O advento da internet marca a sociedade como o período de maior democratização do conhecimento.

O jovem contemporâneo, não mais trabalha com a concepção de uma sociedade rígida e hierarquizada, mas com uma sociedade onde as estruturas de poder se dão de forma cada vez mais horizontal e flexível. Na sociedade dominada pela dinâmica da “rede”, o poder não mais está na figura do Estado, do Rei, do Monarca.

Segundo a pesquisadora e filósofa brasileira Viviane Mosé, atualmente, o poder está naquele que produz conteúdo e o lança na rede. Em muitas ocasiões, questões de alta relevância política e/ou econômica dividem o destaque nas mídias, por exemplo, com vídeos caseiros produzidos com um aparelho celular, que em minutos ganham projeção e alcançam milhões de visualizações. Essas produções, muitas vezes de baixíssimo custo, são suficientes para trazer à tona figuras que serão lapidadas pela indústria do entretenimento que transformará um então anônimo em um potencial produto comercial de altíssimo valor econômico e, porque não, de impacto político-social.

Ocorre que as estruturas de poder ainda se mantêm. No entanto, a cada ocasião e momento há a possibilidade de despontar um líder influente capaz de mobilizar grupos sociais em prol de causas de interesse economicamente rentáveis, e também de interesses sociais, valendo-se muitas vezes de parcerias com figuras públicas e formadoras de opinião que possuem poderosos canais de comunicação nas redes sociais tendo em vista que possuem milhões de seguidores.

Foi dentro desta concepção que o mundo assistiu à queda de ditaduras no Oriente Médio e Norte da África. A Primavera Árabe, iniciada em 2010 na Tunísia, que depôs em 18 dias uma ditadura de quase 30 anos no Egito, teve as mídias sócias como instrumento de organização e concentração de forças políticas.



RESULTADOS E DISCUSSÃO

Mas como o surgimento das novas tecnologias da comunicação têm colocado em cheque os princípios da democracia representativa e, sobretudo, alterado a lógica e a estratégia para o alcance de uma sociedade mais justa e igualitária?

O momento é de construção de novos paradigmas. A concepção de participação democrática tão fundamental quando da positivação dos direitos sociais da Constituição Federal de 1988 tem se mostrado insuficiente para, diante do anseio de uma população que agora tem nas mãos uma ferramenta poderosa de disseminação de ideias, influir e então sentir-se representada pelas decisões tomadas pelos políticos eleitos.

Vê-se, portanto, uma necessidade de aprimorar os mecanismos de participação democrática deste cidadão que busca o protagonismo na efetivação de direitos, em tese, já adquiridos.

Esta nova sociedade conectada, além de manifestar sua indignação frente a uma tela virtual, também age e se mobiliza a partir dela.

Com imensa capacidade de selar parcerias, muitos inquietos cidadãos se destacam na promoção de trabalhos voltados a consecução dos direitos sociais, que podem receber apoio tanto de grandes corporações, quanto de pequenas doações de milhares de cidadãos que também compartilham daquela plataforma virtual. Apoios estes que abarcam tanto capital financeiro quanto capital humano, haja vista a tão necessária e transformadora ação do voluntariado. É, pois, a ação humana responsável, comprometida e organizada, a força motriz de transformação social.

O que ocorre nesta sociedade pós-moderna é uma mudança estratégica no trabalho de erradicar as desigualdades e as carências que assolam a realidade, principalmente, do chamado terceiro mundo.

Agora, vê-se com mais nitidez a possibilidade de uma ação direta da sociedade organizada mediada pelo aparato estatal que, a partir de normas juridicamente válidas e eficazes, regula\assegura a sociedade que se autotransforma.

O processo atual de globalização é fator importante neste quadro que aqui tecemos. Com a problematização de questões cada vez mais universais como o meio ambiente e a via da sustentabilidade, não basta que países trabalhem separadamente suas políticas. Acordos internacionais tornam-se cada vez mais viáveis para ordenar e reger ações que não mais visem resultados isolados. No caso dos problemas de ordem ambiental, verifica-se que questões de um país podem afetar diretamente a população de outro, não podendo ignorar as reações em cadeia.

Informações de que em qualquer parte do globo há violação, por exemplo, de direitos humanos desencadeia fortes manifestações via plataformas digitais e, muitas vezes, um processo de pressão e organização de âmbito global na defesa desses direitos. O cidadão pós-moderno, quando se depara com informações, muitas vezes, em tempo real, se sente diretamente atingido e têm nas redes a possibilidade de mobilizar-se.

É, sobretudo, a máxima da escassez atrelada ao lucro irracional, os responsáveis pela crise ambiental e pelos abismos sociais e econômicos que provocam àqueles que, com espírito de liderança e criatividade, transformam, no contexto local ou global, a realidade dos que vivem à margem.



E transformam valendo-se dos meios e estruturas do Terceiro Setor, caminho possível e frutífero para a efetivação de direitos sociais.

CONCLUSÃO

A partir do exposto, é imprescindível que se tenha em mente que as mídias sociais já impactaram a sociedade de modo significativo, construindo caminhos pelos quais não mais é possível voltar atrás.

É, pois, de extrema importância perceber os novos meios de mobilização e capitalização de suporte para a efetiva transformação da realidade, enfrentando o desafio de materializar, na vida de cada ser humano, direitos arduamente conquistados e legitimados.

A atual conjuntura política, econômica e social, evidencia que a atuação exclusiva do Estado na efetivação de direitos já consagrados em suporte jurídico competente é, de fato, ineficaz e lenta diante das carências demandadas pela parcela da sociedade que ainda tem seus direitos negados.

Desse modo, não há cidadão proativo e consciente dos direitos sociais conferidos constitucionalmente que, diante da triste realidade que assola a comunidade, seja capaz de esperar único e exclusivamente do Estado projetos e políticas realmente capazes de erradicar miséria, ofertar acesso a educação de qualidade, de saúde, lazer e etc.

Portanto, o Terceiro Setor é meio relevante e de impacto considerável que, analisado pelo prisma da sociedade contemporânea conectada em rede, permanece como modo privilegiado, seguro e positivo de tornar sólida e contínua as ações diretas de particulares dispostos a trabalhar na consecução dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

MOSÉ, Viviane. **A escola e os desafios contemporâneos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 336 p.



ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E (RE)DISTRIBUIÇÃO DE PODERES

RULE OF LAW AND (RE)DISTRIBUTION OF POWERS

LUCAS TEIXEIRA DE REZENDE
INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER
lucas.rezende@bicharalaw.com.br

PEDRO HENRIQUE ARCAIN RICCETTO
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA – UEL
pedroriccetto@gmail.com

RESUMO: O artigo denuncia a crise do Estado através da repetida redistribuição de seus Poderes, tanto em seu modelo originário tripartite, quanto nas relações vertical e horizontal do poder no jogo democrático. Revela a insatisfação popular com o sistema e a inocuidade do Estado em atender às demandas latentes atuais, quando baseado unicamente nos conceitos clássicos do início da construção do Estado Moderno, e traça o enredo histórico que deflagra a falência do modelo vigente.

Palavras-chave: Separação dos Poderes - Crise do Estado Moderno – Movimento Vertical e Horizontal.

ABSTRACT: The article points out the crisis of the Modern State by showing the constant flows of power that happens into itself, both in the three branches model and in the vertical and horizontal power distribution through democracy. It reveals people's rejection with the system and the impropriety of a State that intends to meet people's expectations while using concepts built in the begging of the Modern State, and it traces the historical plot that has triggered the failures of the model.

Keywords: Separation of Powers – Modern State Crisis – Vertical and Horizontal Power Flows.

INTRODUÇÃO

Caíram os déspotas, pelos *insights* dos iluministas. Criaram-se teorias visando à desconstrução do poder absoluto, ideias que trouxeram à luz a superação do trauma de uma arbitrariedade legitimada e tomaram como fôlego final o sangue da Bastilha. Revivendo Aristóteles, esquecido há algum tempo, foram pensados contratos que remetiam aos primórdios do Estado. Alegorias construídas sobre as relações do ser humano pré-sociedade criaram um novo quebra-cabeça dos Poderes, partindo-se justamente de sua origem. Ao homem, ser livre em “Estado de Natureza”, devem ser reconhecidos certos direitos que lhe são inerentes, antes ignorados pelas imposições absolutistas próprias da Idade Média.

Concluiu-se a saga filosófica com Barão de Montesquieu: o Poder deveria se dividir em três, equilibrados em seu próprio eixo – *checks and balances*.



A trinca, claro, não se justificava em si mesma. Com a restauração da democracia em Rousseau, os Poderes deveriam obediência, agora, a um novo Príncipe – o povo – regido por um sistema de normas jurídicas previamente estabelecido, garantidor da estabilidade do Poder: a *rule of law*. Nascia o Estado Democrático de Direito.

Duzentos anos se passaram e o modelo do século XVIII não só sobreviveu; virou a regra. A despeito da passagem do tempo, os conceitos de poder político e sua distribuição horizontal e vertical parecem não ter despertado maiores desconfianças. O Estado Democrático de Direito, com base na tríade da separação dos Poderes, democracia e legalidade, se revelou o modelo perfeito.

Seria mesmo? A prática mostrou Poderes que, efetivamente, se equilibraram? A resposta a essas perguntas clama uma revisitação à história dos *three branches* e da democracia.

DESENVOLVIMENTO

O ciclo dos Poderes

Voltemos ao enredo. Com medo dos juízes, outrora partidários do rei mau, na França falou-se em bem comum, sob a influência de Jean Jacques Rousseau, segundo o qual a força migraria do déspota para os aclamados representantes do povo. É a primeira grande virada no ciclo de poderes.

Viajando para lá do Atlântico, os tupiniquins foram achados pelo homem branco, que “construíram” um Império. Bem ensinados, os Dom Imperadores deram de presente aos subjugados brasileiros a separação dos poderes, institucionalizada na “Constituição Política do Imperio do Brazil” de 1824. A realidade, claro, era outra – o Poder continuava concentrado nas mãos do Imperador.

Fugindo do número três, cuidou-se de acrescentar aos demais o Poder Moderador, responsável pela acumulação, pelo Executor, da função de moderar as demais esferas de poder – função essa que se tornou apenas registro histórico, juntamente com a Constituição Imperial.

Finalmente se concretizou a promessa da República, mas que, na verdade, não tinha experiência o suficiente para atingir sua finalidade. Os períodos antidemocráticos e ditatoriais marcam, então, grande parte de nossa história republicana. A tripartição, herdada, falhou em impedir um Executivo institucionalmente ganancioso, mencionando-se, a título de exemplo, a República do café com leite, o Estado Novo e mesmo o golpe militar de 1964.

A reabertura democrática em 1988 permitiu a promulgação de uma Constituição que se buscou efetiva, afastada de toda aquela demagogia Alcibíadiana e do formalismo predominante. O giro epistemológico advindo da constitucionalização do Direito refletiu também na Teoria do Estado, que, além do fortalecimento do controle de constitucionalidade, criou artifícios inéditos dentro dos freios e contrapesos.

A adoção de uma divisão orgânica do Estado mais ajustada e a ausência de maiores tentativas de expansão indevida do Executivo tornaram possível que os olhos se voltassem para outro problema: o Legislativo.

Acabou-se percebendo que os protetores do bem comum, tão ovacionados na Revolução Francesa, preferem, em regra, proteger seus próprios umbigos, usando o Poder a seu bel prazer. Tal dissonância com a vontade popular criou mais uma crise institucional, que, seguindo a racionalidade do trauma, inflou o Judiciário de demandas atinentes, num primeiro momento, à política.



Embora a elevação de inúmeros direitos ao status constitucional seja o grande motivo da judicialização da política, a ineficiência de um Legislativo alheio à realidade fez inverter mais uma vez a fluência do sistema. O Judiciário se torna, enfim, o protagonista no jogo de poderes. O ativismo judicial, como chamado, passa a ser uma maneira de “tapar os buracos” daquilo que deveria ser resolvido por políticas públicas efetivas.

Em outras palavras, o ativismo judicial protege a Constituição violando-a, ao passo que a inércia garante a estrita separação de poderes, mas gera omissão inconstitucional ao negar eficácia aos direitos fundamentais.

Porém, o cometimento de excessos por juízes e tribunais começa a ser percebido. De forma esquizofrênica, o Judiciário passa a interpretar azul como preto, e não mais apenas a distinguir o azul claro do escuro. E, como detém o Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre a Constituição, suas decisões podem ser antidemocráticas e capazes de ocasionar instabilidade estatal, tendo em vista sua posição central na trama dos Poderes.

O movimento vertical do poder

O movimento vertical é um fenômeno identificado pela fluência do poder entre os governantes (Estado) e governados (indivíduo), em uma relação de superioridade do primeiro em relação ao segundo, submisso às suas imposições (*jus imperium*). Agrega-se à relação, em contrafluxo, as noções de representatividade popular, legitimidade das decisões estatais e, mais uma vez, o bem comum, todos ideias consagrados na nossa Constituição, logo em seu artigo 1º e seguintes.

A democracia, a exemplo da tripartição, também passou por diversas reformulações históricas. Três delas podem ser bem distinguidas. A primeira, em sua origem grega, quando o modelo foi construído a fim de administrar os interesses coletivos dos atenienses. Com algum tempo de amadurecimento, migra de deliberações apenas dos magnatas (Eupátridas) para um padrão de assembleia popular (Eclésia), abarcando apenas os cidadãos; não os escravos, os estrangeiros e as mulheres.

De novo os *insights* dos iluministas mudam o rumo da história e recobram a noção de democracia, quase integralmente esquecida no decorrer da Idade Média. Seus principais expoentes defendiam o povo na gestão da coisa pública e sua legitimidade para a tomada de decisões, reforçando o movimento de contrariedade ao absolutismo que viria a combustar, em último grau, na Revolução Francesa.

Mas antes mesmo da cabeça de Luís XVI rolar, as treze colônias proclamam a independência dos Estados Unidos da América. Com ela, promulga-se, por meio dos *representatives of the people*, a primeira Constituição do mundo, que adota o sistema regime democrático, revolucionário e paradigmático para a época.

Com o aparente sucesso do modelo norte-americano, o ideal da democracia se difundiu rapidamente, ainda que, no contexto histórico do Século XVIII e XIX, sua fórmula não fosse de todo inclusiva, com o voto censitário e exclusivo aos homens.

Uma terceira onda de reformulação da concepção democrática viria a se destacar a partir da década de 1950, como reflexo do pensamento humanista própria da experiência traumática da Primeira e, especialmente, da Segunda Guerra Mundial. O acentuado desenvolvimento de teorias voltadas aos direitos fundamentais e direitos humanos decorre do retorno da figura do “homem” ao centro, paradigma que veio a influenciar o movimento neoconstitucionalista, culminando na abrangência universal do direito de votar e proteção dos socialmente esquecidos.

As ondas de reformulação da democracia não foram suficiente para consolidá-la



como o modelo perfeito. Em especial, o modelo passou por seguidos percalços no país do futebol. Percorrendo a sequência de ocorrências já traçada ao mencionar nossa República imatura, a democracia sofreu, e sofre, de forma simbiótica, com crises de autoritarismo, do Império à nossa história mais nova.

Ainda sofre, aliás. A dissonância das relações verticais de poder com o modelo ideal buscado pelo Constituinte é, no dia-a-dia, o problema democrático mais facilmente identificável. A análise métrica, aqui, possibilita vislumbrarmos, em índices, a elevada insatisfação popular também com nosso atual sistema democrático.

Segundo pesquisa divulgada pelo Instituto Latinobarômetro (UOL, 2015), 34% da população acredita que a democracia pode funcionar sem o Congresso Nacional e apenas 5,5% dos brasileiros acreditam plenamente no Legislativo; 22,6% concordam que não deveria haver eleições e que especialistas deveriam governar; 48,5% dos brasileiros preferem a democracia a qualquer outra forma de governo; 69,2% dos brasileiros não estão satisfeitos com o funcionamento da democracia; e apenas 8,3% da população acreditam que o país é totalmente democrático.

Engana-se quem pensa que a controvérsia da democracia é exclusividade nossa. Conforme os dados do *Democracy Index – Economist Intelligence Unit*, há apenas 24 democracias completas no mundo, sendo as cinco mais exemplares Noruega, Suécia, Islândia, Nova Zelândia e Dinamarca; 52 democracias falhas, dentre as quais o Brasil; 39 regimes híbridos, em que a democracia vive sob constante ameaça autoritária; e 52 regimes autoritários, sendo os países menos democráticos Coreia do Norte, Rep. Centro-Africana, Chade, Guiné Equatorial e Síria.

O movimento horizontal do poder

“O Brasil é um país profundamente dividido. A natureza das instituições políticas divididas é criar impasses, limitar o poder de um possível déspota”. Destaque às palavras do norte-americano Biorn Marbury-Lewis (2015), diretor do *Cambridge Institute for Brazilian Studies*, que identifica, com precisão, o caráter combativo da interação entre as instituições políticas no Brasil – sem dúvida um dos principais pontos de tensão na horizontalidade do poder.

O movimento horizontal acontece nas relações internas do Estado, confluindo entre suas próprias entidades políticas, na ausência, portanto, do *jus imperium*. Não se confunde com o movimento cíclico. Ainda que a feição circular do poder se encontre inserida na horizontalidade (relação Estado-Estado), suas qualidades especiais ensejaram o tratamento apartado, com observância às já destacadas particularidades históricas e sequencialidade da concentração dos poderes no Executivo, Legislativo e Judiciário, respectivamente.

Retirando-se o deslocamento cíclico das relações Estado-Estado, podemos identificar o movimento horizontal, onde se vê a aplicabilidade direta dos chamados *checks and balances*. Sua acentuada abrangência também enquadra as discussões atinentes à forma de Estado, forma de governo e aos sistemas de governo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A crise do Estado Moderno se revela nos fluxos incansáveis do Poder. Como se viu síntese, ele se iniciou concentrado no Leviatã ou, na tardia realidade brasileira, no Imperador, ainda que estruturado em uma separação fragilizada, realidade que se manteve na República em grau mais tênue. Após, migrou para o Legislativo, casa



dos representantes do bem comum, e legitimou o Estado da lei, e, por fim, diante da falta de representatividade dos congressistas, permitiu-se o alargamento das competências do Judiciário e sua intervenção direta na política.

Em paralelo, deflagrou-se também a crise do poder democrático, seja em seu eixo vertical – Estado e subordinados – ou horizontal – gestão combativa dos Poderes. Os números são capazes de demonstrar que o sistema democrático ainda traz diversas falhas que impedem o cumprimento da efetiva função estatal enquanto garantidora dos anseios da coletividade, o que merece a devida reflexão. O cientista político José Álvaro Moisés (Tab Uol Democracia) foi muito claro ao definir a crise do movimento vertical, afirmando que:

Depois de cada eleição ergue-se um grande muro de concreto entre governantes e a população. Por qualquer que seja o motivo, os cidadãos brasileiros não acompanham as atividades cotidianas do Congresso e não sabem o que os parlamentares fazem a não ser em casos de maior debate. Essa separação entre o povo e os políticos cria um grande déficit de representação, uma desconexão entre o que os cidadãos querem e pensam com o que seus representantes fazem.

O déficit de representação, denunciada pelos movimentos verticais e horizontais do poder, é um dos elos pertencentes ao encadeamento que liga uma série de institutos, os quais, há muito, permeiam a ideia de Estado, mas que passaram por diversas reformulações com o andar da carruagem. Todos esses institutos relacionados seguem, em regra, os mesmos fluxos traumáticos de cunho econômico-político. Seria o papel contramajoritário da revisão judicial do modelo pós-positivista uma reação aos números frustrantes obtidos.

Todavia, o que nos interessa desse ponto ao resultado final é uma única questão, de alta complexidade: deve(ria) caber ao Executivo, Legislativo ou Judiciário a “última palavra”? Conrado Hubner Mendes (2008), em sua tese de doutoramento, analisa as teorias de última palavra e propõe, ao final, uma superação do modelo combativo, substituindo-o por uma “interação de caráter deliberativo”, e não somente adversarial, entre os poderes”. Em outras palavras, o diálogo sem última palavra.

Na separação dos poderes, a interação é inevitável. A interação deliberativa é um ganho, a interação puramente adversarial, se não chega a ser uma perda, desperdiça seu potencial epistêmico. Pode-se elevar a capacidade epistêmica da democracia, não eliminar a justiça procedimental imperfeita. Seria enganoso equiparar a falibilidade de todos os desenhos. Uma interação deliberativa não extingue a possibilidade de erro, mas maximiza as possibilidades de acerto.

Da análise dos sistemas com predominância da revisão judicial, com predominância do legislador e dos sistemas mistos, e sobre a legitimidade das deliberações pelo Judiciário, defende Conrado Hubner Mendes (2008, p.) que:

A revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo de melhores deliberações. Não serve (somente) para tentar nos proteger da política quando esta sucumbe ao pânico ou irracionalidade, mas para desafiá-la a superar-se em qualidade. A corte pode ser um catalisador deliberativo. Simboliza um esforço para fazer da democracia um regime que não apenas separe maiorias e minorias, estruture a competição política periódica e selecione as elites vencedoras e perdedoras, mas também seja capaz de discernir entre bons e maus argumentos. Isso não exclui a competição, mas a qualifica. A dimensão deliberativa aponta para uma demanda mais densa



de legitimidade, que não se limita a uma mera certificação procedimental. Toma a paisagem democrática mais variada. Não se limita a um retrato frio e insosso de uma coletividade tomando decisões, pura e simplesmente. Mostra os pressupostos e as condições subjacentes ao valor moral desse processo de decisão coletiva.

CONCLUSÃO

A história permitiu que um modelo falho se perpetuasse mediante a transferência de uma maior concentração de poderes entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, alternadamente, como válvula de escape. Mas, num cenário em que todos os Poderes já foram responsáveis por sustentar o Estado e não se cessou a arbitrariedade, não há mais para onde fugir. Os índices de insatisfação popular, percebíveis em nível global, revelam sem sombra de dúvidas a crise do Estado Moderno. Esse fato não causa espanto. A base do Estado remonta a conceitos formados em séculos passados (tripartição, democracia, *rule of law*), que não são falhos em sua origem, mas que apenas deixaram de ser atualizados, em certo grau, pela Academia, e, notadamente, pelo Legislador.

Assim que devem ser criados mecanismos que coíbam a concentração do poderio sem inviabilizar a concretização dos fins estatais. A simples repetição de teorias passadas não mais basta para atender às demandas das pessoas, especialmente os mais necessitados. A finalidade prática do Estado deve ser revisitada, mesmo que ao arpejo dos clássicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUARQUE, Daniel. **Tab UOL Democracia**. Disponível em <<http://tab.uol.com.br/democracia/>>. Acesso em 29 set. 2015.

LEAL, Roger Stiefelmann. **A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 57. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2006.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH da Universidade de São Paulo – USP, 2008.

MÖLLERS, Cristoph. **The Three Branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford University Press: Oxford, England, 2013.



A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS AND CONSTRUCTION OF
SOCIAL RIGHTS IN BRAZIL

TALITON IRINEU VIANA
INSTITUTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL – IDCC
advtaliton@outlook.com

VANESSA VILELA BERBEL
UNIVERSIDADE NORTE DO PARANÁ – UNOPAR
vanessa.berbel@usp.br

RESUMO: As coletividades desenvolveram teorias e modos de vida alicerçados no respeito ao próximo e sociedades calcadas nos direitos do homem e do cidadão. Nesse sentido, é fundamental reconhecer-se a importância da Declaração Universal do Homem (1789) e, principalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 10 de dezembro de 1948, as quais se alimentam da trilogia “*Liberté, Egalité, Fraternité*”. Pode-se afirmar que a proteção aos direitos humanos tem raízes históricas e motivações políticas, além de envolver noções de justiça diante do poder estatal, representando uma evolução no modo como os homens vêm-se a si mesmos e aos outros homens, alterando sensivelmente a compreensão de suas relações. Em seguida às declarações universais de direitos, as culturas ocidentais - em especial as pertencentes ao *Civil Law* - vivenciaram intenso processo de constitucionalização, inicialmente marcado pela organização do trabalho político, divisão de poderes, órgãos públicos, limitação de poderes e, mais recentemente, a preocupação de constitucionalistas, constituintes e Constituições com o registro e manutenção de direitos fundamentais. Aliados aos direitos fundamentais tomaram corpo os direitos sociais. O presente ensaio busca, de modo sintético, refazer o caminho histórico que passa das declarações universais para a concretização interna dos chamados direitos sociais, perscrutando o legado deixado pelas Constituições Federais do Brasil após o século XIX.

Palavras-chaves: Direitos sociais. Declarações Universais. Constitucionalização.

ABSTRACT: The communities have developed theories and ways of life grounded in respect for others and societies trampled on human rights and citizen. Therefore, it is crucial to recognize the importance of the Universal Declaration of Human (1789) and Universal Declaration of Human Rights, promulgated on December 10, 1948, which reinvigorated the trilogy "Liberté, Egalité, Fraternité". It can be said that the protection of human rights has historical roots and political motivations and involves notions of justice in the face of state power, representing an evolution in how men come to themselves and to other men, significantly changing the understanding of their relationships. Then the universal declarations of rights, Western cultures - especially those belonging to the Civil Law - experienced intense process of writing a constitution, initially marked by the organization of political work, the division of



powers, public bodies, limitation of powers and, more recently, concern constitutionalists, constituents and Constitutions with the registration and maintenance of fundamental rights. Allies fundamental rights have taken social rights body. This search test, synthetically, retrace the historical path that passes the universal declarations for the internal implementation of so-called social rights, peering into the legacy left by the Federal Constitutions of Brazil after the twentieth century

Keywords: Social Rights.Universal Declaration.Constitucionalization.

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) tornou célebre em todo o mundo a trilogia “*Liberté, Egalité, Fraternité*”, fazendo da nova classe dominante, a burguesia, a mãe do capitalismo - sistema responsável pelo vertiginoso crescimento econômico de diversas nações. A liberdade ansiada gerou descobertas, avanços, transformações que foram da igreja às casas dos operários. Inscrita no corpo das cartas constitucionais dos últimos dois séculos, a liberdade assumiu dimensão de princípio, corolário da democracia, bem último almejado por aglomerações humanas em todo o mundo. A igualdade, por sua vez, mudou muito desde 1789, mas encontra entraves na economia do capital que precisa de “liberdade” para atuar, e, de outro lado, oferecer, manter ou ampliar direitos de igualdade implica em gastos, custos, distribuição de renda., encargos que o Liberalismo (ou Neoliberalismo) não está pronto para suportar sem garantia de retorno; a encampação deste programa é progressiva, mas também encontra seu espaço nas constituições dos Estados Democráticos como o Brasil. Claramente sua efetivação é bem menor do que aquela imaginada pela plebe guiada pela Liberdade pintada por Delacroix: de peito aberto em meio à multidão. A que igualdade referem-se os manuais da Sociologia, da Filosofia, da Política ou do Direito? Contudo, dos três, o menos citado, menos reverenciado, menos concretizado é o lema da fraternidade. Chamado de princípio esquecido por Antônio Maria Baggio, a fraternidade não encontra eco na dinâmica capitalista, tampouco na política democrática; quiçá tem lugar em algumas religiões (BAGGIO, 2008). A internalização desses três primados nas constituições dos Estados foi um processo histórico longo, que ganhou força no Brasil a partir do Século XX, culminando na Constituição Federal Democrática de 1988, a qual ainda carece de efetivação em muitos pontos. Faz-se importante lembrar, portanto, esse processo histórico de conquistas, a fim de viabilizar a aplicação do princípio do não-retrocesso, considerado como a impossibilidade de extração de direitos já agregados ao patrimônio jurídico do cidadão.

DESENVOLVIMENTO

No Brasil, os direitos sociais sempre estiveram presentes nas Constituições Brasileiras, umas com mais intensidade do que em outras, e a base destes é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 10 de dezembro de 1948. A primeira Constituição Brasileira, a de 1824, já trazia indícios dos direitos



sociais, pois sofreu influência da Constituição Espanhola de 1812, da Constituição Francesa de 1814 e da Constituição Portuguesa de 1822 (LENZA, 2014). Em 1889, houve a proclamação da República, então fora promulgada em 1891 a primeira Constituição dos Estados Unidos do Brasil, ocorre que esta não disciplinava normas que condiziam com a realidade do Brasil, e, por isso, não obteve eficácia social, mas inseriu pela primeira vez a expressão “aposentadoria”, que era limitada aos servidores públicos (TAVARES, 2012). Somente a terceira Constituição, que foi a de 1934, promulgada na conhecida “Era Vargas”, teve uma forte conscientização dos direitos sociais e foi a primeira a enunciar uma ordem econômica e social, em seu Título IV, essa que foi uma das mais importantes constituições brasileiras, pois trouxe incontáveis inovações para sua época, a exemplo da garantia de assistência médica sanitária ao trabalhador, assistência médica à gestante, descanso antes e depois do parto, elevação dos direitos e garantias trabalhistas como norma constitucional, instituindo, ainda, normas de proteção social do trabalhador, estatuidando que todos têm direito a educação, além da obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, inclusive para os adultos, e tendência à gratuidade do ensino ulterior ao primário. Todavia, a Constituição de 1934 durou apenas três anos, então em 1937, foi outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, a quarta Constituição Brasileira, também conhecida como Polaca, pois foi baseada no regime autoritário da Polônia. Esta permitiu que todo o Poder Executivo e Legislativo fosse concentrado nas mãos do Presidente da República, extinguiu os partidos políticos e a pena de morte foi reintroduzida no país. A Lei Eloy Chaves, publicada em 24 de janeiro de 1923, foi o dispositivo legal que desenvolveu a Previdência Social no Brasil e, com ela, foi criada a Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados nas empresas de estrada de ferro, posteriormente, essa passou a se organizar em categorias profissionais, dando surgimento aos Institutos de Aposentadoria e Pensões. Após a queda de Getúlio Vargas, houve uma redemocratização que culminou na promulgação da Constituição de 1946, que restabelecendo equilíbrio entre os poderes, repetindo algumas regras das Constituições de 1934 e 1937, estabelecendo que as legislações do trabalho e da previdência social obedeceriam, a melhoria das condições dos trabalhadores, a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante, além de dar início à sistematização constitucional da previdência social. Em 1967, houve nova promulgação da Constituição, que apresentou inovações como a inclusão do direito ao salário-família aos dependentes do empregador; proibição de diferença de salários por motivo de etnia; participação do trabalhador na gestão da empresa; e, aposentadoria da mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral. E, por fim, no dia 30 de setembro de 1988, fora promulgada a Constituição Cidadã, que permanece em vigor até os dias atuais. A Constituição de 1988 elevou os direitos sociais ao plano de direitos fundamentais da pessoa humana.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Apurou-se como, a partir do reconhecimento de direitos universalizantes, denominados de direitos humanos, houve a internalização dos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade para a concretização dos direitos fundamentais. No Brasil, apurou-se a evolução progressiva do reconhecimento de direitos nas Constituições



pós século XIX, até culminar na Constituição Democrática de 1988, marco do reconhecimento dos direitos sociais no Brasil.

CONCLUSÃO

Quando se afirma e reafirma um direito humano fundamental, seja em documento com força legal ou, apenas resultado de intenções, já se está dando um grande passo em direção à garantia da dignidade, pois diante do ecletismo que permeia a sociedade (e que deve ser respeitado), parte-se para um processo de compreensão da igualdade fundamental que é inerente a cada homem, a cada mulher, enfim, a cada indivíduo único e, paradoxalmente, igual a todos em direitos. Assim, compreender a concreção histórica dos direitos fundamentais, que passa do conceito universalizante de direitos para o reconhecimento interno destes por cada Estado-nação, é elemento essencial para garantir o não-retrocesso.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Antônio Maria (Organizador). **O Princípio Esquecido**. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. Ed. 14^o. Ed Impetus. 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Ed. 18^o. Ed. Saraiva. 2014.



POLÍTICAS PÚBLICAS E PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO DOCENTE

PUBLIC POLICIES AND PRECARIOUSNESS OF THE TEACHING JOB

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR
nap@unimar.br; walkiriamf@terra.com.br

MARISA ROSSIGNOLI
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR
mrossinholi@uol.com.br; mrossignoli@unimar.br

RESUMO: No contexto do processo de *globalização* e da conseqüente reestruturação produtiva do capital, podemos visualizar um aspecto que pode ser considerado positivo, ou seja, a valorização da educação como uma das condições indispensáveis para o desenvolvimento econômico do país. Não obstante, verifica-se uma precarização das relações de trabalho dos docentes no ensino superior, de forma expressiva no trabalho do docente horista das instituições privadas de ensino superior, categoria que representa a maioria dos assalariados da área educacional. A precarização do trabalho docente se estende também à questão salarial com a “flexibilização” dos contratos trabalhistas, sendo uma característica específica do momento atual, pois essa flexibilização se verifica no cenário trabalhista como um todo, atingindo praticamente todas as categorias. A intensificação do trabalho docente estende-se também a questão da “produtividade”, ou seja, o quanto o docente produz em termos de aulas ministradas, orientações concluídas e em andamento, publicações (em periódicos com Qualis/CAPES de expressão no meio acadêmico) dentre outras determinações de caráter quantitativo. Portanto, a análise sobre o universo dos trabalhadores da educação, especificamente o docente horista, torna-se de extrema importância, não somente em razão da depreciação salarial, como também pela excessiva jornada de trabalho, depreciação das condições físicas e emocionais e necessária regulamentação dessa categoria de trabalho docente.

Palavras-Chave: Trabalho docente; relações de trabalho; mercantilização da educação.

ABSTRACT: In the context of globalization and the consequent restructuring of the productive capital process, we can see an aspect that can be considered positive, ie the value of education as one of the indispensable conditions for the country's economic development. Nevertheless, there is a precarious working relations of teachers in higher education, in a significant way in the work of teaching hourly private institutions of higher education, a category that represents the majority of employees in the education sector. The casualization of the teaching work also extends to the salary issue with the "flexibility" of the labor contracts, one particular feature of the present moment, for this flexibility can be seen in the labor scenario as a whole, reaching virtually every category. The intensification of teaching work also



extends to the issue of "productivity", ie how much the teacher produces in terms of the classes, completed guidelines and ongoing publications (in journals with Qualis / CAPES expression in academia) among other quantitative character determinations. Therefore, the analysis on the world of education workers, specifically the hourly teaching, it becomes extremely important, not only because of wage depreciation, as well as by excessive working hours, depreciation of physical and emotional conditions and necessary regulation this teaching category.

Keywords: Teacher's work; labor relations; commodification of education.

INTRODUÇÃO

A década de 1970 representou um período de profundas transformações no cenário político, econômico e social dos países inseridos no chamado processo de globalização. Como resposta à crise do capital, com a queda da lucratividade do próprio sistema capitalista, foi preciso reestruturar o processo produtivo, numa tentativa de resgatar a prosperidade verificada em décadas passadas. A orientação política sofreu alterações e diversos setores tiveram que se adaptar às novas condições do mercado. No contexto do processo de *globalização* podemos visualizar um aspecto que pode ser considerado positivo, ou seja, a valorização da educação como uma das condições indispensáveis para o desenvolvimento econômico do país. No momento atual a educação, ainda que sua reestruturação esteja voltada ao campo empresarial, deixou de ocupar a posição de prioridade secundária nas reformas políticas e nas aspirações da sociedade civil. Organismos internacionais ressaltaram a importância da educação como fator principal do desenvolvimento de uma nação. O conteúdo das propostas do Banco Mundial para uma reforma no sistema educacional brasileiro enaltece o papel da educação na nova ordem mundial, tendo em vista as transformações decorrentes da evolução tecnológica (BANCO MUNDIAL, 1995). Não obstante, verifica-se uma precarização das relações de trabalho dos docentes no ensino superior. Este trabalho concentra-se no trabalho do docente horista das instituições privadas de ensino superior, pois, segundo dados do INEP (2013), o docente horista representa quase 60% do total de docentes do ensino superior, ou seja, de um total de 140.000 docentes da rede pública e privada, 80.000 são trabalhadores que recebem por "hora trabalhada", a chamada "hora-aula". Portanto, a análise sobre o universo dos trabalhadores da educação, especificamente o docente horista, torna-se de extrema importância, não somente em razão da depreciação salarial, como também pela excessiva jornada de trabalho, depreciação das condições físicas e emocionais e necessária regulamentação dessa categoria de trabalho docente. A metodologia de análise estará embasada no método indutivo, ou seja, utilizando como premissas (premissas particulares) as novas condições de trabalho propiciadas pela reestruturação produtiva do capital a análise procura demonstrar a precarização do trabalho docente do ensino superior privado, em especial do docente horista (lei de validade generalizadora).

DESENVOLVIMENTO



Em decorrência de um novo contexto produtivo, juntamente com a reestruturação econômica dos países inseridos no processo, ocorre uma reestruturação do universo do ensino superior, gerada por sua aproximação com o processo produtivo capitalista. A atual conjuntura econômica pressupõe uma mão de obra mais flexível às inovações tecnológicas e às novas determinações impostas pelo mercado de trabalho: “Surgem novos perfis de qualificação de mão de obra. Inteligência e conhecimento parecem ser variáveis-chave para a modernização e a produtividade do processo de trabalho, como também capacidade de solucionar problemas, liderar, tomar decisões e adaptar-se a novas situações” (MELLO,1997). A questão da qualificação da mão de obra nos remete à precedência, na sociedade atual, do que Frigotto (1997) denomina “capital humano”, que se configura como “função de saúde, conhecimento e atitudes, comportamento, hábitos, disciplina, ou seja, a expressão de um conjunto de elementos adquiridos, produzidos e que, uma vez adquiridos, geram a ampliação da capacidade do trabalho e, portanto, de maior produtividade”. Segundo esta concepção, o investimento na formação de “capital humano”, por parte dos países subdesenvolvidos, acarreta a formação de mão de obra mais qualificada e, conseqüentemente, promove um crescimento econômico mais acelerado. Com relação ao crescimento individual propicia uma ascensão social aos que investem em educação e treinamento qualificados. Portanto, esta necessidade de formação de uma mão de obra que atenda a demanda gerada pelas transformações da reprodução do capital pressupõe uma aproximação dos centros originários de formação de conhecimento, ou seja, as universidades e os institutos de pesquisa, ao processo produtivo. Como consequência do incentivo governamental à formação de mão de obra qualificada é possível destacar os programas federais de acesso ao ensino superior, o programa “Universidade para todos” – PROUNI, e “Fundo de Financiamento Estudantil” – FIES, o Sistema de Seleção Unificada – SISU, Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais – REUNI, Universidade Aberta do Brasil – UAB, dentre outros.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O objetivo central dos programas governamentais de acesso ao ensino superior atende ao solicitado pelo mercado de trabalho, ou seja, a qualificação profissional de determinados segmentos da população, além do expressivo aumento do número de matrículas na rede privada, acarretado principalmente, pelo PROUNI e FIES. Somente o PROUNI foi responsável pelo acesso de mais de um milhão de estudantes no nível superior: “O Prouni já atendeu, desde sua criação [2004]] até o processo seletivo do segundo semestre de 2014, mais de 1,4 milhão de estudantes, sendo 70% com bolsas integrais (BRASIL, 2014). Somente no segundo semestre de 2014, o PROUNI foi responsável pelo ingresso de 115.101 alunos no ensino superior, tendo participação expressiva nos estados de São Paulo, Minas Gerais, Distrito Federal e Paraná (PORTAL PROUNI, 2015). Em substituição ao Crédito Educativo CREDUC (1976-1998), em 1999 o Governo Federal instituiu o programa “Fundo de Financiamento Estudantil”, responsável por grande parte da entrada de jovens no ensino superior. No período de 1999 até 2009 o FIES possibilitou a concessão de 600 mil novos contratos. Esse número, já expressivo, saltou para 1,1 milhão de contratos no período de 2010 a 2013, representando um investimento



governamental de 13 bilhões (FIES,2013). Como consequência imediata da política de acesso ao ensino superior verifica-se o aumento do número de matrículas nesse nível de ensino, principalmente nas instituições de ensino superior privado. Verifica-se que o pico de crescimento das matrículas no ensino superior privado coincide com o período dos investimentos do governo federal com o PROUNI e FIES, precisamente após o ano de 2000. Mas o crescimento das matrículas das IES privadas não configura uma realidade isolada, pois juntamente com o aumento das matrículas verifica-se a acentuação do trabalho docente. Tal fato reflete diretamente nas condições de trabalho do docente universitário, que tem sua carga de trabalho triplicada com o aumento do número de alunos por docente, pois as funções do docente não se resumem ao período em sala de aula, mas estende-se ao preparo das aulas, correção de provas, organização de material multimídia e, na atualidade, também exerce tarefas antes executadas pelas secretarias das IES, como lançar notas e faltas nos sistemas informatizados. A precarização do trabalho docente se estende também à questão salarial com a “flexibilização” dos contratos trabalhistas, sendo uma característica específica do momento atual, pois essa flexibilização se verifica no cenário trabalhista como um todo, atingindo praticamente todas as categorias. Segundo Bosi (2007), surgiram formas “criativas” de contratação docente, sendo meios ou tentativas de conter a deterioração dos salários: 1. Contratos temporários ou até mesmo efetivos, mas com pagamento por hora-aula, ou seja, valor correspondente ao tempo de aula ministrado. Na maior parte das vezes essas relações contratuais ignoram plano de carreira, reduzindo a remuneração ao tempo de trabalho; 2. Bolsa de pesquisa e adicionais por atividades de extensão como forma de remuneração docente; 3. Contratação de docentes “conferencistas”, ou seja, por tempo determinado. Visualizar a totalidade desse processo requer adotar o pressuposto de que, para além da precarização do trabalho docente expresso nas ‘velhas’ e ‘novas’ formas de contratação, muitas mudanças foram introduzidas na rotina das atividades de ensino, pesquisa e extensão, desde, pelo menos, o governo Collor de Melo. Do ponto de vista do capital, trata-se de aumentar o trabalho docente em extensão e intensidade (BOSI, 2007). A intensificação do trabalho docente estende-se também a questão da “produtividade”, ou seja, o quanto o docente produz em termos de aulas ministradas, orientações concluídas e em andamento, publicações (em periódicos com Qualis/CAPES de expressão no meio acadêmico) dentre outras determinações de caráter quantitativo. Como exemplo do caráter quantitativo da produção docente, podemos citar a *Plataforma Lattes*, ou seja, uma base de dados onde estão disponibilizados currículos, grupos de pesquisa e instituições em um sistema de informações: O Currículo Lattes se tornou um padrão nacional no registro da vida pregressa e atual dos estudantes e pesquisadores do país, e é hoje adotado pela maioria das instituições de fomento, universidades e institutos de pesquisa do País. Ao acessar um currículo lattes na base de dados do CNPq é possível verificar a predominância do caráter quantitativo, ou seja, na tela de acesso localizamos os “indicadores de produção” e em seu interior existem dados sobre a produção bibliográfica, produção técnica, orientações concluídas, todas as produções, total de artigos publicados por periódico e total de artigo por co-autor (PLATAFORMA LATTES, 2015). Com essa base de dados, de consulta pública, é possível quantificar a produção docente. Com o processo de mercantilização da educação o “valor” do trabalhador se mede pela quantificação de sua produção, número de artigos indexados com QUALIS/CAPES de estrato elevado e ainda dentro do “prazo



de validade”, pois esses mesmos artigos tem prazo de “esgotamento”, três ou cinco anos. Após esse período o mesmo deixa de ser computado como “produção recente”. A proletarização extrema do trabalhador da educação é mais perceptível entre aqueles submetidos ao contrato de trabalho de dedicação exclusiva, ou seja, o docente “quarenta horas” semanais, presente em sua maioria nas instituições públicas de ensino superior. No caso das instituições privadas de ensino superior, o regime de trabalho é ainda mais exaustivo e as relações contratuais ainda mais flexíveis. Embora a legislação trabalhista vigente defina claramente a questão da jornada de trabalho do trabalhador da educação: Um dos aspectos relevantes contidos na CLT é condizente a carga horária a que estão sujeitos os professores, no qual, em atenção ao artigo 318, não poderá ministrar mais de quatro horas consecutivas, nem seis intercaladas, num mesmo estabelecimento, porém nada impede que o professor trabalhe em mais de um estabelecimento de ensino [...] (OLIVEIRA, PIRES, 2014). Além da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, é possível definir as condições contratuais do professor horista por meio de acordos ou convenções coletivas, que acabam servindo de suporte para uma regulamentação dessa categoria de trabalho, inclusive definindo o valor da hora-aula e a atribuição ou não de hora atividade para a preparação das aulas, correção de provas e trabalhos, que geralmente corresponde a 5% do valor da somatória das horas aula ministradas. Esse é o contexto do denominado “docente horista”, ou seja, os trabalhadores da educação que são remunerados segundo a carga horária atribuída pela IES, ou seja, ganha por aula ministrada, a chamada “hora-aula”. Em razão de não ter uma carga horária “fechada”, o docente horista não se enquadra no regime parcial (20 horas) ou dedicação exclusiva (40 horas). No contexto da precarização do trabalho docente surgem novas determinações ao exercício de suas funções. A presente pesquisa procurou discutir o novo quadro exigido pelo mercado na formação de profissionais e as relações com a universidade e a contratação de docentes horistas, embora com a depreciação salarial, condições indignas de trabalho e flexibilidade na regulamentação de suas atividades, o docente universitário deve: Apresentar uma aula “criativa”, com a utilização de multimídia, com o objetivo de “prender” a atenção de mais de cem alunos em apenas uma sala; Ser produtivo, publicar artigos em periódicos com classificação QUALIS/CAPES, além de apresentar bons resultados nos indicadores de produção da Plataforma Lattes. Em razão da evolução tecnológica, exercer atividades antes destinadas às secretarias das instituições de ensino superior, como lançar notas e faltas. Todas as dificuldades encontradas pelo docente universitário, tendo em vista as transformações decorrentes do contexto “globalizado” e da reestruturação produtiva do capital, são agravadas quando a categoria de trabalho é o “docente horista”, em razão da própria natureza de sua ocupação.

REFERÊNCIAS

BANCO MUNDIAL. **Prioridades y Strategias para la Educación**. Banco Mundial, 1995.

BOSI, Antônio de Pádua. A Precarização do trabalho docente nas instituições de ensino superior do Brasil nesses últimos 25 anos. **Educação e Sociedade**.



Campinas, vol. 28, n. 101, p. 1503-1523, set./dez. 2007. Disponível em <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em 06 jul. 2015.

CENSO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR. MEC/INEP, 2013. Disponível em <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/apresentacao/2014/coletiva_censo_superior_2013.pdf>. Acesso em 20 mai. 2015.

FIES – CENSO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR E A EVOLUÇÃO DO FUNDO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. Disponível em <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/encontro_nacional/2013/palestra_censo_educacao_superior_evolucao_do_fundo_de_financiamento_estudantil.pdf>. Acesso em 20 mai. 2015.

FRIGOTTO, Gaudêncio. Os delírios da razão: crise do capital e metamorfose conceitual no campo educacional. In: GENTILI, Pablo (Org.). **Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação**. Petrópolis: Vozes, 1997.

MELLO, Guiomar Namó de. **Cidadania e competitividade: desafios educacionais do terceiro milênio**. São Paulo, Cortez, 1997.

OLIVEIRA, Lourival José de; PIRES, Ana Paula Vicente. Da precarização do trabalho docente no Brasil e o processo de reestruturação produtiva. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 9, n. 1, p.73-100, jan./abr.2014.



A DIVISÃO DOS PODERES DO ESTADO: DA BIPARTIÇÃO À HEXAPARTIÇÃO DOS PODERES

YAGO APARECIDO OLIVEIRA SANTOS
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
yagoapoliveira@gmail.com

CAIO CESAR TOMIOTO MENDES
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ctomiotomendes@hotmail.com

RESUMO: Os fins e as finalidades do Estado sempre foram objeto de discussão pela Teoria do Estado e da Constituição. Independente dos fins que se acredita que o Estado deve se ater, é preciso que se estabeleçam mecanismos que tenham por função limitar a atuação do Estado, de modo que o mesmo cumpra as determinações juridicamente previstas. Entre os diversos mecanismos que possuem a função de obrigar o Estado para que este cumpra o papel a ele designado está a divisão dos poderes. Apesar de ter por aplicada a tripartição dos poderes na Constituição Federal de 1988, é necessário ter o conhecimento de que a divisão dos poderes não se limita à tripartição, de modo que se torna imprescindível analisar criticamente as diversas teorias que tratam sobre o tema.

Palavras-Chave: Estado. Constituição. Divisão de Poderes.

ABSTRACT: The aims and purposes of the state have always been the subject of discussion by the Theory of the State and the Constitution. Regardless of the purpose it is believed that the state should not stick, it is necessary to establish mechanisms whose function limit state action, so that it meets the legal determinations provided. Among the various mechanisms that have a role in forcing the state to which it fulfills the role assigned to him is the division of powers. Despite having applied for the tripartite division of powers in the Constitution of 1988, is necessary to know that the division of powers is not limited to tripartism, so it becomes essential to critically analyze the various theories that deal with the subject.

Keywords: State. Constitution. Division of Powers

INTRODUÇÃO

A necessidade de se impor limites ao Estado decorre da possibilidade de que este seja utilizado para fins que não sejam aqueles juridicamente previstos, o que representaria um flagrante atentado à vontade da sociedade, ao eleger determinados caminhos a serem seguidos pelo Estado.

Inicialmente, a limitação do Estado foi discutida e implementada visando apenas a defesa e gozo de direitos individuais. Nesse ponto, o cidadão restava “protegido” de um livre arbítrio do Estado, que poderia lhe causar um dano ou restringir o gozo de direitos individuais.

Lembra-se, com apoio de Bonavides, que “o princípio da separação de Poderes traçava, por indução, raias ao arbítrio do governante, em ordem a prevenir a



concentração de poderes num só ramo da autoridade pública” (BONAVIDES, 2012, p. 44).

Contudo, a limitação dos poderes do Estado, ora consubstanciada na divisão dos poderes, não mais se resume à uma limitação para o livre gozo de direitos individuais. Não que assim não deva ser. Porém, a limitação do Estado que se impõe, através de mecanismos que ora se discutem, se faz necessária no sentido de obrigar que o Estado cumpra com o papel que lhe foi conferido democraticamente, concretizado e materializado na Constituição.

Com isso, se discute a trajetória das teorias que propagaram a divisão de poderes ou de funções do Estado, através de uma evolução histórico-doutrinária da mesma.

DESENVOLVIMENTO

Inegavelmente, o modelo de tripartição dos poderes instituído pelo ordenamento pátrio tem uma função bem definida: organizar a atuação dos Estados, e, sobretudo, limitar a sua atuação.

Com isso, institui-se o modelo dos freios e contrapesos, mencionados por Montesquieu, que tanto contribuiu com o tema.

Contudo, é preciso se ter a ciência de que o modelo de divisão dos poderes, propagado por Montesquieu em seu espírito das leis não é o único. A divisão dos poderes do Estado, ou, partindo-se de uma denominação mais correta, a divisão de funções do Estado, posto que o poder é uno, e o que se divide são as suas funções. Conforme Jellinek, parte desde uma bipartição dos poderes, que restringe a divisão dos poderes do Estado em relação ao poder legislativo e ao poder judiciário, bem como até mesmo em teorias que propagam a hexapartição dos poderes, em razão da qual se confere uma análise mais apurada.

Inicialmente, temos a bipartição de poderes, que surge como possível solução para os problemas derivados da unidade geral dos poderes ou funções do Estado. Como marco teórico, pode ser citado John Locke, que em seu “Dois Tratados do Governo”, faz referência à dois poderes distintos do Estado: o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Contudo, em razão da necessidade de um controle das leis produzidas pelo Poder Legislativo, bem como da necessidade de existir um controle sobre a atuação do Poder Executivo, se mostrou necessário a divisão do Estado, com a criação de outro órgão para contrabalancear esses poderes, que no caso, é o Poder Judiciário.

Como referencial teórico clássico para questão, pode ser citado Montesquieu, que lidera, em seu “Espírito das Leis”, a ideia de separação de funções, em que o Rei possuía o controle do Poder Executivo, o Parlamento, sobre o Poder Legislativo, e a terceira via proposta, que era a dos juízes, com a função judiciária.

Já a tetrapartição de poderes vem a incorporar um quarto elemento nesses polos de “divisão das funções estatais”: a separação governamental do Estado. Essa corrente, tendo como uma de seus maiores expoentes Benjamin Constant, acredita que, o Poder Executivo concentra duas funções que não podem ser confundidas, quais sejam, a de Chefia do Estado e a Chefia do Governo.

Posteriormente, tem-se a concepção de que o Estado comporta, ainda, outra divisão, que em tese, se faz necessário, que é aquela que tem por fim a de separar a administração do Estado, de modo que a administração possa ter a autonomia em relação aos outros poderes.



Ao final, tem-se a hexapartição dos poderes, propagada por Ackerman, que bem crê pela necessidade de criação de outra função autônoma: a do Tribunal Constitucional.

Todas essas teorias se voltam ao mesmo objetivo: limitar a atuação do Estado, a fim de que os seus governantes não ultrapassem a sua esfera de competência.

A necessidade dessa limitação é inegável, posto que, a mesma serve como forma de defesa da democracia. Como ensina Cezar Saldanha Souza Junior, a “ausência de valores afirmativos (e de instrumentos correspondentes), que habilitasse a autodefesa – inclusive jurídico constitucional – do regime democrático dos ataques inimigos, foi a primeira das causas do inverno totalitário” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 101).

Portanto, se mostra necessária a discussão acerca da efetividade de cada um dos modelos apresentados, e a viabilidade de sua instituição.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados obtidos através da presente investigação se referem à importância da divisão dos poderes para a Teoria do Estado atual, sendo que, através da sua evolução histórica, se torna possível analisar a eficácia de cada um dos modelos.

A evolução histórica da divisão dos poderes demonstra que as suas teorias se adaptam às necessidades de cada contexto pelo qual passa o Estado.

CONCLUSÃO

A conclusão que ora se impõe é a de que a divisão de poderes ou de funções do Estado se mostra como medida de extrema importância para a delimitação da atuação do Estado, efetivando, assim, as normas constitucionais vigentes.

Como visto, a divisão dos poderes ou funções do Estado passa por uma evolução histórica, consubstanciada por grandes nomes da ciência política e teoria do Estado. Sua evolução mostra que, quanto mais complexa a sociedade, mais necessário se torna organizar as funções do Estado, de modo que se garanta a adequada atuação dos agentes estatais.

Ainda, a limitação do Estado tem por bem garantir a força normativa da Constituição, posto que os agentes estatais ficam vinculados às ações e finalidades dispostas no ordenamento pátrio.

Garante-se, por consequência, a supremacia do direito, tendo em vista que a atuação do Estado terá por finalidade, alcançar os objetivos constitucionalmente e democraticamente eleitos, independente das vontades e interesses dos agentes estatais.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional Como Poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.



COMPLIANCE E ADVOCACIA: ANÁLISE CONSTITUCIONAL

COMPLIANCE AND LAW: CONSTITUTIONAL ANALYSIS

EMILY GARCIA
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ – PUCPR
E-mail: emily.eg@hotmail.com

FELIPE LOURENÇO MENDES
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO PARANÁ – UENP
E-mail: mendes-felipe@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo busca analisar os deveres de *compliance*, na nova lei de lavagem de dinheiro, em relação à advocacia. Apresentando-se como objeto da pesquisa a verificação de sua constitucionalidade em detrimento ao dever de sigilo inerente ao advogado, o qual possui previsão tanto legal quanto constitucional. Para tanto, utilizou-se como método de pesquisa a análise bibliográfica e jurisprudencial. Assim, em um viés da teoria da imputação objetiva, no referente às ações neutras do profissional liberal como forma de se afastar a imputação por participação, busca-se salvaguardar constitucionalmente sua atuação profissional de forma a respeitar o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, tem-se a exigência dos deveres de *compliance* ao advogado na defesa de seu constituinte como inconstitucional, visto que na colisão entre o interesse estatal, na persecução penal, e o do advogado, na defesa de seu cliente, deve prevalecer este último, como forma de se assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Palavras-chave: *Compliance*. Inconstitucionalidade. Advocacia.

ABSTRACT: The present article intends to analyze the compliance duty fronts the new money laundering law in relation to advocacy. Presents as the object of research the constitutionality over to confidentiality duty inherent to the lawyer, which has both legal and constitutional provision. Therefore, it was used as a research method bibliographic and jurisprudential analysis. So, on a theory of objective imputation bias as regards to neutral actions of the money laundering professionals as a way to ward off charges for participating in which is included the lawyer, seeking to safeguard constitutionally their professional activities in order to respect the contradictory and legal defense. In this sense, there is the requirement of compliance duties to the lawyer in defense of his constituent as unconstitutional, since the collision between the state interest in the criminal prosecution, and the lawyer defending his client, should prevail is the last, as a way of ensuring the principles of the contradictory and legal defense.

Keywords: Compliance. Unconstitutionality. Advocacy.

INTRODUÇÃO



O Direito Penal, na atualidade, passa por um processo de expansão, em que o Estado reconhece sua limitação como forma de controle da criminalidade e decide por transferir determinadas responsabilidades ao setor privado por meio dos chamados deveres de *compliance*, os quais consistem, em linhas gerais, em determinados padrões de normas e comportamentos que devem ser observados com o fim de prevenção da criminalidade.

A lei de lavagem de dinheiro, que passou por recente alteração em 2012, prevê o sistema de *compliance*, o qual se estende aos profissionais liberais, entre os quais se discute se se estende ao advogado. O advogado em seu *múnus* possui dever de sigilo no que concerne ao atendimento de seu cliente e sua defesa. Desse modo, tem-se o conflito entre o dever de sigilo dos advogados e os deveres de *compliance* que a lei de lavagem de dinheiro prevê. Não há dúvidas da importância do *compliance* para a prevenção da criminalidade, entretanto esta colide com o papel do advogado, o qual, com observância ao sistema acusatório, possui o papel de defesa dos direitos de seu constituinte.

Assim, o Direito Penal na sociedade de riscos, como é qualificado hoje, assume a função de prevenção de riscos com o fim de proteção de bens jurídicos, todavia, tal fim não pode reduzir as garantias e os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, pois acima do Direito Penal se encontra nossa Carta Magna, a qual deve servir de base para todas as demais normas infraconstitucionais, entre as quais se inclui o Direito Penal.

Desse modo, tendo em vista o conflito existente entre o dever do *compliance officer* de relatar qualquer irregularidade à autoridade competente e o dever (e prerrogativa) do advogado de sigilo profissional, o presente artigo, em uma análise constitucional do Direito Penal busca analisar a constitucionalidade dos deveres de *compliance* no referente a advocacia.

1 SISTEMA DO CRIMINAL COMPLIANCE

Em face da complexidade dos crimes na atualidade, principalmente no que tange ao rastreamento da origem de bens a fim de identificar uma possível natureza delituosa, o direito penal desenvolve novos meios de apurar sua persecução, entre eles o instituto do *Criminal Compliance*.



Criminal Compliance é um termo de raiz inglesa, que seu cerne tem origem do termo *comply*, ou em português, “colaborar”, “executar”, “satisfazer”, “realizar o que foi imposto”. Sugestivo ao significado da terminologia, no direito penal, nada mais é do que a participação ou colaboração das empresas, de iniciativa tanto pública quanto privada, no auxílio à investigação e prevenção de ilícitos.¹ Tal assistência ao Poder Público se dá com a observância às leis que regem a natureza da instituição, como também com a adesão de políticas internas para se evitar práticas ilegais, nesse mesmo sentido:

(...) quando se fala em *compliance*, automaticamente se quer referir aos sistemas de controle internos de uma instituição que permitam esclarecer e dar segurança àquele que se utiliza de ativos econômico-financeiros para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques, não somente à instituição, como também, aos seus clientes, investidores e fornecedores. (BENEDETI, 2014, P. 75)

Em linhas gerais, representa a adoção de, entre outras medidas, transparência às práticas e sistemas corporativos, de modo que venham facilitar a comunicação no caso de suspeita, ou evidência, da utilização da empresa para fins ilícitos, seja por atos praticados por clientes, como por colaboradores, diretores ou demais agentes.

Entre os anos de 1933 e 1950 o governo norte-americano, ciente da utilização de imóveis para mascarar frutos do crime organizado, editou uma série de normas que visavam, principalmente, monitorar, acompanhar e proteger o mercado imobiliário e de títulos, dentre tais medidas, a criação da SEC – *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Troca e Valores Imobiliários).

No ano de 1960, inicia-se a “Era Compliance”. A SEC começa a reclamar a contratação de *Compliance Officers* a fim de que criem procedimentos internos de controle, treinem e capacitem funcionários, com o objetivo de monitorar, auxiliar e supervisionar nas áreas de negociação (BENEDETI, 2014, p. 75).

De modo geral, *compliance officers* são profissionais responsáveis pela implementação, gerência e fiscalização tanto das práticas de *compliance* objetivo, como subjetivo. O primeiro, referente às obrigações imputadas pela Lei às

¹ FEBRABAN. ESTUDO SOBRE A FUNÇÃO DE COMPLIANCE. Disponível em: http://www.febraban.org.br/Acervo1.asp?id_texto=324&id_pagina=81&palavra=compliance Acesso em: 13 jun. 2015



empresas, escritórios e demais órgãos, enquanto o segundo trata-se de estipulações criadas pelos próprios diretores e responsáveis, a fim de garantir a satisfação do texto legal.

Sua função, portanto, jaz desde a elaboração de planos e estratégias, com a finalidade de evitar praticas de ilícitos e diminuir os riscos, até garantir que não haja ações ou omissões por parte de quaisquer dos membros da empresa. Nesse sentido:

Inicialmente, editou-se um pacote de medidas legais. O *bankSecrecyAct* de 1970 passou a exigir dos bancos e de outras instituições financeiras a comunicação das transações em espécie (*cash*) superiores a U\$ 10,000 (dez mil dólares norte-americanos), a serem feitas através dos chamados “CTR” (*CurrencyTransactionReport*). O objetivo dessa legislação era combater a lavagem de dinheiro e outros crimes financeiros, ao exigir das instituições financeiras a criação de “rastros” para o dinheiro (*papertrail*) (CARLI, 2012, P. 86)

O mundo vislumbrou a fragilidade do sistema norte-americano no ano de 1974, quando o caso Watergate veio à tona. O acontecimento consistiu no desmantelamento da artimanha utilizada pelo então presidente Richard Nixon a fim de implantar escutas telefônicas no edifício Watergate, onde se localizava o Comitê Nacional do Partido Democrata, partido de oposição ao de Nixon. Garganta Profunda foi o apelido ao informante do caso, o qual sugeriu que o dinheiro de campanha deveria ser rastreado, que deixaria um “traço”. Anos depois o caso foi aos cinemas no filme “Todos os homens do presidente” (*All the President’s Men*), no qual o delator utiliza a frase “*Follow the Money*” (siga o dinheiro), para que os investigadores desvendassem as fraudes cometidas. A frase utilizada no filme deu origem à expressão conhecida mundialmente na persecução do dinheiro proveniente de ilícitos.

A implementação pelas corporações de sistemas de *Compliance*, em âmbito global, cresceu na medida em que houve um expansionismo do direito penal e, em muitos sistemas jurídicos, uma coerção estatal, a qual se observa no Brasil, em casos de descumprimento com as exigências legais da atuação colaborativa com os órgãos responsáveis. Conforme Carla Veríssimo De Carli, a maior repressão penal aos ilícitos empresariais individuais e coletivos é que vem fazendo com que o “*Criminal Compliance*” se erga como fenômeno mundial e uma tendência nos



organogramas dos modelos empresariais da atualidade (CABETI, 2013, p. 12).

Nesse sentido:

No que diz respeito ao direito penal, a complexidade das relações sociais e os processos de globalização permitiram o surgimento de práticas delitivas transnacionais. Este novo cenário sobre o qual se passou a exigir do direito penal econômico uma nova roupagem de suas categorias como tipo objetivo, dolo, causalidade, concurso de pessoas, etc., também exigiu que fossem objeto de estudo determinados deveres de informação e de atuação sobre certos agentes, quando se tratar de relações de mercado e práticas de transação econômica.²

A adesão, portanto, deixa de ser meramente facultativa e passa a ser obrigatória, tanto pela face normativa, quanto pela imposição de parâmetros internacionais. Desse modo, levando-se em consideração o caráter de muitos delitos na atualidade, para os quais não há limites de fronteiras, a observância do criminal *compliance* apresenta-se como uma tendência empresarial universal. Assim, sua observância emerge a imagem de qualidade e ética corporativa, que é coercitiva não meramente aos diretores das corporações, mas a seus sócios e colaboradores da mesma maneira.

2 CRIMINAL COMPLIANCE NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A partir do século XX, com o crescente advento da globalização, não só as barreiras das comunicações e transportes tomaram caráter transnacional, como também o diâmetro da abrangência dos crimes e suas formas de ocultação.

O crime organizado se utiliza de diversas facetas de modo que venha a mascarar não unicamente seus reais líderes, como sua própria existência. Diante do cenário mundial, de suma importância se faz estudar as formas de prevenção do ilícito.

A criminalização da lavagem de dinheiro busca impedir o aproveitamento dos frutos do crime organizado. O instituto do *Criminal Compliance*, por sua vez, tem caráter preventivo, tange identificar o crime quando esteja em sua fase inicial.

² Gloeckner, Ricardo Jacobsen. CRIMINAL COMPLIANCE, LAVAGEM DE DINHEIRO E O PROCESSO DE RELATIVIZAÇÃO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE: CULTURA DO CONTROLE E POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=15>
Acesso em: 10 jun. 2015.



A Lei de Lavagem de Dinheiro introduziu ao sistema legal brasileiro, de forma modesta, o instituto do *criminal compliance*, ainda em sua versão original, anterior à alteração pela Lei 12.683/2012, na qual o artigo 9º se referia ao dever de agir por parte, unicamente, da pessoa jurídica. Após a alteração legislativa, o dever deixou de ser somente da corporação, expandindo-se às pessoas físicas da mesma forma.

Art. 9º: Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (...)

Assim, os capítulos seguintes tratam sobre as obrigações de *compliance*, propriamente ditas. Tal que os artigos 10 e 10-A então contidos dentro do Capítulo VI, qual é “Da Identificação dos Clientes e Manutenção de Registros” e, posteriormente, os artigos 11 e 11-A, situam-se no Capítulo VII, este sendo “Da Comunicação de Operações Financeiras”, capítulo que trata sobre a informação de atividades suspeitas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e outras ao Banco Central do Brasil (BACEN).

O artigo 10, inciso III, em especial, menciona a criação de institutos internos para a observância à lei. Aqui, pode ser observado, portanto, o gênese do *Compliance* Subjetivo na legislação nacional.

Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

[...]

III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes.

Por conseguinte, o disposto no artigo 12 rege a responsabilidade administrativa nos casos de descumprimento nos dispositivos anteriores.

Não há no texto legal a utilização do termo *Criminal Compliance*, todavia, com base na definição do que consiste o instituto, é perfeitamente visível sua existência ao legislador estabelecer critérios específicos de deveres de informar e de atuar, bem como as pessoas que estão sujeitas a tais obrigações. A repercussão se tornou maior com o advento da Lei 12.846 de 2013, denominada Lei Anticorrupção, que deu maior ênfase ao termo *Compliance*. Nesse caso, porém, estão sujeitas as



empresas que contratam com o Poder Público, ao passo que o *Criminal Compliance*, vigente na Lei 9.613/1998, não distingue entre contratante com a Administração ou não. Nesse sentido:

No Brasil, seu maior exemplo encontra-se na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/12). Essa legislação impõe a informação aos órgãos estatais de controle sobre operações suspeitas de envolverem branqueamento de capitais. Essa imposição constitui uma heteronomia e impede que a autorregulação (autonomia) possa alterar os fins dispostos na lei. As informações e a existência de um sistema de comunicação aos órgãos públicos é compulsória para pessoas físicas e jurídicas elencadas no corpo da legislação (BENEDETTI, p. 26).

A normativa legal impõe, portanto, às empresas que observem determinados parâmetros e obrigações, as quais caso descumpridas, implicam em sanção. O *Criminal Compliance*, contudo, não se limita ao estrito cumprimento do texto da lei, o instituto extrapola a mera observância da lei e adentra ao campo dos regimentos internos empresariais a fim de observar o estrito adimplemento da obrigação legislativa, alguns dos entes legalmente imputados ao *compliance* estabelecem, ainda, normas internas ou regimentos internos, ainda mais estritos e articulados, os quais visam exercer função coercitiva ao colaborador que tenha a possibilidade de permitir o ilícito com sua ação ou omissão. Assim, explica Gloeckner:

O instituto do Compliance pode ser dividido em dois campos de atuação: um, de ordem subjetiva, que compreende regulamentos internos, como a implementação de boas práticas dentro e fora da empresa e a aplicação de mecanismos em conformidade com a legislação pertinente à sua área de atuação, visando prevenir ou minimizar riscos e práticas ilícitas e a melhoria do seu relacionamento com clientes e fornecedores. O outro campo de atuação é de ordem objetiva, obrigado por Lei, como é o caso dos citados arts. 10 e 11 da Lei 9.613/98 (BENEDETTI, p. 82).

Consideram-se, portanto, duas divisões do instituto, aquela impositiva a todos os entes regulados pela Lei, a qual permite a denominação de *Compliance Externo*, ou Objetivo, e normas de caráter interno aos membros das empresas, o *Compliance Interno*, ou Subjetivo.

A finalidade, de tal forma, do segundo é senão a observância integral do primeiro. Um subsiste em detrimento do outro. São normas minuciosas, as quais podem ser estipuladas pelos dirigentes pela busca de contornar a possibilidade de fraude ou descumprimento do compêndio legal. Assim, dispõe Benedetti:

VI Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da Universidade Estadual de Londrina
“Estado liberal e intervenção nas atividades empresariais e pessoais”



No âmbito subjetivo há uma imposição ético-legal implícita, podendo optar a empresa em aplicar, ou não, o instituto Compliance; já na faceta objetiva, o Compliance é exigência legislativa que alcança tanto as pessoas quanto as suas obrigações, bem como a instruções para o seu cumprimento. Vale dizer que, em ambos os casos, tem-se como premissa o caráter preventivo de ilícitos (BENEDETTI, p. 80).

Pode-se dizer, portanto, que o *Compliance* Subjetivo não se trata de uma regra impositiva ou obrigatória às sociedades empresárias, contudo, em vista de seu caráter preventivo, mostra-se eficaz à certeza do cumprimento do *Compliance* Objetivo. A fim de frustrar a ocorrência do ilícito são incorporados um conjunto de disciplinas, normas, políticas e regulamentos internos como ferramenta essencial a lograr êxito, as quais concorrem com as normas do ordenamento brasileiro, em busca de detectar ilícitos (BENEDETTI, p. 80).

Emerge a necessidade, segundo Benedetti, do Compliance Subjetivo, logo, em virtude dos novos riscos e ameaças os quais afrontam a atividade empresarial na atualidade. Tais afrontas excedem o domínio do risco financeiro somente e adentra ao campo normativo-legal.

Em síntese, *Compliance* trás uma nova perspectiva à persecução criminal, a qual deixa de ser dever exclusivo do Estado e estende-se como obrigação ao particular.

3 CONSTITUCIONALIDADE DOS DEVERES DE COMPLIANCE NA ADVOCACIA

Com a alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro, advinda pela Lei 12.683/2012, o advogado passou a ocupar posição de garante frente à prevenção ao crime de lavagem de dinheiro, visto que embora não haja previsão expressa o profissional se enquadra na disposição do art. 9º, inc. XIV, devendo, desse modo, cumprir as regras de *compliance* dos art. 10 e 11 da mencionada lei.

Desta forma, o advogado ao atender ao cliente, em face das regras de *compliance* que o orientarão, sabendo, por meio de sua profissão, de atividade suspeita ou da ocorrência do ilícito, deve informar ao Conselho de Controle de



Atividades Financeiras (COAF). Como esclarece Rodrigo de Grandis³, tal determinação foi influenciada pelo contexto normativo vigente no plano internacional, pois dado o caráter transnacional do crime de lavagem de dinheiro pouco resultado surtiria em sua persecução se inexistisse um esforço conjunto dos países em sua prevenção. No âmbito da Comunidade Europeia, entretanto, a Diretiva 2001/97, emitida pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho Europeu, isenta, de plano, os profissionais forenses independentes, incluindo-se nestes o advogado. A diretiva excepciona tal previsão, entretanto, em seu Item 17, no caso em que o advogado participa diretamente no crime de lavagem de dinheiro, assim está disposto:

(...) sempre que membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica, legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, determinem a situação jurídica de um cliente ou representem um cliente no âmbito de um processo judicial, não seria adequado, ao abrigo da directiva, impor a esses profissionais forenses, a respeito dessas actividades, uma obrigação de notificarem as suas suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais. **Há que exonerar de qualquer obrigação de declaração as informações obtidas antes, durante ou depois do processo judicial, ou no processo de determinação da situação jurídica por conta do cliente. Por conseguinte, a consulta jurídica permanece sujeita à obrigação de segredo profissional, excepto se o consultor jurídico participar em actividades de branqueamento de capitais, se a consulta jurídica for prestada para efeitos de branqueamento de capitais ou se o advogado souber que o cliente pede aconselhamento jurídico para efeitos de branqueamento de capitais.** (DIRETIVA 2001/97) (grifo nosso)

Em análise à luz da teoria da imputação objetiva, se o advogado se ocupar apenas de exercer sua atividade com fiel proteção às normas que norteiam sua profissão, seguindo todas as prescrições legais, o que decorrer disso, na concepção de Jakobs, não será responsabilidade do profissional. Por outro lado, se o advogado viola o seu papel passando a exercer a atividade em conjunto com o cliente será caso de participação, hipótese em que o advogado foge completamente da observância de seu papel social.

No caso das obrigações impostas pela lei de comunicar atividades suspeitas ao órgão competente (COAF), em um viés da imputação objetiva concebida por

³ GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de "lavagem" de dinheiro. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf> Acesso em: 23 mar. 2015.



Jakobs, intenções e conhecimentos de quem realiza a contribuição são, nesse aspecto, irrelevantes, pois quem realiza algo dentro do socialmente adequado não responde independentemente de seu conhecimento. O que é diferente da participação, pois na participação, de fato, se o advogado contribui na realização do crime será partícipe deste, mas o mero conhecimento não o obriga a evitar o crime.

Pode ser que o conhecimento do crime pelo advogado e o seu consequente, não fazer algo a respeito, possa favorecer para a ocorrência do crime, mas o favorecer psíquico não gera responsabilidade, apenas no caso do favorecimento que se converte no próprio delito interveniente haverá imputação, nos demais casos haverá adequação social da conduta, segundo Gunther Jakobs (JAKOBS, p. 67-68)

Na Alemanha, em julgamento mencionado por José Danilo Tavares Lobo, advogados criminalistas que receberam honorários sabendo de sua origem ilícita foram punidos não sendo acolhida a tese defensiva de ambos, como pode se analisar a seguir:

(...) no acórdão 2StR 513/00, de 04.07.2001, que tratou do julgamento de recurso de revisão contra condenação proferida pelo Tribunal Regional de Frankfurt de um par de advogados que recebera honorários advocatícios sabendo de sua origem ilícita, o Supremo Tribunal Federal alemão (BGH) recusou as teses defensivas que argumentavam, fundamentalmente, em favor de uma interpretação restritiva do tipo de lavagem com base na adequação social e do reconhecimento de causa de justificação aplicável ao exercício da advocacia. O BGH expressou que, ao invés de garantir uma exceção aos advogados criminais, à lei, ao regular o crime de lavagem de dinheiro, buscou isolar o autor do crime antecedente. Contra esse entendimento, os condenados recorreram ao Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG). No julgamento das reclamações constitucionais 2.BvR-1520/01–2.BvR1521/01, a 2.^a Turma do BVerfG declarou que a punição do advogado pelo crime de lavagem de dinheiro é compatível com a Lei Fundamental alemã quando há o recebimento de honorários conhecendo-se de sua origem ilícita e assentou, também, a obrigação, desde a fase de investigação, dos órgãos de persecução criminal e dos Tribunais de verificarem a especial posição do advogado criminal diante da normativa do crime de lavagem.⁴

Jakobs, desse modo, adota como critério quanto à cumplicidade nas ações neutras o cumprimento do papel social do sujeito, o qual, como percebido no julgado

⁴ LOBO, José Danilo Tavares. Notas acerca do problema: advocacia e lavagem de dinheiro. Disponível

em: <http://www.academia.edu/6849533/Notas_acerca_do_problema_advocacia_e_lavagem_de_dinheiro> Acesso em: 22 mar. 2015.

VI Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da Universidade Estadual de Londrina
“Estado liberal e intervenção nas atividades empresariais e pessoais”



alemão, é um critério não muito aceito. Luís Greco, por outro lado, entende que o critério a ser adotado deve ser o da *idoneidade da proibição para melhorar a situação do bem jurídico*, o qual dispõe que os riscos criados por ações de cumplicidade só serão juridicamente desaprovados se essa ação dificultar de algum modo à prática do ilícito. Em outras palavras, se o autor puder conseguir a contribuição de outra fonte sem precisar revelar seu plano e sem que isso dificulte a lesão ao bem jurídico não haverá risco proibido ao advogado. Desse modo, com base no critério de Luís Greco, no julgado exposto acima o advogado poderia, em primeira análise, dificultar o delito comunicando a ocorrência do ilícito, no entanto, o cliente poderia obter o mesmo resultado consultando outro advogado e não lhe confidenciando a origem ilícita do dinheiro. Em linhas gerais, como o cliente pode realizar o crime de lavagem de dinheiro com a contribuição obtida de outro modo não existirá risco proibido por parte do advogado ao exercer sua função, na posição de Luís Greco (GRECO, p. 81).

Há um terceiro critério que considera o dever de solidariedade, baseado no pensamento sociológico de Émile Durkheim. Segundo essa corrente, a participação criminal pode ser analisada em dois limites: máximo, ou para cima, e mínimo, ou para baixo. No máximo, analisar-se-á a diferença entre autoria e participação, enquanto que no mínimo, analisar-se-á a fronteira entre participação e impunidade.⁵ Sendo que as ações neutras se inserem neste segundo limite, o mínimo. De modo que a solução apresentada, pelo critério do dever de solidariedade, consiste na aplicação da teoria do ataque acessório ao bem jurídico protegido, consistindo na máxima de que o desvalor da ação está na falta da solidariedade, ou seja, “no agir ou omitir de modo a permitir que o resultado seja evitado de alguma maneira”⁶, sendo esse o elemento de coesão da sociedade.

No Brasil, há grande empenho entre os advogados e doutrinadores na tese defensiva de que se trataria o papel do advogado de ação neutra no âmbito da realização do crime pelo cliente. Aderindo, desse modo, ao critério proposto por Luís Greco. Corroborando esse entendimento Heloisa Estellita afirma que “uma das formas de afastar a imputação objetiva da lavagem ao advogado nesses casos é

⁵ RASSI, João Daniel. Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=12&Itemid=77&lang=pt-br&filtro=joao%20daniel%20rassi> Acesso em: 23 mar. 2015.

⁶ RASSI, João Daniel. Ibid idem.



estabelecer o mais claramente possível o âmbito do risco permitido”⁷, pois as determinações estabelecidas pela lei de lavagem são ações neutras inerentes à advocacia, ou seja, rotineiras, mas que podem influir em participação no crime de outrem.

Desse modo, a obrigatoriedade de certos deveres ao advogado, no que concerne ao conhecimento de ilícito quando do atendimento de seu cliente, colide com seu dever de sigilo. Sendo que o artigo 133 da Constituição Federal prevê que o advogado é indispensável à administração da justiça e inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Nesse sentido, o advogado que atua na defesa de seu constituinte não pode ser obrigado a comunicar os fatos que tomou conhecimento em sua atuação. Conforme disse Nilo Batista:

Um advogado não pode ser compelido a prestar declarações sobre seu cliente, assim como um psicanalista ou confessor têm que manter sigilo sobre as confissões que ouve. Só na Alemanha nazista e no Brasil contemporâneo, há policiais que querem isso.⁸

Assim, sob a ótica da teoria da imputação objetiva, o advogado possui ação neutra quando conhece de fatos na defesa de seu constituinte não devendo haver imputação de crime por observância aos direitos e garantias inerentes a sua atividade profissional. Não fosse assim, não existiria mais defesa.

Nesse sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs em 2012 a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4841, a qual tem por objetivo declarar a inconstitucionalidade dos deveres de *compliance* impostos aos advogados pela lei de lavagem de dinheiro, a ADIN teve o seguinte relatório:

Papel Institucional da Ordem dos Advogados do Brasil na defesa dos Advogados Brasileiros. **Dever de Sigilo que protege os advogados e, principalmente, a sociedade**, por ser garantia essencial ao direito de defesa de todos os cidadãos. A democracia requer que o direito de defesa de seus cidadãos seja sempre prestigiado. **Dever de sigilo é inerente à profissão de advogado e está resguardado pela Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal, Código de Processo Civil e Estatuto do Advogado, Lei**

⁷ ESTELLITA, Heloisa. Lavagem de Capitais, exercício da advocacia e riscos. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagem-capitais-exercicio-advocacia-risco>> Acesso em: 23 mar. 2015.

⁸ O DEVER DE SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO. Disponível em: <<https://www.jfn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina440-O-DEVER-DE-SIGILO-PROFISSIONAL-DO-ADVOGADO.pdf>> Acesso em: 10 mai 2015.

VI Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da Universidade Estadual de Londrina
“Estado liberal e intervenção nas atividades empresariais e pessoais”



Federal 8.906/94. Cabimento e pertinência de ação direta de inconstitucionalidade para, dando interpretação conforme aos dispositivos da nova Lei de Lavagem, **declarar a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que estenda aos advogados as obrigações contidas na Lei 9.683/12 impondo-lhes o dever de delatar seus clientes ou de expor informações que tenha tomado conhecimento no exercício da advocacia judicial, consultiva ou de arbitragem.** (grifo nosso)

A Procuradoria-Geral da República enviou parecer ao Supremo Tribunal Federal defendendo a constitucionalidade das obrigações de *compliance* aos advogados, sob o argumento de que tal imposição não ofende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A ADIN tem como Relator o Ministro Celso de Mello e ainda esta aguardando para julgamento, o qual será de incomensurável importância, já que, se improcedente, inegáveis direitos estarão sendo violados.

O dever de sigilo é inerente à atividade da advocacia e exigir do advogado que quebre esse dever é na própria prevenção se criar um ilícito. O sistema de *compliance* é por deveras positivo, porém inconciliável com a advocacia.

CONCLUSÃO

Em face ao desenvolvimento dos crimes na atualidade, o Direito Penal busca novas estratégias a fim de proteger, a todo custo, o bem juridicamente tutelado. A Lei de lavagem de Dinheiro, com as alterações imputadas pela Lei 12.683/2012, traz maior amplitude ao instituto do *criminal compliance* que, por sua vez, é mais uma dinâmica garantista frente a persecução criminal com tendência global de aplicabilidade, quanto mais ao se tratar de delitos financeiros com traços transnacionais.

A investigação, contudo, não pode ofender princípios basilares do sistema jurídico brasileiro. A exigência de que advogados estejam sujeitos às normas de *compliance* implica em uma quebra do elo fundamental de confiança entre cliente e profissional, abalando de forma geral todo o sistema jurídico, visto que desestabiliza a igualdade entre as partes.

Ademais, a função da advocacia, conforme previsto no artigo 133 da Constituição Federal, é indispensável à administração da justiça, ou seja, impor o dever ao causídico de informar dados e atos de seu cliente, é desestruturar a tudo quanto se conceba no conceito de Justiça. Configurando-se tal ato em cerceamento



de defesa, ferindo a proporcionalidade e razoabilidade do *mister* da advocacia, sendo, por isso, inconstitucional.

REFERÊNCIAS

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**: Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BRASIL. **DIRETIVA 2001/97**. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001L0097>> Acesso em: 23 mar. 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **“Criminal compliance” e a ética empresarial**: novos desafios do direito penal econômico. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CASTRO, Rafael Guedes de, ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. **CRIMINAL COMPLIANCE**: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=207> Acesso em: 10 jun. 2015.

ESTELLITA, Heloisa. **Lavagem de Capitais, exercício da advocacia e riscos**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagem-capitais-exercicio-advocacia-risco>> Acesso em: 23 mar. 2015.

FEBRABAN. **ESTUDO SOBRE A FUNÇÃO DE COMPLIANCE**. Disponível em: http://www.febraban.org.br/Acervo1.asp?id_texto=324&id_pagina=81&palavra=compliance Acesso em: 13 jun. 2015

Gloeckner, Ricardo Jacobsen. **CRIMINAL COMPLIANCE, LAVAGEM DE DINHEIRO E O PROCESSO DE RELATIVIZAÇÃO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE: CULTURA DO CONTROLE E POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=15> Acesso em: 10 jun. 2015.

GRANDIS, Rodrigo de. **Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf> Acesso em: 23 mar. 2015.

JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no direito penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

LOBO, José Danilo Tavares. **Notas acerca do problema: advocacia e lavagem de dinheiro**. Disponível em: <



http://www.academia.edu/6849533/Notas_acerca_do_problema_advocacia_e_lavagem_de_dinheiro> Acesso em: 22 mar. 2015.

RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro.** Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em:

<http://www.teses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=12&Itemid=77&lang=pt-br&filtro=joao%20danil%20rassi> Acesso em: 23 mar. 2015.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O DEVER DE SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO.** Disponível em:

<<https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina440-O-DEVER-DE-SIGILO-PROFISSIONAL-DO-ADVOGADO.pdf>> Acesso em: 10 mai 2015.



POLÍTICA DISTRIBUTIVA: O PAPEL DO ESTADO NA JUSTIÇA FISCAL E SEUS LIMITES

DISTRIBUTIVE POLITICS: THE STATE'S ROLE IN FISCAL JUSTICE AND ITS LIMITS

FABIANO MACHADO GAGLIARDI
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR
E-mail: fmgagliardi@hotmail.com

RESUMO: Apesar de sua premissa social, a justiça distributiva em nosso ordenamento legal apesar configura-se como elemento coercitivo no direito, por meio da imposição ao pagamento de tributos, como meio de gerar recursos financeiros ao Estado, que por sua vez, é obrigado a executar políticas públicas, suprindo de forma eficaz as necessidades fundamentais da coletividade, mantendo o equilíbrio social. Apesar da inexistência de normas específicas que impõe limites claros ao poder de tributar do Estado, tem se observado um crescente interesse jurídico e doutrinário, no sentido de fortalecer os direitos fundamentais dos Contribuintes, protegendo-os contra a voracidade do Fisco. Todavia, tal evolução ainda se encontra modesta, em razão de nossa configuração política de cunho intervencionista, agravada pela redução da atividade econômica do país, e conseqüente diminuição nas arrecadações de recursos pelo Estado, configurando assim, um ambiente político-social supressor dos direitos dos contribuintes.

Palavras-chave: Política Distributiva. Solidariedade. Limitação Tributária.

ABSTRACT: The legal position of the taxpayer in our legal system ultimately encompass primarily a social perspective, which imposes the duty of citizens to contribute to the common good, in order to promote distributive justice. On the other hand, under a legal viewpoint, the taxpayer's obligation to maintain and sustain this social equilibrium appears as coercive element in the right deriving from imposing the payment of taxes. Despite the Taxpayer Statute still have been promulgated, is already under discussion, especially regarding the applicability of its main principles, on which has been growing legal and doctrinal interest, in order to strengthen the fundamental rights of Contributors. However, such a development is still slow because of our interventionist nature of policy setting, aggravated by reduced economic activity in the country, and the consequent decrease in collections of the State resources, setting thus a political and social environment suppressing the rights of taxpayers.

Keywords: Distributive politics. Solidarity. Tributary limitation.

INTRODUÇÃO

Partindo de um prisma ideológico, a Política Distributiva se caracteriza propriamente pela repartição “justa” dos custos e benefícios entes os indivíduos que englobam a sociedade, contribuindo para se manter o equilíbrio social da coletividade.

No âmbito do Direito Tributário, tal configuração impõe a necessidade do Estado desenvolver mecanismos fiscais arrecadatários, capazes de sustentar esse equilíbrio social, ai surgindo a figura dos tributos.

Nesse contexto, a concepção de justiça fiscal e solidariedade se fundem, em razão de suas premissas solidárias, resultando na necessidade de imposição ao pagamento compulsório de Tributos, como geração da principal fonte de renda de recursos financeiros ao Estado, que por sua vez, é obrigado a executar políticas públicas, suprindo de forma eficaz as necessidades fundamentais da coletividade.

O incremento dessa política distributiva, conforme preleciona Carlos Alberto Longo e Roberto Luis Troster, consiste em ajustamentos no perfil da distribuição de renda na sociedade:

A distribuição de renda depende da produtividade do trabalho e dos demais fatores de produção dados pelo mercado. A distribuição de renda entre indivíduos, portanto, dependerá neste caso somente da oferta de seus fatores e do preço que eles atingem no mercado (LONGO; TROSTER, 1993, p. 97).

Por conseguinte, onera-se primeiramente a parte mais bem provida da população, para então redirecionar tais recursos às classes menos afortunadas da sociedade. Por outro prisma, essa política distributiva também pode se concretizar por meio de uma desoneração fiscal de determinada região territorial, com o intuito de desenvolver economicamente determinado segmento ou localidade, na forma de incentivos fiscais, como um instrumento de sujeição de um resultado igualitário, frente a condições desiguais.

Paralelamente a esta problemática, tal sistematização acaba também por gerar uma vinculação compulsória, através da imposição do pagamento de tributos pelos cidadãos, como forma de se suprir as necessidades da sociedade, surgindo a figura do contribuinte e do Fisco.

Por já nascer dentro de um ambiente compulsório, essa relação entre o Fisco e o Contribuinte originalmente se torna originalmente conflituosa, sendo



necessária a tutela de um ordenamento legal, a fim de coibir os excessos e impor limites ao poder de tributar do Estado.

Atualmente, o controle sobre os limites do Fisco são exercidos de forma ampla e abstrata, tendo como pedra fundamental a Constituição brasileira que, ao tutelar os Direitos fundamentais dos indivíduos, impõem Direitos aos contribuintes, bem como também impõe o cumprimento de deveres fiscais.

Apesar do aspecto social dos tributos, não se pode admitir que a relação contribuinte x fisco possa ser carregada apenas por uma imposição estatal e sua mera sujeição, ao contrário, necessário se faz também, a configuração do contribuinte como um sujeito de direitos, notadamente quanto a proteção de seus direitos fundamentais, mesmo que para isso, seja necessário limitar o poder tributante sobre ele.

Nestas condições, sob a ótica sociológica, o presente trabalho busca discorrer preliminarmente sobre a efetividade da realização da uma política distributiva estatal, porém traçando pequenos paralelos no sentido da preservação dos direitos fundamentais do contribuinte.

1 DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

A solidariedade decorre da ideia de que todos os cidadãos são responsáveis pela estruturação da sociedade a que pertence, contribuinte para que todos possam usufruir de uma vida digna, cuja concretização, depende obviamente de um financiamento público, que por sua vez, advém da contribuição, mesmo que personalizada, de todos os indivíduos.

Evidentemente, a questão da solidariedade social vem se tornando cada vez mais pragmática, pois atualmente há a necessidade crescente de uma ampliação do processo de inclusão social e respeito à dignidade da pessoa humana, sendo preceitos cada vez mais em foco aos anseios da sociedade moderna.

Nesse sentido, axiologicamente a solidariedade social se traduz na ideia de fraternidade, consistindo na conscientização de cada indivíduo quanto a sua responsabilidade para manutenção da coletividade, com foco nas necessidades individuais de cada membro.



No Direito Tributário, a efetivação dessa “solidariedade” se torna ainda mais concreta, pois é através da arrecadação compulsória fiscal que, a contribuição de cada indivíduo se projeta como um dever fundamental comum, ao lado dos deveres de prestar os serviços militar, compor o júri e servir à justiça eleitoral, etc.

Por sua vez, dever de pagar os tributos, tais quais os demais deveres impostos aos indivíduos suficientes capazes financeiramente, acaba por ser tutelado pelos mesmos princípios constitucionais inerentes aos direitos fundamentais, os quais garantem ao pagamento dos tributos, a devida contraprestação por parte do Estado, mesmo que não individualizada, garantindo a prestação de serviços públicos essenciais à manutenção digna da sociedade.

Essa contraprestação, não individualizada e independente do pagamento do tributo, deve ser igualitária, ou seja, a mesma para aqueles que possuam maior capacidade contributiva, bem como para aqueles menos abastados socialmente. Dai surge a ideia de solidariedade social que, se transmuta na forma de justiça distributiva, impondo que a carga tributária recaia com maior voracidade sobre os mais ricos, enquanto que, aos mais pobres tenha garantido uma menor incidência, chegando até mesmo a dispensar àqueles que estiverem abaixo do nível mínimo de sobrevivência.

Essa faceta de justiça fiscal distributiva pode ser entendida como uma redistribuição justa dos custos e benefícios entre os indivíduos, sacrifícios e recompensas, que no âmbito tributário se trata na forma da capacidade econômica de contribuir mediante o pagamento de impostos, cujo sacrifício acaba por ser suportado por quem tem maior capacidade.

A grande problemática da matéria se encontra na efetividade dessa política fiscal distributiva. Em razão da ausência de mecanismos expressos em nosso ordenamento quanto a efetivação do princípio da solidariedade social, alguns meios alternativos assumem especial importância para a concretização das atividades de interesse público, como por exemplo a utilização da extrafiscalidade.

Nesse sentido, Flávio Azambuja Berti, destaca que:

(...) a extrafiscalidade é corolário do Estado Social e tem por missão criar condições para que o Poder Público tenha facilitada a sua tarefa de preservar alguns valores que são muito caros à sociedade, cuja realização é de fundamental importância, sobretudo com forma de satisfazer ao interesse público que sempre deve preponderar sobre o



interesse privado. Tal escopo é o fim do Estado e também o meio para o desenvolvimento efetivo de um Estado de Direito que realize (sic) a justiça fiscal. (...) Evidentemente, há parâmetros para a realização destes fins, todos muito bem definidos na Constituição, geralmente sob a forma de enunciados conhecidos como “Princípios Constitucionais Tributários” ou “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”. (...) **Desta forma, é possível afirmar que a extrafiscalidade foi objetivada pelo legislador constituinte, tanto que o mesmo previu regras específicas para estimular seu uso, contudo sempre guardados o respeito e a adequação ao Sistema Tributário como um todo** (BERTI, 2004, p. 99). (grifo nosso).

Por outro lado, há que se tomar muito cuidado com a utilização da extrafiscalidade na busca da efetivação da solidariedade social, posto que sua utilização não possui regramento claro, o que acaba por conceder aos entes federativos aplicadores, autonomia para oferecer melhores vantagens a determinado setor empresarial privado, conforme lhe convém, distanciando-se totalmente do objetivo a ser alcançado pelo princípio da solidariedade.

Em que pese as divergências quanto aos mecanismos utilizados para se efetivar a solidariedade social, o ponto convergente desse princípio é que, por meio dele, o Estado justifica sua atividade tributante, como meio de angariar os recursos necessários à implementação de suas funções.

Assim, a solidariedade social representa o vínculo que une todos os cidadãos na condição de responsáveis pela manutenção do coletivo, enquanto que, ao Estado resta a responsabilidade pelo adimplemento das necessidades individuais e coletivas de todos os seus membros, cuja coexistência é imposta por nosso ordenamento legal e infra-legal, como forma de se atingir uma justiça distributiva harmoniosa.

2 A GARANTIA AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Concebido como um Direito pré-constitucional, não expressamente positivado na Carta Magna, porém, implícito no art 3º, III, o mínimo existencial se configura como sendo um dos principais objetivos da República Federativa do Brasil, como por exemplo, a erradicação da pobreza e da marginalização, ou mesmo, no âmbito tributário, as normas que preveem as imunidades tributárias.



Buscando uma análise especificamente tributária sobre o assunto, a concepção de mínimo existencial há de ser examinada sob a ótica constitucional, onde exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos não de ser assegurados, como um núcleo mínimo de direitos a tutelar a possibilidade de uma existência digna.

Dentre esses direitos, cabe destacarmos os de cunho constitucional, como os direitos sociais e individuais, o bem-estar e a justiça, bem como em alguns dispositivos da Constituição, por exemplo, no artigo 1º, incisos II e III; no artigo 3º, incisos I e III; no artigo 5º, caput e incisos XXXIV e alíneas, XXXV, LXXIV, LXXVI e alíneas, e LXXVII; no artigo 6º; no artigo 7º, inciso IV; no artigo 150, inciso VI, alínea "c"; no artigo 170; e no artigo 225, e principalmente o princípio da capacidade contributiva, que está previsto no artigo 145, § 1º.

Conforme se observa, o legislador constituinte em vez de regular, direta e indiretamente, determinados interesses, limitou-se a delinear os princípios para serem cumpridos pelos órgãos legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos, objetivando a realização dos fins sociais do Estado e assegurando as garantias fundamentais dos cidadãos.

Conforme preleciona Ricardo Torres Lobo, em sua obra, os Direitos humanos e a Tributação:

A imunidade do mínimo existencial se situa aquém da capacidade contributiva, da mesma forma que a proibição de confisco veda a incidência além da aptidão de pagar. Em outras palavras, a capacidade contributiva começa além do mínimo necessário à existência humana digna e termina aquém do limite destruidor da propriedade (sic). As condições iniciais de liberdade e intributabilidade do mínimo vital, por conseguinte, coincidem com a não-capacidade contributiva, que é a face negativa do princípio que na Constituição aparece positivamente.

(...)

O mínimo existencial é direito subjetivo protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais (TORRES, 1995, p. 138-139). (grifo nosso)

Na visão ainda de Ricardo Lobo Torres (1995, p. 138), o mínimo existencial encontra na capacidade contributiva o seu balizamento e jamais o seu fundamento. Participam ambos da mesma equação de valores, em contraponto com a interação existente entre liberdade e justiça, ideias nas quais estão imbricados.



No mesmo passo, Elcio Fonseca Reis, destaca que:

Assim, a tributação deverá levar em conta que a Constituição assegura a todos um tratamento digno (art. 1º, inciso III), o que será concedido através de política social intervencionista, ou melhor, o Estado se obriga a propiciar a todos uma existência digna, com saúde, educação, habitação etc., tudo aquilo que for necessário para uma sobrevivência com dignidade.

O respeito à dignidade do ser humano acarreta a intributabilidade do chamado mínimo existencial, porquanto (sic) o mínimo existencial seria o limite mínimo da ausência de capacidade contributiva. Em outras palavras, a renda auferida e consumida com os gastos necessários para uma vida digna não é manifestação de capacidade contributiva, está aquém desta, não podendo, portanto, ser tributada. (...) De fato, o art. 7º, inciso IV da Carta Magna, que estipula como direito do trabalhador a obtenção de um salário mínimo que seja adequado a manutenção de uma vida com dignidade (sic), porquanto este deverá atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, notadamente aquelas atinentes a: moradia, educação, alimentação, saúde, lazer, vestuário, transporte, previdência social. (...)

Assim, dentro do quadro constitucional todas as despesas que estejam vinculadas a essas necessidades vitais, em tese, deverão ser deduzidas da renda auferida pelas pessoas físicas, porquanto não são manifestação de riqueza nova, estão fora da capacidade contributiva (REIS, 2001, p. 35; 37-38).

Nestas condições, prossegue a sua ideia Elcio Fonseca Reis (2001, p. 35; 37-38) no sentido de que o mínimo existencial por se tratar de direito fundamental garantido constitucionalmente, tem sua existência não vinculada diretamente em lei, posto que trata-se de princípio ligado à ideia de liberdade, enquanto que os direitos econômicos e sociais estão vinculados à justiça.

Isto posto, a efetividade de tal princípio acaba por ser o grande desafio enfrentado atualmente pelo Estado, por padecer de mecanismos específicos garantidores de sua aplicabilidade que, no plano concreto dos direitos fundamentais carecem de efetividade devido não só pela ausência, mas também em face de equivocadas políticas públicas sociais instituídas.

Conforme já abordado no capítulo anterior, no campo Tributário a extrafiscalidade vem sendo utilizada como uma alternativa a essa ausência, no sentido de viabilizar diretamente a efetividade ao acesso à saúde, à educação, à moradia, etc., porém para sua concreta implementação, ainda dependente de uma atuação estatal específica, através de prestações positivas concretas, buscando



diminuir as desigualdades e assegurando um processo crescente de resgate da cidadania.

A efetividade dessa garantia mínima ao indivíduo vem sendo objeto crescente de entendimentos emanados pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de balizar limites ao poder de tributar do Estado, impondo o exercício de garantias constitucionais mínimas aos contribuintes, bem como, autorizando a instituição de imunidades e incentivos fiscais aos de menor capacidade, como forma de assegurar o exercício do mínimo existencial a todos os indivíduos, bem como aos setores econômicos menos favorecidos.

3 DO LIMITE AO PODER DE TRIBUTAR

Decorrente das premissas Solidárias, mas principalmente das garantidoras provenientes da efetividade do mínimo existencial, o exercício dos Direitos fundamentais no âmbito tributário se concretiza através da sistematização de garantias legais destinadas ao contribuinte, mesmo diante da ausência de regramentos expressos e específicos nesse sentido.

Em que pese a inexistência de mecanismos expressos para se alcançar a efetividade de tais garantias mínimas ao contribuinte, observe-se que na Constituição Federal de 1988 há uma grande quantidade de Direitos à serem aplicados contra a imposição de excessos de tributação, assegurando ao contribuinte que este permaneça com um mínimo necessário a uma subsistência digna, no que diz respeito a concepção emanada constitucionalmente.

Todavia, em que pese eventual “proteção”, no curso da ocorrência de muitas situações práticas quando analisadas sob a ótica positivista Tributária, o Fisco, na qualidade de representante arrecadador do Estado, sempre é colocado em uma posição privilegiada em relação ao contribuinte, gerando um desequilíbrio nessa relação jurídica tributária.

Tal favorecimento surge quando há a necessidade de uma análise e reconhecimento de tais garantias, seja a nível de contencioso administrativo ou mesmo judicial, reconhecendo maior grau hierárquico aos atos normativos secundários do Estado, como nas instruções normativas e os decretos, ao invés de reconhecer a supremacia constitucional garantidora dos direitos do contribuinte.



Nesse sentido, destaca-se a necessidade de se instituir um instrumento legal específico, com coexistência harmoniosamente com a Constituição Federal e ao Código Tributário Nacional, capaz de reunir e disponibilizar especificamente os direitos do Contribuinte, garantindo um certo “equilíbrio” na relação tributária, com a supressão do poder de Tributar do Estado.

Agostinho Toffoli Tavoraro (2004, *online*) aponta para a necessidade brasileira de promulgação de um Estatuto do Contribuinte em nível nacional, que corporifique os anseios da Constituição e que possibilite o trato do contribuinte como cidadão e não mais como súdito.

Alguns esforços já foram observados em nosso positivismo pátrio. Nesse sentido, há de se destacar que, tramita o Projeto de Lei Complementar n. 646 de 1999 no Senado Federal, de autoria do Senador Jorge Bornhausen, cuja finalidade seria instituir o Código de Defesa do Contribuinte, mas que atualmente se encontra arquivado em razão da previsão contida no art. 332, § 1º, do Regimento Interno do Senado Federal. Vejamos:

Art. 32 (...)

§ 1º: Será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta dias) após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado.

(...)

No mesmo passo, na Câmara dos Deputados, ainda está em trâmite o Projeto de Lei Complementar n.º 38 de 2007, de autoria do Deputado Federal Sandro Mabel, onde a ementa revela que estabelece normas gerais em matéria de direitos, deveres e garantias aplicáveis à relação entre contribuintes e administração fazendária e dá outras providências.

Ademias, alguns Estados brasileiros se anteciparam quanto a formação de um Estatuto do contribuinte a nível Estadual, possuindo sua aplicabilidade restrita a seu Estado de origem, como é o caso da Lei n. 13.515/2000, que estabeleceu o Código de Defesa do Contribuinte do Estado de Minas Gerais e a Lei Complementar n. 939/2003, que instituiu o Código de Direitos, Garantias e Obrigações do Contribuinte no Estado de São Paulo.



Por conseguinte, diante da inexistência regulamentar de um Estatuto do contribuinte nacional, resta os nossos Tribunais a análise e apreço das garantias fundamentais dos contribuintes. Porém, o que se tem observado é que, o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião das premissas constitucionais, vem se posicionando contrariamente aos contribuintes, se eximindo de apreciar tais direitos, alegando que ao Poder Judiciário não foi atribuída competência para criação de normas gerais diferentes das que foram instituídas pelo Poder Legislativo (tese do legislador negativo).

Nesse sentido, observa-se o julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 896, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 75, de 20.05.93 (artigo 270 e seus pars. 1º e 2º, bem como as expressões "não alcançados pelo artigo anterior" constantes do "caput" do artigo 271). Não só a Corte esta restrita a examinar os dispositivos ou expressões deles cuja inconstitucionalidade for arguida, mas também não pode ela declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo. Em consequência, se uma das alternativas necessárias ao julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade (a da procedência dessa ação) não pode ser acolhida por esta Corte, por não poder ela atuar como legislador positivo, o pedido de declaração de inconstitucionalidade como posto não atende a uma das condições da ação direta que é a da sua possibilidade jurídica. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1993).

Por vezes o Supremo Tribunal Federal, acaba por contrariar sua finalidade maior, ou seja, guardar as garantias constitucionais, reconhecendo situações que manifestamente violam as premissas constitucionais básicas, tais como o princípio da reserva legal, anterioridade, etc, conforme se observa no o julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1851, cuja Relator Ministro Ilmar Galvão, tutela a Emenda Constitucional n. 3/1993 como constitucional, mesmo tendo criado a esdrúxula figura do fato gerador presumido:



EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6.º E 7.º DO ART. 498 DO DEC. N.º 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1.º DO DEC. N.º 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7.º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. A EC n.º 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7.º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2002).

Ao que se observa, ainda não é priorizada pelo Supremo tribunal Federal o favorecimento das garantias fundamentais do contribuinte, deixando de impor as devidas limitações ao poder de tributar do Estado, ao proferir julgados de cunho político, não condizentes com as premissas constitucionais limitadores do Fisco.

Por outro lado, apesar de ainda tímida, há uma pequena corrente contrária no Supremo Tribunal Federal, na qual se observa que, gradativamente a Corte Suprema vem demonstrando uma preocupação com a teoria do mínimo existencial, abordando favoravelmente à alguns Contribuintes em seus julgados, assegurando as garantias mínimas constitucionais, mesmo diante da regulamentação expressa.

Nesse sentido, destaca-se o julgamento do Agravo Regimental interposto no Recurso Extraordinário n. 639337, o Supremo Tribunal Federal admite mínimo existencial:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2011).



Apesar de tal corrente favorável não ainda possuir a força a que espera, o Supremo Tribunal Federal caminha no sentido de reconhecer a proteção do mínimo existencial no plano tributário, limitando o poder de Tributar do Estado em face do contribuinte, conseqüentemente, assim prestigiando um núcleo irredutível de direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

No âmbito do Direito Tributário, observamos que o princípio da solidariedade social obteve seu desenvolvimento diretamente atrelado ao aumento da complexidade da sociedade.

Nesse contexto, o princípio da Justiça distributiva fiscal se concretiza através da implementação dos mecanismos arrecadatórios fiscais, que capacita financeiramente o Estado a suprir e manter um equilíbrio social entre seus cidadãos, na construção de um Estado Democrático de Direito.

Como elemento intrínseco a ocorrência desse equilíbrio social, há de se suprir e manter um mínimo existencial ao indivíduo, por meio do fornecimento de prestações materiais mínimas efetuados pelo Estado, a fim de que todo o indivíduo possa usufruir de uma vida digna e satisfatória, conforme estabelecido constitucionalmente.

Por conseguinte, a imposição de obrigações tributárias se consolida como a principal fonte arrecadadora do Estado, o qual deve dosá-las de acordo com a capacidade de cada indivíduo, de acordo com parâmetros principiologicos da Constituição.

Nestas condições, a situação jurídica do contribuinte em nosso ordenamento legal acaba por englobar primeiramente uma perspectiva social, na qual impõe o dever do cidadão de contribuir para o bem comum, provendo a Justiça distributiva.

Por outro lado, sob uma ótica jurídica, a obrigação em manter e sustentar esse equilíbrio social configura-se como elemento coercitivo no direito, decorrente da imposição ao pagamento de tributos. Nesse ponto é que se configura a questão da limitação do poder de tributar do Estado frente a garantia ao mínimo existencial.

Essa limitação deve ser sempre norteada a alcançar um ponto de equilíbrio, buscando manter o financiamento do Estado democrático de direito a todos os



indivíduos, obedecendo-se suas distinções, sem contudo subtrair do contribuinte as condições financeiras e patrimoniais que lhe proporcione o mínimo existencial.

Nesse contexto sócio-fiscal é que surge a ideia da criação do Estatuto do contribuinte, como um conjunto de princípios e regras tributárias, através do qual se irá promover uma consolidação de direitos fundamentais irredutíveis para os contribuintes, protegendo-os em face das investidas fiscais vorazes.

Apesar da inexistência de tal regramento legal específico à proteção do contribuinte, observa-se atualmente que essa defesa sem sendo emanada pelo Poder Judiciário por meio de suas interpretações, por onde se verifica uma discreta evolução no sentido de limitar cada vez mais o poder de tributar do Estado, com o crescente reconhecimento dos direitos fundamentais dos contribuintes.

Por outro lado, essa evolução ainda se encontra muito tímida em razão de nossa atual configuração política de cunho intervencionista, bem como em razão do déficit no orçamento do Governo ocasionado pela má gestão da máquina do Estado, que se configuram como justificativas à maior voracidade fiscal, desenhada por um ambiente político-social supressor dos direitos dos contribuintes, em razão da eminente necessidade arrecadatória do Estado.

REFERÊNCIAS

BERTI, Flávio Azambuja. **Impostos**: extrafiscalidade e não-confisco. Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 896**. Ministro Relator: Moreira Alves, D.J 03 nov. 1993. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo19.htm>>. Acesso em: 10 jun. 15.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1851**. Ministro Relator Ilmar Galvão, D.J 22 nov. 2002. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774527/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1851-al>>. Acesso em: 10 jun. 15.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário n. 639337**. Ministro Relator Celso de Mello, D.J 14 set. 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 10 jun. 15.



_____. **Projeto de lei complementar n.º 38 de 2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347286>>. Acesso em: 10 jun. 15.

_____. **Resolução n.º 93/1970**: regimento interno do senado federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegSFVoll.pdf>>. Acesso em 10 jun. 15. Art. 32, § 1º.

LONGO, Carlos Alberto; TROSTER, Roberto Luis. **Economia do setor público**. São Paulo: Atlas, 1993.

REIS, Elcio Fonseca. **O imposto de renda das pessoas físicas e a dignidade da pessoa humana**: intributabilidade do mínimo existencial. In REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO, São Paulo : Dialética, nº 65, fevereiro-2001.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. **Estatuto do contribuinte**. Campinas, 29 abr. 2004. Disponível em <http://www.tavolaroadvogados.com/doutrina/cs505.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 15.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.



REFLEXÃO SOBRE APATRIDIA NA ATUALIDADE
REFLECTION ON THE NEWS STATELESSNESS

KÉSIA ROCHA NARCISO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
kesiarn@hotmail.com

RESUMO: Esta pesquisa científica tem por objetivo discutir sobre Apatridia, ao analisar o ser humano apátrida e o tratamento promovido pelo Direito Internacional dos Humanos a estes, pretende apresentar um breve estudo sobre os Direitos da Personalidade, qual a relação do Direito Internacional com a Apatridia e enfatizar os direitos dos apátridas no rol dos Direitos Humanos. Considerar as teorias de critérios de nacionalidade e cidadania, e o posicionamento do Estado Brasileiro diante dessas categorizações e dos apátridas. Como também, definir e justificar tal tema, ressaltando a importância em analisar o Estado das pessoas apátridas e em possibilitar que os Direitos Humanos não alcance apenas cidadãos, mas também aqueles que por algum motivo não podem auferir de seus direitos da personalidade no mundo contemporâneo. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo; uma breve análise histórica e comparação de teses doutrinárias para sua concretização.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Direitos da Personalidade. Apatridia.

ABSTRACT: This scientific research aims to discuss Statelessness, to analyze the stateless man and the treatment promoted by the International Law of Human thereto, aims to present a brief study on the Rights of personality, what is the relationship of international law to the Statelessness and emphasizes the rights of stateless persons in the list of human rights. Consider the theories of nationality and citizenship criteria, and the position of the Brazilian government on these categorizations and stateless persons. As well, define and justify such a theme, emphasizing the importance of analyzing the status of stateless persons and enable human rights does not reach only citizens, but also those who for some reason can't earn their rights of personality in the contemporary world.. To this end, bibliographical research was carried through the deductive method; a brief historical analysis and comparison of doctrinal theses for their achievement.

Keywords: International Human Rights Law. Rights of Personality. Statelessness.

INTRODUÇÃO

A apatridia é um problema secular e de grande relevância no que tange aos direitos humanos e a liberdade de escolha por se tratar da inexistência do estado de nacionalidade. Os apátridas padecem pelo desconhecimento da existência desta condição humana, é de suma importância analisar o estado das pessoas nestas



qualidades para que os direitos humanos não alcancem apenas nacionais, cidadãos, mas também aqueles que, por algum motivo, tem seus direitos fundamentais reduzidos.

A evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao longo da história será estudada, sob o prisma da distinção de eventuais matérias análogas, sendo ainda que ao apresentar conceituações gerais e específicas, buscar-se-á analisar seus princípios, analisar sua atuação não apenas diante da apatridia, mas também no cenário mundial de globalização em meio à miscigenação e ao multiculturalismo, estudando a humanidade em constante mutação e os Direitos Humanos ante a soberania dos Estados sob uma ótica aprofundada dos Direitos da Personalidade.

No presente trabalho se analisará o ser humano apátrida sob a perspectiva dos Direitos Humanos, considerando a fundamentalidade do direito de nacionalidade e a sua grave violação, buscar-se-á a definição da apatridia contrapondo-a com as figuras análogas, bem como abordar-se-á, ainda que horizontalmente, os princípios que norteiam os direitos humanos internacional sob a perspectiva do instituto em tela e o sistema de concessão de nacionalidade diante da apatridia.

Diante do reconhecimento da Apatridia, buscar-se-á analisar a posicionamento do Brasil em relação à questão, no combate a apatridia, no desenvolvimento do Direito Internacional e no que diz respeito a sua participação nos tratados de Direitos Humanos, é de fundamental importância para se compreender seu posicionamento ao julgar casos de apátridas, bem como a situação dos apátridas no âmbito internacional e a adesão aos instrumentos normativos internacionais, verificando-se a possibilidade de amparo aos apátridas e a concessão de nacionalidade por intermédio do Brasil por meio de instrumentos normativos de Direito Internacional.

Considerando os princípios que regem a ordem internacional e a preocupação com a definição e outros aspectos relacionados aos apátridas, far-se-á necessária uma análise de pontos que sejam relevantes ao combate à apatridia, bem como a garantia dos Direitos da Personalidade às pessoas apátridas, por sua vez, examinar-se-á as possíveis soluções e a viabilidade dessas para redução dos casos de apatridia apontadas pelo Direito Internacional, bem como a restrição do constrangimento para receber uma nacionalidade, e aquisição pelo apátrida do



sentimento de inclusão para participar de um conjunto de pessoas formando uma sociedade mais justa, igualitária, solidária e livre.

Buscar-se-á trazer à tona a realidade enfrentada pelos apátridas que, ainda na contemporaneidade, está adormecida nos braços do esquecimento, situação capaz de reduzir a condição de pessoa humana desses indivíduos, assim, é fundamental alçar a sua liberdade em reconhecimento não apenas como pessoa humana, mas como nacional apto a exercer efetivamente seus Direitos da Personalidade.

Quanto à proposta metodológica, trabalhar-se-á com a pesquisa bibliográfica sob o método de abordagem dedutivo - partindo de teorias e leis mais gerais para ocorrências de fenômenos particulares - com o objetivo de estabelecer um diálogo reflexivo entre a teoria e o objeto da investigação escolhida. Utilizar-se-á, se necessário, a pesquisa documental, para investigar fatos relevantes à temática estudada. Posteriormente, pretende-se analisar e entender dedutivamente pela adequação ou inadequação da posição adotada.

1 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Precipuamente convém conceituar o direito internacional *latu sensu* como “(...) o conjunto de princípios e normas, positivos e costumeiros representativos dos direitos e deveres aplicáveis no âmbito da sociedade internacional” (NEVES, 2011, p. 15).

Valério de Oliveira Mazzuoli explica que o Direito Internacional Público pode ser definido como “(...) a disciplina jurídica da sociedade internacional” (2011, p. 62) e frisa que numa definição mais abrangente (e mais técnica), pode ser conceituado como “o conjunto de princípios e regras jurídicas (...) que disciplinam e regem a atuação e a conduta da sociedade internacional” (2011, p. 63) que é formada pelos Estados, pelas organizações internacionais intergovernamentais e pelos indivíduos, e complementa que tem como objetivo “alcançar as metas comuns da humanidade e, em última análise, a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais” (2011, p. 63).

O direito internacional público não é tão remoto, porém, não essencialmente atual, seu surgimento é resultado da necessidade de adequação aos fatores sociais,



políticos, econômicos e religiosos da Idade Média, surgindo como ciência autônoma e sistematizada, apenas entre o fim e o início dos séculos XVI e XVII (MAZZUOLI, 2011, p. 53).

1.1 Breve Análise Histórica

Compõem o Direito Internacional: o Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, o primeiro, vinculado ao tema em análise, é o ramo do Direito que estuda as relações internacionais, como também, um conjunto de princípios e normas que regem as relações exteriores dos atores da sociedade internacional (GUTIER, 2012).

Segundo Francisco Rezek o fundamento do Direito Internacional Público seria um “Sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre os Estados soberanos, o direito internacional público – ou *direito das gentes*, no sentido de direito das nações ou dos povos – repousa sobre o consentimento” (2011, p. 27) e complementa que “As comunidades nacionais e, acaso, ao sabor da história, conjuntos ou frações de tais comunidades propendem, naturalmente, à autodeterminação, à regência de seu próprio destino”, ou seja, “Organizam-se, tão cedo quanto podem, sob a forma de Estados independentes, e ingressam numa comunidade internacional carente de estrutura centralizada” (2011, p. 27). O autor adverte ainda, que diante de tais circunstâncias, “(...) é compreensível que os Estados não se subordinem senão ao direito que livremente *reconheceram* ou *construíram*” (REZEK, 2011, p. 27).

Divergente na doutrina quanto ao período exato, por volta do século XVII, o Direito Internacional Público, ganhou cunho científico, cuja importância se elevou através de um holandês denominado Hugo Grotius (MAZZUOLI, 2011, p. 52), inspirado este na Guerra dos Trinta Anos⁹, interessou-se pela expansão da disciplina no âmbito mundial.

O princípio jurídico básico “*pacta sunt servanda*”¹⁰ já era aplicado há longa data, nos contratos civis e em tratados, de modo que só seria declarada a guerra por motivo de causa justa, com inclusão de um grande passo para o avanço da

⁹ Principal guerra do século XVII, conflito político-religioso na Europa, que inaugurou um novo modelo de relações internacionais através dos Tratados de Westfália.

¹⁰ Princípio segundo qual o que foi pactuado entre as partes deve ser cumprido.
VI Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da Universidade Estadual de Londrina
“Estado liberal e intervenção nas atividades empresariais e pessoais”



interdependência “das gentes” extremamente novo para o período (ACCIOLY, CASELLA, SILVA, 2011, p. 46).

Com os Tratados de Westfália¹¹, e o final da Guerra dos Trinta Anos, deram ascendência à soberania nacional, o Estado ganhou força política originando a nova era do Direito Internacional público, permitindo a independência dos Estados e principiando uma nova ordem estatal igualitária (MAZZUOLI, 2011, p. 54).

Conforme ensinamento de Paulo Borba Casella, Hildebrando Accioly e G.E. do Nascimento e Silva, o desenvolvimento do Direito Internacional sobreveio de forma sequenciada, sem interrupção entre seus estágios, cada período decorria-se do anterior para seu prosseguimento, como também a extensão seus princípios, modificando-se com a necessidade exigida pelo avanço temporal e a alteração das necessidades (2011, p. 48).

Acrescem Paulo Borba Casella, Hildebrando Accioly e G.E. do Nascimento e Silva que qualquer sistema em análise revela ao estudioso aquilo que intenta encontrar, visto que a “compreensão do papel e alcance do direito internacional somente se consolidará na medida em que se tenha conscientização da absoluta impossibilidade e inadequação operacional dos sistemas nacionais” (2011, p. 123).

Principal ator no campo das relações internacionais, os Direitos Humanos são responsáveis pela possibilidade de garantia do mínimo existencial, e também, agir diante de uma inevitável intervenção internacional, compreendem ainda uma série de considerações intrínsecas à pessoa humana, sem distinção de raça, nacionalidade, etnia, sexo, idioma, religião ou outra categoria, não há minimização de direitos e garantias fundamentais ao ser humano, em especial o seu direito à vida, posto que, são direitos inerentes à existência.

O “Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece as obrigações dos governos de agirem de determinadas maneiras ou de se absterem de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades de grupos ou indivíduos” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948), são direitos assegurados a todos, inerentes à pessoa humana, diante da liberdade de seus direitos iguais e inalienáveis e, por conseguinte, devem ser protegidos pelo Estado como também pela comunidade internacional.

¹¹ Tratados de paz que consolidaram a separação da igreja e do Estado, possibilitando o fim da Guerra dos Trinta Anos.



1.2 Princípios Norteadores

Os princípios que regem as relações internacionais no Brasil, princípios de fundamental importância para manutenção da ordem e da paz no âmbito Internacional tem previsão legal no art. 4^o¹² da Constituição Federal, é relevante considerar que cada Estado soberano rege-se independentemente, fazendo-se necessário no cenário do Direito Internacional a consonância dos princípios reconhecidos pelas nações civilizadas; posteriormente diante do tema proposto e dos princípios gerais do Direito, juntamente com princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, poder-se-á compreender e complementar a pesquisa relacionada à apatridia diante dos casos específicos.

Esclarece Francisco Rezek que a validade dos princípios “(...) não difere, em essência, daquele sobre o qual assentam os tratados e o costume (...) fluem de modo tão natural e inexorável do espírito humano que não há como situá-los, ao lado do costume e do tratado” (2011, p. 164), são ainda, fontes reais do Direito Internacional, enquanto costume e os tratados são fontes formais, em harmonia com a doutrina e jurisprudência internacional essas fontes caracterizam-se como suporte para determinação de normatização na esfera desta ciência.

É de suma importância citar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo este inerente ao ser enquanto pessoa humana, como também o cerne do Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que a sua constituição se consolidou em decorrência das atrocidades vivenciadas no período da Segunda Guerra mundial, almejando assegurar o mínimo existencial. No ordenamento brasileiro o princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem previsão legal na Constituição Federal em seu art. 1^o, inc. III, elencado no rol de princípios fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet explana a dificuldade de definição do que seria o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, de forma que possui valores principiológicos e normativos (2006, p. 39), exhibe ainda que “cada ser humano é, em

¹² CF/Art. 4^o A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.



virtude de sua dignidade, merecedor de igual respeito e consideração no que diz com sua condição de pessoa” (2006, p. 139), uma vez que, não pode ser menosprezada; muito menos em virtude de interesse de terceiro, assim, este princípio pressupõe uma garantia absoluta e indisponível da pessoa humana.

Elenca Alberto Silva Santos que “Os sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos têm representado papel importante para promover a aplicação dos documentos internacionais (...) no intuito de garantir a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana” (2012, p. 1), assim, não só este, mas vários princípios compõem a denominada internacionalização.

1.3 Nacionalidade e seus Critérios de Adoção

O direito a nacionalidade está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo conteúdo dispõe, na forma do seu art. 15, que “1. Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade. 2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade”.

A nacionalidade é a “vinculação jurídica que prende um indivíduo a um Estado. Isso se deve ao local de nascimento, à ascendência paterna ou da vontade do interessado” (GUIMARÃES, 2009, p. 169), ou como bem leciona Pontes de Miranda, “(...) é o laço jurídico-político de direito interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 352), portanto, é de vital importância para que um indivíduo seja considerado nacional de determinado Estado, a aquisição de sua nacionalidade.

A necessidade de cada Estado indicar seus próprios nacionais tem como fundamento básico razões de ordem prática, pois se trata de “(...) subordinação permanente de uma pessoa a determinado Estado, do qual resultam relações jurídicas complexas e recíprocas de direito e obrigações entre o indivíduo e o Estado” (GUIMARÃES, 2002, p. 1).

No que concerne à natureza jurídica da nacionalidade, na doutrina nacional e estrangeira, há o entrosamento sob a perspectiva de três correntes: a corrente clássica - pela qual os súditos pertenceriam ao Estado, de forma que este último poderia se valer daqueles completamente, tanto moral como fisicamente; a corrente privatista - em que o Estado celebra contrato bilateral com sua população para que



se tornem nacionais e mantenham obrigações recíprocas; e a corrente publicista, cujo entendimento contrário a anterior, defende que o trata-se do “resultado da organização do poder político” (NIBOYET, 2013, p. 606).

Outro fator a pontuar são os critérios de nacionalidade adotados por cada Estado soberano para atribuição da nacionalidade, pois não raro ocorrem casos em que um indivíduo se torna apátrida, não portando nenhuma nacionalidade e, conseqüentemente, não sendo nacional de nenhum país, pois além de ser um vínculo jurídico-político entre Estado e indivíduo, a nacionalidade em seu conceito abrange outras esferas como raciais, linguísticas, culturais, tradicionais, costumeiras, religiosas e consciência nacional (NOVELINO, 2010, p. 479). O artigo 12 da Constituição Federal enumera os critérios de nacionalidade adotados pelo Brasil, de forma a garantir aos seus cidadãos o direito fundamental à nacionalidade¹³.

Importa frisar que são duas as espécies de nacionalidade: a primária e a secundária. A nacionalidade primária, também denominada originária ou atribuída se divide em: critério *Jus soli*, referente ao disposto no art. 12, I, “a” da Constituição da República; critério *Jus sanguinis* juntamente com o critério funcional, conforme ilustra o art. 12, I, “b”; critério *Jus sanguinis* e o registro, diante do que elucida o art. 12, I, “c”, ou ainda o critério *Jus sanguinis* somado a opção confirmativa e residência no Brasil, fundamentado no art. 12, I, “c”, disposto na Constituição Federal, tal nacionalidade é provisória até os 18 anos, já que possui caráter personalíssimo e só será confirmada após a maioridade (NOVELINO, 2010, p. 484).

A nacionalidade primária, também denominada originária ou atribuída, se estabelece em virtude do nascimento, “por meio de critérios sanguíneos (nacionalidade dos pais), territoriais (local do nascimento), ou mistos” (NOVELINO, 2010, p. 479), já que, “de acordo com o critério *ius sanguinis*, será nacional de um

¹³ CF/88 - Art. 12. São brasileiros: I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem em qualquer tempo pela nacionalidade brasileira; II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de trinta anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. (...) § 4º Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; II - adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária.



determinado país o filho de outro nacional, independentemente do local de nascimento. (...) o critério do *ius solis*, nacional é aquele que nasce no território do Estado, independentemente da nacionalidade dos pais” (DANTAS, 2013. p. 407).

Por sua vez a nacionalidade secundária, também denominada, derivada, adquirida ou de eleição, que se subdivide em naturalização tácita ou expressa. A primeira (tácita) diz respeito a grande naturalização, também chamada de naturalização coletiva, que “(...)costuma ser adotada quando o número de nacionais é menor que o desejado (...) os estrangeiros residentes no País que não declararem, dentro de determinado período o ânimo de permanecer com a nacionalidade de origem, adquirirão a nacionalidade do país que residem” (NOVELINO, 2010, p. 482).

Já a nacionalidade secundária por naturalização expressa pode ser ordinária, tendo as opções de decorrência de lei ou de países de língua portuguesa obedecendo aos critérios: residência no país no período de um ano sem interrupção juntamente com idoneidade moral; ou ainda extraordinária “são exigidos, além do requerimento do interessado, quinze anos de residência ininterrupta e ausência de condenação penal (CR/88, Art. 12, II, b)” (NOVELINO, 2010, p. 482-483).

Destarte, observa-se que o Brasil adotou o critério *ius solis* ao apreciar o nascido em território nacional e como critério de nacionalidade originária adotou também a nacionalidade dos pais, o indivíduo filho de nacional nascido no estrangeiro poderá obter o registro, caso não proceda desta maneira, após a maioridade, quando o mesmo vier residir no país poderá a qualquer tempo optar pela nacionalidade brasileira.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E APATRIDIA

O tema está intimamente ligado aos Direitos da Personalidade, visto que, tais direitos ganharam força neste século e sua correspondência não se restringe apenas aos direitos inerentes ao nascimento com vida que são intrínsecos a pessoa humana, mas também ganhou corpo e voz ao reconhecer a ordem moral e social do indivíduo.

A palavra personalidade do latim “*personalitate*” define-se como:



1 Qualidade de pessoal. 2 Caráter essencial e exclusivo de uma pessoa. [...] 7 Dir Aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações. P. civil: estado de todo ser racional, suscetível de direitos e obrigações na ordem civil, desde o momento em que nasce. P. extrovertida: aquela na qual a atenção e interesses se dirigem, preferentemente, aos fenômenos externos e socialmente perceptíveis. P. introvertida: aquela na qual a atenção e interesses se dirigem ao próprio eu, ou à vida psíquica. P. jurídica: a que implica a qualidade de pessoa fictícia ou moral, por oposição à pessoa física propriamente dita. P. natural: a que abrange todo indivíduo da espécie humana. (MICHAELIS, 2015).

Visualizar que na contemporaneidade ainda se existem limites para exercício dos Direitos da Personalidade é uma incongruência, apenas por volta do século XIX conquistou tal definição e na idade contemporânea, no sentido de contemplar amplamente a pessoa humana, se tornou indissociável a mesma em seus ares físicos, psíquicos e intelectuais.

Destarte, refletir sobre personalidade, garantias e direitos no escopo temporal renderia milhares de apontamentos para elucidação e apreciação de tal tema, diante da importância refletida em sua fórmula inerente ao ser humano dotado de direitos e obrigações, desenvolve um sujeito de direito e molda sua personalidade, tais garantias devem ser preservadas, para que os objetivos nacionais e internacionais, em conjunto superem os limites a esses direitos e deveres que ainda afetam algumas minorias no mundo moderno.

2.1 Considerações Conceituais e Históricas

O termo apátrida define a pessoa sem pátria, ou seja, aquele que não possui nacionalidade. O apátrida sofre do fenômeno denominado apatridia que pode ser classificado em apatridia de *jure* e apatridia de *facto*. Na primeira modalidade, essas pessoas “não são considerados nacionais sob as leis de nenhum país. Entretanto, também há casos em que um indivíduo possui formalmente uma nacionalidade, mas esta resulta ineficaz” (ACNUR, O que é..., 2015), atributo da segunda modalidade, a apatridia de *facto*.

Ensina Celso de Mello que a “denominação de apátrida para as pessoas sem nacionalidade foi criada por Charles Claro, advogado no Tribunal de Apelação de Paris, em 1918” (2002, p. 962), importa observar que a “apatridia, que foi reconhecida pela primeira vez como um problema mundial na primeira metade do



século XX,(...) está normalmente associada a períodos de mudanças profundas nas relações internacionais” (ACHIRON, 2015).

Dispõe o art. XV da Declaração Universal dos Direitos Humanos que: “1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948), e sua violação seria um ataque à Dignidade da Pessoa Humana.

O problema da apatridia é preocupante e chamou a atenção das Nações Unidas que em maio de 2010 promoveu a primeira, de várias reuniões, voltadas especificamente para a apatridia, com a presença de especialistas, organizada pelo escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em Prato, na Itália, ocasião em que as observou-se pontos relevantes sobre as considerações gerais diante da definição de apátridas segundo a Convenção de 1954 e o Direito Internacional (O CONCEITO..., 2015).

Observa-se a preocupação do Direito Internacional quanto à definição de apátrida, para distinção entre figuras análogas, e ainda para a proteção desses indivíduos no âmbito da sociedade internacional, de forma que o Estado deve ser analisado antes de falar da relação deste com os apátridas em questão.

Não só quanto à definição, a forma de proteção dos direitos humanos ante os apátridas evidencia que o Estado onde tal indivíduo se encontra deve ser analisado com cautela, de forma que a proteção aos direitos fundamentais ao ser humano seja garantida, observada a origem da condição de apátrida de cada pessoa diante de cada caso específico.

2.2 Apatridia: Prevenção Internacional e Perspectivas do Brasil

Em todas as partes do mundo existem casos de apatridia que requerem atenção, sendo fato que a raiz de muitas destas situações tem origem nas políticas discricionárias. O nascimento de novos países, também, é um dos fatores indicados pelo ACNUR, pois “A sucessão de países e o redesenho de fronteiras podem fazer com que grupos específicos tenham sua cidadania negada” (ACNUR, 2015), ou seja, “O desmantelamento de países, a formação de novos Estados, a transferência



de territórios e a redefinição de fronteiras representam as grandes causas da apatridia nas duas últimas décadas” (ACNUR, 2015).

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados traz informações, sobre a problemática quanto à discriminação da mulher, que além de contribuição para o problema, passa essa condição de “sem pátria” para os filhos, acarretando o aumento do número de crianças apátridas, como também se tem a discriminação étnica (CADERNOS de debates, 2011, p.62).

O Centro de Informações das Nações Unidas Rio de Janeiro - UNIC¹⁴, desenvolvendo uma atividade de divulgação das atividades da Organização das Nações Unidas pelo mundo, adverte que são muitas as maneiras de se tornar apátrida e que estes nascem todos os dias. Afirma, ainda que milhões de apátridas “devem sua condição à criação, conquista, divisão, descolonização ou libertação do país de onde eles próprios ou os seus antepassados são oriundos” (UNIC, 2015).

Questiona-se o Direito Internacional frente ao direito a ter uma nacionalidade com fundamento em princípios relevantes que regem a ordem internacional, inclusive através de convenções acerca da apatridia de modo que possa ser adotada pelos países em busca da melhoria da condição de pessoa humana destes.

Foram observados não somente os Direitos Humanos nos pontos supracitados pelo ACNUR, mas a importância da adesão às convenções relacionadas à apatridia para a manutenção da ordem e segurança entre os Estados, uma vez que ao contribuir com os atores internacionais os países terão facilidade para lidar com seus apátridas, em busca da redução dos casos de apatridia, despontando respeito não só aos seus nacionais, mas à pessoa humana em si.

Hodiernamente, a preocupação com os Direitos Humanos, e com a Dignidade da Pessoa Humana, tem abarcado um vasto campo na ordem internacional, de forma que, quando se fala em apatridia, por mais que o Direito

¹⁴“Em 13 de fevereiro de 1946, a Assembléia Geral da ONU decidiu que fossem estabelecidos escritórios para que os povos de todo o mundo conhecessem, o mais detalhadamente possível, as atividades das Nações Unidas. Para isso, foram criados os Centros de Informação das Nações Unidas (United Nations Information Centres, ou, na sigla em inglês, UNICs) que estão presentes hoje em mais de 60 países, nos cinco continentes. Elo ativo entre os meios de comunicação, as instituições educacionais, as organizações não-governamentais e a ONU, os UNICs oferecem não só informações atualizadas sobre questões políticas, econômicas, sociais e humanitárias como também promovem seminários e foros de discussões com o objetivo de sensibilizar a opinião pública a uma maior participação”. Disponível em: <http://unicrio.org.br/unic-rio/>. Acesso em: 23 dez. 2014.



Internacional tenha evoluído na busca pela prevenção e solução do problema, este afeta pessoas humanas, sendo uma realidade que muitos não sabem ou não veem pelos mais diversos motivos, mas que precisa da cooperação da comunidade internacional para atinar sua prevenção.

Celso Mello frisa que a apatridia é um dos aspectos do Direito Internacional “que se procura eliminar, uma vez que esta situação viola um dos direitos do homem, que é o de todo indivíduo ter uma nacionalidade. Ela, entretanto, não é um “ilícito” internacional; ao contrário, é admitida e reconhecida pelo DI” (MELLO, 2002, p. 961), uma vez que o Direito Internacional proíbe os Estados de elaborarem leis que gerem apatridia.

Em 1932 o Brasil ratificou e promulgou o Protocolo Especial de Haia de 1930 por meio do Decreto n. 21.798, relativo  apatridia. Conforme dispunha o mencionado Protocolo “se um indivíduo, depois de ter entrado em um país estrangeiro, perder a nacionalidade sem adquirir outra, o Estado cuja nacionalidade possuía em ultimo lugar é obrigado a recebê-lo, a pedido do país onde se encontra” (GUIMARÃES, 2002, p.15).

Em 2002, conforme prediz o Decreto 4.246 de 22 de maio de 2002 dispôs que, “o estatuto pessoal de todo apátrida será regido pela lei do país de seu domicílio ou, na falta de domicílio, pela lei do país de sua residência” (DIÁRIO Oficial, 2015) tem o apátrida inclusive a “obrigação de acatar as leis e regulamentos, bem como as medidas adotadas para a manutenção da ordem pública” (DIÁRIO Oficial, 2015). Destarte, o apátrida não tem apenas direitos, mas também deveres.

Constituição Federal de 1988, em seu art. 12, adotou, inicialmente, os critérios de nacionalidade, *ius solis*, ou seja, nascimento em solo brasileiro, independentemente da nacionalidade dos pais, todavia, ficou uma lacuna na lei quanto aos filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro acarretando o problema dos chamados “brasileirinhos apátridas”.

Somente em 2007, foi aprovada a Emenda Constitucional n 54/2007 que instituiu a alínea “c” ao mencionado artigo adotando alguns critérios *ius sanguinis*, no mesmo ano o Brasil aprovou o texto da Convenção para Redução dos Casos de Apatridia por meio do Decreto Legislativo n 274/07, e recentemente no dia 18 de agosto de 2015 a promulgou através do Decreto 8.501.



O judiciário brasileiro também progrediu na solução de conflitos envolvendo casos de apatridia ao prolatar uma decisão inédita no caso em que o TRF confirmou decisão da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, ao reconhecer um africano¹⁵ como apátrio, determinando que a união o assegurasse identidade brasileira e o direito a exercer atividade remunerada¹⁶.

Insta ressaltar, todavia, que a ONU, mesmo tendo vários países membros, nem todos fazem parte das convenções relacionadas à apatridia, sendo considerável a progressão do Brasil no âmbito do Direito Internacional na procura da efetivação da redução dos casos de apatridia, em busca da garantia dos direitos inerentes a pessoa humana e, conseqüentemente, seu destaque na ordem internacional, não só pelos seus nacionais, mas em prol de outros apátridas como no supracitado exemplo do africano.

CONCLUSÃO

¹⁵“Considero que a negativa do pedido implicará, na prática, a redução do autor à condição de coisa, eliminando a possibilidade de desenvolvimento de sua personalidade, o que se atrita – e muito – com o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵”. Em matéria publicada no site Tribuna do Norte, o africano disse ficar feliz com a decisão e que iria providenciar os documentos, “Andrimana Buyoya Habizimana, que hoje mora em Natal, veio parar no Brasil fugido do Burundi, na África, país que passa dificuldades financeiras e disputas étnicas”.

¹⁶CONSTITUCIONAL E HUMANITÁRIO INTERNACIONAL. APATRIDIÁ IMPRÓPRIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROVADORA DA NACIONALIDADE ORIGINÁRIA. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EVIDENTE UTILIDADE DA DEMANDA MERCÊ DA NEGATIVA DA CONDIÇÃO DE NACIONAL PELO ESTADO DO BURUNDI. RECONHECIMENTO DO STATUS DE APÁTRIDA. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE NOVA YORK de 1954. 1. Trata-se de demanda cujo cerne é o reconhecido, pelo governo brasileiro, o estado de apátrida com a obtenção dos consequentes efeitos jurídicos dessa condição nos termos do Decreto nº 4.246/2002, que internalizou no ordenamento brasileiro a Convenção de Nova York de 1954 (Estatuto do Apátrida). 2. Sedizente nacional do Estado do Burundi, o autor de lá fugiu em razão de genocídio étnico, graves crises econômica e política, além do falecimento de seus familiares. Chegou ao Brasil pelo Porto de Santos vindo como clandestino em navio cargueiro proveniente da África do Sul. No mesmo ano, embarcou no voo com destino a Lisboa, mas foi devolvido ao Brasil, em razão de ter se utilizado de falsa documentação. Em seguida, foi condenado pela justiça brasileira, já tendo cumprido a pena integralmente por esse crime. 3. Em razão de diligências promovidas pela Polícia Federal, as autoridades diplomáticas do Burundi prestaram informação na qual não lhe reconheceram a alegada nacionalidade; não foi, igualmente, concedido o status de refugiado no Brasil e ainda não foi aceita sua deportação pela África do Sul. 4. Não há que se falar em falta de interesse processual do autor, porquanto restou comprovada a negativa do reconhecimento da nacionalidade burundiana, sendo meridiano concluir a evidente vantagem que lhe resultará a eventual decisão que lhe reconheça a condição de apátrida nos termos do tratado de regência. 5. Mercê do limbo jurídico que vive o autor, faz-se mister o reconhecimento da qualidade de apátrida pelo Estado Brasileiro, já que se encontram presentes os requisitos previstos na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, promulgado pelo Decreto 4.246/2002, e em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal. 6. Apelação da União e remessa oficial improvidas. TRF-5 - APELREEX - Apelação / Reexame Necessário -: REEX 200984000065700.



Notou-se nesta pesquisa que o Direito Internacional precisou de muito tempo para se consolidar como ciência e nele temos os Direitos Humanos como principal ator no campo das relações internacionais. Por ele, é possível garantir o mínimo existencial, inclusive se houver necessidade de intervenção internacional.

O processo de consolidação como ciência e seu reconhecimento como “Direito das gentes”, passou por diversas modificações possibilitando a inclusão de princípios e normas de Direito Internacional, que regem as relações exteriores buscando a proteção à pessoa humana e praticando a manutenção da paz.

Além dos princípios gerais de direito, tem-se os princípios de Direito Internacional. Ocorre que, em relação à Apatridia, cada Estado soberano possui a liberdade diante de suas leis, e a partir de sua vontade, pactuam tratados internacionais em prol dos direitos humanos.

Os critérios de nacionalidade de cada país determina quem será o nacional daquele país, portanto, é de suma importância para estabelecer com um indivíduo vínculo jurídico-político, a aquisição de nacionalidade, que pode ser estabelecida pelos chamados critérios “*jus solis*” e “*jus sanguinis*”.

O Direito Internacional, especialmente o ACNUR, tem contribuído significativamente para mostrar aos Estados a importância de aderir a convenções relacionadas à Apatridia, justamente para a prevenção e combate a este problema que ainda é realidade em diversos lugares no globo.

O Brasil tem se destacado diante das campanhas de combate à Apatridia, progredindo não só com o Direito Internacional, mas também com o cuidado com seus nacionais que estão passíveis de reconhecimento e aos apátridas que reconhece.

A proteção aos Direitos Humanos em relação aos apátridas fez com que surgissem convenções para sua prevenção e redução, de forma que os Estados que fazem parte dela, não têm permissão para criarem leis que gerem Apatridia. Ocorre que tal proteção não foi aderida por muitos outros países, o que torna o problema ainda uma realidade, reduzindo-os a seres “invisíveis”, e provocando o mais ínfimo sentimento de indiferença perante aos demais indivíduos que possuem nacionalidade.

Todavia, a soberania e a vontade determinam os Estados, sua independência no cenário internacional, restando àqueles que enxergam a



gravidade do problema diante da pessoa humana, como o ACNUR, e países que aderiram as convenções para prevenção e redução dos casos de Apatridia, a preocupação com a possibilidade do exercício dos direitos, garantias e liberdades fundamentais inerentes ao ser humano diante do apátrio.

Psicologicamente falando, por mais insignificante que seja para alguns ter uma nacionalidade, para uma criança, para um adulto, para um ser humano que não possui pátria e não pode exercer direitos da personalidade comuns como outros indivíduos dentro de um mesmo espaço terrestre, é como uma prisão de asas da liberdade de sua essência, tornando diminuída sua condição humana e, conseqüentemente, afetando o bem jurídico mais importante: o direito à vida com dignidade.

Assim, com a intenção principal de reflexão sobre aspectos realísticos do caminhar da humanidade, que, adormecida nos braços do egocentrismo, da virtualidade, da tecnologicidade, reduz valores e a própria condição humana, violando os direitos fundamentais, e, conseqüentemente, os princípios resguardados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, este estudo ressalva a importância do caminho para o alcance da manutenção da efetivação dos Direitos da Personalidade na contemporaneidade em prevenção, mitigação e fim da Apatridia.

REFERÊNCIAS

ACHIRON, Marylin. **Nacinalidade e apatridia**: manual para parlamentares. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Nacionalidade_e_Apatridia_-Manual_para_parlamentares> Acesso em: 14 set. 2015.

ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. Trad. Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição (1988). Brasília, DF, Senado, 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.shtm> Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 274 de 04 de Outubro de 2007. Aprova o texto da convenção para redução dos casos de apatridia, celebrada em 30 de agosto de 1961. **Diário Oficial da União**. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=5&data=05/10/2007>> Acesso em: 02 set. 2015.



BRASIL. Decreto 4.246 de 22 de maio de 2002. Promulga a convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 maio 2002. Disponível em: < <http://www2.camara.gov.br/Internet/legislacao/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=417365&PalavrasDestaque=>> Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Decreto nº 7.030 de 14 de Dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial União**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2009/decreto-7030-14-dezembro-2009-597745-publicacaooriginal-120532-pe.html>> Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de Outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Diário Oficial União**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-19841-22-outubro-1945-470723-publicacaooriginal-1-pe.html> > Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL é destaque em campanha global contra apatridia. ACNUR. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/brasil-e-destaque-em-campanha-global-contra-apatridia/>> Acesso em: 05 set. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 20 set. 2015.

CADERNOS de debates refúgio, migrações e cidadania. v. 6, n. 6 (2011) Brasília: Instituto de Migrações e Direitos Humanos.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, G.E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público** – 19 ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Covosso, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

CICCO, Cláudio de. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALVI, Luciano. **Direito constitucional avançado: teoria, processo e prática constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.



DIREITOS Humanos: compilação de instrumentos internacionais. Procuradoria-Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em: <https://infoeuropa.euroid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000043098&line_number=0001&func_code=WEB-RIEF&service_type=MEDIA>. v. I. Acesso: 05 set. 2015.

DIREITOS Humanos: compilação de instrumentos internacionais. Procuradoria-Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em: <https://infoeuropa.euroid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000043098&line_number=0002&func_code=WEB-RIEF&service_type=MEDIA>. v. II. Acesso: 05 set. 2015.

GOMES, O. **A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro.** Revista Jurídica CESUMAR, Maringá, v. 1, n. 1, dez. 2001

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri(Org.). **Dicionário compacto jurídico.** 13 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Nacionalidade** – Aquisição, perda e reaquisição, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GUTIER, MurilloSapia. **Introdução ao direito internacional público.** Disponível em: <<http://murillogutier.com.br/wpcontent/uploads/2012/02/INTRODU%C3%87%C3%83O-AO-DIREITO-INTERNACIONAL-MURILLO-SAPIA-GUTIER.pdf> > Acesso em: 05 set. 2015.

LISOWSKI, Telma Rocha. **A apatridia e o “direito a ter direitos”:** um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos apátridas. Disponível em: < http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_4_A_Apatridia.pdf >. Acesso em: 24 set. 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.**5 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.**Prefácio de M. Franchini Netto à 1ª ed. - 12ª ed. rev. e aum. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.**Prefácio de M. Franchini Netto à 1ª ed. - 14ª ed. rev. e aum. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis1.locaweb.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=personalidade>> Acesso em: 15 set. 2015.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.



NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional**. Coleção OAB Nacional, 1ª fase, 3ª ed. rev. atual. e ampl. . (Coords.) FIGUEIREDO, F. V.; CASTELLANI, F.F.; COMETTI, M. T. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; 2010.

NIBOYET, Jean. *Traité de droit international*, 2 ed. Paris: Recueil Sirey, 1947, p. 107 *apud* MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito Constitucional**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

O CONCEITO de Pessoa Apátrida segundo o Direito Internacional. ACNUR. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1>. Acesso em 14 set. 2015.

O QUE é apatridia? ACNUR. Disponível em < <http://www.acnur.org/t3/portugues/qu-em-ajudamos/apatridas/o-que-e-a-apatridia/>> Acesso em: 14 set. 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1.967**, v. 6. São Paulo: RT, 1972.

PREVENÇÃO e redução da apatridia. ACNUR, Setembro de 2010. Disponível em :<<http://www.refworld.org/cgi-in/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fd737242>> Acesso em: 05 set. 2015.

PROTEGENDO o direito dos apátridas. ACNUR, Fevereiro, 2011. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Protegendo_os_Direitos_dos_Apatridas> Acesso em: 05 set. 2015.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13 ed., rev., aumen., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed., rev., atual.e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

SILVA, Edson Jacinto da. **Instituições de Direito Público e Privado**. Campinas/SP: LZN Editora, 2003.

UNIC Rio de Janeiro: centro de informação das nações unidas. Disponível em: <<http://unicrio.org.br/os-excluidos-o-mundo-desconhecido-dos-apatridas/>> Acesso em: 17 set. 2015.

ZEN, Cássio Eduardo. A prevenção a apatridia no contexto internacional. **Revista Brasileira de Direito Internacional**. Curitiba, v.5, n.5, jan./jun.2007.



REFUGIADOS AMBIENTAIS: DESAFIOS INTERNACIONAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

ENVIRONMENTAL REFUGEES: INTERNATIONAL CHALLENGES AND RIGHTS OF PERSONALITY

KÉSIA ROCHA NARCISO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
kesiarn@hotmail.com

RESUMO: A pesquisa científica em discussão visa refletir sobre os Refugiados Ambientais, ao analisar o tratamento promovido pelo Direito Internacional dos Humanos a estes, pretende apresentar um breve estudo sobre os Direitos da Personalidade, qual a relação do Direito Internacional com as mudanças climáticas, enfatizar os direitos dos refugiados no rol dos Direitos Humanos. Considerar as teorias de critérios de qualificação como refugiado ambiental, e o posicionamento do Estado Brasileiro diante dessas categorizações. Como também, definir e justificar tal tema, ressaltando a importância em analisar o Estado das pessoas afastadas de seu ambiente de origem e em possibilitar que os Direitos Humanos resguardem os Direitos da Personalidade de tais pessoas, diante das novas mudanças climáticas em decorrência da interferência humana no meio ambiente. Ao final, enfatiza o papel do Estado em prol da reeducação e prevenção de danos ambientais num mundo caótico sob diagnóstico do “Efeito Borboleta”. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo; uma breve análise histórica e comparação de teses doutrinárias para sua concretização.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Direitos da Personalidade. Refugiados Ambientais.

ABSTRACT: Scientific research under discussion aims to reflect on the Environmental Refugees, to analyze the treatment undertaken by the International Law of Human thereto, aims to present a brief study on the Rights of personality, what is the relationship of international law to climate change, emphasizing the rights of refugees in the list of human rights. Consider the theories of qualification criteria as environmental refugees, and the position of the Brazilian government on these categorizations. As well, define and justify such a theme, emphasizing the importance of analyzing the state of away from their home environment people and enable human rights safeguard the rights of the personality of such people in the face of new climate change due to human interference in the environment. Finally, it emphasizes the role of the state in favor of the rehabilitation and prevention of environmental damage in a chaotic world under diagnosis of “Butterfly Effect”. To this end, bibliographical research was carried through the deductive method; a brief historical analysis and comparison of doctrinal theses for their achievement.



Keywords: International Law of Human Rights. Rights of Personality. Environmental Refugees.

INTRODUÇÃO

Por intermédio da devastação causada pela Segunda Guerra mundial, o valor intrínseco à pessoa humana foi reconhecido e motivou a instituição de diversos princípios e normas reguladoras, ao analisar o Direito Internacional dos Direitos Humanos e seus princípios como ator principal nas relações internacionais, pode-se sopesar sua atuação no cenário mundial de globalização em meio à miscigenação e ao multiculturalismo ante a soberania dos Estados e a teoria do caos.

O papel do Brasil no que diz respeito aos Direitos Humanos, é de fundamental estima para a compreensão da legislação pátria e sua participação nos tratados que envolvem Direitos Humanos, visto que a finalidade central da investigação visa promover o debate sobre a possibilidade de tutela e proteção aos refugiados ambientais frente às mudanças climáticas e garantia dos Direitos da Personalidade em um mundo caótico.

Quanto à proposta metodológica, trabalhar-se-á com a pesquisa bibliográfica sob o método de abordagem dedutivo - partindo de teorias e leis mais gerais para ocorrências de fenômenos particulares - com o objetivo de estabelecer um diálogo reflexivo entre a teoria e o objeto da investigação escolhida.

1 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Convém primordialmente conceituar o direito internacional *latu sensu* como “(...) o conjunto de princípios e normas, positivos e costumeiros representativos dos direitos e deveres aplicáveis no âmbito da sociedade internacional” (NEVES, 2011, p. 15).

Abarca o Direito Internacional a esfera Privada e a esfera Pública, sendo que aquele se apresenta “(...) quando tratar da aplicação, a particulares sujeitos a um determinado Estado, de leis civis, comerciais ou penais emanadas de outro Estado” (NEVES, 2011, p. 15) e este último que de fato interessa ao desenvolvimento do presente trabalho, se mostra “(...) quando se referir aos direito e deveres dos próprios Estados em suas relações” (NEVES, 2011, p. 15), ou seja, estuda as relações internacionais sob a perspectiva de um “(...) conjunto de princípios, regras e



normas que regulam as relações dos Estados entre si ou com outros entes dotados de autodeterminação” (SILVA, 2003, p. 53).

Explica Valério de Oliveira Mazzuoli que o Direito Internacional Público é “(...) a disciplina jurídica da sociedade internacional” (2011, p. 62) numa definição mais abrangente (e mais técnica), pode ser definido como “o conjunto de princípios e regras jurídicas (...) que disciplinam e regem a atuação e a conduta da sociedade internacional” (2011, p. 63) composta por Estados, organizações internacionais intergovernamentais e pelos indivíduos, com o objetivo de “alcançar as metas comuns da humanidade e, em última análise, a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais” (2011, p. 63).

Tal disciplina não é puramente remota, como também não é essencialmente atual, é resultado da necessidade de adequação aos fatores sociais, políticos, econômicos e religiosos da Idade Média, surgindo como ciência autônoma e sistematizada, apenas entre o fim e o início dos séculos XVI e XVII (MAZZUOLI, 2011, p. 53) como será visualizado.

1.1 Retrospectiva Histórica

O Direito Internacional Público granjeou inúmeras mutações no âmbito das relações internacionais com amplo alcance, uma vez que, “não mais se circunscreve às relações entre os Estados, exclusivamente, (...) visto que se ocupa da conduta dos Estados e dos organismos internacionais, e de suas relações entre si, (...) regulando matérias externas e internas de interesse da sociedade internacional” (MAZZUOLI, 2011, p. 65).

Para Francisco Rezek o fundamento do Direito Internacional Público é um “Sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre os Estados soberanos, o direito internacional público – ou *direito das gentes*, no sentido de direito das nações ou dos povos – repousa sobre o consentimento” (2011, p. 27) visto que “As comunidades nacionais e, acaso, ao sabor da história, conjuntos ou frações de tais comunidades propendem, naturalmente, à autodeterminação, à regência de seu próprio destino”, ou seja, “Organizam-se, tão cedo quanto podem, sob a forma de Estados independentes, e ingressam numa comunidade internacional carente de estrutura centralizada” (2011, p. 27), indica ainda, que



diante de tais circunstâncias, “(...) é compreensível que os Estados não se subordinem senão ao direito que livremente *reconheceram* ou *construíram*” (REZEK, 2011, p. 27).

Em meados do século XVII (sem discussão sobre o período exato, pois sofre divergências doutrinárias) o Direito Internacional Público, ganhou cunho científico, cuja importância se elevou através de um holandês denominado Hugo Grotius (MAZZUOLI, 2011, p. 52), inspirado este na Guerra dos Trinta Anos¹⁷, interessou-se pela expansão da disciplina no âmbito mundial.

Com aplicação de longa data o princípio jurídico básico “*pacta sunt servanda*”¹⁸ nos contratos civis e em tratados, promoveu o avanço da interdependência “das gentes” extremamente novo para o período (ACCIOLY, CASELLA, SILVA, 2011, p. 46).

Os Tratados de Westfália¹⁹, e o final da Guerra dos Trinta Anos, deram ascendência à soberania nacional, o Estado ganhou força política originando a nova era do Direito Internacional público, permitindo a independência dos Estados e principiando uma nova ordem estatal igualitária (MAZZUOLI, 2011, p. 54).

Decorridos os anos, o Direito Internacional Público contemporâneo passou por momentos evolutivos distintos: a universalização²⁰, a regionalização²¹, a institucionalização²², a funcionalização²³, a objetivação²⁴, a codificação²⁵, a jurisdicionalização²⁶ e a humanização²⁷, tendo maior relevância para o aludido tema, a humanização o qual será oportunamente tratado.

¹⁷ Principal guerra do século XVII, conflito político-religioso na Europa, que inaugurou um novo modelo de relações internacionais através dos Tratados de Westfália.

¹⁸ Princípio segundo qual o que foi pactuado entre as partes deve ser cumprido.

¹⁹ Tratados de paz que consolidaram a separação da igreja e do Estado, possibilitando o fim da Guerra dos Trinta Anos.

²⁰ O direito internacional público, por meio dessa tendência evolutiva, deixou de ser um direito euro-americano e passou a ser relevante mundialmente, ou seja, universalmente.

²¹ Almejando a solidariedade e a cooperação qualificada o direito internacional público, se regionalizou através da criação de espaços por razões políticas, estratégicas, culturais e econômicas.

²² Cada vez mais presente nos organismos internacionais, o direito internacional público se afasta do direito das relações bilaterais ou multilaterais entre Estado. É o momento em que se criam instituições para resolver problemas que os Estados não conseguem resolver sozinhos.

²³ O direito internacional público passa a ser introduzido nas mais diversas matérias de direito interno e relações internacionais, deixando de restringir-se apenas as relações externas entre Estados.

²⁴ As normas deixam cada vez mais de serem dependentes da vontade dos Estados sob a perspectiva do direito internacional público.

²⁵ A sistematização codificada, escrita e inscrita nos mais variados tipos de tratados passa a marcar esse momento evolutivo do direito internacional público.

²⁶ O progredir das fases anteriores do direito internacional público culmina no momento de criação das instâncias judiciais internacionais.



Este ramo do direito evoluciona as necessárias readequações nas relações internacionais, os membros da sociedade internacional moldam-se, pois, “os preceitos do Direito Internacional obrigam tanto interna como internacionalmente, devendo os Estados de boa-fé, respeitar (e exigir que se respeite) aquilo que contrataram” (MAZZUOLI, 2011, p. 55), diante das relações no plano internacional em prol da pessoa humana e da continuidade da paz.

Como ciência propriamente dita precisou de muito tempo para se consolidar, neste processo passou por diversas modificações possibilitando a inclusão de princípios e normas de Direito Internacional, que regem as relações exteriores buscando a proteção à pessoa humana e praticando a manutenção da paz (MELLO, 2000, p. 68-69).

Responsável pela possibilidade de garantia do mínimo existencial e principal ator no campo das relações internacionais, os Direitos Humanos “estabelece as obrigações dos governos de agirem de determinadas maneiras ou de se absterem de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades de grupos ou indivíduos” (DECLARAÇÃO Universal..., 1948), atua frente à inevitável intervenção internacional, abrange uma série de considerações intrínsecas à pessoa humana, sem distinção de raça, nacionalidade, etnia, sexo, idioma, religião ou outra categoria, não há minimização de direitos e garantias fundamentais ao ser humano, em especial o seu direito à vida, posto que, são direitos inerentes à existência.

1.2 Princípios e Suas Diretrizes

A Constituição da República em seu art. 4^o²⁸ elenca os princípios que regem as relações internacionais no Brasil, sendo estes princípios de fundamental importância para manutenção da ordem e da paz no âmbito Internacional, como também de grande relevância ao se considerar que cada Estado soberano rege-se

²⁷Esse tópico será tratado no desenvolver do presente trabalho, por ser ponto de maior relevância entre os demais momentos evolutivos do direito internacional público no que tange ao tema proposto.

²⁸CF/Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.



independentemente, faz-se necessário, portanto, no cenário do Direito Internacional a consonância dos princípios reconhecidos pelas nações civilizadas; posteriormente diante do tema proposto e dos princípios gerais do Direito, juntamente com princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, poder-se-á compreender e complementar a pesquisa.

Francisco Rezek entende que a validade dos princípios “(...) não difere, em essência, daquele sobre o qual assentam os tratados e o costume (...) fluem de modo tão natural e inexorável do espírito humano que não há como situá-los, ao lado do costume e do tratado” (2011, p. 164), são também, fontes reais do Direito Internacional, já o costume e os tratados são fontes formais, em harmonia com a doutrina e jurisprudência internacional essas fontes caracterizam-se como suporte para determinação de normatização na esfera desta ciência.

O Direito dos Tratados previsto no art. 53 da Convenção de Viena de 1969, impõe nulidade em casos de conflitos com norma imperativa de DI geral, pois “(...) uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior do Direito Internacional geral da mesma natureza” (CONVENÇÃO DE VIENA, 1969).

Resulta a suma importância do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inerente ao ser enquanto pessoa humana, como também o cerne do Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que a sua constituição se consolidou em decorrência das atrocidades vivenciadas no período da Segunda Guerra mundial, almejando assegurar o mínimo existencial. No ordenamento brasileiro o princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem previsão legal na Constituição Federal em seu art. 1º, inc. III, elencado no rol de princípios fundamentais.

Expõe Ingo Wolfgang Sarlet a dificuldade de definição do que seria o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, de forma que possui valores principiológicos e normativos (2006, p. 39), exhibe ainda que “cada ser humano é, em virtude de sua dignidade, merecedor de igual respeito e consideração no que diz com sua condição de pessoa” (2006, p. 139), uma vez que, não pode ser menosprezada; muito menos em virtude de interesse de terceiro, assim, este princípio pressupõe uma garantia absoluta e indisponível da pessoa humana.



Alberto Silva Santos aponta que “Os sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos têm representado papel importante para promover a aplicação dos documentos internacionais (...) no intuito de garantir a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana” (2012, p. 1), assim, não só este, mas vários princípios compõem a denominada internacionalização.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E REFUGIADOS

Os Direitos da Personalidade foram reconhecidos tardiamente, tal tema está intimamente ligado a estes, visto que, a sua correspondência não se restringe apenas aos direitos inerentes ao nascimento com vida que são intrínsecos a pessoa humana, mas também ganhou corpo e voz ao reconhecer a ordem moral e social do indivíduo.

Calcular que na contemporaneidade ainda existem limites para exercício destes direitos é um contrassenso, eram reconhecidos como fundamentais, porém, apenas por volta do século XIX conquistou efetivamente tal definição, já na idade contemporânea, no sentido de contemplar amplamente a pessoa humana, se tornou indissociável à mesma em seus ares físicos, psíquicos e intelectuais.

Garantida constitucionalmente, a Dignidade da Pessoa Humana em um enfoque social mostra que “(...) a personalidade é um atributo jurídico. Todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direito e obrigações. Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias” como também as “condições de sua atividade jurídica e, nos limites a que se deve circunscrever. O conhecimento dessas normas interessa a todo o Direito Privado, porque se dirige à pessoa humana considerada na sua aptidão para agir juridicamente” (GOMES, 2001, p. 6).

Portanto, falar de personalidade, garantias e direitos no escopo temporal renderiam milhares de apontamentos para elucidação e apreciação de tal tema, diante da importância refletida em sua fórmula inerente ao ser humano dotado de direitos e obrigações, desenvolve um sujeito de direito e molda sua personalidade, tais garantias devem ser preservadas, para que os objetivos nacionais e internacionais, em conjunto superem os limites a esses direitos e deveres que ainda afetam algumas minorias no mundo moderno.

2.1 Considerações Conceituais e Históricas

A Carta das Nações Unidas (1945) com um olhar amigável e solidário intentou um discurso em prol do princípio de que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais foi instituído o Estatuto dos Refugiados em 1951.

Por si só a existência ou vida humana é preciosa, uma não tem menor valor que a outra, destaca Hanna Arendt que a “condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência” (ARENDR, 2007, p. 17).

Desta forma, ao falar-se em existência e liberdade ante aos refugiados, dispõe Artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, e ainda o Art. 5º, XLI da CF/88 que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CONSTITUIÇÃO, 1988).

Sob a perspectiva filosófica de Sartre, Paulo Perdigão ressalta que “*Ser livre é fazer escolhas concretas* – e até mesmo a abstenção e a inatividade são modalidades de escolha” (PERDIGÃO, 1995, p. 86-87), ou seja, as escolhas compreendem a liberdade; a liberdade não faz milagres, mas possibilita a busca pelo preenchimento dessa plenitude de ser, de existir.

Leonardo Boff, em sua obra “Libertar a águia em nós”, faz interessantes considerações acerca da liberdade e ressalta que a “Libertação significa a ação que liberta a liberdade cativa. (...) Sempre estamos sob a ameaça de cair do paraíso em que nos encontramos. Esta situação de decadência faz nascer um permanente anseio de resgate e de libertação” (BOFF, 1997, p. 23-24 e 130).

Neste sentido, tais dizeres, associado à linha de raciocínio de Paulo Perdigão, supracitado, e as considerações de Arendt sobre a condição humana, a liberdade se inicia na consciência e junto a esta condição inerente a sua existência, a manifestação de vontade determinam nossos atos.

Ao ponderar que a existência precede a essência, pois o “homem é o único legislador de sua vida, e a única lei de sua existência diz apenas: “Escolhe-te a ti



mesmo” (...) o homem deve escolher o seu Ser, lançando-se continuamente a seus possíveis e constituindo pouco a pouco a sua essência, através dessas escolhas, contanto, para agir, somente com a voz de sua consciência” (BOFF, 1997, p. 90), a liberdade de consciência perante sua existência e condição humana é discutida pelo Direito Internacional dos Refugiados.

2.2 Refugiados na Sociedade Internacional e os Direitos da Personalidade

Através da mídia é notória a crise envolvendo o sofrimento daqueles que por inúmeros conflitos necessitam de refúgio, para estes, no entanto, há legislação internacional vigente, diferentemente do que se tratará quanto aos refugiados ambientais, que padecem de regulamentação específica, uma vez que, a discussão sobre as mudanças climáticas iniciadas neste século, não visam apenas proteção ambiental, mas segurança jurídica junto à adoção de medidas para manutenção da ordem e paz na esfera internacional.

Ocorre que a cada dia a natureza responde vagarosamente ou drasticamente os resultados das ações humanas num enfoque de mudança global e climática, estes impactos devem ser solucionados e prevenidos, quando não, a natureza reage ocasionando o surgimento de “refugiados ambientais”, que carecem de categorização diante da utilização de tal termo, *status jurídico* na ordem internacional e desponta divergências na doutrina.

A Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado de 1951 alterada pelo Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 traz a definição de que refugiados são “pessoas que se encontram fora do seu país por causa de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais, e que não possa (ou não queira) voltar para casa” (ACNUR, 2015) o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados considera ainda “as pessoas obrigadas a deixar seu país devido a conflitos armados, violência generalizada e violação massiva dos direitos humanos” (ACNUR, 2015).

Diante da premissa apresentada, analisa-se a necessidade e urgência de regulamentação material internacional para efetivação dos direitos intrínsecos à pessoa humana e o cenário climático no globo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados precisam enfrentar esse desafios



perante o deslocamento forçado a mando ambiental, visto que, os países que anseiam ajudar sofrem com a falta de regulamentação, uma vez que, tais pessoas caso a caso, por vezes necessitam não só de amparo imediato, mas também amparo continuado.

3 REFUGIADOS AMBIENTAIS E O CAOS

O mundo e o meio ambiente estão em constante mutação, tais modificações, conseqüentemente, tendem a apresentar prós e contras, de forma que é possível avistar que nem sempre tudo está tão inerte quanto parece, porém, definir situações caóticas não pressupõe necessariamente uma desordem; a busca pelo equilíbrio nem sempre é alcançada, o que remete assim, ao desejo de ser alcançável.

A globalização não se restringe apenas aos aspectos tecnológicos, mas também a globalização dos direitos fundamentais que caminham com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a efetivação de seus objetos de estudo, visualizando-se que a globalização de direitos e a globalização tecnológica baseiam-se sob análise da sociedade internacional.

3.1 Caos: Cenário Internacional de Mudanças Climáticas e Sistemas Não-Lineares

Refletir sobre o termo “caos”, logo se se imagina uma desordem, o que na verdade, nem sempre se consagra como tal; o vocábulo “caos” não tem apenas conotação quanto a sua etimologia, existe também a denominada teoria do caos que inicialmente dispõe sobre o fato de uma ação inicial provocar variação de proporções imprevisíveis.

A teoria do caos originou-se a partir de um meteorologista americano chamado Edward Norton Lorenz, no início da década de 1960. Ao analisar um programa de computador que simulava as massas de ar, descobriu que ao diminuir algumas casas decimais nos números que alimentavam os balancetes, a alteração resultante foi extremamente significativa (REVISTA mundo novo, 2015).

Ao comparar o dia a dia concluiu que acontecimentos que se presumem simples têm um desempenho tão caótico quanto às vivências cotidianas, de forma



que falar do caos é necessário para que se possa entender o desenvolvimento humano e cultural, perfazendo necessária a conquista de uma reeducação quanto aos desastres ambientais decorrentes das ações humanas ao contribuir para as mudanças climáticas.

Conforme considerações históricas, “(...) só com a terrível experiência da II Guerra Mundial – que demonstrou até que ponto o desrespeito da dignidade e do valor da pessoa humana – não só viola normas éticas fundamentais e ameaça a estabilidade interna” (DIREITOS Humanos: compilação..., 2008), mas põe “seriamente em risco a paz e a segurança internacionais – a comunidade internacional tomou definitivamente consciência do imperativo de proteger juridicamente, a nível internacional, os direitos e liberdades” (DIREITOS Humanos: compilação..., 2008).

Com o fim da guerra que se efetivou “(...) pela negação dos princípios democráticos da dignidade, da igualdade e do respeito mútuo dos homens, e através da propagação, em seu lugar, por meio da ignorância e do preconceito, da doutrina da desigualdade entre homens e raças” (UNESCO, 1945), iniciou-se a busca pela paz no cenário internacional como direito fundamental essencial ao se falar sobre mudança climática e garantia de direitos aos refugiados ambientais.

Aponta Bonavides que, os Direitos fundamentais ganharam uma nova universalidade, possibilitando a solidificação dos direitos sem exclusão por este ou aquele motivo, independente de sua localização geográfica, acoplando a “(...) tríplice geração na titularidade de um indivíduo que (...) é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade” (2011, p. 573-574).

Por conseguinte, a observação dos fenômenos do mundo globalizado e do cenário cultural diversificado da comunidade internacional em desenvolvimento, faz-se necessária ao verificar posicionamentos internacionais em apreço ao ser humano e a manutenção da paz internacional sob a ótica dos princípios de Direitos Humanos cuja finalidade resume-se ao respeito mútuo entre os Estados, importantíssima consideração diante dos deslocamentos forçados frente às catástrofes ambientais.

A vida cotidiana permeia-se de situações caóticas que através de escolhas determinam a ocorrência ou não dessas desordens, dentre elas a opção entre a preservação ou extinção de nosso meio ambiente; por vezes, sabe-se que a vontade



é a força que move os Estados a pactuarem ou não normas que contextualizam a adequação de uma ordem internacional em evolução, unir forças é primordial.

A preocupação com os fundamentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a paz internacional e com o futuro da humanidade, conclama por uma conscientização dos povos para a conquista e manutenção da preservação ambiental e apoio aos refugiados ambientais como meio para construção de uma sociedade internacional equilibrada, já que cada dia um novo conceito surge e os Estados precisam contribuir para enfrentar os novos desafios e evitar que tais mudanças acarretem conflitos internacionais.

Analisando-se o caminhar silencioso e desprovido de valores da globalização política neoliberal, Paulo Bonavides aponta que existe ainda uma "(...) outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais" (2011, p. 571), continua dizendo que esta interessa unicamente aos menos favorecidos, já que "Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional" (2011, p. 571), expõe, todavia que os direitos de terceira dimensão que compreendem "(...) ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia" (2011, p. 572).

Portanto, considerando as descobertas sobre a teoria do caos, a globalização como parte da evolução da humanidade é um fator caótico, não apenas pela ordem ou desordem que traz, mas também, pelas consequências que as ações inadequadas dos seres humanos perante o meio ambiente, a quebra de valores, maculam o ideário de paz. Todavia, a paz jamais deve ser desmerecida, a sua manutenção é fator primordial para a condução do futuro da humanidade frente aos refugiados ambientais.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto por uma vasta normatização em defesa da pessoa humana e da promoção da paz, em análise ao desenvolvimento e crescimento da comunidade internacional, a evolução da humanidade é evidente tornando-se preciso adequação das normas aos contextos internacionais.

Norberto Bobbio em sua obra "A Era dos Direitos" (1992), preocupa-se com os direitos do homem, a democracia e a paz como momentos essenciais, de



maneira que “(...) sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos” (1992, p. 7), pois, na democracia há uma “(...) sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, (...) somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo” (1992, p. 7).

Hannah Arendt ressalta que “A era moderna continuou a operar sob a premissa de que a vida, e não o mundo, é o bem supremo do homem” (2007, p. 332), enquanto “(...) o passado, é visto como uma força, e não, como em praticamente todas as nossas metáforas, como um fardo com que o homem tem de arcar e de cujo peso morto os vivos podem ou mesmo devem se desfazer em sua marcha para o futuro” (1979, p. 32) de maneira que este passado “(...) ao invés de puxar para trás, empurra para a frente, e, ao contrário do que seria de esperar, é o futuro que nos impele de volta ao passado” (1979, p. 37).

Glenn Packiam por seu turno defende que, “Começos são tão significativos quanto seus finais. (...) Finais bem-sucedidos normalmente são determinados pelos momentos mais comuns do percurso. Todavia, somos obcecados pelos começos” (2010, p. 11), cada vez que iniciamos um novo projeto “Queremos ser extraordinários, para ser lembrados muito tempo depois de partirmos, para ser parte de algo maior do que nós mesmos, para deixar um legado; e ainda assim não queremos ir trabalhar na segunda-feira de manhã” (2010, p. 11). O autor enfatiza o segredo frente à reflexão quanto este percurso dizendo que “Não é um segredo porque poucas pessoas sabem disso; mas é um segredo porque poucas pessoas vivem como se soubessem” (2010, p. 11).

A vida humana não é medida em grau valorativo, salienta Hannah Arendt que a “(...) condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência” (2007, p. 17).

O engodo central da teoria do caos é o “Efeito Borboleta” instituído por Edward Lorenz, que observou que o bater de asas de uma borboleta no Brasil pode causar uma desordem do outro lado do mundo, utilizando-se dessa teoria, faz-se, aqui, uma analogia ao estudo das mudanças climáticas que cada dia mais fará



vítimas e, por conseguinte tais refugiados da natureza precisarão de normatização para controle e manutenção da paz internacional.

Furtando-se de tal teoria denota-se que pequenas ações podem causar mudanças incalculáveis, portanto, é primordial que os organismos contribuam para que a paz se mantenha, ainda que os meios tecnológicos, a humanidade em constante mutação (inclusive de valores), prevaleçam em meio ao caos e sejam garantidos os direitos intrínsecos mais ínfimos da pessoa humana aos refugiados climáticos.

CONCLUSÃO

Notou-se nesta pesquisa que o Direito Internacional precisou de muito tempo para se consolidar como ciência e nele temos os Direitos Humanos como principal ator no campo das relações internacionais. Por ele, é possível garantir o mínimo existencial, inclusive se houver necessidade de intervenção internacional.

O processo de consolidação como ciência e seu reconhecimento como “Direito das gentes”, passou por diversas modificações possibilitando a inclusão de princípios e normas de Direito Internacional, que regem as relações exteriores buscando a proteção à pessoa humana e praticando a manutenção da paz.

Além dos princípios gerais de direito, tem-se os princípios de Direito Internacional. Ocorre que, em relação ao refugiado ambiental que não possui liberdade diante da lei material internacional clamam por pactos legais, tratados internacionais, mecanismos jurídicos em prol de seus direitos humanos.

O Direito Internacional, especialmente o ACNUR, precisa contribuir significativamente para que junto aos Estados e frente à importância de acréscimos a convenções relacionadas aos Refugiados, justamente para a prevenção e combate aos problemas relacionados com as mudanças climáticas que é realidade em diversos lugares no globo em garantia da ordem internacional em favor dos refugiados ambientais.

A soberania e a vontade rege os Estados, sua independência no cenário internacional, resta a todos que enxergam a gravidade do problema diante da pessoa humana como o ACNUR, a preocupação com a possibilidade do exercício



dos direitos, garantias e liberdades fundamentais inerentes ao ser humano diante da necessidade de refúgio ambiental.

A evolução no cenário de globalização desencadeou um desequilíbrio caótico de valores mediante as inovações tecnológicas e sua expansão, ao analisar a paz neste contexto dando primazia aos Direitos da Personalidade em virtude da dignidade da pessoa humana perante os refugiados do clima, observa-se que o anseio de preservação da paz no âmbito internacional pressupõe continuidade do trabalho daqueles que defendem este ideário como direito supremo da humanidade e dos direitos intrínsecos aos seres humanos.

Assim, com a intenção principal de reflexão sobre aspectos realísticos da condição jurídica desta categoria de refugiados frente às ordens ou desordens naturais, reduz valores e a própria condição humana, violando os direitos fundamentais, e, conseqüentemente, os princípios resguardados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, este estudo ressalva a importância do caminho para o alcance da efetivação dos Direitos da Personalidade na modernidade e na manutenção da ordem internacional.

Contudo, o aludido Efeito Borboleta, não é parâmetro para se desacreditar na silenciosa inércia dos valores humanos que determinam os direitos de todos os homens, mas sim, um estímulo que demonstra a possibilidade de resguardo e manutenção da paz internacional como supremo direito da humanidade sob a perspectiva do desejo imaculável de proteção atual e futura da personalidade humana de todos, inclusive dos refugiados ecológicos que se deslocam de maneira forçada e são afetados pela ação exacerbada e egocêntrica da raça humana contra seus próprios meios de sobrevivência, em um mundo que é a morada de todos.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. Trad. Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad: Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979.

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



BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**. Disponível em: <http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf> Acesso em: 12 out. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **O direito à paz**. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0312200609.htm>> Acesso em: 27 set. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição (1988). Brasília, DF, Senado, 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.shtm> Acesso em: 20 set. 2014.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de Outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-19841-22-outubro-1945-470723-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 04 out. 2014.

BRASIL. Decreto nº 7.030 de 14 de Dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2009/decreto-7030-14-dezembro-2009-597745-publicacaooriginal-120532-pe.html>> Acesso em: 05 out. 2014.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, G.E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público** – 19 ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Covosso, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 11 out. 2014.

DIREITOS Humanos: compilação de instrumentos internacionais. Procuradoria-Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em: <https://infoeuropa.euroid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000043098&line_number=0001&func_code=WEB-BRIEF&service_type=MEDIA> v. I. Acesso em: 20 set. 2014.

DIREITOS Humanos: compilação de instrumentos internacionais. Procuradoria-Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em: <https://infoeuropa.euroid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=



000043098&line_number=0002&func_code=WEB-BRIEF&service_type=MEDIA> v.
II. Acesso em: 20 set. 2014.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795)**. Tradutor: Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Prefácio de M. Franchini Netto à 1ª ed. - 12ª ed. rev. e aum. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional**. Coleção OAB Nacional, 1ª fase, 3ª ed. rev. atual. e ampl. . (Coords.) FIGUEIREDO, F. V.; CASTELLANI, F.F.; COMETTI, M. T. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos Humanos**. 4. ed. rev. e atual. Coleção elementos do direito; v. 12. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2013.
O QUE é a teoria do caos? **Revista Mundo Estranho**. São Paulo: Editora Abril. Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/materia/o-que-e-a-teoria-do-caos>> Acesso em: 19 set. 2014.

PACKIAM, Glenn. **Efeito Borboleta: um simples gesto: um mundo de diferença**. Trad. Roselene Sant'Anna da Silva. São Paulo: Garimpo Editorial, 2010.

PERDIGÃO, Paulo. **Existência e liberdade**: uma introdução á filosofia de Sartre. Porto Alegre: L&PM, 1995.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13 ed., rev., aumen., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Alberto Silva. **A internacionalização dos direitos humanos e o sistema interamericano de proteção**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 4 ed., rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SILVA, Edson Jacinto da. **Instituições de Direito Público e Privado**. Campinas/SP: LZN Editora, 2003.

UNESCO. **Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001472/147273por.pdf>> Acesso em: 05 out. 2014.



A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

PROTECTING CONSTITUTIONAL SOCIAL RIGHTS

LUCIANA YOSHIHARA ARCANGELO ZANIN
UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
lucianayoshihara@gmail.com

RESUMO: Pretende este trabalho tratar da questão dos Direitos Sociais, a fim de verificar se há efetiva proteção a estes no ordenamento constitucional. Não se deve esquecer que os Direitos Sociais são Direitos Humanos, e como tais serão tratados no presente. Para maior elucidação do tema, adentraremos ao histórico, para que se verifique o processo de conquista destes tão importantes direitos, bem como sua importância na sociedade. Uma vez entendido isto, serão apresentadas as correntes que defendem a proteção constitucional dos Direitos Sociais e, portanto, a inclusão destes no rol do art. 60 § 4º da Constituição Federal, assim como as que são contrárias a este ponto de vista. Importante para a leitura deste é ter em mente que os Direitos sociais fazem parte dos Direitos Humanos, são imprescindíveis à manutenção do Estado Democrático Republicano e como tal, são fundamentais, por isso se mostra relevante o estudo dos Direitos Sociais sob o aspecto internacional.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Direitos Humanos. Proteção Constitucional. Cláusula pétrea. Efetividade.

ABSTRACT: This work aims to address the issue of Social Rights in order to check for the effective protection of these constitutional. One should not forget that Social Rights are Human Rights, and as such will be treated in the present. For further elucidation of the subject, the history in to verify that the process of achieving these important rights as well as their importance in society. Once we understand this, we will present the current defending the constitutional protection of social rights and thus the inclusion of these in the list of art. 60 § 4 of the Federal Constitution, as well as those that are contrary to this view. Important to read this keep in mind is that social rights are part of human rights, are essential to maintaining the state Democratic Republican and as such are essential, so if the study shows relevant Social Rights under the international aspect.

Keywords: Social Rights. Human Rights. Constitutional Protection. Entrenchment clause. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Sendo o objetivo do presente trabalho discutir a efetividade dos Direitos Sociais no ordenamento pátrio, inicialmente fez-se uma abordagem histórica do tema, evidenciando o processo de luta para a sua conquista. Processo esse que se



arrastou por muito tempo e importou uma mudança de pensamento por parte dos cidadãos e do Estado.

No estado social de Direito tem-se que o Estado participa efetivamente da vida de seus cidadãos ao garantir a esses o chamado mínimo existencial que são direitos essenciais para a manutenção da vida digna. Cabe ainda ao Estado zelar pela igualdade formal e material, de sorte que todos tenham oportunidade de emancipação.

Em seguida, estuda-se a proteção constitucional atribuída às chamadas cláusulas pétreas, especificamente quanto à inviolabilidade dos direitos fundamentais.

Aborda-se as características desses direitos, enfatizando a indivisibilidade.

Ato contínuo trata-se da evolução econômica por meio da globalização e discute-se a influência dessa para os Direitos Sociais, de forma a trazer à baila a questão da fragilidade de tão importante conquista frente ao poder econômico.

1 PROCESSO HISTÓRICO DE CONQUISTA DOS DIREITOS SOCIAIS

Importante mencionar que, em sede de Direitos Humanos, não encontramos muita uniformidade, inclusive quanto à própria denominação “direitos humanos”, que diversos autores preferem não adotar. Desta forma, temos também as expressões Direitos Fundamentais, Liberdades Públicas, Direitos do Homem, entre outros. Para alguns as expressões são sinônimas, porém, há aqueles que defendem a diferenciação, vejamos:

Apesar da utilização do termo “direitos humanos” como equivalente de “direitos fundamentais”, somos pelo entendimento que direitos humanos não podem ser confundidos com direitos fundamentais, pois, direitos humanos são direitos não positivados, enquanto que direitos fundamentais são os direitos positivados. Isto não quer dizer que os direitos fundamentais não sejam direitos humanos (SOUZA, 2005, p. 48).

Claro está que, para o autor acima, Direitos Fundamentais são espécies positivadas dos Direitos Humanos. Não somos por esta posição, haja vista que acreditamos que a positivação não é fator diferenciador das expressões, ou melhor, defendemos que a expressão “Direitos Humanos” abarca os direitos positivados



também. Tanto é assim, que os instrumentos internacionais de proteção do homem utilizam esta terminologia.

Também adepto desta nomenclatura, Marcos Augusto Maliska expõe:

Os direitos humanos estudados sob a ótica do direito constitucional, parece, a meu ver, encontrar agasalho na expressão direitos fundamentais. O caráter positivo, sua eficácia jurídico-normativa, parece encontrar na expressão “direitos fundamentais” melhor sentido (MALISKA, 2007, p. 45).

José Luiz Quadros de Magalhães utiliza as expressões como sinônimas e ainda defende que a diversidade terminológica só contribui para a dificuldade de compreensão do tema, a saber:

Quando falamos em Direitos Humanos, utilizamos esta expressão como sinônimos dos direitos fundamentais. Portanto, direitos fundamentais são, os direitos individuais fundamentais (relativos à liberdade, igualdade, propriedade, segurança e vida); os direitos sociais (relativos à educação, trabalho, lazer, segurança social entre outros); os direitos econômicos (relativos o pleno emprego, meio ambiente e consumidor); e direitos políticos (relativos às formas de realização da soberania popular) (MAGALHÃES, 2000, p. 01).

Não sendo objeto de estudo do presente, a nomenclatura e a conceituação destes, passaremos ao estudo histórico, esclarecendo que, utilizar-se-á a expressão “Direitos Humanos”.

Como dito, há muitas controvérsias e pouca pacificidade em sede de Direitos Humanos, o que não seria diferente em se tratando da origem destes. Importante ressaltar que, sendo os Direitos Sociais, espécies dos Direitos Humanos, se mostra relevante verificar a controversa gênese destes.

Existem doutrinadores que defendem que é possível encontrar a origem dos Direitos Humanos na Antiguidade, mas outros crêem que estes nasceram durante o século XVIII. Esta é a posição de Paulo Roberto Rodrigues Amorim:

(...) os Direitos Humanos Fundamentais têm como fonte filosófica a doutrina do direito natural na Grécia clássica e só viriam a ser claramente delineados, quando do advento dos “Direitos do Homem” nas Declarações de Direitos e na origem do constitucionalismo no século XVIII (AMORIM, 1996, p. 17).



O mesmo autor continua “não é possível falar em Direitos Humanos Fundamentais na antiguidade, em razão de que, naquele período não se podia falar em igualdade ou liberdade formalmente consideradas (...)”.

É bem verdade a afirmação acima, haja vista que na Grécia Antiga existia a escravidão, e os filósofos e pensadores daquela época, como Platão e Aristóteles, a defendiam sobre o pretexto de que o homem não pertencia a si mesmo pela vontade da lei natural.

Mas se faz necessário lembrar que, embora a idéia de Direitos Humanos não estivesse totalmente acabada, esta existia. Os Direitos Humanos não eram os mesmos de hoje, nem a visão de humanidade ou de dignidade era, contudo, muitos pensadores da Antiguidade contribuíram para a evolução destes direitos, por isso pode-se afirmar ser possível encontrar traços deles, embora fossem simples.

Sorondo citado por Amorim encontra raízes antigas de Direitos Humanos:

Por sua índole, pode-se dizer que os Direitos Humanos nascem com o próprio homem. As raízes do conceito se fundem com a origem da história e a percorrem em todos os sentidos. Neste imenso lapso de tempo, o homem, desde as mais diversas culturas, procura idéias e aspirações que respondam à variedade de suas condições materiais de existência, de seu desenvolvimento cultural, de sua circunstância política (SORONDO apud AMORIM, 1996, p. 15).

Marcelo Guimarães da Rocha e Silva (2002, p. 30) ensina que “a idéia de direitos humanos sempre esteve presente entre os homens, ainda que não houvesse a idéia de internacionalização dos direitos, ou de uma ciência jurídica que visasse sua proteção específica”.

Já para Sophie Bessis, a história dos Direitos Humanos teve início no século XVII, vejamos:

A história desta noção começa de facto quando <<o homem>> que ela quer defender contra todas as arbitrariedades e actos despóticos e tirânicos passa progressivamente do estatuto do ser criado por Deus, ou de membro de uma comunidade, ao estatuto do indivíduo. Esse homem nasce em Inglaterra, no fim do século XVII. Os franceses do Iluminismo dão-lhe um eco formidável no século seguinte (BESSIS, 1998, p. 11).

Os jusnaturalistas defendem que os estóicos foram os primeiros a falar em Direitos Humanos, entre 350-250 a.C., pois estes consideravam o Direito Natural idêntico à lei da razão, assim, os homens, libertos de paixões, guiariam suas vidas de acordo com as leis de sua própria natureza, que era racional.



Para estes a razão era a base do Direito e da Justiça e esta podia ser encontrada em todos os homens. Note-se que este povo estabeleceu um conceito de direito válido universalmente, bem como um conceito de igualdade, posto que não estabelece distinção entre os homens e diz ser este direito válido a todos, não impondo quaisquer limites ou condições.

Paulo Roberto Rodrigues Amorim, define bem o estoicismo:

No estoicismo, os homens são iguais. Uma igualdade que se estabelece porque todos os homens, sem distinção, possuem um 'nomos' unitário, que os converte em cidadãos do grande Estado Universal. Essa condição de cidadão ultrapassava o espaço da Polis. Os estóicos tiveram uma contribuição exemplar na formação das idéias dos Direitos Humanos (AMORIM, 1996, p. 20).

Em uma abordagem religiosa, temos que, a origem destes Direitos está ligada ao reconhecimento de direitos naturais decorrentes da natureza humana.

Desta forma, os Direitos Humanos decorrem dos dogmas cristãos, é o direito natural, a vontade de Deus que é o criador de todas as criaturas. Aqueles que acreditam que os Direitos Humanos nasceram do Cristianismo, baseiam-se no fato de que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, o que revelaria o princípio da igualdade, bem como o elegeu como templo do Espírito Santo, morada de Deus, assim, quis Ele que o homem fosse preservado, protegido.

Os homens são todos vocacionados, ou seja, são filhos de um mesmo Pai e devem participar da comunhão com Ele, nas palavras de Amorim:

O ensinamento cristão aprofunda, então, a doutrina da igualdade, explorando-a nas relações dos homens entre si, afirma que, os homens além de iguais entre si, destinados a mesma felicidade eterna são também irmãos entre si, por serem todos filhos do mesmo pai, reforçando assim o direito de igualdade (AMORIM, 1996, p. 21).

Santo Agostinho (354-430 d.C.) considerava a igreja como a guardiã da Lei de Deus, e esta era quem deveria prevalecer. Desta forma se uma lei humana fosse contrária à lei de Deus, esta não deveria ser obedecida e nem ter vigência.

Já São Tomás de Aquino (1226-1274), na Idade Média, revelava a necessidade de o Direito Natural relativo expressar os ideais cristãos, porque acreditava que a Justiça Cristã só seria realizada através de uma norma de caráter mais geral, ou seja, acima do Direito Positivo.



Para este filósofo cristão, que muito contribuiu para que o Direito Natural fosse visto como ciência, existiam quatro tipos de leis: a Lei Eterna, que vem do Governante Supremo e rege tudo no Universo; a Lei Natural, que ocorre quando o homem participa da Lei Eterna, ou seja, quando escolhe entre o bem e o mal; a Lei Divina, que é aquela que Deus revela através das escrituras sagradas; e a Lei Humana, que é um ato de vontade do Soberano de acordo com a razão.

Percebe-se então, que a Lei reflete a vontade humana ou a ela está relacionada, porém, a vontade humana vem da vontade divina.

Quando o filósofo fez esta distinção entre as leis, contribuiu muito para os Direitos Humanos, pois revela a “necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens (...)” (AMORIM, 1996, p. 24).

Essa idéia de “vontade de Deus” foi superada no século XVII, quando pensadores iluministas defenderam a razão como fundamento do direito natural, pois somente esta seria a “medida última do certo e do errado, do bom e do mau, do verdadeiro e do falso” (SOUZA, 2005, p. 54).

Contudo, segundo a visão internacionalista, os Direitos Humanos nasceram junto com o Direito Internacional, no século XVI, uma vez que Francisco de Vitória e Bartolomeu de la Casas – considerados os fundadores do Direito Internacional – lutavam pelo reconhecimento e efetivação dos direitos dos povos indígenas da América espanhola.

O Iluminismo é uma corrente filosófica e cultural fundada no Racionalismo, cujo principal representante é Hugo de Grócio. Para esta corrente de pensamento, tudo deveria ser explicado pela razão, inclusive o poder estatal, que deixara de ser visto como vontade de Deus para ser visto como vontade do povo. Até mesmo o Direito Natural é visto como produto da razão, pois impera o jusnaturalismo abstrato, onde toda explicação é encontrada na razão humana.

É importante estudarmos a também controversa, tese das gerações do Direito, tese esta que profundamente divulgada e criticada.

Ela foi inventada por Karel Vasack, em 1979, quando de uma palestra proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo.

Consta que ele se inspirou na bandeira da França, correlacionando as gerações aos dizeres desta bandeira. Desta forma, a primeira geração seria dos



direitos de liberdade e individuais; a segunda geração reporta à igualdade e aos direitos econômico-sociais; por fim, a terceira geração refere-se à solidariedade.

A primeira crítica que se faz reporta à nomenclatura, dado que estudiosos do Direito acreditam ser incorreto o termo “geração”, preferindo utilizar “dimensão”. Há ainda quem diga que nenhuma das nomenclaturas está correta, como passaremos a demonstrar.

Estas posturas se justificam por que o termo “geração” permite uma interpretação no sentido de substituição, assim, uma geração de direito substituiria a outra, o que não ocorreu, uma vez que, os direitos humanos acumularam-se. Se assim não fosse, seria preciso que os direitos de primeira geração – liberdade – desaparecessem para que nascessem os direitos sociais.

Realmente uma geração não substitui a outra, ao contrário, elas interagem, se fundem, se cumulam, e se, esse sentido for levado em consideração, a expressão “geração” estará plenamente incorreta, até porque induz a uma sucessão cronológica, o que implica em caducidade.

Além disto, em alguns países, a evolução dos direitos fundamentais não seguiu a ordem segundo a qual foi elaborada, portanto, é incorreto afirmar que esta teoria retrata a verdadeira evolução histórica dos Direitos Humanos.

Cançado Trindade também não concorda com o termo gerações, leia-se:

Em primeiro lugar, essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade. Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: “Por que você formulou essa tese em 1979?”. Ele respondeu: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da –bandeira francesa” – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muita a sério, mas, como tudo que é palavra “chavão”, pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir gerações de direitos etc. (TRINDADE, 2002).

Interessante notar como uma teoria que foi vista com descrédito por seu próprio inventor, tornou-se tão importante para o estudo dos Direitos Humanos, seja no plano internacional, seja no plano interno.

George Marmelstein Lima (LIMA, 2006, p. 115) explica que, apesar de tudo, esta teoria possui “um inegável valor didático, já que facilita o estudo dos direitos fundamentais e simbólico, pois induz à idéia de historicidade desses direitos.”.



Este mesmo autor acredita que a expressão “dimensões” também está incorreta, por conter implicações práticas e propõe uma nova terminologia, vejamos:

(...) a doutrina continua incorrendo no erro de querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dada dimensão, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade dos direitos fundamentais. Na verdade, ao e adequado nem útil dizer, por exemplo, que o direito de propriedade faz parte da primeira dimensão. Também não é correto nem útil dizer que o direito à moradia é um direito de segunda dimensão.

O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individualmente liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia ente estas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

Augusto Nascimento Carigé, faz uma observação muito pertinente quanto às terminologias, equivalendo-as, veja-se:

Entendemos, contudo, que o termo dimensão ou geração se equivalem. Geração designa ou pretende designar na seara dos Direitos Humanos, a superveniência de determinados direitos até então desconhecidos, sem que, necessariamente, exclua as outras. Pelo menos este é o sentido razoável para a utilização do termo. Se olharmos para o mundo dos fatos, verificaremos que as gerações precedentes a outras, apesar de cada vez mais velhas, continuam a terem vigência no seio social, mesmo que limitado pelas sucessoras. Portanto, a realidade é capaz de responder que qualquer distorção que se faça do termo geração não é capaz de modificar a sua real designação (CARIGÉ, *online*, p. 3).

Embora a discussão acerca da terminologia seja interessante, não é preponderante para este trabalho, já que o foco não está no nome que se dá, e sim, ao que se dá, ou seja, não nos importa a terminologia empregada, mas sim o estudo das diversas fases dos Direitos Humanos, para melhor compreendermos a relevância dos chamados Direitos Sociais e assim, podermos discutir acerca de sua proteção.

Portanto, tratada a questão da nomenclatura, passaremos a estudar estas gerações ou dimensões de direitos, cuja seqüência histórica é exprimida pelos três princípios basilares da Revolução Francesa, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade.



A primeira geração de Direitos surge devido à grande opressão vivida, o que fez nascer nos homens o desejo de liberdade, afinal todos estavam cansados dos desmandos do Estado que invadia a vida particular do cidadão.

Assim, os direitos de primeira geração são os de liberdade e resistência, que correspondem aos direitos civis e políticos. Estes direitos são faculdades ou atributos do indivíduo, e, além de serem oponíveis ao Estado, também possibilitam a participação popular no governo, na vida política do país.

Não seria possível requerer liberdade, sem a participação na vida política do País, uma vez que se, ao cidadão é negado o direito de influenciar ou mesmo opinar a esse respeito, como poderá então, alcançar seus mais necessários direitos.

Nas palavras de Paulo Roberto Rodrigues Amorim:

Os Direitos Civis e Políticos expressam a natureza e a racionalidade do homem. Eles foram fundamentados pelos princípios da moderna escola dos direitos naturais, que via os homens como seres que nascem livres e dignos, possuindo uma razão natural. Essa Escola, surgida no século XVII, marca a transição do feudalismo para a sociedade burguesa que preparou o confronto definitivo da burguesia liberal contra a monarquia absolutista, ocorrido no século XVIII (AMORIM, 1996, p. 27).

Referidos direitos são expressados em várias Declarações que se impõem contra o antigo regime na medida que expressam direitos como à livre iniciativa econômica, à livre manifestação de vontade, entre outros que revelam o anseio pela liberdade.

Canotilho, lembrado por Carlos Weis, ensina:

(...) os direitos humanos de inspiração liberal são essencialmente aqueles de autonomia e de defesa, possuindo o caráter de normas de distribuição de competências entre o Estado e o indivíduo, com nítida ampliação do domínio da liberdade individual, partindo-se do postulado teórico da preexistência de tais direitos em relação ao Estado, para justificar a impossibilidade deste interferir na órbita individual, salvo para garantir a própria prevalência do máximo de liberdade possível para todos. Por tais características, muitas vezes os direitos originados neste período são também denominados direitos individuais (CANOTILHO apud WEIS, 1998, p. 31).

Aos poucos, os direitos de primeira geração, passaram a integrar as Constituições da época, adquirindo então *status* constitucional e fundamentando a ordem jurídica. É o Estado Constitucional.



No decorrer do século XIX, com o crescimento do capitalismo econômico, do capitalismo de produção e com a ascensão da burguesia, a sociedade sofre significativas mudanças. Ao mesmo passo que a indústria se desenvolve e se moderniza, a manufatura vai se extinguindo, o que possibilita maior produção e conseqüente lucro, bem como desemprego e exploração da mão-de-obra.

Paralelo a estes desenvolvimentos, surge uma nova classe social, composta pelos proletários e pelos trabalhadores industriais, que convivem com o desemprego e a miséria. Da comparação entre esta nova classe e a burguesia foi possível verificar a enorme desigualdade existente.

Foi justamente devido a estas desigualdades que os direitos de primeira geração começaram a ser criticados, haja vista que grande parte da população não se beneficiava deles.

Neste contexto, a teoria marxista-leninista ganha força, pois Marx pregava que não havia igualdade, nem liberdade de fato, tudo não passava de conceito formal. São estas idéias que semeiam as bases dos direitos de segunda geração.

As teorias marxistas são confirmadas pelo socialismo, que também questiona as desigualdades e contradições existentes entre o conteúdo e os princípios liberais das Declarações de Direito e a realidade enfrentada.

Temos então que os direitos sociais, ou direitos de segunda geração, nasceram dos pensamentos antiliberais que foram proclamadas pelas Constituições marxistas.

Surgem após a Primeira Guerra Mundial e dominam o século XX, desta forma, exercem um papel importante nas constituições que se seguem.

A primeira a esboçar os Direitos Sociais foi a Constituição de Montagnarde, em 1793, seguida pela Constituição Francesa de 1848, fruto de uma revolução que levou à Segunda República.

A Constituição Mexicana, de 1917, foi a primeira a sistematizar os direitos humanos de segunda geração, seguida pela Constituição de Weimar, de 1919, e pela Constituição Espanhola de 1931. Não há que se esquecer da contribuição dada pela Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, derivada da Revolução Soviética.

Neste sentido, interessante o ensinamento de Carlos Weis:



A Declaração de Direitos da Constituição Francesa, embora rascunhe no artigo 13 alguns direitos sociais, não se compara às minúcias do Título VI – Do trabalho e da previdência social da Constituição Mexicana, que incluía a proibição do trabalho do menor de 14 anos, a garantia da trabalhadora gestante contra demissão e à jornada especial, a participação nos lucros, entre outros avanços. Ainda assim, a Constituição Alemã na Parte II dispõe mais claramente sobre as obrigações do Estado, abrangendo matérias inéditas, tais como a proteção da juventude e o detalhamento do funcionamento do sistema educacional. A propósito. A Constituição Brasileira de 1824 previa a gratuidade do ensino primário a todo cidadão brasileiro (art. 179, § 32º) (WEIS, 1998, p. 32).

Estes direitos têm como base a igualdade e são considerados direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos, porque acredita-se que o homem que obteve a liberdade (direito de primeira geração), ou seja, libertou-se do jugo do poder público, reclama outros direitos, bem como a supressão de carências e a proteção de sua dignidade.

São diferentes dos direitos de primeira geração, como ensina Castan Tobeñas:

Diversamente dos direitos ditos de primeira geração, estes pressupõem o alargamento da competência estatal, requerendo a intervenção do poder público para reparar as condições materiais de existência de contingentes populacionais. Se traduzem em direitos de participação que requerem uma política ativa dos poderes públicos, encaminhada a garantir seu exercício, e que se realizam através dos serviços públicos (TOBEÑAS apud WEIS, 1998, p. 31).

Interessante a lição de Paulo Roberto Rodrigues Amorim:

Os novos direitos do homem constituem uma categoria coletiva que reivindica uma vida digna, representando a incorporação das demandas sócio-econômicas reclamadas no Estado Liberal pelas maiorias que defendiam a liberdade concreta e real dos trabalhadores: o direito ao trabalho, à organização sindical e de associação, à previdência social, à greve, à saúde, à educação, à remuneração digna, às férias, à estabilidade no emprego, à segurança no trabalho (a proteção contra acidentes e enfermidades profissionais), aos serviços públicos de transporte, segurança pública, saneamento básico, moradia, lazer, direito de proteção à infância e a mulher e o direito à propriedade privada como função social e os direitos culturais: direitos a ter escolas, publicação, proteção das minorias (AMORIM, 1996, p. 32).

A crise econômica que teve início em 1929, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, refletiu a crise do capitalismo e da democracia liberal, e



ainda, reforçou a vigência dos Direitos Sociais. Em decorrência dela foi criado o Estado do Bem-Estar, cuja essência é a proteção governamental.

Em outras palavras, os cidadão têm o direito político de receber do governo padrões mínimos para seu bem estar, como renda, alimentação, habitação, saúde e educação. Este modelo institucionalizou os Direitos Sociais, pois colocou o cidadão na posição de credor em relação ao bem-estar social, proporcionando caminhos para o exercício dos direitos individuais.

Já a terceira geração de Direitos surgiu após a Segunda Grande Guerra e é chamada de geração de direitos de solidariedade ou fraternidade, dado que buscam a proteção da coletividade, de todo o ser humano de modo subjetivamente indeterminado, assim como a qualidade de vida internacional.

Os direitos desta geração são pertinentes a toda a humanidade e primam pela paz, pelo desenvolvimento, pelo direito de comunicação, pelo direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Pregam, ainda, a solidariedade entre os Estados, para que se ajudem de forma a diminuir as desigualdades econômicas entre estes, para que se opere o perdão das dívidas e também para que sejam desenvolvidas políticas econômicas conjuntas, visando o progresso da humanidade.

Estes direitos são grandes conquistas, pois não se pensa mais no homem como ser individual, ao contrário, pensa-se no ser universal, e isto é muito válido, uma vez que, somos cidadãos de um mesmo mundo, portanto, a atitude de um Estado afeta a todos os outros, ainda que indiretamente.

Os direitos de terceira geração desenvolvem-se no plano internacional, a partir da Segunda Guerra e são impulsionados por organismos internacionais de defesa dos direitos do homem.

Existe ainda uma extensão desta classificação, mas não nos ateremos a isto, dado que, neste momento, é importante verificar qual a proteção concedida aos direitos sociais, ou como vimos, de segunda geração.

2 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Foi a Constituição de 1934, que, sob forte influência européia, pela primeira vez incluiu os direitos sociais em seu texto em capítulo intitulado “Ordem Econômica e Social”, conferindo ênfase aos direitos fundamentais que regem as relações



trabalhistas, o quais assim seguiram sendo disciplinados nas constituições de 1937, de 1946 e 1967/69.

A Constituição de 1988, inovou ao romper com esta tradição, ao incluir os direitos trabalhistas em um capítulo próprio denominado “Direitos Sociais” e adotar o mais amplo catálogo de direitos sociais, incluindo neste rol também o direito à educação, à saúde, à alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância e a assistência aos desamparados.

Informa Gilmar Ferreira Mendes:

A introdução da alimentação ao rol dos direitos sociais foi feita pela Emenda Constitucional n. 64/10, após forte campanha liderada pelo Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. De acordo com este órgão, a inclusão explícita do direito à alimentação no campo dos direitos fundamentais fornecerá o conjunto de políticas públicas de segurança alimentar em andamento, além de estar em consonância com vários tratados internacionais do qual o Brasil é signatário (MENDES, 2012, p. 479).

2.1 Direitos Sociais Como Base da República Federativa do Brasil

É fase histórica que: “o trabalho dignifica o homem”, por isso, não é difícil compreender as razões pelas quais os direitos sociais tiveram sua origem na regulação das relações trabalhistas derivando posteriormente para abranger os demais fatores necessários ao alcance da proteção de sua dignidade, com o fornecimento de padrões mínimos ao seu bem estar social.

Como bem observa Lourival José de Oliveira:

Os laços sociais, a própria forma de existência humana está concentrada no trabalho. Através de como se realiza o trabalho, se produz ou não o ser social.

Em um primeiro plano, o trabalho é a relação do homem com a natureza. Depois, ao mesmo tempo que ele (homem) modifica esta natureza, ele se modifica também. Na primeira fase, o trabalho enquanto força natural, não se encontra desapropriado da pessoa humana. Na segunda fase, ele se constitui como mercadoria a ser vendida por aquele que naturalmente a possui, construindo com isto a sua condição de vida (OLIVEIRA, 2011, p. 3).

É a partir do trabalho que todas as riquezas são construídas e a idéia de formação dos Estados Nacionais como instância superior dotada do poder de impor a paz pela força, surge justamente da necessidade de proteção das relações



negociais como meio de possibilitar a segura troca das mercadorias fruto do trabalho ou a própria força de trabalho.

Para que o homem pudesse adquirir, pelo trabalho, bens suficientes para lhe garantir uma vida tranqüila, foi necessário que, de forma consensual, conferisse a uma autoridade superior o monopólio da coação, que estaria incumbido de conferir segurança às relações sociais.

Essa garantia de vida tranqüila é o que caracteriza o bem estar social, que só se verifica através da formação do Estado Democrático de Direito, assentado na limitação do Estado pelo Direito e na legitimação do poder político pelo povo.

A saúde, além de fator essencial à realização do trabalho, é reconhecida como direito necessário não só para a conservação da vida social, mas para a defesa da sanidade do povo e da higiene social. A educação é o que permite a qualificação do trabalho e a inserção no mercado de trabalho, formação de consciência crítica, análise da realidade para tomada de decisões mais adequadas em relação à ela e viabiliza a autodeterminação do indivíduo enquanto ser humano.

A assistência social destina-se a garantir o sustento, provisório ou permanente, dos que não tem condições para atingir o seu mínimo existencial até sua integração ou reintegração ao mercado de trabalho ou pura e tão somente à vida comunitária.

Uma vida digna jamais seria possível sem alimentação, moradia e lazer, bens de consumo somente passíveis de aquisição através da produção e circulação dos recursos financeiros, aos quais cabe ao Estado gerir de maneira democrática para viabilizar o fundamento de existência da Republica Federativa do Brasil.

Desta forma, não há como conceber o desenvolvimento econômico sem a presença dos elementos qualidade de vida, bem estar social e alcance efetivo da dignidade da pessoa humana.

2.2 A proteção do art. 60 § 4º da Constituição Federal

Reza o art. 60 § 4º que os direitos individuais não serão passíveis de alteração ou redução por Emenda Constitucional. Vimos que os direitos sociais são espécies de Direitos Humanos, mas para sabermos se a eles é aplicada esta



proteção, ou seja, se eles podem ser tidos como cláusulas pétreas, é preciso saber se estes direitos são também direitos individuais.

Vale lembrar que os direitos humanos decorrem da própria natureza humana.

Ives Gandra, em palestra proferida na cidade de Brasília, no ano de 1998, explica que em todos os ordenamentos existe um núcleo básico, chamado de normas primárias, que necessariamente devem compor o ordenamento jurídico positivo dos Estados, cabendo a estes então, somente o reconhecimento. As demais normas, chamadas de secundárias, são de livre fixação pelo Estado, porém, este deve respeitar o princípio democrático na elaboração da norma.

Afirma ainda, o autor que, o constituinte de 1988, apenas trouxe para o texto constitucional, direitos trabalhistas que já estavam positivados no ordenamento infraconstitucional, porém, ele também ampliou diversas vantagens e, albergou o princípio da flexibilização das normas trabalhistas, sob tutela sindical.

Desta maneira, a flexibilização se mostra incompatível com as cláusulas pétreas, assim, se os Direitos sociais podem ser flexibilizados, também podem ser alterados ou reduzidos por Emenda Constitucional.

Embora guarde certa pertinência, parece que o autor supra referido reduz o conteúdo dos Direitos Sociais aos direitos trabalhistas, bem como parece esquecer que o que é flexibilizado é a quantificação e não o direito em si.

Sendo assim, pode haver negociação para a redução do salário, sempre acompanhado da redução da jornada também, mas isso não significa que o direito foi flexibilizado, ou melhor, alterado, dado que o direito a um justo salário permanece, o que é realmente alterado é o valor e isto se dá de forma proporcional às horas trabalhadas.

Um outro argumento de que os direitos sociais não são protegidos pelo dispositivo em comento, baseia-se no fato de que o artigo em comento não fez referência a estes e sim, somente aos direitos e garantias individuais, portanto, não seria intenção do legislador constituinte transformar os direitos sociais em cláusulas pétreas.

Não se pode esquecer que o constituinte de 1988 tratou de elencar os direitos e garantias individuais, e também os de cunho social, porém estes como direitos prestacionais.



Utilizando-se de uma interpretação sistêmica, pode-se concluir que a Constituição Federal contém muitos princípios e garantias distribuídos em várias passagens, ou seja, fora do disposto no art. 5º, mas que mesmo assim, tratam de direitos e garantias individuais e, portanto, devem ser protegidas,

A abrangência das cláusulas pétreas, em se tratando de Direitos Humanos, deve ser entendida como aquela que extrapola a esfera dos direitos individuais elencados no art. 5º, pois do contrário, direitos como nacionalidade, direitos políticos, entre outros estariam desprotegidos.

Há que se ressaltar ainda que, mesmo se considerando somente os direitos e garantias contidos no art. 5º da Constituição Federal, alguns estariam sem a devida proteção, uma vez que, não podem ser considerados e ou classificados como individuais. Um claro exemplo disto é Hábeas Corpus coletivo.

Desta maneira fica muito complicado saber quais os direitos que realmente estariam amparados pelo art. 60 § 4º da Constituição, pois antes de tudo, dever-se-ia analisar quais deles são realmente individuais, ou seja, não só os direitos sociais, mas também alguns dos contidos no art. 5º ficariam excluídos da proteção, podendo ser alterados por Emenda Constitucional.

Parece-nos que os direitos sociais são imutáveis, posto que além de conquistas históricas, encontram-se dotados de imutabilidade e inderrogabilidade. Neste sentido, afirma Gilmar Ferreira Mendes:

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º) (MENDES, 2012, p. 458).

Podemos identificar uma posição intermediária, no ensinamento de Alexandre de Moraes (p. 333), pois segundo ele alguns direitos sociais, enquanto direitos fundamentais constituem cláusulas pétreas, pois refletem direitos e garantias do trabalhador, e também porque os direitos sociais tem como fundamento a consecução da igualdade social que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Concordamos com o doutrinador acima, quando defende os direitos sociais como essências ao Estado Democrático de Direito, dado que a Constituição traça



como diretriz da ordem econômica a valorização do trabalho, tendo como fito assegurar um vida digna aos cidadãos.

Ressalte-se ainda, que o Estado Democrático de Direito deve ser orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo valor social do trabalho, portanto, a não proteção aos direitos sociais configura afronta a este Estado.

Ademais, há que se considerar que os Direitos Humanos têm como características a universalidade e a indivisibilidade, ou seja, são universais posto que a todos devem ser conferidos, uma vez que a única condição para ser titular destes é ser “ser humano”, portanto não se restringe às fronteiras ou a qualquer outro tipo de condição.

A indivisibilidade reporta à garantia destes direitos, como melhor explica Flávia Piovesan:

Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVEZAN, 2002, p. 11).

Verifica-se assim, que se um direito é violado, todos os outros também são, ou seja, separados os Direitos Humanos ficam vulneráveis. Dada a estas características e com especial atenção a indivisibilidade, temos que não pode haver a separação deste direitos pelo art. 60, § 4º da Constituição, conferindo proteção somente a alguns e não a todos. Parece que os intérpretes, defensores da não proteção dos direitos sociais, ficam presos a classificações e não olham a importância destes direitos, bem como a indispensabilidade em um contexto geral.

Como o tema dos direitos sociais, parte dos Direitos Humanos, são dotados de universalidade, a proteção destes não deve ficar somente a cargo do Estado, da sua jurisdição e sim, de toda a sociedade internacional, posto que são de interesse também internacional. Dado a isto passaremos a estudar a proteção internacional destes direitos.

3 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS E OS RISCOS DA GLOBALIZAÇÃO



A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 traz em si duas concepções sobre os direitos, a saber, os direitos que garantem a liberdade, ou seja, aqueles que exigem uma prestação negativa por parte do Estado, e os que dão ênfase aos direitos do trabalhador, sendo que a primeira classe é tida como condição para a segunda, pois além de livres, os homens precisam de condições materiais para gozar da liberdade e manter uma vida digna.

Sobre os direitos sociais, expõe José Eduardo Faria:

Também chamados de direitos humanos de “segunda geração”, os direitos sociais são conceitualmente definidos pelo art. 22, que estabelece as diretrizes gerais de todos os demais desse bloco. Ao enfatizar o direito do indivíduo à “segurança social” e à satisfação das necessidades indispensáveis ao livre desenvolvimento de sua personalidade, esse artigo representa um importante salto qualitativo em relação às declarações de direitos anteriores à de 1948: ele substitui a idéia de um Estado sem qualquer outro compromisso, a não ser o de garantir a ordem com base numa lei de liberdade, que constitui a essência dos direitos humanos de “primeira geração”, pela noção de um Estado pró-ativo. Ou seja, um Estado capaz de tornar as relações sociais econômicas mais equilibradas, mediando os conflitos coletivos e neutralizando as diferenças de classe ao proteger os mais fracos, seja convertendo-os em portadores de determinados direitos perante os poderes públicos, seja impondo limitações à liberdade de contratar dos mais favorecidos, seja regulando o mercado, induzindo a demanda, perseguindo o pleno emprego, impondo padrões salariais mínimos e adotando políticas redistributivas por vias fiscais (FARIA, 2002, p. 598).

Sobre a importância da Declaração, faz-se importante a lição de Alberto do Amaral Júnior:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada e adotada em 10.12.1948, iniciou a fase de positivação e universalização dos direitos humanos. Pela primeira vez na história, um sistema fundamental de princípios foi aceito pela maior parte dos Estados. Não apenas os cidadãos de um Estado, mas todos os homens, são destinatários desses princípios. Já a positivação significa que os direitos humanos, mais do que proclamados, devem ser garantidos contra todo tipo de violação (AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 642).

Fica evidente que os Direitos Humanos não devem ser diferenciados, logo, não é correto conferir proteção especial aos direitos individuais e negar aos demais, pois isto viola o acordado na Declaração Universal.

Não se deve esquecer que os direitos sociais têm como principal função conferir aos cidadãos a garantia de condições mínimas de bem-estar, pois isto é



que vai proporcionar a participação destes na sociedade e, via de consequência, o equilíbrio social.

Contudo estes direitos não são auto-executáveis, fazendo-se necessário a atuação do Estado para sua implementação.

No mundo economicamente globalizado, onde prevalecem as idéias neoliberais, estes direitos caminham cada vez mais para o periclitamento o que faz com que a exclusão social aumente.

Nesta seara, importante a lição de Abili Lázaro Costa de Lima:

Também podemos constatar nitidamente o processo de redução/supressão gradual dos direitos sociais, quando analisamos os direitos sociais relativos ao trabalho, ou como são normalmente conhecidos, os direitos trabalhistas. Não é estéril enfatizar a relevância de tais direitos sociais no contexto da cidadania, em face da sua contribuição no sentido de conter a exploração sem escrúpulos do trabalho humano, tutelando os direitos dos trabalhadores no sentido de oportunizar-lhes condições dignas de existência e de participação, os quais resultam de lutas travadas no seio da esfera pública.

Em decorrência desta desregulamentação no âmbito social, ou seja, com a redução ou supressão das regras e das normas sociais dos trabalhadores, a globalização econômica põe em xeque as condições sociais para a manutenção da cidadania de forma digna, recrudescendo, desta forma, o quadro de exclusão social, ante à impossibilidade do Estado, debilitado em face à redução da esfera pública, de tutelar as garantias sociais dos trabalhadores (LIMA, 2006, p. 51).

Deve-se lembrar que, uma vez os direitos sociais estando enfraquecidos, enfraquecem-se também os elos de solidariedade que unem os cidadãos e, neste campo, os trabalhadores. Isto se deve ao engrandecimento dos valores do capitalismo, onde o assalariado vende sua força de trabalho buscando sua subsistência, enquanto que o mercado a compra visando o enriquecimento.

Wagner Ramos de Quadros fala sobre o papel da Constituição Federal e da atuação dos governantes, a saber:

A Constituição Federal revelou-se bastante avançada (no contexto da economia capitalista, observe-se) ao estabelecer uma série de garantias destinadas aos trabalhadores (arts. 6º a 11), como ao prever os sistemas de previdência e assistência social (arts 201 a 204). Esse avanço não tardou a provocar reação quando houve o início de abertura econômica ao capital internacional. Já o governo Fernando Henrique Cardoso, sujeitando-se atabalhoadamente à necessidade de adequação do Brasil aos novos parâmetros da economia globalizada, passou a liderar o movimento favorável às



reformas constitucionais que consistem, basicamente, na transformação do Estado nacional no Estado mínimo no que pertine aos interesses sociais (QUADROS, 2003, p. 30).

O mesmo autor cita como exemplos dessa atitude de adequação aos parâmetros da economia globalizada a Emenda Constitucional 19 de 1998 que flexibilizou a estabilidade dos servidores, bem como a Emenda Constitucional 20 de 1998, chamada de Reforma Previdenciária, que limitou o salário-família aos trabalhadores de baixa renda.

Em suas palavras:

(...) ao invés de se buscar enfrentar os graves problemas crônicos da sonegação das contribuições previdenciárias, da fiscalização do deficiente, da corrupção e desvios de receitas, a saída escolhida é a de reduzir ao máximo o investimento do Estado na Previdência e na Assistência Social (limitação de benefícios e serviços), como convém ao Estado Mínimo ou, no dizer de Nélstor de Buen, ao Estado do Mal-Estar (QUADROS, 2003, p. 31).

Ao Estado cabe sim, proporcionar condições para o bom funcionamento do mercado, mas não pode fazer isto às custas da redução dos Direitos Sociais, sob pena de termos cada dia mais uma sociedade marcada pela desigualdade e pela injustiça social, o que fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, dos valores do trabalho e da livre iniciativa, como também mortifica os objetivos da República brasileira, tais como a construção de uma sociedade justa, livre e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais.

Ainda sobre os efeitos da globalização diz José Augusto Lindgren Alves:

Ao inviabilizar o exercício da soberania, a globalização incontrolada engendra o risco de anular a cidadania e, com ela, os direitos humanos. É preciso, portanto, encontrar meios de resgatar a cidadania, ainda que modificada, para que a convivência humana não retorne aos modelos hobbesianos, seja o da "lei da selva", do homem como lobo do homem, seja o da solução absolutista, esmagadora dos direitos. Os meios talvez possam ser os próprios direitos humanos, utilizados no discurso contemporâneo de maneira distorcida, devidamente reenforcados em sua indivisibilidade (ALVES, 2002, p. 77).

Mais uma vez, vê-se que os direitos humanos devem ser compreendidos como indivisíveis, para que não ocorra retrocessos.



Na luta internacional pelos Direitos Sociais, foi criada a Organização Internacional do Trabalho – OIT – em 1919, depois estes direitos passaram a integrar a agenda das Nações Unidas, até que em 1966, foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que conferia natureza jurídica de obrigatoriedade aos dispositivos contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Neste mesmo ano foi aprovado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, porém, ambos os Pactos receberam tratamento diferenciado, como melhor explica Alves:

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dispunha desde o início de um comitê de peritos independentes encarregado de monitorar a implementação de suas disposições, com capacidade, inclusive, para acolher queixas individuais (conforme o protocolo facultativo). Esse comitê é, sintomaticamente, denominado “Comitê de Direitos Humanos”. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não dispunha originalmente de mecanismo supervisor assemelhado. Somente em 1985 o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas decidiu estabelecer um comitê de peritos idêntico ao homólogo do outro pacto, mas sem capacidade de acolher comunicações individuais. A própria denominação dos dois comitês põe em relevo a diferença de nível atribuída aos direitos protegidos por cada um: o novo “Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” não denota no nome o fato de que esses direitos, tanto quanto os civis e políticos, também são inalienáveis e fundamentais (ALVES, 2002, p. 80).

É extremamente lamentável que, mesmo no cenário internacional, não seja dado o devido reconhecimento e a merecida importância aos direitos sociais, o que mais uma vez faz com que as características dos direitos humanos sejam esquecidas, dado que ao se separar, ao dar tratamento diferenciado às “classes” de direitos, eles deixam de ser indivisíveis, dando a impressão que os direitos tidos como de “primeira geração” são de maior importância para a humanidade que os direitos de “segunda geração”.

No início da década de 1990, com o fim da Guerra Fria e a queda do Muro de Berlim, passou-se a acreditar que o mundo caminhava para a democracia e, por isso, em 1993 realizou-se em Viena a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos.

Nesta Conferência foram tratados temas como a universalização dos Direitos Humanos, a inter-relação entre estes e o desenvolvimento da democracia juntamente com o desenvolvimento da interdependência dos Direitos Humanos.



Resultou disto muitas recomendações programáticas e o fim do discurso contemporâneo dos Direitos Humanos.

Sobre a Conferência ensina Alves:

A universalização do discurso político dos direitos humanos – útil, em qualquer circunstância, para a popularização da idéia de tais direitos – não se coaduna, porém, com o fenômeno da globalização em curso e com o discurso que a impulsiona nos moldes atuais. Incorre, por isso, no risco de deturpar-se, perdendo as características de abrangência e equilíbrio que haviam levado ao consenso de 1993 (ALVES, 2002, p. 82)

Amaral Júnior relaciona o acordado no documento final da Convenção de Viena, veja-se:

- a) a indivisibilidade dos direitos civis e sociais;
- b) a universalidade dos direitos humanos;
- c) o papel fiscalizador das entidades não-governamentais;
- d) a co-responsabilidade da promoção dos direitos fundamentais;
- e) o desenvolvimento como condição para a manutenção da democracia.

Observou-se, ainda, que a comunidade internacional deve envidar esforços com o fim de reduzir o peso da dívida externa para os países em desenvolvimento, recomendando-se a ratificação sem reservas dos tratados sobre direitos humanos celebrados no âmbito das Nações Unidas (AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 646).

Dada a importância dos tratados sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se afirmar que, a não proteção dos direitos sociais pelo art. 60 § 4º da Constituição Federal, configura flagrante desrespeito a indivisibilidade dos direitos civis e sociais, bem como à manutenção da democracia através do desenvolvimento.

Assim, não se deve nem interna e nem externamente fazer diferenciação quanto às “classes” de direitos humanos, posto que indivisíveis e universais. Dado a tudo isto, verifica-se que não pode se conferido *status* de cláusula pétrea somente aos direitos individuais.

CONCLUSÃO

Pode-se verificar neste estudo que, embora muitas as controvérsias sobre os Direitos Humanos, eles têm evoluído bastante, com o fito de acompanhar as



evoluções sociais e, conseqüentemente, defender os seres humanos das possíveis agressões e atrocidades.

Cada dia mais, busca-se a efetivação destes tão importantes direitos para que aos homens seja conferida a maior proteção e a melhor condição de vida.

Os direitos sociais têm como objetivo a participação estatal com a finalidade de garantir a todos o tratamento igualitário e condições de uma vida digna, o que não é possível alcançar sem o estado de Bem-Estar social.

Mesmo sendo tão importantes, discute-se se estes seriam alcançados pela proteção do art. 60 § 4º da Constituição Federal, posto que tal dispositivo somente faz menção aos direitos individuais.

Mesmo respeitando os argumentos daqueles que defendem a não inclusão dos direitos sociais neste rol, somos pela inclusão, dado que os direitos sociais, como direitos humanos que são, são dotados de universalidade e indivisibilidade e, sendo assim, não seria permitido proteger a alguns e a outros não.

Dada a indivisibilidade a proteção deve ser total. Ademais, seria muito dificultoso saber quais são os direitos individuais, isto exigiria que fossem criados critérios específicos a fim de solucionar esta questão, pois há direitos individuais dentro e fora do art. 5º da Constituição, bem como nem todos que estão neste artigo tem realmente natureza individual.

Muito importante lembrar que o ordenamento constitucional prima pela manutenção do Estado Democrático de Direito e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que reforça o nosso entendimento, dado que se os direitos sociais puderem ser modificados estaríamos abrindo as portas para a afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como para a fragilização do Estado Democrático.

Resta ainda dizer que, a diferenciação que se dá pela outorga de proteção somente aos direitos individuais fere a Declaração Universal dos Direitos do Homem e também a Convenção de Viena, posto que ambos os instrumentos internacionais defendem a indivisibilidade dos Direitos Humanos e a promoção do bem estar social.

Nossa Constituição Federal também seria violada, uma vez que ela prega a construção de uma sociedade justa, livre e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais, entre outros valores, que sem a devida valorização e proteção aos direitos sociais jamais serão alcançados.



Portanto, a melhor forma de solução da controvérsia é a aplicação de uma interpretação sistêmica ao dispositivo constitucional.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Cidadania, Direitos Humanos e Globalização.** Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A institucionalização internacional dos direitos humanos:** conquistas e desafios. Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

AMORIM, Paulo Roberto Rodrigues. **Os direitos humanos da terceira geração.** 1996. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, SP, 1996.

BESSIS, Sophie. **Os direitos do homem e sua história.** La Découverte e Suros. 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2003.

CARIGÉ, Augusto Nascimento. **O estado democrático de direito e as gerações de direito.** Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_606.html>.

FARIA, José Eduardo. **O art. 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: algumas notas sobre suas condições de efetividade.** Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GANDRA, Ives. **Os direitos sociais na Constituição.** Síntese da palestra proferida no I Congresso de Direito Constitucional, dias 22 a 24 de outubro de 1998, Brasília.

LIMA, Abili Lázaro Castro. A globalização econômica e a dissipação dos direitos sociais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, nº26, ano 6, outubro/2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direitos humanos:** sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MALISKA, Marcos Augusto. A interpretação dos direitos fundamentais. **Direito em Revista.** Francisco Beltrão, v. 5, n. 9, p. 45-68, fev. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 4ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 13º ed., São Paulo: Atlas, 2003.



OLIVEIRA, Lourival José de. **Resumo das Aulas de Direito das Relações do Trabalho**. Curso de Especialização em Direito Empresarial – UEL, 2011.

PIOVEZAN, Flávia. **Globalização econômica, integração regional e direitos humanos**. Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

QUADROS. Wagner Ramos. Direitos Sociais e Ordem Constitucional. **Revista Nacional de Direito do Trabalho**, nº 59, ano 6, març/2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Marcelo Guimarães da Rocha. **Direitos humanos no Brasil e no mundo: criação de um Tribunal Internacional Permanente**. São Paulo: Método, 2002.

SOUZA, Marcelo Agamenon Goes. **Direitos fundamentais e comissões parlamentares de inquérito**. 2005. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado) – Faculdade de Direito de Bauru, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2005.

TRINDADE, C. Canção Trindade questiona a tese de “gerações de direitos humanos”. Im: **Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A proteção internacional**. Evento associado À V Conferência Nacional de Direitos Humanos. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>

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

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. 1998. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, SP, 1998.