

Cadernos de Direitos Humanos, Liberdade Religiosa e Tolerância

2017- vol. 2

**Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais
(Organizador)**



editora
Virtual Books

**MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA
PEDROSA MORAIS**
Organizador

**CADERNOS DE
DIREITOS HUMANOS,
LIBERDADE RELIGIOSA E
TOLERÂNCIA**

VOLUME 2



VirtualBooks Editora

1ª edição

1ª impressão

(publicado em dezembro de 2017)

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Morais, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa

CADERNOS DE DIREITOS HUMANOS, LIBERDADE RELIGIOSA E TOLERÂNCIA – VOLUME 2. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes, organizador. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2017. Edição e-book PDF. 279p.

ISBN 978-85-434-1249-8

Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

Livro publicado pela

VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.

Rua Porciúncula, 118 - São Francisco - Pará de Minas - MG - CEP 35661-177

Publicamos seu livro a partir de 25 exemplares - e e-books (formatos: e-pub ou PDF)

Tel.: (37) 32316653 - e-mail: capasvb@gmail.com

<http://www.virtualbooks.com.br>

PREFÁCIO / 5

Deilton Ribeiro Brasil

A INFLUÊNCIA DA DOCTRINA SOCIAL DA IGREJA NO CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 / 12

Moisés Carvalho de Melo

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: a inefetividade dos objetivos constitucionais da educação / 45

Alberto Magalhães de Oliveira

LIBERDADE RELIGIOSA VERSUS INTOLERÂNCIA RELIGIOSA: o ódio e desrespeito escondido atrás de uma liberdade / 84

Laís Orlandi Rosa

Fabício Veiga Costa

O PAPEL DO ESTADO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA RESPONSABILIZAÇÃO NOS MASSACRES PRISIONAIS EM CONSONÂNCIA COM A ORDEM CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO / 119

Laís Freire Lemos

DEMOCRACIA E CIDADANIA: desafios do estado democrático de direito para a garantia dos direitos sociais / 155

Maria Solange Costa Fonseca

O CATÁLOGO ABERTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DO METAPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA / 194

Aparecida Dutra de Barros Quadros

A APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO / 248

André dos Santos Gonzaga

Luciana Andréa França Silva

Deilton Ribeiro Brasil

Prefácio

É com entusiasmo que prefacio esta enriquecedora contribuição do Professor Doutor Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais na organização dessa obra intitulada *Cadernos de Direitos Humanos, Liberdade Religiosa e Tolerância* - 2º volume, que pretende reunir semestralmente artigos de alunos das disciplinas ministradas por ele no PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG além das contribuições de professores de outros programas.

A consistente trajetória do Professor Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais não deixa dúvidas sobre seu apreço e sua grande dedicação à pesquisa, bem como a importância da interdisciplinaridade para o Direito - aportes necessários para se ter uma visão de conjunto capaz de se preparar, e contribuir na formação jurídica, com vistas ao enfrentamento efetivo dos desafios sociais, e econômicos, evidenciados pelo enfoque jurídico.

Cumprе destacar o valor dos diversos temas abordados, em reforço à importância que a dupla triagem inicial que a pesquisa jurídica devem comportar: relevância social e científica. Os temas, os assuntos e os problemas de pesquisa precisam ter relevância social para se justificar ante

um universo de demandas cujas soluções ainda carecem de entendimento, de evidências e de respostas. Afinal, a pesquisa em Direito precisa estar preocupada com o mundo da vida, com a faticidade, com a realidade social, sob pena de se produzir textos que não tangenciam os problemas que afetam o cotidiano das pessoas, e sobretudo daquelas que mais precisam. O que, de outro lado, representa o entendimento de que o Direito tem uma função com a transformação da sociedade, em seus aspectos socialmente disfuncionais. Evidente que a relevância científica, com a correta construção de problemas e abordagens filosóficas/metodológicas também precisam estar bem concertadas para que o resultado atenda às expectativas acadêmicas, e portanto, também socialmente adequadas.

A conexão do ensino com a pesquisa que se percebe, tão bem constituída nesta obra, não é a regra no ensino jurídico brasileiro, mesmo com as orientações da CAPES que os programas de pós-graduação devam se conectar com a graduação, demonstrando que o esforço valeu a pena e que a função de aglutinador cumprido pelo Professor Márcio Eduardo Pedrosa tem uma dimensão contributiva a todos envolvidos.

Neste 2º volume estão publicados 07 (sete) estudos, sendo o primeiro da lavra do acadêmico Moisés Carvalho de

Melo e do Professor Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais intitulado “*A influência da doutrina social da Igreja no conceito de função social da propriedade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*”. O texto tece considerações sobre a influência da Doutrina Social da Igreja no conceito de função social da propriedade no ordenamento constitucional brasileiro. Os autores defendem a hipótese de que é o atual conceito de função social da propriedade, como definido na doutrina brasileira tem forte influência daquele esposado pela Doutrina Social da Igreja.

O segundo estudo com o verbete, “*Direito fundamental à educação: a inefetividade dos objetivos constitucionais da educação*”, do mestrando Alberto Magalhães de Oliveira, faz uma percuciente análise sobre o cumprimento dos objetivos constitucionais da educação, previstos no artigo 205 da Constituição Federal de 1988. Ressalta que a educação, atualmente, não atinge os seus objetivos constitucionais e propõe como solução o aumento das vagas nos cursos superiores, realização de ensino profissionalizante, no lugar do ensino médio bem como a inserção na matriz curricular de uma disciplina jurídica voltada para os direitos e deveres básicos do cidadão para a concretude dos preceitos constitucionais.

O terceiro estudo, cujo título é “*Liberdade religiosa versus intolerância religiosa: o ódio e desrespeito escondido atrás de uma liberdade*”, de autoria da Mestranda Laís Orlandi Rosa e do Professor Fabrício Veiga Costa, tece considerações no sentido de que a liberdade é um direito fundamental e humano essencial para a efetividade da dignidade humana. Para a autora, o bloqueio de qualquer liberdade configura ofensa ao indivíduo, daí a necessidade de se positivar a liberdade religiosa para a configuração de liberdade. Por último, desenvolve todo um raciocínio no sentido de se defender que a realização do Estado Laico ou Estado Neutro ou Imparcial seria uma das respostas para a intolerância religiosa e para o ódio no sentido da proteção de minorias que sofrem pela expressão de sua religiosidade.

O quarto estudo da mestranda Laís Freire Lemos com o título “*O papel do Estado e das políticas públicas e sua efetiva responsabilização nos massacres prisionais em consonância com a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito*” tece considerações sobre a crise do sistema penitenciário brasileiro em face de tantas mortes e violência no interior das penitenciárias. Para a autora, é necessário repensar o papel do Estado e das políticas públicas tendo como premissa os direitos humanos que devem ser preservados em qualquer situação e realizar a

garantia do mínimo existencial ao indivíduo em cumprimento de pena.

O estudo seguinte, “*Democracia e cidadania: desafios do Estado Democrático de Direito para a garantia dos direitos sociais*”, de Maria Solange Costa Fonseca, tem como premissa de que a democracia e a cidadania são utilizadas para fazer do Direito instrumento legítimo de transformação com justiça na realidade contemporânea. A autora, propõe uma reflexão acerca da cidadania como participação do homem na vida social e política do Estado para garantia dos direitos sociais o que torna imperioso a ressignificação da ideia de democracia no atual contexto político e econômico.

O sexto estudo intitulado “*O catálogo aberto de direitos fundamentais à luz do metaprincípio da dignidade da pessoa humana*” da mestranda Aparecida Dutra de Barros Quadros tem como objetivo fazer uma reflexão sobre compreensão dos limites do superprincípio da dignidade da pessoa humana e a conformação ao ideário de justiça, com a expansão dos direitos fundamentais localizados na Constituição Federal que atuam como importante diretriz para a fundamentação dos direitos humanos enquanto direitos do homem. A autora defende que os direitos

fundamentais existem para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

Por último, o sétimo estudo “*A aplicação da reserva do possível frente à prioridade absoluta da criança e o direito fundamental à educação*” de autoria dos mestrandos André dos Santos Gonzaga, Luciana Andréa França Silva e do Professor Deilton Ribeiro Brasil. No texto em apreço os autores analisam as consequências jurídicas e fáticas da aplicação judicial do princípio da reserva do possível em colisão ao direito de prioridade que a criança possui em face da legislação brasileira. Para os autores, não há como negar o alto significado social e o elevado valor constitucional no qual se reveste os direitos da criança e do adolescente, especialmente o direito à educação por seu valor irrecusável no desenvolvimento da criança e a necessidade do Poder Público trazer políticas públicas para tornar real este direito mediante concreta efetivação, sob pena de descumprimento de preceito constitucional.

Por fim, é de se congratular a comunidade acadêmica do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG, que sob a batuta e o brilhantismo do Professor Doutor Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, dá exemplo e apresenta este relevante resultado do 2º volume dos *Cadernos de Direitos*

Humanos, Liberdade Religiosa e Tolerância. Parabéns às autoras e autores, ao Professor Márcio Eduardo Pedrosa e boa leitura!

Itaúna-MG, 3 de setembro de 2017.

Professor Dr. Deilton Ribeiro Brasil

Pós-doutorando em Direito pela University of Ljubljana, Eslovênia e Università di Pisa, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.

A INFLUÊNCIA DA DOCTRINA SOCIAL DA IGREJA NO CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Moisés Carvalho de Melo¹

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais²

RESUMO

Objetiva-se abordar a influência da Doutrina Social da Igreja no conceito de função social da propriedade no ordenamento constitucional brasileiro. Inicialmente será feito um estudo introdutório sobre a Doutrina Social da Igreja, para, posteriormente, analisar o conceito de função social da propriedade na base da Doutrina Social da Igreja. A hipótese é a de que é o atual conceito de função social da propriedade, como definido na doutrina brasileira tem forte influência daquele esposado pela Doutrina Social da Igreja.

Palavras chave: Doutrina Social da Igreja; Função social da propriedade; Direito Constitucional; Direitos fundamentais; Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

ABSTRACT

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Itaúna.

² Doutor e Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da graduação e do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna. Professor da FAPAM-MG.

The objective of this study is to study the influence of the Social Doctrine of the Church on the concept of the social function of property in the Brazilian constitutional order. Initially, an introductory study on the Social Doctrine of the Church will be carried out, in order to later analyze the concept of the social function of property on the basis of the Social Doctrine of the Church. The hypothesis is that it is the current concept of social function of property, as defined in Brazilian doctrine has strong influence of that espoused by the Social Doctrine of the Church.

Keywords: Social Doctrine of the Church; Social function of property; Constitutional right; Fundamental rights; Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988.

1 INTRODUÇÃO

A influência e importância da Igreja Católica na moldagem da cultura ocidental é inquestionável e perceptível, seja na arquitetura, seja nas regras morais, como também na legislação.³ É possível afirmar ser o homem ocidental um homem greco-romano. Nesse sentido, as sociedades grega e romana foram fundamentais na estruturação do modo de viver e de pensar do ocidente e, por

³ Para um estudo aprofundado sobre a influência da Igreja Católica na sociedade ocidental vide: WOODS JUNIOR, Thomas E. **Como a igreja católica construiu a civilização ocidental**. 5. ed. São Paulo: Quadrante, 2012.

consequência, o catolicismo é um de seus aspectos estruturantes.

Dos romanos foi herdada a língua latina, a religião católica apostólica romana, o direito. Dos gregos foi herdada a filosofia, a democracia, a política. Essas são, sem sombra de dúvidas, as bases estruturais da vida humana em sociedade.

Com a crise do direito romano, ocasionada também pela ascensão do feudalismo, o direito canônico conseguiu se manter. Deste modo, durante considerável período da história ocidental, principalmente após as invasões bárbaras, o direito canônico foi o elemento conformador da ordem jurídica e social. Essa conformação avançou séculos, estruturando caracteres e institutos da formação jurídica ocidental.⁴

Posteriormente, nos séculos dezenove e vinte, o pensamento cristão, motivado pelo ambiente de ofensa aos trabalhadores, que eram subjugados pelos patrões, sem nenhuma garantia, desenvolveu um corpo doutrinário, objetivando condições dignas para os trabalhadores e para a sociedade em geral. Essa doutrina foi fundamental para a

⁴ Para um estudo aprofundado sobre a formação jurídica ocidental e suas imbricações, inclusive, com o pensamento cristão, vide: BERMAN, Harold Joseph. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006.

instituição de direitos trabalhistas, criticando a realidade cruel a que eram submetidos os trabalhadores.

A esse conjunto de textos, constituídos principalmente por encíclicas papais, dá-se o nome de Doutrina Social da Igreja.

Além de direitos trabalhistas, os postulados da Doutrina Social da Igreja refletiram, principalmente, na conformação do princípio da dignidade da pessoa humana. Importante destacar que esse pensamento se estrutura em bases que retrocedem também na filosofia de Santo Tomás de Aquino (1225-1274), que cristianizou o pensamento aristotélico.

Essa estrutura axiológica influenciou o ordenamento brasileiro, tendo sido, em nível constitucional, a Constituição de 1946, a primeira a expressar a sua preocupação com a função social, sendo seguida pela Constituição de 1967.

Posteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) introduziu importantes transformações no conceito de propriedade, expondo características de uma ordem econômica e social, diferentemente daqueles valores expressos no Código Civil de 1916, de índole individualista e patrimonialista. De início prevê a função social como um direito fundamental,

conforme ressalta o inciso XXIII do artigo 5º: “a propriedade atenderá a sua função social”.⁵

Mais à frente, no artigo 170, que trata dos princípios gerais da ordem econômica, traz que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade; [...]”.⁶

Em relação à propriedade urbana, por força do parágrafo segundo do artigo 182, essa “cumprir sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.⁷ Por sua vez, em relação à propriedade rural, essa poderá ser desapropriada quando não estiver atendendo à sua função social (conforme artigo 184), entendendo-se como propriedade que cumpre sua função social, aquela que

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2017.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2017.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2017.

atenda, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

Art. 186 [...]

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.⁸

Em síntese, é de se afirmar que a Constituição de 1988 superou o binômio propriedade-liberdade. Deste modo, a propriedade não pode mais ser percebida como a atribuição de poderes plenos, estando limitada por um conteúdo mínimo, que deve harmonizar a proteção ao meio ambiente, a proteção e bem-estar de proprietários e trabalhadores, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis.

Posteriormente à CRFB/88, em nível legislativo, o Novo Código Civil de 2002 inovou, em relação ao Código

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2017.

Civil anterior (1916), no conceito de propriedade, destacando-se a necessidade de ser o direito de propriedade exercido em consonância com as finalidades sociais e econômicas, conforme prevê o parágrafo primeiro do seu artigo 1228.

Em relação à questão, Gustavo Tepedino ressalta: “ao vincular o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, visa a perseguir a tutela constitucional da função social”.⁹ Tem-se, assim, uma visão mais humana da propriedade.

Nesse sentido, objetiva-se, por intermédio da presente pesquisa, analisar a influência da Doutrina Social da Igreja na estruturação do conceito de *função social da propriedade* e sua relação com o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

O problema metodológico do trabalho perpassa o estudo interdisciplinar entre direito, religião e história. Deste modo, a pergunta que permeia a presente pesquisa é a seguinte: *há um componente doutrinário da Doutrina Social da Igreja na conformação do princípio da função social da propriedade?*

⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 305.

A hipótese é a de que existe um forte componente axiológico dos postulados da Doutrina Social da Igreja no conceito de função social da propriedade, que por sua vez advém, tanto do pensamento tomista, quanto da Doutrina Social da Igreja.

Com o objetivo de enfrentar o problema metodológico, será adotado o método de pesquisa documental, qualitativo, com a localização e consulta de fontes diversas de informações escritas, para coletar dados gerais ou específicos a respeito do tema, visando articular as informações coletadas, com um nível de análise crítica, não meramente descritivo. Deste modo, serão utilizadas obras gerais jurídicas e obras relacionadas à Doutrina Social da Igreja.

Estruturalmente, além de introdução e conclusão, o presente trabalho é constituído por duas outras seções. Na seção 1, intitulada *Breves considerações sobre a Doutrina Social da Igreja*, serão estudadas as características e o contexto histórico do desenvolvimento da Doutrina Social da Igreja. Por sua vez, na seção 2, com o título *O conceito de função social da propriedade na base da Doutrina Social da Igreja*, será enfrentado o problema metodológico da pesquisa, analisando o conceito de função social da

propriedade para a Doutrina Social da Igreja e suas relações com o ordenamento jurídico brasileiro.

O tema da pesquisa é relevante, tendo em vista suscitar discussões sobre a influência do pensamento católico em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, fornecendo elementos para a construção jurisprudencial e doutrinária da *função social da propriedade*, haja vista a dificuldade existente na legislação, principalmente, constitucional, em relação aos problemas concretos referentes à propriedade, principalmente em sociedades capitalistas excludentes, com alto nível de desigualdade social orgânica.

O fato de o Brasil e a maioria dos países terem adotado a forma laica de Estado, como sistema de relação entre Estado e religião, faz com que, erroneamente, sejam desconsideradas as influências religiosas em questões e institutos jurídicos. Deste modo, o Estado laico não conseguirá desconsiderar e erradicar os pilares axiológicos que sustentam os institutos jurídicos, e, eventuais pesquisas que objetivem investigar as influências da religião sobre o Direito, apresentarão relações muito mais próximas e frequentes do que se pode imaginar à primeira vista.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DOCTRINA SOCIAL DA IGREJA

A preocupação com as questões sociais sempre esteve presente no cristianismo. Em verdade, por intermédio do aprofundamento nos estudos do Antigo Testamento, encontram-se em vários trechos, discussões e ensinamentos a respeito da vida política. Com o Novo Testamento, o discurso de Jesus Cristo torna essa preocupação ainda mais nítida, especialmente quando se dirigiu aos pobres. No capítulo sexto do livro dos Atos dos Apóstolos, sete homens, chamados diáconos, são designados para a missão de administrar os bens destinados aos necessitados, como as viúvas. No estudo da história eclesiástica, são inúmeras as personagens com importante atuação no âmbito social, como por exemplo, as obras de São Francisco de Assis (1182-1230), São Vicente de Paula (1581-1660) e Madre Teresa de Calcutá (1910-1997), os escritos de São João Crisóstomo (347-407), Santo Agostinho (354-430) e Santo Tomás de Aquino (1225-1274), o reinado de São Luis IX (1214-1270), bem como a obra de São Thomas Morus (1478-1535) na corte de Henrique VIII (1491-1547), então rei inglês.

Durante o período da Alta Idade Média (476-1000), marcado pelas invasões bárbaras, os mosteiros se tornaram o

centro de resistência intelectual e civilizatório, com importante atuação na área agrícola, na educação e na saúde. Ao redor das catedrais surgiram hospitais e escolas, as quais se tornaram as primeiras universidades, como a de Bologna, fundada na Itália em 1088, com foco no estudo do Direito.

Entretanto, é especialmente a partir de Leão XIII (1810-1903), com a Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, que surge um corpo doutrinário com princípios claros da que seria chamada *Doutrina Social da Igreja*, embora sejam encontrados elementos da mesma doutrina em muitas encíclicas papais anteriores. O contexto do referido documento era extremamente propício para uma manifestação: enquanto o liberalismo era aplicado e apresentava sérios problemas, em tempos de revolução industrial, do outro lado o comunismo se apresentava como uma solução, pregando a utópica construção de uma sociedade igualitária e justa, mas sob muitos olhares desconfiados. O mundo, especialmente o ocidental, esperava um posicionamento da Igreja, que se deu com Leão XIII, condenando erros de ambas as propostas políticas e estabelecendo princípios para a organização de uma sociedade, conforme o entendimento católico.

Após Leão XIII, os Papas sucessores continuaram escrevendo encíclicas sociais, aplicando os princípios da

Rerum Novarum ao respectivo tempo e apresentando novas direções. O Papa João Paulo II (1920-2005) expressou a finalidade da Doutrina Social da Igreja no início da Encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*, de 1987: “um desenvolvimento autêntico do homem e da sociedade, o qual respeite e promova a pessoa humana em todas as suas dimensões”.¹⁰

3 O CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA BASE DA DOCTRINA SOCIAL DA IGREJA

O essencial do que será exposto no presente estudo a respeito da função social da propriedade já está presente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, o cristianizador do pensamento aristotélico do século XIII. Celebrado e extremamente recomendado pelo próprio Leão XIII na Encíclica *Aeterni Patris* (1879), o filósofo medieval adentrou ao tema da propriedade em sua obra fundamental, a *Suma Teológica*, ao tratar do furto e do roubo.¹¹ Ensina que há dois poderes humanos em relação às coisas exteriores: o primeiro é o de administrá-las e distribuí-las, sendo lícito ser humano,

¹⁰ JOÃO PAULO II. *Sollicitudo Rei Socialis*. Roma. 1987. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html>. Acesso em: 25 maio 2017.

¹¹ AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 4. ed. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 426. V. 3.

neste aspecto, possuir coisas como próprias, sob os argumentos principais de que, desta forma, as coisas recebem melhor tratamento, e se conserva a paz entre os seres humanos, estando cada qual contente com o que é seu; o segundo poder se refere ao uso das coisas, sendo que neste aspecto, o homem deve ter as coisas como comuns, de modo que sirvam às necessidades dos outros.

Neste ensinamento do Doutor Angélico, encontram-se as primícias de um dos princípios do magistério social católico: a destinação universal dos bens, que embasa a função social da propriedade. Em resumo, é lícito ao homem possuir bens para si, como próprios, mas tal direito impõe consigo um dever moral quanto a seu uso: atender às necessidades sociais.

A doutrina sobre o tema evoluiu na Encíclica *Rerum Novarum*, sendo a propriedade alçada por Leão XIII à condição de direito natural: “porque a propriedade particular e pessoal é, para o homem, de direito natural”.¹² Em consonância com o entendimento de Santo Tomás, o pontífice afirma em outro momento da referida carta:

¹² LEÃO XIII. **Rerum Novarum**. Roma. 1891. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 27 maio 2017.

Agora, se se pergunta em que é necessário fazer consistir o uso dos bens, a Igreja responderá sem hesitação: A esse respeito o homem não deve ter as coisas exteriores por particulares, mas sim por comuns, de tal sorte que facilmente dê parte delas aos outros nas suas necessidades”¹³

Por conseguinte, percebe-se que a Doutrina Social da Igreja adotou o entendimento tomista em relação à função social da propriedade. Diante da propaganda socialista que desejava converter a sociedade privada em sociedade coletiva, a *Rerum Novarum* posiciona-se pela licitude de se ter bens como próprios, todavia impondo um ônus de destinação social ao seu uso.

Desta forma, o ensinamento católico contrariou e acolheu postulados liberais e socialistas. Aqueles defendiam o valor absoluto da propriedade, como um direito intocável, enquanto estes queriam o fim de tal direito, coletivizando todos os bens. A Igreja se mostra defensora do direito de propriedade, mas possuindo um ônus essencial de responsabilidade social. A propriedade é um direito que traz consigo um dever, o qual, ao ser desprezado, pode torna-la

¹³ LEÃO XIII. **Rerum Novarum**. Roma. 1891. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 27 maio 2017.

ilegítima. Nesse sentido é o entendimento de Carlos Alberto Sacheri:

Se o liberalismo foi sensível ao fato de que com a obstrução da iniciativa privada não haverá produção de bens econômicos, as correntes socialistas, por sua vez, reivindicaram outra verdade parcial, a saber, o uso dos bens deve ordenar-se às necessidades sociais. O erro de ambos foi ignorar que essas afirmações não são excludentes, mas absolutamente complementares.¹⁴

Nesse sentido, não é benéfica a obstrução da iniciativa privada na produção de bens econômicos, como também não se pode desconsiderar a necessidade de que esses bens econômicos sirvam às necessidades sociais.

Partindo da premissa de que o direito de possuir bens é natural e, portanto, inviolável, mas quanto a seu uso deve ser tido com uma finalidade intrínseca de atender o bem comum, a quem cabe regulamentar a licitude de seu uso?

Dentre as encíclicas sociais, aquela que trata mais profundamente da questão é a *Quadragesimus Anno*, escrita pelo Papa Pio XI em 1931, que assim leciona:

¹⁴ SACHERI, Carlos Alberto. **A ordem natural**. Belo Horizonte: Cristo Rei, 2014. p. 105.

Efetivamente, que deva o homem atender não só ao próprio interesse, mas também ao bem comum, deduz-se da própria índole, a um tempo individual e social, do domínio, a que nos referimos. Definir, porém, estes deveres nos seus pormenores e segundo as circunstâncias, compete, já que a lei natural de ordinário o não faz, aos que estão à frente do Estado. E assim a autoridade pública, iluminada sempre pela luz natural e divina, e pondo os olhos só no que exige o bem comum, pode decretar mais minuciosamente o que aos proprietários seja lícito ou ilícito no uso de seus bens”.¹⁵

Portanto, compete às autoridades públicas garantir que a propriedade atenda à sua finalidade social, em vista do bem comum, através de sua atuação regulamentadora. No entanto, Pio XI adverte que tal múnus deve garantir a permanência do direito de possuir os bens, regulando apenas o seu uso. Se o Estado age de forma a abolir a propriedade, torna-se autoritário, desrespeitando um direito natural:

É evidente, porém, que a autoridade pública não tem direito de desempenhar-se arbitrariamente desta função; devem sempre permanecer intactos o direito natural de

¹⁵ PIO XI. **Quadragesimo Anno**. Roma. 1931. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>. Acesso em: 2 jun. 2017.

propriedade e o que tem o proprietário de legar dos seus bens. São direitos estes, que ela não pode abolir, porque o homem é anterior ao Estado.¹⁶

Do exposto, tem-se a função social da propriedade é dever moral inerente ao poder do homem de ter um bem como próprio. O Compêndio da Doutrina Social da Igreja trata o tema como sendo decorrente do *princípio da destinação universal dos bens*, o qual tem como fundamento a entrega de toda a terra por Deus aos seres humanos, após a criação, para que este a dominasse com seu trabalho e gozasse de seus frutos.¹⁷ Assim traz o documento:

O princípio da destinação universal dos bens convida a cultivar uma visão da economia inspirada em valores morais que permitam nunca perder de vista nem a origem, nem a finalidade de tais bens, de modo a realizar um mundo equitativo e solidário.¹⁸

E acrescenta:

¹⁶ PIO XI. **Quadragesimo Anno**. Roma. 1931. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>. Acesso em: 2 jun. 2017.

¹⁷ Como é possível perceber no Livro de Gênesis, capítulo 1, versículos 28 e 29.

¹⁸ IGREJA CATÓLICA. Conselho Pontifício Justiça e Paz. **Compêndio da doutrina social da Igreja**. 7. ed. São Paulo: Paulinas, 2011, p. 105.

A destinação universal dos bens comporta, portanto, um esforço comum que mira obter para toda pessoa e para todos os povos as condições necessárias ao desenvolvimento integral, de modo que todos possam contribuir para a promoção de um mundo mais humano.¹⁹

Outra Encíclica fundamental a tratar o tema foi a *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII (1881-1963), publicada em 1961. Essa carta apresenta conceitos importantes quanto à justiça social e ao bem comum. Ao tratar da propriedade, João XXIII reafirmou a importância do direito de possuí-la como elemento da dignidade da pessoa humana, ressaltando que regimes políticos que não permitiram ou combateram tal direito tornaram-se tiranos, tolhendo expressões fundamentais de liberdade.

Lado outro, o papa defende a licitude da propriedade pública, como necessária à atuação do Estado em vista do bem comum. Assevera, porém, que tal poder deve ocorrer conforme o princípio da subsidiariedade, o qual em suma, dispõe que a atuação estatal deve se dar quando a individual é omissa ou falha, sempre com foco no bem comum.

¹⁹ IGREJA CATÓLICA. Conselho Pontifício Justiça e Paz. **Compêndio da doutrina social da Igreja**. 7. ed. São Paulo: Paulinas, 2011, p. 105.

É nesta encíclica que se encontra pela primeira vez o uso da expressão *função social da propriedade* nas encíclicas sociais, tratando-se do tema em uma seção própria. Leciona: “é que o direito de propriedade privada sobre os bens, possui intrinsecamente uma função social”.²⁰ Portanto tal função é da natureza do direito de propriedade.

João XXIII expressa sua incredulidade na possibilidade de o poder público socorrer todas as mazelas e problemas de uma sociedade complexa. Por isso, exorta os indivíduos a exercerem a sensibilidade humana e a caridade em benefício dos outros.

A Igreja demonstra assim sua posição de que problemas sociais não podem ser preocupação apenas estatal. Os indivíduos, verdadeiros construtores e membros da sociedade, tem um dever moral de socorrer uns aos outros em suas necessidades. E nisto está a destinação lícita e moral de um bem. Aqui talvez esteja um dos mais graves problemas dos tempos atuais: a sociedade atual é individualista e transfere totalmente ao Estado o dever de atender às demandas sociais.²¹

²⁰ JOÃO XXIII. **Mater et Magistra**. Roma. 1961. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html>. Acesso em: 3 jun. 2017.

²¹ Se alguém está em estado de vulnerabilidade, o Estado é imediatamente considerado a fonte do problema, não havendo, muitas vezes, um compromisso republicano de auxílio mútuo.

Posteriormente, João XXIII convocou o mais importante evento católico do século XX, o Concílio Vaticano II (1962-1965), no qual foram discutidas e apresentadas as diretrizes para a ação da Igreja no mundo moderno. Um de seus principais documentos, a Encíclica *Gaudium et Spes*, reservou uma seção para o tema da propriedade.

A princípio, o Concílio manifestou sua preocupação com a existência de grandes latifúndios sem qualquer destinação, seja econômica, seja social. Tal fato estaria ocasionando um problema de acesso de muitas pessoas à propriedade privada, uma vez que esta se concentrava em poder de poucos, obstruindo “indispensável esfera de autonomia pessoal e familiar”.²²

Os padres conciliares reafirmaram a doutrina anteriormente apresentada: “de resto, a mesma propriedade privada é de índole social, fundada na lei do destino comum dos bens”.²³

²² CONCÍLIO VATICANO II. **Gaudium et Spes**. Roma. 1965. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>. Acesso em: 8 jun. 2017.

²³ CONCÍLIO VATICANO II. **Gaudium et Spes**. Roma. 1965. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>. Acesso em: 8 jun. 2017.

Uma das preocupações do Concílio foi a expropriação de bens por parte do poder público. Assim:

Quanto à apropriação pública dos bens, ela só pode ser levada a cabo pela legítima autoridade, segundo as exigências e dentro dos limites do bem comum, e mediante uma compensação equitativa. Compete, além disso, à autoridade pública impedir o abuso da propriedade privada em detrimento do bem comum.²⁴

Desta forma, a Igreja manifestou-se contrariamente ao entendimento de que o direito de propriedade tem natureza absoluta, podendo passar por processo de apropriação estatal, desde que observados os seguintes critérios: *i*) exigência do bem comum, ou seja, que a expropriação tenha uma finalidade social relevante, a qual necessita de tal ação para que seja atendida; *ii*) compensação equitativa, em outras palavras, que o expropriado seja indenizado conforme o valor do bem retirado de sua posse; *iii*) realização por autoridade legítima, ou seja, o ato não pode ser feito por qualquer pessoa, o que evidentemente

²⁴ CONCÍLIO VATICANO II. **Gaudium et Spes**. Roma. 1965. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>. Acesso em: 8 jun. 2017.

geraria verdadeiro caos, mas apenas pelo governante estabelecido nos ditames do ordenamento jurídico do Estado.

Após a *Gaudium et Spes*, é escrita pelo Papa Paulo VI (1897-1978) a Encíclica *Populorum Progressio*, de 1967, a primeira encíclica social após o Concílio Vaticano II (1962-1965). Na esteira do ensinamento conciliar, propõe-se novamente, por intermédio do referido documento, o bem comum como o critério principal para que se discuta o direito de propriedade, colocando-o subordinado ao princípio da destinação universal dos bens. Deste modo, fica manifesta a preocupação com a ordem social, em clara oposição ao individualismo liberal.

Paulo VI reafirmou o múnus do Estado de solucionar conflitos entre interesses privados e sociais, bem como a licitude da expropriação em determinados e necessários casos: “surgindo algum conflito entre os direitos privados e adquiridos e as exigências comunitárias primordiais, é ao poder público que pertence resolvê-lo, com a participação ativa das pessoas e dos grupos sociais”.²⁵ Mais à frente, no mesmo documento está previsto:

²⁵ PAULO VI. **Populorum Progressio**. Roma. 1967. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html>. Acesso em: 11 jun. 2017.

O bem comum exige por vezes a expropriação, se certos domínios formam obstáculos à prosperidade coletiva, pelo fato da sua extensão, da sua exploração fraca ou nula, da miséria que daí resulta para as populações, do prejuízo considerável causado aos interesses do país.²⁶

A Encíclica *Laborem Exercens*, de 1981, do Papa João Paulo II, tem como tema principal o trabalho e sua dignidade. Como de costume, o Papa ratificou o ensinamento dos seus predecessores. Ao tratar da propriedade, se colocou em posição contrária daqueles que tendiam a separar os bens de produção, defendendo que estes deveriam ser estatais, dos bens de consumo, que poderiam permanecer em domínio privado. Neste tema, traz um ensinamento muito importante, ao afirmar que a propriedade de tais bens assume sua função social, sob a aplicação do princípio da destinação universal dos bens, especialmente quando colocados a serviço do trabalho. Assim:

E isto diz respeito de modo particular à propriedade dos meios de produção. Considerá-los isoladamente, como um conjunto à parte de propriedades, com o fim de os

²⁶ PAULO VI. **Populorum Progressio**. Roma. 1967. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html>. Acesso em: 11 jun. 2017.

contrapor, sob a forma do capital, ao trabalho e, mais ainda, com o fim de explorar o trabalho, é contrário à própria natureza de tais meios e à da sua posse. Estes não podem ser possuídos contra o trabalho, como não podem ser possuídos para possuir, porque o único título legítimo para a sua posse - e isto tanto sob a forma da propriedade privada como sob a forma da propriedade pública ou coletiva - é que eles sirvam ao trabalho; e que, conseqüentemente, servindo ao trabalho, tornem possível a realização do primeiro princípio desta ordem, que é a destinação universal dos bens e o direito ao seu uso comum.²⁷

Portanto, é dever inerente à propriedade com potencial de produção colocá-la a serviço do trabalho.

A próxima encíclica constituinte da Doutrina Social da Igreja é a *Sollicitudo Rei Socialis*, elaborada pelo Papa João Paulo II em 1987. Trata-se de uma encíclica com claras preocupações sociais, especialmente em âmbito internacional. Critica a questão das desigualdades econômicas existentes entre o norte e o sul do globo, a falta de apoio dos países desenvolvidos aos subdesenvolvidos na tentativa de crescimento econômico, cultural e humano

²⁷ JOÃO PAULO II. **Laborem Exercens**. Roma. 1981. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html>. Acesso em: 13 jun. 2017.

destes, criando, às vezes, verdadeiras situações de submissão dos estados pobres para com os ricos.

Como seus antecessores, o Papa condenou o capitalismo liberalista, bem como o coletivismo marxista, ao tratar dos blocos da ainda existente Guerra Fria, criticando suas pretensões neocolonialistas. Ao tratar da propriedade e sua função social, João Paulo II reclamou a aplicação do princípio da opção preferencial pelos pobres, que se tornou notório especialmente na ação da Igreja na América Latina.

Desejo aqui recordar um deles: a opção ou amor preferencial pelos pobres. Trata-se de uma opção, ou de uma forma especial de primado na prática da caridade cristã, testemunhada por toda a Tradição da Igreja. Ela concerne a vida de cada cristão, enquanto deve ser imitação da vida de Cristo; mas aplica-se igualmente às nossas responsabilidades sociais e, por isso, ao nosso viver e às decisões que temos de tomar, coerentemente, acerca da propriedade e do uso dos bens. É necessário recordar mais uma vez o princípio típico da doutrina social cristã: os bens deste mundo são originariamente destinados a todos. O direito à propriedade privada é válido e necessário, mas não anula o valor de tal princípio. Sobre a propriedade, de fato, grava uma hipoteca social, quer dizer, nela é reconhecida, como qualidade intrínseca, uma função social, fundada e justificada

precisamente pelo princípio da destinação universal dos bens”.²⁸

A Encíclica *Centesimus Annus* foi escrita por João Paulo II na ocasião das comemorações do centenário da *Rerum Novarum*, de Leão XIII. A encíclica reafirmou os princípios presentes na carta leonina e atualizou seu conteúdo à sociedade de seu tempo.

Em diversos momentos, João Paulo II trata do tema da propriedade, tendo destinado uma seção para tratar especificamente do assunto, a qual contém um excelente apanhado de tudo o que já foi relatado no presente trabalho. Chama a atenção uma nova abordagem relativa à propriedade do conhecimento:

Mas existe, em particular no nosso tempo, uma outra forma de propriedade, que reveste uma importância nada inferior à da terra: é a propriedade do conhecimento, da técnica e do saber. A riqueza das Nações industrializadas funda-se muito mais sobre este tipo de propriedade, do que sobre a dos recursos naturais. Efetivamente, a riqueza principal do homem é, em conjunto com a terra, o próprio

²⁸ JOÃO PAULO II. **Sollicitudo Rei Socialis**. Roma. 1987. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

homem. É a sua inteligência que o leva a descobrir as potencialidades produtivas da terra e as múltiplas modalidades através das quais podem ser satisfeitas as necessidades humanas. É o seu trabalho disciplinado, em colaboração solidária, que permite a criação de comunidades de trabalho cada vez mais amplas e eficientes para operar a transformação do ambiente natural e do próprio ambiente humano. Se outrora o fator decisivo da produção era a terra e mais tarde o capital, visto como o conjunto de maquinaria e de bens instrumentais, hoje o fator decisivo é cada vez mais o próprio homem, isto é, a sua capacidade de conhecimento que se revela no saber científico, a sua capacidade de organização solidária, a sua capacidade de intuir e satisfazer a necessidade do outro.²⁹

Desta forma o Papa colocou a propriedade técnica entre aquelas que devem ter seu uso pautado por sua função social. Reclamou da desigualdade existente neste âmbito entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos, estabelecendo uma verdadeira relação de submissão e dependência, o que barra o crescimento econômico, cultural e humano nos países que não se encontram na classificação

²⁹ JOÃO PAULO II. *Centesimus Annus*. Roma. 1991. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html>. Acesso em: 17 jun. 2017.

de *desenvolvidos*. É preciso estabelecer uma cultura de cooperação entre as nações visando o desenvolvimento comum e global.

2.1 Função social da propriedade e o Catecismo da Igreja Católica

O Catecismo da Igreja Católica foi uma obra planejada e preparada durante muitos anos. Em 1992, o Papa João Paulo II determinou sua publicação por meio da Constituição Apostólica *Fidei Depositum* e o apresentou aos católicos, como fonte segura do ensinamento da Igreja a respeito de inúmeros assuntos, especialmente de fé e de moral.

No que tange à propriedade, o Catecismo adentrou o assunto nos parágrafos 2402 a 2406, reafirmando a importância de se ter em vista a destinação universal dos bens como base para seu uso lícito:

§ 2402. “A apropriação dos bens é legítima para garantir a liberdade e a dignidade das pessoas, para ajudar cada um a prover suas necessidades fundamentais e as daqueles de quem está encarregado. Deve também permitir que se manifeste uma solidariedade natural entre os homens.

§ 2403. O direito à propriedade privada, adquirida ou

recebida de modo justo, não abole a doação original da terra ao conjunto da humanidade. A destinação universal dos bens continua primordial, mesmo se a promoção do bem comum exige o respeito pela propriedade privada, pelo respectivo direito e exercício”.³⁰

Portanto o Catecismo confirmou a doutrina constante das encíclicas papais como ensinamento perene da Igreja a respeito da propriedade. Por fim, confirmou a missão das autoridades públicas na regulamentação de seu uso: “§ 2406. “A autoridade política tem o direito e o dever de regulamentar, em função do bem comum, o exercício legítimo do direito de propriedade”.³¹

3 CONCLUSÃO

Por intermédio do estudo foi possível perceber a presença de elementos conformadores do conceito de função social da propriedade na Doutrina Social da Igreja no texto da Constituição brasileira de 1988.

A ordem constitucional brasileira, após a Constituição de 1946, estabeleceu importante modificação no conceito de propriedade, que, a partir de então, deve cumprir

sua função social. Por função social entende-se um conteúdo mínimo norteador da propriedade, que garanta o respeito do ser humano, do meio ambiente, conjugado com o desenvolvimento nacional.

Todos os requisitos constitucionais conformadores da função social da propriedade estão presentes no corpo da Doutrina Social da Igreja. Deste modo, a Doutrina reclama o aproveitamento racional e adequado da propriedade; a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; a observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Por sua vez, a desapropriação de bens estava prevista na Encíclica *Populorum Progressio* (1967), do Papa Paulo VI, havendo uma preocupação com a ordem social em oposição ao individualismo.

Nesse sentido, o estudo confirmou a hipótese de que existe um forte componente axiológico dos postulados da Doutrina Social da Igreja no conceito de função social da propriedade, que por sua vez advém, tanto do pensamento tomista, quanto da Doutrina Social da Igreja.

³⁰ CATECISMO da Igreja Católica. São Paulo: Loyola, 2000, p. 621.

³¹ CATECISMO da Igreja Católica. São Paulo: Loyola, 2000, p. 622.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 4. ed. Campinas: Ecclesiae, 2016. V. 3.

BERMAN, Harold Joseph. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2017.

CATECISMO da Igreja Católica. São Paulo: Loyola, 2000.

CONCÍLIO VATICANO II. **Gaudium et Spes**. Roma. 1965. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>. Acesso em: 8 jun. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

IGREJA CATÓLICA. Conselho Pontifício Justiça e Paz. **Compêndio da doutrina social da Igreja**. 7. ed. São Paulo: Paulinas, 2011.

JOÃO PAULO II. **Centesimus Annus**. Roma. 1991. Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html)

[ii_enc_01051991_centesimus-annus.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

JOÃO PAULO II. **Laborem Exercens**. Roma. 1981. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html>. Acesso em: 13 jun. 2017.

JOÃO PAULO II. **Sollicitudo Rei Socialis**. Roma. 1987. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html>. Acesso em: 25 maio 2017.

JOÃO XXIII. **Mater et Magistra**. Roma. 1961. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html>. Acesso em: 3 jun. 2017.

LEÃO XIII. **Rerum Novarum**. Roma. 1891. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 27 maio 2017.

PAULO VI. **Populorum Progressio**. Roma. 1967. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html>. Acesso em 11: jun. 2017.

PIO XI. **Quadragesimo Anno**. Roma. 1931. Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-](http://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_15061931_quadragesimo-anno.html)

xi_enc_19310515_quadragésimo-anno.html>. Acesso em: 2 jun. 2017.

SACHERI, Carlos Alberto. **A ordem natural**. Belo Horizonte: Cristo Rei, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WOODS JUNIOR, Thomas E. **Como a igreja católica construiu a civilização ocidental**. 5. ed. São Paulo: Quadrante, 2012.

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: A INEFETIVIDADE DOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS DA EDUCAÇÃO

Alberto Magalhães de Oliveira³²

RESUMO

O artigo analisa o cumprimento dos objetivos constitucionais da educação, previstos no artigo 205 da Constituição de 1988, quais sejam, “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, por intermédio do qual pretende verificar a efetividade da educação nos dias atuais. O objetivo do artigo é demonstrar que a educação, atualmente, não cumpre seus objetivos constitucionais e com isso perde seu sentido, uma vez que continua a repassar conhecimento, e este, está literalmente nas mãos do jovem. Para resolver o problema dos objetivos da educação proporá como hipótese o aumento das vagas nos cursos superiores, realização de ensino profissionalizante, no lugar do ensino médio, e por fim, e de maior importância, proporá a introdução de uma disciplina jurídica voltada para os direitos e deveres básicos do cidadão, para cumprir com o objetivo de preparar para a cidadania.

Palavras-chave: Direitos humanos; Direito fundamental à educação; Objetivos constitucionais da educação.

³² Graduado em Direito pela Universidade de Itaúna, especialista em direito do trabalho pela UNOPAR, licenciado em Filosofia pela FAERPI, mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna.

ABSTRACT

The article analyzes the fulfillment of the constitutional objectives of education, foreseen in article 205, namely, "full development of the person, his preparation for the exercise of citizenship and his qualification for work", through which he intends to verify the effectiveness of education In the present day. The objective of the article is to demonstrate that education currently does not fulfill its constitutional objectives and with it loses its meaning, since it continues to pass on knowledge, and this, is literally in the hands of the young person. To solve the problem of the objectives of education will propose as a hypothesis the increase of vacancies in higher education, vocational education in place of high school, and lastly, and of greater importance, propose the introduction of a legal discipline focused on rights And basic duties of the citizen, to meet the goal of preparing for citizenship.

Keywords: Human rights; Fundamental right to education; Constitutional objectives of education.

1 INTRODUÇÃO

Dentre a diversificada gama de direitos humanos inclui-se o direito à educação, este, pouco debatido na esfera jurídica, não obstante sua clara e imensa importância para a sociedade.

De um modo geral, as pessoas desconhecem o objetivo da educação, não obstante a inclusão generalizada no ensino brasileiro, permanece desconhecido os objetivos do sistema educacional.

Segundo pesquisa³³ realizada pelo Ministério da Educação (MEC) em 2015, os dados revelam que os jovens possuem como objetivo principal para frequentar a escola ter uma vida melhor e como segundo objetivo ter um emprego melhor, os dois objetivos juntos somam 69,3% dos pesquisados, sendo que os outros motivos, quais sejam, “para obter certificado, por causa das aulas, porque sou obrigado, para não ficar em casa, por causa dos professores, para não ficar na rua”, perfazem a porcentagem restante.

O presente artigo intenta destacar os objetivos constitucionais da educação previsto no artigo 205 da Constituição Federal, não obstante a educação possuir diversos outros objetivos.

Para isto fará uma breve consideração sobre os direitos humanos, em especial sobre o direito a educação, demonstrará o conceito de direito educacional bem como sua relação com o direito constitucional e por fim argumentará sobre os objetivos constitucionais da educação, quais sejam, pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

³³ ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia; WAISELFISZ, Júlio Jacobo. **Juventudes na escola, sentidos e buscas:** por que frequentam? Disponível em <http://flacso.org.br/files/2015/11/LIVROWEB_Juventudes-na-escola-sentidos-e-buscas.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

Dentre os três objetivos citados, demonstrará que o mais marginalizado é o preparo para o exercício da cidadania e por consequência o despreparo do cidadão para o convívio social, criando brasileiros sem ética e despreocupados com seus deveres. Sendo, portanto, o mais relevante dos três objetivos, se cumprido facilitaria o também cumprimento dos outros dois, pois conhecer os direitos e deveres é o mínimo necessário para ter valores morais, e a escola é o lugar do conhecimento, assim também concorda Mario Sergio Cortella:

[...] o universo educacional em que os sujeitos vivem deve estar permeado por possibilidades de convivência cotidiana com valores éticos e instrumentos que facilitem relações interpessoais pautadas em valores vinculados à democracia, à cidadania e aos Direitos humanos. Com isso, fugimos de um modelo de educação em valores baseado exclusivamente em aulas de religião, moral ou ética e compreendemos que a construção de valores morais se dá a todo instante, dentro e fora da escola. Se a escola e a sociedade propiciarem possibilidades constantes e significativas de convívio com temáticas éticas, haverá maior

probabilidade de que tais valores sejam construídos pelos sujeitos.³⁴

Na próxima seção será estudada a educação como direito humano, analisando sua estrutura jurídica.

2 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO

De uma forma simples e objetiva, podemos conceituar *direitos humanos* como aqueles inerentes aos seres humanos, constituindo a base da existência da sociedade.

Os seres humanos, inicialmente, viviam como nômades, organizados geralmente de forma familiar, matriarcal. Com o tempo, esta organização cresceu, dando origem às tribos, clãs e posteriormente cidades. Para organizar as pessoas foi necessário criar leis para resguardar direitos básicos, como por exemplo o direito à vida, dando fim à lei do mais forte, que vigia na natureza antes da criação destes direitos básicos.

Atualmente, os direitos humanos vão além destes direitos mais básicos, incluindo também, direitos políticos, direitos relativos à previdência social, trabalho e educação.

³⁴ CORTELLA, Mario Sergio; LATAILLE, Yves. **Nos labirintos da moral**. 5. ed. Campinas: Papyrus, 2009, p. 35.

Para que estes direitos sejam reconhecidos e protegidos existem diversos documentos para consagrá-los, sejam apenas para fins declaratórios, ou seja para fins de obrigatoriedade de cumprimento, como por exemplo os tratados internacionais.

Um dos documentos mais relevantes, em relação aos direitos humanos, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo XXVI, item 1, explicita o direito à educação como direito de toda a pessoa:

Artigo XXVI

1.Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional dever ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.³⁵

Assim, sendo a educação um direito humano, pode-se dizer que é garantida a todo ser humano. Neste viés, demonstrando a importância da educação, podemos

³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

descrevê-la também como um direito fundamental, considerando direitos fundamentais como aqueles previstos constitucionalmente por um Estado. Assim ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’, guardaria relação como os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.³⁶

A Constituição Federal de 88 em seu título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, capítulo II, Dos Direitos Sociais, em seu artigo 6º, expressamente prevê a educação

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 40.

como direito social fundamental: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”³⁷

Assim em termos de juridicidade da organização da sociedade, tão importante quanto o direito à moradia, saúde, trabalho, é o direito à educação e este deve ser realizado ao máximo possível.

3 DIREITO EDUCACIONAL

O direito educacional, em apertada síntese, pode ser considerado como o ramo do direito que trata das relações jurídicas que envolvem a educação, nas palavras de Nelson Joaquim, direito educacional pode ser conceituado como:

Conjunto de normas, princípios, institutos juspedagógicos, doutrinas e procedimentos, que disciplinam as relações entre alunos e/ou responsáveis, professores,

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso 08 dez. 2016.
JOAQUIM, Nelson. Direito educacional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 693, 29 maio 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6794>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

administradores, estabelecimento de ensino e o poder público, enquanto envolvidos diretamente ou indiretamente no processo de ensino-aprendizagem, bem como investiga as interfaces com outros ramos da ciência jurídica e do conhecimento.³⁸

Deste modo, o direito educacional, de modo interdisciplinar, compreende, não apenas os atos normativos que se referem à educação, mas também os reflexos destes atos em outros ramos da ciência, como por exemplo, na economia e na sociologia.

Como fontes positivas do direito à educação podemos citar diversos atos, desde a Constituição Federal até editais, como por exemplo o edital do ENEM (exame nacional do ensino médio), para fins de exemplificar a extensão normativa do direito educacional, citar-se-á as palavras de Nelson Joaquim:

O Direito Educacional tem como fonte várias legislações no sentido amplo: decretos, portarias, regulamento, regimento escolar, resoluções e pareceres normativos dos conselhos de educação, tratados e

³⁸ JOAQUIM, Nelson. *Direito educacional*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 693, 29 maio 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6794>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

convenções internacionais. Contudo, a fonte primeira e fundamental do Direito Educacional brasileiro está na Constituição federal. Trata-se do Título VIII, da Ordem Social, Capítulo III, intitulado Da Educação, da Cultura e do Desporto, com uma soma de dez artigos dedicados à educação (art. 205 a 214), com os princípios do Direito Educacional. Vale lembrar que, dentre as muitas leis que fluem da Constituição de 1988 em direção ao ordenamento jurídico-educacional, podemos destacar: as Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996), que estrutura a administração, declara princípios e procedimentos, regulamenta os currículos, o ano escolar, os conteúdos programáticos e a duração dos cursos; [...] Plano Nacional de Educação (Lei 10.172, de nove de janeiro de 2001).

O autor cita, ainda, diversas outras leis, que possuem relação com o direito educacional, entretanto, não obstante a complexidade e a abrangência destas normas, referida disciplina não é obrigatória no curso de direito existindo uma quantidade pequena de livros especializados sobre o assunto.

4 DIREITO EDUCACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL

Direito constitucional é o ramo do direito dedicado a interpretar as normas constitucionais, sendo que a Constituição é a principal norma de um Estado, nas palavras de José Afonso da Silva:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental.³⁹

Sociologicamente, voltando à criação do Estado, e da organização dos indivíduos em sociedade através da garantia de direitos, podemos dizer que a Constituição é a Lei Fundamental, que constitui o próprio Estado, delimitando seus objetivos e seus limites de atuação, deste modo

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 46.

constituindo a própria organização estatal, e assim a organização da sociedade.

Entretanto, nem todo direito constitucional é provido, sendo que Robert Alexy, explicita que as normas de direitos fundamentais são constituídas de regras e princípios, sendo que as regras podem ser cumpridas ou não, enquanto que os princípios podem ser cumpridos em maior ou menor proporção, nas palavras do autor:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma

distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁴⁰

Deste modo, sendo o direito a educação um direito fundamental, podemos dizer que as normas que se referem à educação podem ser expressas em forma de regras, cumpridas ou não, e princípios, os quais podem ser cumpridos em maior ou menor proporção.

Assim, podemos inferir que os objetivos constitucionais da educação possuem características de princípios, pois podem ser cumpridos em diversos graus. Entretanto, devem ser seguidos sempre ao máximo possível, pois são mandamentos de otimização.

5 OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS DA EDUCAÇÃO

Para fins deste artigo será objeto de análise apenas os objetivos constitucionais da educação, previstos no art.205 da Constituição, o qual diz que a educação visa, ou seja, objetiva, o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros: São Paulo, 2008, pp. 90-91.

5.1 Pleno desenvolvimento da pessoa

Pleno desenvolvimento da pessoa é o objetivo mais difícil de ser explicado, pois além de muito amplo, comporta diversas interpretações. Pleno desenvolvimento da pessoa pode ser entendido como sendo o máximo, em termos de desenvolvimento intelectual, uma vez que se trata do direito educacional, a que uma pessoa pode chegar. Neste contexto, desenvolvimento pleno dificilmente poderá ter um ponto consensual, uma vez que não existe uma definição do que seria um desenvolvimento intelectual pleno.

Assim, para relacionar o termo ao direito educacional, devemos limitar a palavra desenvolvimento prevista na Constituição como sendo relativa a apenas os estudos e suas fases. Deste modo, conforme previsão da LDB, Lei das Diretrizes e Bases da Educação, Lei 9394/96, o ensino pode ser dividido em educação básica e educação superior, conforme expressa previsão contida no artigo 21 da referida lei:

Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II - educação superior.

Desta forma, a mesma lei, em seu artigo 22, expressamente prevê que a educação básica tem por finalidade desenvolver o educando, excluindo a palavra pleno, como se a educação básica fosse o suficiente para desenvolver, porém não plenamente. Assim: “Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores”.

Apesar de não haver previsão expressa de que o curso superior sirva para desenvolver plenamente, continuando o desenvolvimento alcançado pelo educando no nível básico, mesmo que seja em uma visão limitada de desenvolvimento pleno, de acordo apenas com o direito educacional, é possível inferir desta forma, assim também concorda Hamurabi Messeder:

Note que, segundo uma interpretação da lei mais diretamente ligada ao art. 22 da LDB, um educando, quando termina a educação básica, está desenvolvido. Considerar que uma pessoa esteja desenvolvida ou plenamente desenvolvida são afirmações completamente diferentes no mundo jurídico. [...] Sendo assim, a educação básica desenvolve o educando, mas não o desenvolve plenamente.

O propósito da educação, como descrito no texto constitucional, assim como no próprio art. 2º da LDB, é desenvolver plenamente a pessoa ou educando. E a educação divide-se em básica e superior. Fácil torna-se a dedução de que, segundo uma análise combinada desses artigos, plenamente desenvolvido estará o indivíduo que terminar um curso de educação superior.⁴¹

Para fins deste artigo, não obstante reconhecer que o termo pleno desenvolvimento é muito mais complexo do que meramente completar o ensino superior, adotar-se-á esta posição com objetivo de estudar se este objetivo é cumprido.

Neste sentido, existem diversas questões que impedem o jovem de adentrar, e concluir o ensino superior, a título de exemplo, em 2011, conforme dados do MEC, o Brasil possuía um total de 2.181.501 (dois milhões cento e oitenta e um mil e quinhentas e uma) vagas em cursos de graduação e um total de 5.442.581 (cinco milhões, quatrocentos e quarenta e dois mil, quinhentos e oitenta e um) candidatos inscritos em exames de admissão em instituição de ensino superior,⁴² demonstrando que o número

⁴¹ MESSEDER, Hamurabi. **Entendendo A LDB: Lei de Diretrizes e Bases da Educação**. Rio de Janeiro: Campus, 2009, p. 7.

⁴² MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Relatório técnico contendo estudo sobre a atual relação oferta/demanda de cursos de graduação no Brasil**. Disponível em

de vagas é insuficiente para a demanda existente no país, mesmo com todos os esforços para melhorar o acesso ao ensino superior.

Se não existem vagas para todos, fica evidentemente demonstrado que nem todos poderão alcançar o pleno desenvolvimento, uma vez que a mera conquista da vaga no ensino superior não significa que o estudante conseguirá se formar, uma vez que existem diversos fatores que poderão impedir a conclusão do ensino superior.

Os dados estatísticos citados levam em consideração todas as vagas disponíveis, em escolas particulares ou públicas, e um dos fatores impeditivos pode ser a renda, criando um círculo vicioso, uma vez que o jovem não tem poder aquisitivo para concluir o ensino superior e por não poder concluí-lo não conseguirá aumentar sua renda. Conforme demonstra artigo publicado pela UNICAMP, de autoria de Carlos Orsi, “Ensino superior eleva renda do trabalhador em mais de 200%, diz IBGE”.⁴³

<http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=13948-produto-2-oferta-demanda-educ-superior-pdf-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁴³ ORSI, CARLOS. **Ensino superior eleva renda do trabalhador em mais de 200%, diz IBGE**. Disponível em <<https://www.revistaensinosuperior.gr.unicamp.br/notas/ensino-superior-eleva-renda-do-trabalhador-em-mais-de-200-diz-ibge>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

Sendo assim, como desenvolver plenamente o estudante, uma vez que a quantidade de vagas é insuficiente, apesar de ter aumentado substancialmente nos últimos anos. Deste modo, como direito humano, e fundamental, a educação falha em seu primeiro objetivo, visto neste artigo meramente como formar em um curso superior, uma vez que não possui condição de permitir que todos possam entrar para o ensino superior, e muito menos termina-lo, e como direito humano, deveria ser acessível a todos, porém não é esta a realidade.

5.2 Qualificação para o mercado de trabalho

A qualificação para o mercado de trabalho pode ser desenvolvida através de uma formação profissional, que aprimore suas habilidades para executar as mais variadas funções, podendo se especializar em uma área.

O Estado brasileiro, conforme expresso no artigo 1º, inciso IV da Constituição, possui como fundamento os valores sociais do trabalho, ou seja, a própria organização da sociedade funda-se no trabalho, em seu artigo 170, a Constituição diz que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano.

Deste modo, preparação para o mercado de trabalho não pode ser considerado apenas como capacitação para

ocupar determinada vaga, mas deve possuir um significado mais amplo, uma vez que fundamenta a própria existência do Estado bem como sua ordem econômica e consequente regulações sociais. Assim também ensina Daniel Villavicencio quando tenta definir a qualificação dos trabalhadores:

Não pode ser compreendida como uma construção teórica acabada, mas, sobretudo, como um conceito explicativo da articulação de diferentes elementos no contexto de relações de trabalho, capaz de dar conta das regulações técnicas que ocorrem na relação dos trabalhadores com a tecnologia e das regulações sociais que produzem os diferentes atores da produção que resultam nas formas coletivas de produzir.⁴⁴

Assim, a qualificação para o trabalho deve englobar não apenas conhecimentos técnicos, obtidos em cursos profissionalizantes ou superiores, mas também conhecimentos sociais, que deveriam ser obtidos desde os primeiros anos escolares.

⁴⁴ VILLAVICENCIO, D. **Por una definición de la calificación de los trabajadores.** Trabalho apresentado no 4. Congreso Español de Sociología, Madrid, 1992, p.1.

A educação está a todo o tempo ligada ao trabalho e a organização da vida em sociedade, devendo a educação ensinar o necessário para uma vida digna, deste modo, ensinando a importância do trabalho como forma de contribuição na sociedade, nas palavras de Leonardo Vizeu Figueiredo:

Benjamin Franklin (1706 – 1790) cunhou a frase “*o trabalho dignifica o homem*”. Tal expressão, profunda e presente no inconsciente coletivo, revela o quanto a atividade laborativa, útil e produtiva, é necessária não somente para o indivíduo, mas também para a sociedade. Isto porque, em um sistema econômico ordenado no ideário capitalista, a produção de rendas e riquezas se norteiam no trabalho. Há que se ter em mente que a relevância do labor transcende sua contraprestação pecuniária. Em virtude do exercício laborativo útil e produtivo, a pessoa toma consciência de si e de seu valor, tornando-se um ser humano pleno e digno, uma vez que descobre seu papel na sociedade e o sentido de sua existência. [...] Em outras palavras, a valorização do trabalho humano é fator de garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Vale observar que a valorização do trabalho humano necessita de políticas de investimento em capacitação de mão de obra, que, para tanto, deve passar

necessariamente por um conjunto de políticas de investimento em educação.⁴⁵

Deste modo, para valorização do trabalho humano é necessária uma preparação para este trabalho, o que se obtém apenas através da educação. No último século, praticamente tudo o que existe mudou, entretanto, a educação continua a mesma, o professor na frente da sala passando conhecimento e alunos em frente ao professor recebendo este conhecimento. Em plena era da internet, onde todo o conhecimento está na palma da mão, bastando um telefone e internet, este modelo de ensino tende ao fracasso.

Pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), denominada Retratos da Sociedade Brasileira- Educação Básica,⁴⁶ realizada em 2014, aponta que a sociedade brasileira considera que os formados no ensino médio e superior não estão preparados para o mercado de trabalho, sendo que apenas 14% dos entrevistados consideram os formados no ensino médio bem preparados para o mercado de trabalho, enquanto que apenas 23% dos

⁴⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 95-96.

⁴⁶ CNI (Confederação Nacional da Indústria). **Retratos da sociedade brasileira- educação básica**. Disponível em <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/cni_estatistica_2/2015/01/07/169/RetratosDaSociedadeBrasileira_20_EducaoBasica1.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

entrevistados consideram os formados na educação superior bem preparados para o mercado de trabalho.

O ensino médio tem se voltado cada vez mais para a preparação para exames, sejam vestibulares ou o ENEM (exame nacional do ensino médio), sendo este fenômeno nomeado por Lucas Rodrigues Cunha de “vestibularização do ensino médio”.⁴⁷

Entretanto se apenas 23% dos formados no ensino superior se consideram preparados para o mercado de trabalho talvez a solução seria utilizar o ensino médio para dar início a esta preparação. Conforme a mesma pesquisa realizada pela CNI, a maior parte dos entrevistados concorda com a existência do ensino profissionalizante em conjunto com o ensino médio, principalmente quando o entrevistado possui uma renda maior, lembrando que o aumento da renda e o aumento da escolaridade estão diretamente ligados.

Praticamente nove em cada dez brasileiros concordam ao menos em parte que o Brasil precisa oferecer mais cursos de ensino médio que também ensinem uma profissão (curso conjugado com o ensino profissionalizante). Mais de dois terços (67%) concordam totalmente com a afirmativa e 22%

⁴⁷ CUNHA, Lucas Rodrigues. **Vestibularização do ensino médio**. Disponível em <<https://www.ufmg.br/boletim/bol1658/2.shtml>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

concordam em parte. Apenas 3% dos entrevistados afirmam discordar total ou parcialmente com a frase. A concordância é maior nas maiores faixas de renda. Entre os entrevistados com renda familiar superior a dez salários mínimos, a concordância total ou parcial é de 98% enquanto para os entrevistados com renda familiar de até um salário mínimo, esse percentual cai para 87%.⁴⁸

Conforme demonstrado, a educação, principalmente a superior, tem alcançado resultados pouco significativos na preparação para o trabalho, sendo que o ensino médio possui resultados alarmantes, não significativos, em relação a este objetivo constitucional. Devido à grande importância do trabalho, não apenas para o indivíduo, mas também para a sociedade é necessário que a preparação para o trabalho se inicie no ensino médio dando a oportunidade ao jovem aprimorar esta preparação no ensino superior, melhorando inclusive a economia e a sociedade brasileira, conforme ensina Guimar Namó de Mello.

⁴⁸ CNI (Confederação Nacional da Indústria). **Retratos da sociedade brasileira-educação básica**. Disponível em <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/cni_estatistica_2/2015/01/07/169/RetratosDaSociedadeBrasileira_20_EducacaoBasica1.pdf>. Acesso em 18 dez. 2016, p. 12.

[...] a educação passa a ocupar, junto com as políticas de ciência e tecnologia, lugar central e articulado na ponta das macropolíticas do Estado, como fator importante para a qualificação dos recursos humanos requeridos pelo novo padrão de desenvolvimento, no qual a produtividade e a qualidade dos bens e produtos são decisivas para a competitividade internacional. Ainda que por si só a educação não assegure a justiça social, nem a erradicação da violência, o respeito ao meio ambiente, fim das discriminações sociais e outros objetivos humanistas que hoje se colocam para as sociedades, ela é, sem dúvida, parte indispensável do esforço para tornar as sociedades mais igualitárias, solidárias e integradas.⁴⁹

Deste modo, para preparar para o trabalho, devido a total ineficiência do ensino médio, a educação profissionalizante deveria substituí-lo, mesmo não sendo suficiente para o preparo total do jovem, o ensino profissionalizante faria com que o jovem saísse mais preparado para o ensino superior e conseqüentemente mais preparado ainda deste.

⁴⁹ MELLO, Guiomar Namó de. **Cidadania e competitividade**. São Paulo: Cortez, 1998, p. 43.

5.3 Preparo para o exercício da cidadania

Cidadania é um termo controverso, de modo mais comum é visto como o mero direito de votar e ser votado, ou seja, participar da vida política, de uma forma um pouco mais ampla ensina Dalmo de Abreu Dallari que “a cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo”.⁵⁰

Para Hannah Arendt cidadania é o direito a ter direitos, conforme citada por Celso Lafer:

Hannah Arendt esclarece que cidadania é o direito a ter direitos, [...] pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum. Em resumo, é este acesso ao espaço público – o direito de pertencer a uma comunidade política – que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.⁵¹

Na gênese da cidadania, nem todos eram cidadãos, qualidade dada apenas a alguns, já detentores dos direitos, que participavam das decisões da polis, ficando à margem da

⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004, p. 24.

⁵¹ LAFER, Celso. **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 114.

cidadania a grande maioria das pessoas. Legalmente, cidadão pode ser entendido como aquele que está em gozo dos direitos civis e políticos, ou seja, condição para votar e ser votado, entretanto, este conceito é demasiadamente restrito, sendo o melhor conceito de cidadão, aquele que o define como sendo o sujeito de direitos e deveres, e para que ele exerça seus direitos e cumpra seus deveres é necessário que previamente os conheça.

Deste modo, para exercer a cidadania, é necessário conhecer seus direitos, e deveres. O que ocorre é que estes direitos, não obstante estarem escritos, possuem difícil compreensão mesmo para aqueles que são formados em cursos jurídicos, o que dirá em relação ao educando do ensino médio. O texto constitucional, no artigo 64 da ADCT garante um exemplar do texto constitucional para cada cidadão, apesar do artigo não ser conhecido e muito menos provido, mesmo que fosse, o cidadão comum não teria condição de entender o que está escrito.

Um exemplo citado por Sara Nogueira Lima de Jesus em seu artigo, “pelo direito de conhecer o direito”, é o texto contido no artigo 208, §1º, que diz ser o acesso ao ensino obrigatório e gratuito um direito público subjetivo. Para um cientista do direito esta afirmação é de difícil compreensão, imagina para um cidadão que não passou cinco anos em uma

faculdade estudando as leis e a hermenêutica jurídica. Jesus continua inferindo que:

Quanto à afinidade dos cidadãos brasileiros com as disposições legais elencadas a seu respeito, pode-se dividi-los em duas categorias básicas: a dos que não entendem a Lei e, o que é pior, a dos que sequer tomam conhecimento da mesma. Muitos são os cidadãos que não conseguem compreender a linguagem jurídica empregada nas leis brasileiras. Para solucionar esta questão, sugestiona o autor do referido artigo, que poderia a norma ter sido escrita de forma diversa, por exemplo: o acesso ao ensino fundamental é obrigatório, gratuito e constitui direito de todos, podendo ser exigido, inclusive judicialmente, do Estado. O conteúdo é o mesmo, a linguagem é que muda.⁵²

Deste modo, com a população privada de conhecer seus direitos, e deveres, dificilmente poder-se-ia falar em cidadania, conforme ensina José Murilo de Carvalho:

Nos países em que a cidadania se desenvolveu com mais rapidez, inclusive na Inglaterra, por uma razão ou outra a

⁵² JESUS, Sara Nogueira Lima de. **Pelo direito de conhecer o direito.** Disponível em <www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2007/discente/dis3.doc>. Acesso em: 18 dez. 2016.

educação popular foi introduzida. Foi ela que permitiu às pessoas tomarem conhecimento de seus direitos e se organizarem para lutar por eles. A ausência de uma população educada tem sido sempre um dos principais obstáculos à construção da cidadania civil e política.⁵³

Dentre as disciplinas do ensino médio, conforme pesquisa da CNI,⁵⁴ as consideradas mais importantes são o português e a matemática, tanto no ensino fundamental quanto no ensino médio, sendo também as mais cobradas em exames de admissão em cursos superiores, demonstrando que a educação básica se tornou um mero caminho para a educação superior. Não obstante a pesquisa indicar a cidadania como a décima segunda mais importante, é necessário ressaltar que não existe esta disciplina no currículo do ensino médio, e dentre as obrigatórias, a filosofia possui a maior ligação com o direito, e com a cidadania, fica em décimo terceiro lugar em nível de importância.

Resta demonstrado que a educação não cumpre com o objetivo de preparar para a cidadania, nem ao menos ensina

⁵³ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 11.

⁵⁴ CNI (Confederação Nacional da Indústria). **Retratos da sociedade brasileira-educação básica**. Disponível em <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/cni_estatistica_2/2015/01/07/169/RetratosDaSociedadeBrasileira_20_EducacaoBasica1.pdf>. Acesso em 18 dez. 2016.

ao educando quais são seus direitos e seus deveres. Para que haja uma diferença seria necessário dar maior importância nas disciplinas sociais, como sociologia e filosofia, talvez acrescentando uma disciplina voltada exclusivamente para o direito, que demonstrasse ao menos como ler e consultar uma lei.

6 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, o direito à educação é um direito fundamental e também um direito humano, ditos como aqueles pertencente a todos, ou seja, todos possuem direito à educação.

Entretanto, a educação não pode ser vista meramente como a oportunidade, ou obrigatoriedade, de frequentar a escola, ela deve ser vista como um momento de preparação para a vida.

Os objetivos constitucionais, mesmo sendo direitos fundamentais, de eficácia imediata, não são totalmente cumpridos, talvez por não serem realmente os objetivos que aqueles que estão no poder querem que sejam ou talvez por mera ineficiência do sistema educacional.

Alcançar o pleno desenvolvimento, visto para fins deste artigo, meramente como a conclusão do ensino superior é um objetivo distante de ser concluído uma vez que,

conforme demonstrado, não existe vagas suficientes para todos.

Quanto ao preparo para o trabalho existe um grande paradoxo, o ensino básico possui muitas disciplinas diferentes, está sobrecarregado de informações, porém não são centralizadas, objetivas, fazendo com que o estudante, ao mesmo tempo que estuda muito conteúdo, acaba por não aprender nada de útil para o mercado de trabalho. Conforme exposto, a maior parte dos jovens estudantes frequenta a escola ou para melhorar sua vida ou para melhorar seu emprego, sendo que 90% concordam com a necessidade de um curso que ensine uma profissão, conforme dados da Fundação Getúlio Vargas, “a conclusão do ensino médio técnico representa um aumento, em média, de 15% na remuneração e na produtividade.”⁵⁵

Em relação ao preparo para o exercício da cidadania encontramos o objetivo mais marginalizado pela educação brasileira. Para solucionar este problema bastaria a inclusão da disciplina de direito nos cursos da educação básica. Referida proposta foi debatida no Senado, através do Projeto

⁵⁵ BRAGA, Gustavo Henrique. **Poucos vão a cursos técnicos.** Disponível em <<http://www.cps.fgv.br/cps/bd/clippings/oc136.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

de Lei do Senado n.º 70 de 2015,⁵⁶ aprovada e enviada à Câmara dos Deputados em 21 de outubro de 2015, onde permanece sem nenhuma movimentação desde então. Tal projeto de lei prevê a modificação do artigo 27, inciso I, da Lei 9394/96 para incluir nos conteúdos curriculares da educação básica a introdução ao estudo da Constituição, o que, por si só, talvez não solucione todos os problemas relativos à falta de conhecimento dos direitos e deveres, mas já demonstra uma certa preocupação com este relevante problema.

A educação, principalmente o ensino médio, é voltado apenas para os exames admissionais dos cursos superiores, sendo prioridade o ensino do português e da matemática. O art.26 da Lei 9394⁵⁷ prevê uma base comum para a educação básica sendo que este currículo, deve “abrange, obrigatoriamente, o estudo da língua portuguesa e da matemática, o conhecimento do mundo físico e natural e da realidade social e política, especialmente do Brasil.”. Claramente, o artigo citado demonstra maior importância ao português e a matemática, nem aos menos cita,

⁵⁶ BRASIL, Projeto de lei do Senado nº 70, de 2015. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119869>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

⁵⁷ BRASIL, Lei 9394/96. **Diretrizes e bases da educação.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm. Acesso em 21 de dezembro de 2016.

expressamente, cidadania como disciplina ou parte de disciplina.

A mesma lei, em seu artigo 36, com redação dada pela medida provisória n.º 746 de 2016, ainda em tramitação no congresso, expressa que:

Art. 36. O currículo do ensino médio será composto pela Base Nacional Comum Curricular e por itinerários formativos específicos, a serem definidos pelos sistemas de ensino, com ênfase nas seguintes áreas de conhecimento ou de atuação profissional:

I - linguagens;

II - matemática;

III - ciências da natureza;

IV - ciências humanas; e

V - formação técnica e profissional.

Importante ressaltar que citada medida provisória revoga o inciso IV do artigo 36, que se refere ao ensino de filosofia e sociologia no ensino médio como disciplinas obrigatórias, dando margem para interpretação de que não serão obrigatórias. Caso não sejam mais obrigatórias, será mais uma demonstração de ineficiência dos objetivos constitucionais da educação, uma vez que serão retiradas as duas disciplinas que mais se comunicam com o ensino da

cidadania e reforçando a importância do português e da matemática.

Noutro ponto, a lei n.º 13.005, de 25 de junho de 2014⁵⁸, que institui o plano nacional de educação (PNE), com vigência de 2014 até 2024, em seu anexo de “metas e estratégias”, item 7.11, cita como instrumento externo de referência as avaliações de aprendizagem do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA), referidas avaliações levam em consideração apenas leitura, matemática e ciências, reforçando que a educação brasileira tem como importante apenas estes aspectos do ensino, deixando marginalizados os conteúdos relativos à ética, sociologia e cidadania, tão necessários ao nosso país.

Assim, resta demonstrado que a educação brasileira não cumpre com seus objetivos constitucionais, não desenvolvendo plenamente a pessoa, sendo este objetivo, para fins deste artigo, considerado apenas como a conclusão do ensino superior, não preparando para o mercado de trabalho, principalmente no tocante ao ensino médio, fase anterior à idade economicamente ativa, e muito menos preparando para o exercício da cidadania pois o cidadão deve

⁵⁸ BRASIL, Lei 13005/2014. **Plano Nacional de Educação - PNE**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 21 dez. 2016.

primeiramente conhecer seus direitos, e deveres, para posteriormente agir como cidadão.

Assim, a sociedade brasileira forma pessoas que não conhecem, e provavelmente por isso não respeitem, seus deveres nem seus direitos, jovens que não aprendem que quando andam de bicicleta devem seguir no mesmo sentido de circulação regulamentado para a via, andando no passeio por não conhecer o artigo 58 do código de trânsito brasileiro⁵⁹ e adultos que se indignam por verem jovens andando de bicicleta nas ruas e não sabem que é ali o lugar deles, conforme preceitua a lei que desconhecem.

Deste modo, analogamente, em diversos outros campos dos direitos e deveres, o brasileiro não totalmente desenvolvido, não preparado para o trabalho e sem conhecer seus direitos e deveres como cidadãos, continuam por acreditar que ser cidadão é apenas votar, dando plenos poderes para que uma minoria, que teve uma boa educação, decida sobre as questões de todos os cidadãos, conforme ensina David Sánchez Rubio:

Os efeitos se manifestam na dupla intenção de, por um lado, provocar a desmobilização da sociedade civil e, por

⁵⁹ BRASIL, Lei 9503/97. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 21 de dez. 2016.

outro, o ocultamento da dominação socioeconômica e da existência de oposições e assimetrias entre as forças e os atores sociais. Pela redução da democracia às eleições, não vigora a participação cidadã e social que fica de fora do tempo e do espaço dos anúncio eleitorais.⁶⁰

Assim, para que seja possível ocorrer, e manter, uma dominação de posições entre os atores sociais é necessário que haja um controle do conhecimento, deixando os dominados à margem deste, para que assim, desconhecendo seus direitos não possam lutar por eles, mantendo-os apenas como moradores da “*polis*” e não como cidadãos participativos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia, WASELFISZ, Júlio Jacobo. **Juventudes na escola, sentidos e buscas**: por que frequentam? Disponível em: <http://flacso.org.br/files/2015/11/LIVROWEB_Juventudes-na-escola-sentidos-e-buscas.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

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

⁶⁰ SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 114.

BRAGA, Gustavo Henrique. **Poucos vão a cursos técnicos.** Disponível em: <<http://www.cps.fgv.br/cps/bd/clippings/oc136.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

BRASIL, Lei 13005/2014. **Plano Nacional de Educação - PNE.** Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 21 dez. 2016.

BRASIL, Lei 9394/96. **Diretrizes e bases da educação.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm. Acesso em: 21 dez. 2016.

BRASIL, Lei 9503/97. **Código de Trânsito Brasileiro.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm> Acesso em: 21 dez. 2016.

BRASIL, **Projeto de lei do Senado n.º 70, de 2015.** Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119869>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui/caocompilado.htm>. Acesso em: 8 dez. 2016.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CNI (Confederação Nacional da Indústria). **Retratos da sociedade brasileira-educação básica.** Disponível em <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/cni_estatistica_

2/2015/01/07/169/RetratosDaSociedadeBrasileira_20_EducaoBasica1.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

CORTELLA, Mario Sergio; LAT TAILLE, Yves. **Nos labirintos da moral.** 5. ed. Campinas: Papirus 7 Mares, 2009.

CUNHA, Lucas Rodrigues. **Vestibularização do ensino médio.** Disponível em <<https://www.ufmg.br/boletim/bol1658/2.shtml>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

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

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

JESUS, Sara Nogueira Lima de. **Pelo direito de conhecer o direito.** Disponível em <www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2007/discente/dis3.doc>. Acesso em: 18 dez. 2016.

JOAQUIM, Nelson. Direito educacional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 693, 29 maio 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6794>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

LAFER, Celso. **Hannah Arendt:** pensamento, persuasão e poder. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

MELLO, Guiomar Namó de. **Cidadania e competitividade.** São Paulo: Cortez, 1998.

MESSEDER, Hamurabi. **Entendendo a LDB: Lei de Diretrizes e Bases da Educação**. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Relatório técnico contendo estudo sobre a atual relação oferta/demanda de cursos de graduação no Brasil**. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=13948-produto-2-oferta-demanda-educ-superior-pdf-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 16 dez. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

ORSI, Carlos. **Ensino superior eleva renda do trabalhador em mais de 200%, diz IBGE**. Disponível em: <<https://www.revistaensinosuperior.gr.unicamp.br/notas/ensino-superior-eleva-renda-do-trabalhador-em-mais-de-200-diz-ibge>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

VILLAVICENCIO, D. **Por una definición de la calificación de los trabajadores**. Trabalho apresentado no 4º Congreso Español de Sociología, Madrid, 1992.

LIBERDADE RELIGIOSA VERSUS

INTOLERÂNCIA RELIGIOSA:

o ódio e desrespeito escondido atrás de uma liberdade

Laís Orlandi Rosa⁶¹

Fabrizio Veiga Costa⁶²

RESUMO

A liberdade é um Direito Fundamental e Humano essencial para a efetividade da Dignidade Humana, o bloqueio de qualquer liberdade configura grande ofensa ao indivíduo. A necessidade de se positivar a Liberdade Religiosa data de milênios, todavia, não é o que se encontra atualmente, tal direito é uma ramificação da liberdade geral e sua efetividade se mostra de extrema importância para a configuração de liberdades. O Estado Laico, também chamado de Estado Neutro ou Imparcial é uma das respostas para a Intolerância Religiosa e para o ódio e desrespeito que diversos grupos sofrem pela expressão de sua religiosidade.

⁶¹ Mestranda em Direitos Fundamentais na Universidade de Itaúna-MG. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Fundação de Ensino Superior de Passos. Advogada.

⁶² Doutor e Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da graduação e do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna. Professor da FAPAM-MG.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Geral; Liberdade Religiosa; Estado Laico; Intolerância Religiosa.

ABSTRACT

Freedom is a Fundamental and Human Right essential for the effectiveness of Human Dignity, the blocking of any freedom constitutes great offense to the individual. The need to establish Religious Freedom dates back thousands of years, however, is not what it is today, this right is a branch of General Freedom and its effectiveness is extremely important for the configuration of Liberties. The Laic State, also called the Neutral or Impartial State, is one of the answers to Religious Intolerance and to the hatred and disrespect that various groups suffer for the expression of their religiosity.

Keywords: General Freedom; Religious Freedom; Lay State; Religious Intolerance.

1 INTRODUÇÃO

A efetividade do direito da dignidade humana é algo essencial para a sobrevivência do indivíduo, direitos como os

da igualdade, saúde, educação são imprescindíveis e é necessário um estudo sobre todos eles.

Nesse tocante, a liberdade surge como um direito garantidor da dignidade humana e deve ser visto como um direito que emana do indivíduo. Não é errado dizer que o Estado não raramente regula, restringe e fornece os mecanismos de efetivação ao direito à liberdade, faz-se isso por meio de normas e regras que podem dar significados diferentes a liberdade, mas é fato que a Liberdade advém antes do Estado e de sua organização.

A liberdade é um direito fundamental e conforme o tempo, momento histórico e local que se estuda, tal direito ganha roupagens distintas da encontrada hoje. São inúmeros os tipos de liberdade. Por exemplo, existe a liberdade de locomoção, a liberdade religiosa, a liberdade de pensamento, a livre manifestação e reunião, é impossível dimensionar a grandeza de cada liberdade e isso torna o seu estudo em uma fonte inesgotável de fontes, materiais, conceitos e restrições.

A liberdade geral em particular foi e continuará sendo tema de inúmeros estudos e teses, afinal, a cada nova situação criada um novo direito o acompanha, com isso o termo liberdade pode sofrer mudanças de aquisição de valores ou mesmo de perda de valores.

Grandes pensadores, juristas e filósofos analisaram a liberdade e cada qual possui um entendimento que difere do outro, possibilitando assim uma gama de definições e características que em conjunto conceito que responde a questão: O que é Liberdade?

Estudiosos como Hobbes, Kant, Descartes e Alexy propõem significados diferentes ao analisar o Direito à Liberdade, Robert Alexy um defensor dos direitos fundamentais na Alemanha, defende que *liberdade* é não encontrar barreiras ou obstáculos para ser efetivada, essa liberdade tão ampla é também irrestrita, poderá, entretanto, gerar restrições. Alexy alerta que as restrições a Liberdade devem ser tão amplas quanto à própria liberdade.

Para Tomas Hobbes a liberdade é a simples ausência de impedimentos externos. Já Immanuel Kant vê a Liberdade como sinônimo da autonomia de vontade.

A liberdade religiosa pode ser considerada uma ramificação da liberdade geral. Assim a liberdade religiosa é de fato uma espécie da própria liberdade e não apenas mais uma liberdade vinculada, por exemplo, a liberdade de crença ou de pensamento. Historicamente o estudo ou a necessidade do direito a liberdade religiosa esteve presente em grande parte da história da humanidade. Desde a perseguição aos cristãos por parte dos judeus e pagãos a mais de dois mil

anos até a atualidade, onde religiões de matriz africana sofrem com a intolerância religiosa, passando pela Santa Inquisição e Cruzadas, Holocausto e outros evidentes momentos históricos em que a fé foi utilizada como justificativa para a barbárie.

A utilização de um Estado laico pode ser a primeira resposta para o combate a intolerância religiosa, assim o Estado laico é aquele que faz com que um país ou uma nação tenha posição neutra e imparcial no que tange o tema religioso. Já a intolerância religiosa é entendida como o agrupamento de ideologias e atitudes que são direcionadas de forma ofensiva contra crenças e práticas religiosas de terceiros ou ainda contra os chamados ateus ou agnósticos.

Diante do que foi exposto o tema será abordado a partir de uma análise teórico-bibliográfica sobre os conceitos, definições e análises de liberdade geral, liberdade religiosa, Estado Laico e intolerância religiosa.

De início, o artigo abordará o conceito de liberdade geral e suas diversas características e definições. No próximo capítulo, será feita uma análise da liberdade religiosa. Posteriormente trata-se do Estado laico e suas exigências. E por último é realizada uma atualização da questão que envolve a intolerância religiosa. Por fim é realizada as considerações finais.

2 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

O artigo se baseia em pesquisa teórico-bibliográfica dos temas liberdade geral, liberdade religiosa e também intolerância religiosa.

De início levantou-se a bibliografia básica para uma melhor compreensão histórica e de definições dos temas propostos. A bibliografia selecionada será mencionada no referencial teórico.

Procurou dar sentido de caracterização aos direitos e situações tratadas, com o objetivo de clarear os conceitos, a história, efetividade e a atualização de cada um dos direitos e situações mencionadas.

Para a melhor compreensão foi utilizado os pensadores e filósofos clássicos como Aristóteles, Kant, Descartes e Hobbes, para que os termos e situações tratados tenham suas análises esclarecidas e dimensionadas a sua importância.

Por meio dos autores citados e outros elencados na referência teórica buscou-se o entendimento conceitual de liberdade geral, liberdade religiosa, Estado laico e intolerância religiosa, a qual é atribuída diversos problemas atuais.

Ao termino foram apresentadas algumas considerações a respeito dos temas tratados.

3 LIBERDADES GERAIS

A liberdade é algo tão amplo, que um dispositivo legal não abarca todo o seu conteúdo. São inúmeros os doutrinadores que buscam o verdadeiro e mais completo significado da tal palavra. Pode ser considerado como um direito fundamental e costumeiramente é relacionado às coisas boas, satisfatórias e justas.

A própria palavra *liberdade* designa diversas descrições, de acordo com De Plácido e Silva:

Liberdade do latim *libertas*, de *liber* (livre), indicando genericamente a condição de livre ou estado de livre, no conceito jurídico, a faculdade ou o poder outorgado à pessoa para que possa agir segundo a sua própria determinação, respeitadas, no entanto, as regras legais instituídas. A liberdade, pois, exprime a faculdade de se fazer ou não fazer o que se quer, de pensar como se entende, de ir e vir a qualquer atividade, tudo conforme a livre determinação da pessoa, quando não haja regra proibitiva para a prática do ato ou não se institua princípio restritivo ao exercício da atividade.” (SILVA, 2010, p. 492).

Observa-se que a palavra liberdade engloba um emaranhado de direitos e sentidos, todos eles, porém, amplos e comportam novas descrições.

Historicamente, na Roma antiga escravos, prisioneiros e demais pessoas eram separadas pelo termo “livre”. O Dicionário Filosófico traz um sentido diferente para *liberdade*: “Condição daquele que é livre. Capacidade de agir por si mesmo, autodeterminação, independência, autonomia”. (JAPIASSÚ, 1991, p. 163).

Tomas Hobbes considera *liberdade* como a capacidade individual de cada indivíduo em usar de seu próprio poder da forma como lhe convier, mas deve-se considerar que o exercício desse poder deve ser utilizado em virtude de proteção de sua própria natureza. Hobbes quer dizer com isso, que a utilização da liberdade advém do próprio homem e pode usa-la para preservar sua vida, valendo-se da razão e do julgamento para atingir tal fim. (HOBBS, 2003, p. 112).

Para Hobbes, a liberdade é a ausência de impedimentos externos. Os chamados impedimentos externos por convenções tendem a tirar das pessoas parte do poder de fazer ou não fazer, mas também esses impedimentos não podem “obstar a que se use o poder que

lhe resta, conforme o que o seu julgamento e razão lhe ditarem.” (SILVA, 2010, p. 42).

Já Immanuel Kant considera liberdade e autonomia de vontade como sendo sinônimos, Kant salienta que por meio de observância dos conceitos morais chega-se ao denominador comum em que “o princípio da autonomia é o único princípio moral.” (KANT, 1974, p. 238). De acordo com Kant, a liberdade não é apenas possuí-la por meio de leis, decretos e doutrinas, mas principalmente, a questão que diferencia o homem dos outros animais não racionais, ou seja, a responsabilidade que o homem possui diante de suas ações e decisões. Dessa forma, Kant expõe que o homem livre de verdade somente tomará decisões e agirá por meio de uma ação, quando estiver respaldado por uma lei moral que equivale dizer que o indivíduo estará exercendo a sua liberdade do ser racional.

Assim Immanuel Kant considera liberdade e lei moral como sinônimos, uma vez que só é livre aquele que age de acordo com a lei moral. A livre vontade sempre deve ser direcionada para a decisão e ação do bem, e essa realidade só e torna possível a partir do ponto em que tal decisão ou ação é derivada da liberdade, ou seja, da vontade.

Portanto, para os seguidores de Kant, liberdade não consiste em um mundo em leis e sim existe no mundo leis

imutáveis (as chamadas leis morais), e essas comandam toda a humanidade, a conclusão que se chega é que não existe uma vontade totalmente livre, pois isso iria representar o absurdo de um mundo sem leis. (KANT, 1974, p. 243).

Assim a lei que traduz a liberdade, nada mais é que a vontade livre que se manifesta e fica ligada a lei moral.

A análise da liberdade pode sempre ser mais aprofundada, para René Descartes, por exemplo, a Liberdade e livre arbítrio estão internamente relacionados. Para o autor, liberdade está afastada da figura empoderadora de Deus ou de qualquer outra forma de interferência. Basicamente é dizer que possui liberdade o indivíduo que tem a discricionariedade de afirmar ou negar algo ou mesmo de fazer ou deixar de fazer alguma coisa sem a interferência de algo ou alguém, essa possível interferência não pode ocorrer em nenhum aspecto, seja ele divino ou humano.

[...] para que eu seja livre, não é necessário que eu seja indiferente na escolha de um ou outro dos dois contrários; mas, antes, quanto mais eu tender para um, seja porque eu conheça evidentemente que o bem e o verdadeiro aí se encontram, seja porque Deus disponha assim o interior do meu pensamento, tanto mais livremente o escolherei e o abraçarei. (DESCARTES, 1971).

O significado de liberdade ganha outros contornos quando é analisada pela ótica da história, exemplo disso é o filósofo grego Aristóteles que definiu e dividiu a liberdade em duas ramificações: tratou primeiramente da chamada liberdade externa (chamada de necessidade) ao que sucede quando se realiza uma opção deliberada (contingência), configurando assim a segunda vertente. Aristóteles afirma:

[...] nas coisas de fato, nas quais o agir depende de nós; e onde estamos em condições de dizer não, podemos também dizer sim. De forma que se cumprir uma boa ação depende de nós, dependerá também de nós não cumprir uma ação má (ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco, III.).

De acordo com Aristóteles, o indivíduo possui a característica de agir ou não agir e esse é o princípio da liberdade. Assim, liberdade deve ser vista como o incondicional e pleno poder de vontade própria, de criar suas próprias regras, é também conhecido como a autodeterminação própria.

As tentativas de encontrar um significado para Liberdade vão além e são encontrados em diversos aspectos, por exemplo: “A liberdade liga-se ao poder de decisão, de escolha”, (TELES, 1996, p. 30), uma caracterização

extremamente ampla e um tanto quando efêmera, mas nem por isso menos correta, há ainda o clássico conceito de Sartre que revela uma falta de otimismo ao expressar que “o homem é condenado a ser livre”, (JAPIASSÚ; MARCONDES, 1991, p. 241), utilizando a palavra “condenado” no sentido de preso a algo e que não há possibilidades de fuga e por isso uma constatação triste.

Robert Alexy utilizou-se de Aldous Leonard Huxley para definir parte da liberdade: “liberdade é um nome maravilhoso. É por isso que você está tão ansioso para fazer uso dele. Você acha que se chamar o encarceramento de verdadeira liberdade às pessoas vão se atrair pela prisão. E o pior disso tudo é que você tem razão”. (ALEXY, 2008, p. 218).

Para Alexy, a liberdade não é um bem tangível e por isso não pode ser vendida, tocada, trocado, leiloada ou ainda objeto de troca. Dessa forma, ainda que se fale em “possuir” liberdade, em ser agente ativo da liberdade não se tem a dimensão exata da representatividade de tal direito. Alexy entende que a liberdade não pode ser tratada como uma mera pose e sim, uma qualidade que possui pessoas e a sociedade e também as ações. (ALEXY, 2008).

Thomas Hobbes já havia conceituado liberdade de forma semelhante, Alexy, todavia expande os achados de

Hobbes, afinal para ambos os autores o direito liberdade caracteriza pela falta de restrições, obstáculos e resistências que uma pessoa, ação ou a sociedade pode ser vítima.

Mas é um fato que a definição de liberdade é por demais ampla e repleta de nuances que não permitem os autores chegarem a um denominador comum. Uma vez que se chega ao ponto de um direito possuir tantas definições, ramificações e mesmo assim não ser encontrado um significado fechado que seja contemplado por todos percebe-se que o termo na realidade sofre mudanças constantes, podendo ser conceituado com maiores adições, conforme o direito e a sociedade avançam e outrora ser conceituado de forma mais conservadora. Isso não tira a importância do estudo, afinal para cada nova situação que surge no dia a dia, evidentemente é criada uma nova ramificação de liberdade a ser estudada.

Liberdade geral gera outras diversas liberdades, tais quais, liberdade de expressão, de pensamento, de ir e vir, liberdade partidária, liberdade religiosa, dentre outras, vale a ressalva em observar que todas elas derivam de uma mesma liberdade, que é passível de constantes estudos e observações.

4 LIBERDADE RELIGIOSA

Para se falar de *liberdade religiosa*, em um primeiro momento é necessário que se faça uma distinção de termos, para muitos tratados como sinônimos, mas que são absolutamente distintos. A liberdade religiosa e a liberdade de pensamento são direitos completamente diferentes, mas possuem um mesmo viés protetivo.

A liberdade de pensamento condiz com um direito que protege a expressão de um pensamento, trata-se, portanto de um direito que protege a exteriorização de algo que por ventura é pensado. (FERREIRA FILHO, 2007, p. 299). Pode então se caracterizado como a “liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de dizer o que se crê verdadeiro”. (SILVA, 2002, p. 240).

Na Declaração de Direitos do Homem, de 1789, o tema foi tratado e chegou-se ao ponto que liberdade de pensamento fé um direito em que “ninguém pode ser perturbado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que a sua manifestação não inquiete a ordem pública estabelecida pela lei”. (BASTOS; MARTINS, 2004, p. 44).

Nesse interim foi criada a diferença fundamental entre as liberdades de consciência e de pensamento. Pode-se

dizer que a liberdade de consciência é o principal fundamento da liberdade de pensamento, uma vez que o pensamento nada mais é que a exteriorização da consciência humana.

A liberdade de pensamento dá ao homem a possibilidade de criar juízos de valores próprios, desprendidos das convenções estatais e criadas outrora pelo próprio homem. (RIBEIRO, 2009, p. 49). Com essa exposição, fica claro que a liberdade de pensamento é peça de extrema importância na aplicação dos direitos humanos. Tal liberdade pode ser expressa de inúmeras maneiras e modos, tal como por meio de palavras, música, teatro, poemas, textos no geral.

O tema liberdade é tão amplo que pode ser conceituado inúmeras vezes de forma deferente e ainda assim correto, conforme Kildare Gonçalves Carvalho demonstra:

A liberdade, como núcleo dos direitos humanos fundamentais, não é apenas negativa, ou seja, liberdade de fazer o que a lei não proíbe nem obriga, mas liberdade positiva, que consiste na remoção dos impedimentos (econômicos, sociais e políticos) que possam obstruir a auto realização da personalidade humana, o que implica na obrigação do Estado, de assegurar os direitos sociais através de prestações positivas a proporcionar as bases materiais para efetivação daqueles direitos. (CARVALHO, 2009, p. 765).

Historicamente a liberdade de crença esteve presente em um primeiro momento na Declaração de Direitos da Virgínia - EUA (1776), que trazia: “todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, segundo os ditames da consciência”. (DHNET, 2017).

Já a Constituição brasileira de 1824 de forma absolutamente explícita determinava que a religião católica era a religião oficial do império, todavia autorizava o culto das demais religiões, essa permissão, entretanto, exigia que tais cultos fossem em um âmbito doméstico e sem pregação ou nenhum tipo de publicidade. (CARVALHO, 2009, p. 783). Assim, até a Proclamação da República, o Brasil permaneceu tendo a religião católica como sendo a oficial. E somente em 1891 com a primeira Constituição republicana que o Brasil ganhou o status de país laico. (BUENO, 1978, p. 389). Dessa forma, o Brasil passou a ser um Estado que não possuía religião oficial e por isso defendia a livre escolha de seus cidadãos.

A Constituição da República de 1891, tomou como modelo a experiência norte-americana, de um país neutro e indiferente, mas que reconhece a religiosidade de seu povo, (RIVERO; MOUTOUH, 2006) e a defende. É importante salientar que essa indiferença ou neutralização por parte do Estado é uma premissa para a liberdade de pensamento, uma

vez que permite que os indivíduos pensem, escolham, tenham a oportunidade de mudar, rejeitar uma religião. Esse fato faz com que a liberdade religiosa no Brasil se apresente, uma vez que não é mais imposto pelo Estado nenhum tipo de barreira ao seu acesso. Como cita Jorge Miranda:

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres. [...] Se o Estado, apesar de conceder aos cidadãos, o direito de terem uma religião, os puser em condições que os impeçam de a praticar, aí não haverá liberdade religiosa. E também não haverá liberdade religiosa se o Estado se transformar em polícia da consciência, emprestando o seu braço – o braço secular – às confissões religiosas para assegurar o cumprimento pelos fiéis dos deveres como membros dessas confissões. (MIRANDA, 2000, p. 409).

José Afonso da Silva endossa o conceito de *liberdade religiosa*:

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o livre agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros. (SILVA, 2002, p. 248).

A respeito das liberdades de crença e religiosa sob a ótica dos direitos fundamentais, Canotilho salienta que:

A quebra de unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à verdadeira fé. Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este facto, alguns autores, como Georg Jellinek vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais. Parece, porém, que se tratava mais da ideia de tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, tal como veio a ser proclamado nos modernos

A liberdade de crença permite que a pessoa escolha como vivenciar sua fé ou falta dela. Decidir por seguir uma religião ou simplesmente não participar de nenhuma. E essas escolhas não irão afetar as ações do indivíduo perante a sociedade.

Para Márcio Eduardo Pedrosa Morais, a liberdade religiosa é uma espécie da própria liberdade e não uma decorrência de outras liberdades, tais quais, a liberdade de crença ou consciência, e assim, torna-se um direito amplo que enfatiza a liberdade de pensamento e consciência no que se relaciona a religião. (MORAIS, 2015).

Assim como o conceito de liberdade é amplo e efêmero, considerando que cada novo dia é uma possibilidade de se criar uma nova liberdade e um novo direito, assim também é a liberdade religiosa. Seu conceito é amplo e pode englobar outras liberdades, como a liberdade de crença, de pensamento, de consciência e de organização religiosa. Mas seu conceito primário permanece, uma vez que o entendimento conceitual de tal direito pode ser aquele que nos remete aos direitos humanos e fundamentais, tornando assim, a sua proteção algo extremamente importante para a efetiva prática da dignidade humana.

5 ESTADO LAICO

O significado de um Estado laico pode ser o de considerar um país ou uma nação tenha posição neutra e imparcial no que tange o tema religioso. Pode ser chamado de Estado secular. O Estado laico possui como princípio a não parcialidade em temas religiosos, não defendendo ou discriminando nenhuma prática religiosa.

A Constituição portuguesa de 1911 trata da *laicidade*:

Se no tocante à estrutura organizatória da República a Constituição de 1911 não fez senão recolher as ideias do liberalismo radical (e nem todas), quanto a outros domínios tentou plasmar positivamente, em alguns artigos, o seu programa político. Um dos pontos desse programa era a defesa de uma república laica e democrática. O laicismo, produto ainda de uma visão individualista e racionalista, desdobrava-se em vários postulados republicanos: separação do Estado e da Igreja, igualdade de cultos, liberdade de culto, laicização do ensino, manutenção da legislação referente à extinção das ordens religiosas (cfr. art. 3.º, n. 4 a 12). O programa republicano era um programa racional e progressista: no fundo, tratava-se de consagrar constitucionalmente uma espécie de pluralismo denominacional (cfr. Const. 1911, art. 5/3), ou seja, a presença na comunidade, com iguais direitos formais, de um número indefinido de coletividades religiosas, não estando nenhuma delas tituladas para desfrutar de um apoio estadual positivo. "Igrejas Livres no Estado indiferente", eis o lema avançado por Manuel Emídio Garcia. Relativamente à

autoridade política, a religião deixa de ser um tema público para se enquadrar na esfera dos assuntos privados, a não ser quanto à vigilância da própria liberdade religiosa. E não há dúvida que a filosofia liberal se impunha neste sector com uma lógica indesmentível: uma sociedade politicamente democrática, assente no relativismo político, postula também uma sociedade religiosamente liberal, tolerante para com todos os credos, aceites e praticados pelos cidadãos. O equilíbrio religioso originaria como consequência inevitável a secularização da educação, dado que um estado laico não pode tolerar um monopólio de orientação a favor de uma religião (cfr. art. 3.710). Este programa laicista, embora pretendesse ser "um ideário" global de cariz essencialmente cultural (F. CATROGA), resvalou algumas vezes para um anticlericalismo sectário ao pretender impor-se como um "projecto de hegemonização de uma nova mundividência". Era certo que as forças clericais, quase sempre ao lado das forças legitimistas e nobiliárquico-feudais, estavam agora contra a República, mas um programa laicista não se devia confundir com anti-clericalismo. Ao polarizar-se a política religiosa na ideia de deslocação da religião do "espaço público" para o "espaço privado" pretendia-se neutralizar os poderes simbólico, político e cultural do catolicismo, o que favoreceu a aglutinação das forças católicas contra o regime republicano. Estas forças passaram a acusar a República de ser não "a católica" mas "anticatólica". (CANOTILHO, 1993, pp. 314-316).

Nilton de Freitas Monteiro, dissemina a sua ideia no seguinte sentido:

A laicidade não é apenas uma questão afeta às religiões. O Estado não assume qualquer tipo de religião ou crença filosófica, sem embargo de optar por valores éticos considerados juridicamente protegidos. Na ciência do direito, por exemplo, há uma séria disputa entre uma visão jurídica "positiva" e uma visão jurídica "jusnaturalismo". Não caberia ao Estado posicionar-se por esta ou aquela tendência. Do mesmo modo, não cabe ao Estado ser "socialista" ou "liberal", ou então "marxista-leninista", como na velha União Soviética. Pode, no entanto, o Estado, mediante métodos democráticos, optar, por exemplo, por uma lei que discipline a repartição dos lucros entre os empregados (uma ideia que alguém poderia julgar socialista) ou uma lei que transfira à iniciativa privada serviços públicos essenciais (algo que seria ligado à visão liberal). O mesmo se diga em relação a determinados valores sociais, que acabam se tornando valores juridicamente protegidos, sem embargos de serem dedutíveis de uma visão proveniente desta ou daquela religião. É natural que as ideologias e as crenças influam na sociedade e na elaboração das leis; mas não cabe ao poder públicos assumir este ou aquele conjunto de ideias ou crenças religiosas, de modo direto e explícito. (MONTEIRO, 2008, p. 92).

A própria Constituição Federal determina a não intervenção, como forma de preservar a neutralidade Estatal, em seu artigo 19, inciso I o legislador deixou absolutamente claro que: "é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou

manter com eles ou com seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”. (BRASIL, 2017). Impossibilitando assim qualquer tipo de preconceito ou até mesmo favorecimento em favor de uma religião em desfavor de outra.

Gilmar Ferreira Mendes, conjuntamente com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, analisaram o citado artigo, fazendo um estudo sobre a laicidade estatal:

A laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé. Não impede a colaboração com confissões religiosas, para o interesse público (CF, art. 19, I). A sistemática constitucional acolhe, mesmo, expressamente, ação conjunta dos Poderes Públicos no âmbito de cultos religiosos, como é o caso da extensão de efeitos civis ao casamento religioso. Nesse sentido, não há embaraço – ao contrário, parecem bem-vindas, como ocorre em tantos outros países – a iniciativa como a celebração de concordata com a Santa Sé, para a fixação de termos de relacionamento entre tal pessoa de direito internacional e o país, tendo em vista a missão religiosa da Igreja de propiciar o bem integral do indivíduo, coincidente com o objetivo da República de “promover o bem de todos” (art. 3º, IV, da CF). Seria erro grosseiro confundir acordos dessa ordem, em que se garantem meios eficazes para o desempenho da missão religiosa da Igreja, com a aliança vedada pelo art. 19, I, da Constituição. A *aliança* que o constituinte

repudia é aquela que inviabiliza a própria liberdade de crença, assegurada no art. 5º, VI, da Carta, por impedir que outras confissões religiosas atuem livremente no País. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 409).

Assim, conforme declara Maria Lúcia Karam, “O Estado não está “autorizado a adotar uma religião oficial, nem impor qualquer crença, devendo respeitar e tratar todos os indivíduos igualmente, o Estado conseqüentemente não pode legislar com base em pautas ditadas por representantes dessa ou daquela religião.” (karam, 2009, p. 5). E a mesma autora completa ao expor que cabe a indivíduo livremente poder pensar e escolher no que acreditar, como forma de prover as liberdades de pensamento, consciência e crença. E isso se restringe ao indivíduo, não cabe ao Estado fazer qualquer tipo de interferência. E isso é coligado a própria ideia de democracia. (KARAM, 2009, p. 3).

A laicidade estatal não deve ter por garantia apenas os direitos do cidadão, ainda que isso pareça contraditório, a laicidade estatal deve prezar também pela obrigatoriedade por parte do Estado em proteger esses direitos, por meio de regramentos que impossibilitam a prática de violência contra aqueles que exercem determinado tipo de religiosidade. Vale ressaltar que a laicidade estatal não determina um Estado que esteja acima ou submisso à liberdade religiosa e sim um

Estado que protege tal liberdade, por meio de medidas públicas de conscientização e de penalização aos que não a respeitam.

Como direito fundamental e humano que é, a liberdade religiosa necessita de entendimento para ser verdadeiramente aplicado e respeitado.

6 INTOLERÂNCIA RELIGIOSA: O PRECONCEITO QUE MATA, FERE E PROPAGA O ÓDIO

Intolerância religiosa pode ser conceituada como o agrupamento de ideologias e atitudes que sejam dirigidas de forma ofensiva contra crenças e práticas religiosas ou ainda contra aqueles não segue uma religião. É considerado como crime de ódio e afeta diretamente a liberdade religiosa e também a dignidade humana.

A forma de agressão pode ser diversa, o agressor costumeiramente utiliza de palavras ofensivas para desrespeitar as pessoas que fazem parte de determinada religião, ou ainda atacam a própria religião, os deuses entidades que fazem parte daquela religiosidade. Não raramente há situações em que os agressores destroem e fazem chacota de símbolos religiosos, chegando a destruir imagens e objetos ritualísticos. (ESTADÃO, 2017). A intolerância religiosa pode chegar a pontos de extrema

violência, chegando ao ponto da ofensa expressiva passar a ser física.

O caso de violência física em observância a intolerância religiosa é o motivo que levou o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa ser celebrado no dia 21 de janeiro, afinal a data é em memória de Iyalorixá Mãe Gilda, do terreiro de Axé Abassá de Ogum no estado da Bahia, a sacerdotisa foi acusada de praticar charlatanismo e após ter sua casa atacada e faleceu em virtude de infarto. Tal intolerância religiosa aconteceu em virtude da prática de religião de matriz africana por parte da Iyalorixá Gilda. A agressão aconteceu após publicação do jornal Folha Universal que em sua capa divulgou uma foto da Iyalorixá Gilda, com vestimenta típicas da sua prática religiosa em uma matéria com o título: “Macumbeiros charlatões lesam o bolso e a vida dos clientes”. A lei que instituiu a data de combate à intolerância religiosa é a Lei nº 11.635 de 2007. (PALMARES, 2017).

Cabe à ressalva de diferenciação entre intolerância e crítica. Criticar é exercer a liberdade de expressão e pensamento, desde que tal expressão não seja carregada de ódio ou desrespeito, é absolutamente possível e protegido por lei. Ainda que tal crítica seja voltada contra uma religião e seus seguidores. Já a intolerância está carregada de

preconceitos e desrespeito, gera revolta, violência e não vislumbra diálogo.

É interessante notar que, apesar do Brasil ser um país laico e defender a neutralidade e imparcialidade estatal, os representantes do povo utilizam de fundamentos religiosos para justificarem seus atos políticos. Prova de tal fato foi constatado no processo de abertura do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, na qual a palavra “Deus” foi citada em 59 situações, inclusive na abertura do processo de votação. Tal número é similar ao uso da palavra “corrupção” (65 vezes citadas). Diante de disso os próprios religiosos declararam não concordar com as atitudes dos representantes e que a tais vinculações (Estado-Igreja) não surpreende, mas também não faz bem para a democracia e bem-estar do país. (AGÊNCIA BRASIL, 2017).

A intolerância religiosa data de muito antes da modernidade, na verdade na Antiguidade já se encontrava a intolerância por meio das perseguições dos judeus e pagãos contra os primeiros cristãos. Fato que gerou recíproca, uma vez que mais tarde os próprios cristãos perseguiram aqueles que não aderiam a sua religião, gerando a conhecidas “Cruzadas” e também a Santa Inquisição.

A intolerância religiosa se fez presente em toda construção do Novo Mundo, os indígenas tiveram suas vidas,

costumes, liberdade e religiosidade arrancadas de si com a conquista (nada pacífica) da Europa em terras sul-americanas. Os africanos que chegavam em navios negreiro não possuíam mais dignidade e nem direito de manter e expressar seus credos. No século XX, Adolf Hitler foi o líder de um verdadeiro genocídio em desfavor de judeus, negros, homossexuais.

As religiões de matriz africanas são as que mais sofrem com a intolerância religiosa, mas não se concentra apenas nelas tais agressores. Fato é, a falta de respeito gera insegurança por todos aqueles que praticam pacificamente sua crença. A percepção que se tem é de constante ameaça pelo simples fato de expressar uma religião diferente de outra pessoa.

A lei nº 9.459 de 13 de maio de 1997, alterou os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes provenientes de preconceito de raça ou de cor, e ainda acrescentou parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Tornou crime a discriminação religiosa, além da discriminação por raça, cor, etnia ou procedência nacional.

Ainda que exista lei criminalizando tal conduta, a realidade é que a intolerância religiosa é uma constante na vida dos seguidores de determinadas religiões. Não há

medidas públicas eficientes para diminuir e ou acabar com tais práticas. A forma encontrada para tratar de tal problema crônico é a educação. A educação proveniente de casa e também aquela oferecida nas escolas, mas a principal solução provém das próprias igrejas que disseminam o preconceito e a intolerância. Uma vez que alcançado o entendimento que o respeito mútuo é o caminho para a paz e igualdade entre as religiões, a intolerância se converterá em tolerância religiosa.

7 CONCLUSÃO

Inúmeros são os conceitos de *liberdade*, mesmo que diversos doutrinadores tenham obtido definições novas características são adicionadas ao conceito, uma vez que o direito caminha juntamente com a sociedade e por isso as definições do termo são sempre atualizadas de acordo com a realidade vivida no momento.

A liberdade geral possui como característica primordial, de acordo com Tomas Hobbes, o fato de não possuir impedimentos externos. Para Hobbes a Liberdade basicamente é a capacidade de cada individuo utilizar o seu poder da forma que achar pertinente. Já Immanuel Kant define liberdade e autonomia de vontade como sinônimos, para Kant os conceitos mais qualificam a autonomia de

vontades, o que se converteria em Liberdade. Outro pensador que procurou conceituar a liberdade foi René Descartes, que expõe que a liberdade e livre arbítrio são correlacionados, a Liberdade não está vinculada a qualquer tipo de poder externo, seja ele o poder divino, de Deus ou ainda o poder mundano, ou seja, o Estado. Na visão clássica de Aristóteles, a liberdade se caracteriza pelo próprio individuo possuir características que o levam a agir ou não agir. Para Robert Alexy, a liberdade se caracteriza pela ausência de restrições ou obstáculos que a pessoa, ação ou a sociedade pode sofrer. Alexy enxerga liberdade como a possibilidade de ser livre diante das ações, as situações e posições jurídicas do titular do direito à liberdade.

Assim como a Liberdade Geral a Liberdade Religiosa passou por diversas mudanças conceituais, acredita-se hoje que Liberdade Religiosa é basicamente uma espécie advinda da própria Liberdade Geral e não um subtipo de liberdades, como a de crença ou consciência. liberdade religiosa é em suma, uma liberdade em poder crer ou não crer, em poder expressar sua religiosidade ou não expressar, é possuir o respeito estatal e da sociedade pela escolha no campo espiritual.

A necessidade em se positivar o direito a liberdade religiosa perdurou por séculos e ainda hoje tal direito não é

totalmente respeitado. A intolerância religiosa é uma realidade latente no Brasil, e é considerado crime de ódio e pode ser definido como o conjunto de ideologias e ações que são direcionadas de forma ofensiva e violenta em face crenças e práticas religiosas ou até mesmo contra aquele não segue uma religião. A intolerância religiosa é uma afronta à dignidade da pessoa humana e um grande obstáculo para a efetividade da liberdade religiosa.

O Brasil é um país continental que suporta diversas culturas e religiões diferentes, o Estado laico é uma forma de estabelecer e fortificar o combate a Intolerância Religiosa, uma vez que Estado laico é aquele país que não possui uma religião oficial e torna facultativo aos seus habitantes a livre escolha por uma religião ou também a ausência de religião. O Estado laico, também chamado de Estado neutro, é imparcial no que diz respeito o assunto Religião.

O combate a intolerância religiosa parte de um pressuposto básico, a educação e respeito. Em um país com uma diversidade cultural e de religiosidade tão grande, o ideal é a propagação de informativos que levem aos indivíduos a conscientização voltada para o respeito. A união das religiões em busca de uma convivência harmoniosa também se mostra como um grande passo. O ecumenismo (inicialmente o ecumenismo unia as religiões cristãs em prol

de uma pacificação religiosa, todavia atualmente o movimento ganhou proporções e diversas outras religiões são consideradas ecumênicas, passando o ecumenismo a ter como principal objetivo não somente a pacificação religiosa, mas também a pacificação social mundial) ganha cada dia mais força. A intolerância religiosa é uma realidade que pode ser combatida e o combate a ela significa o respeito à liberdade religiosa e a efetividade de um fundamental direito humano.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2 vol. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 2 fev. 2017.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e a análise da constituição do império**. Brasília: Universidade de Brasília, 1978.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição – direito constitucional positivo**. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almeida, 1993.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. São Paulo: Atena, 1971

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HOBBS, Tomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os pensadores).

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, direitos fundamentais. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MONTEIRO, Nilton de Freitas. Parâmetro constitucional de ensino religioso nas escolas públicas. *In: Ensino religioso em escolas públicas: impactos sobre o Estado laico*. Org.: FISCHMANN, Roseli, São Paulo: Factash, 2008.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. **Liberdade religiosa: o ensino religioso na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988**. Curitiba: Juruá, 2015

RIBEIRO, Marcus Vinicius. **Direitos humanos e fundamentais**. 2 ed. Campinas: Russell, 2009.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Huges. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Site Agência Brasil. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-04/religiosos-criticam-citacoes-deus-na-sessao-do-impeachment-na-camara>> Acesso em: 3 fev. 2017.

Site Declaração dos Direitos da Virgínia – EUA. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>> Acesso em: 2 fev. 2017.

Site Jornal O Estadão. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,em-video-pastora->

destroi-imagem-de-santa-e-causa-polemica,10000099495>.
Acesso em: 3 fev. 2017.

Site Palmares <<http://www.palmares.gov.br/?p=31374>>
Acesso em: 3 fev. 2017.

TELES, Luiza Maria Silveira. **Filosofia para jovens**: uma iniciação à filosofia. 9. ed, Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

O PAPEL DO ESTADO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA EFETIVA RESPONSABILIZAÇÃO NOS MASSACRES PRISIONAIS EM CONSONÂNCIA COM A ORDEM CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Laís Freire Lemos⁶³

RESUMO

O sistema penitenciário brasileiro está em crise. Tantas mortes e violência no interior das penitenciárias nos fazem repensar o papel do Estado e das políticas públicas como detentor do *ius puniendi*. O Estado que deveria ser o guardião dos direitos e garantias fundamentais dos que aprisiona, é o seu primeiro transgressor. Isso assusta, ao nos darmos conta que vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde os direitos humanos devem ser preservados acima de qualquer ressalva. A DUDH estabelece que ninguém será submetido à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, mas o sistema prisional brasileiro é o retrato dessa infringência. Constantes são as rebeliões, que acabam por acarretar os horrendos massacres prisionais. Apenas no início de 2017 foram 126 mortes no interior dos presídios em decorrência da revolta dos presos. Isso nos leva a questionar a eficácia da pena privativa de liberdade, se ela surte ou não os efeitos almejados, a implementação das políticas públicas e o dever do Estado que não conta com infraestrutura e aparatos a garantir o mínimo existencial ao indivíduo aprisionado.

⁶³ Mestranda em Direitos Fundamentais pelo Programa de Pós-graduação *Srictu Sensu* da Universidade de Itaúna. Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna.

Palavras-chave: Direitos humanos; normas constitucionais; sistema carcerário; rebeliões; massacres.

ABSTRACT

The Brazilian penitentiary system is in crisis. So many deaths and violence inside penitentiaries make us rethink the role of the State and public policies. The state that should be the guardian of the rights and fundamental guarantees of those who imprison, is its first transgressor. This frightens us as we realize that we live in a Democratic State of Right, where human rights must be preserved above any qualification. The UDHR states that no one shall be subjected to torture, cruel, inhuman or degrading treatment, but the Brazilian prison system is the portrait of this breach. Constants are the rebellions, which end up leading to horrendous prison massacres. Only in early 2017 were 126 deaths inside the prisons caused by the prisoners' revolt. This leads us to question the effectiveness of the custodial sentence, whether or not it has effects or effects, the implementation of public policies and the duty of the State that does not have infrastructure and apparatus to guarantee the existential minimum to the imprisoned individual.

Keywords: Human rights; Constitutional norms; prison system; Rebellions; Massacres

1 INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário brasileiro está numa situação crítica! Vivemos hoje o caos na segurança pública. A cada rebelião, maiores são o número de mortes e pânico causado à sociedade.

Vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direitos, onde o *ius puniendi* – direito de punir do Estado – encontra sua efetividade. Acompanhando essa efetividade, vem o dever do Estado de resguardar e assegurar a garantia dos direitos humanos - fundamentais – do indivíduo que se encontra sob sua tutela.

O Estado, por meio de seu Poder Legislativo cria e edita leis de natureza penal, proibindo ou impondo comportamentos aos indivíduos sob pena de sanção, e, por conseguinte, por meio do Poder Judiciário executa a lei em face de quem vier a infringir o disposto, impondo a medida cabível.

O modelo do Estado Democrático de Direito pretende conferir aos indivíduos seus direitos e garantias fundamentais, que foram conquistadas ao longo dos séculos, passando pelo Estado Liberal, onde se reconhecia as liberdades individuais e os direitos de primeira dimensão; Estado Social, onde se reconhece direitos econômicos, sociais e culturais, ditos como de segunda dimensão e o

Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a solidariedade, fraternidade, integração, busca pela paz, meio ambiente equilibrado.

No Estado Democrático de Direito o indivíduo busca ter segurança e seus direitos preservados e assegurados. Porém, não é isso que ocorre quando o indivíduo é preso.

O ambiente carcerário é o mais inóspito possível. Não há condições de habitação digna. Os presos são submetidos a superlotação, ambientes úmidos e fétidos, má alimentação e condições de higiene precárias.

Não é ofertado ao preso condições de estudar, fazer algum curso profissionalizante para ter condições de exercer atividade lícita ao deixar o presídio, tampouco, em raros locais lhes são ofertados meios de exercício de algum ofício ou trabalho.

Sob este enfoque, buscaremos analisar a situação atual do sistema penitenciário brasileiro, as infringências causadas pelo Estado aos direitos fundamentais e a relação com as rebeliões e massacres nos presídios, que já vitimaram milhares de indivíduos e espalham o pânico e terror na sociedade.

O problema que permeia a pesquisa é buscar descobrir como o sistema penitenciário, a partir do momento que não tem a infraestrutura mínima necessária oferecida

pelo Estado, possa garantir ao preso custodiado condições mínimas de dignidade e como isso faz eclodir as rebeliões e massacres no interior dos presídios.

O objetivo da pesquisa é mostrar a situação caótica do sistema penitenciário brasileiro que vai de encontro aos direitos fundamentais da pessoa humana e descumprimento dos preceitos do Estado Democrático de Direito, as leis, tratados e convenções que versam sobre o tema.

Tudo isso é justificado pelo alto número de mortes nas rebeliões e massacres, dando maior destaque à falta de políticas públicas e investimentos do Estado nos presídios, a fim de garantir a segurança dos apenados, bem como, a presença do crime organizado que, de dentro do sistema prisional comandam atentados e espalham o terror a população.

Feitos todos os apontamentos, baseia-se a pesquisa no método bibliográfico, onde no primeiro momento se faz os apontamentos acerca dos direitos humanos, constitucionalismo, políticas públicas, responsabilidade do Estado, e, por fim, um breve relato dos massacres prisionais ocorridos no Brasil.

2 DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALISMO

Falar de direitos humanos não é tarefa nada fácil em nossa atualidade. Há os que defendem a prevalência dos direitos humanos, vistos como direitos fundamentais a serem assegurados, respeitando, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. São direitos legitimados, positivados em nosso ordenamento jurídico, tendo bases históricas remotas, que aos poucos foram sendo reconhecidas e ganhando força normativa ao longo dos séculos.

Buscando as bases históricas dos direitos humanos, é de grande valia a obra de Gregório Assagra de Almeida,⁶⁴ que considera não haver diferenciações entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Com amparo nas obras de Robert Alexy e Antônio E. Perez Luño, ressalta-se a diferenciação dada por alguns autores aos institutos de direitos humanos e de direitos fundamentais, das quais ele discorda, sendo nesse sentido:

Muitos autores apresentam distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Os primeiros seriam aqueles que possuem uma *dimensão global*, enquanto os

⁶⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo:** superação da *summa divisio* direito público e direito privado – por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

segundos seriam os direitos já tutelados e consagrados pela Constituição ou ordem jurídica de cada país.⁶⁵

Esclarece Almeida que, não concorda com a diferenciação feita por muitos autores preferindo utilizar a expressão direitos fundamentais: “Preferimos utilizar a expressão direitos fundamentais para exprimir a ideia de direitos que tutelam, no plano global ou no plano interno, de forma direta e até reflexa, a vida e sua existência com dignidade, abrangendo até mesmo direitos de outras espécies”.⁶⁶

Para Rogério Greco,⁶⁷ podemos considerar como direitos fundamentais os direitos humanos especialmente consignados na Constituição.

Conforme ressalta José Luiz Bolzan de Moraes,⁶⁸ fazendo referência a Norberto Bobbio, os direitos humanos são produtos de processos históricos formulados por

⁶⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo:** superação da *summa divisio* direito público e direito privado – por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

⁶⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo:** superação da *summa divisio* direito público e direito privado – por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 329.

⁶⁷ GRECO, Rogério. **Sistema prisional:** colapso atual e soluções alternativas. Niterói: Impetus, 2015, p. 27.

⁶⁸ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos direitos humanos.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

circunstâncias sócio-histórico-econômicas, surgindo no entanto, as gerações ou dimensões de direitos.

As gerações ou dimensões de direitos humanos, encontraram tutela jurídica no Estado Contemporâneo, que surgiu após as revoluções americanas e principalmente a Revolução Francesa, consagrando-se um Estado Constitucional de Direito, sendo elas referentes aos direitos políticos e civis; sociais, econômicos e culturais; solidariedade e fraternidade.

A primeira dimensão de direitos humanos, considerados também como fundamentais, diz respeito aos direitos civis e políticos que se traduzem em liberdades negativas, ou seja, um não fazer do Estado, abstendo-se de intervenção, a fim de garantir aos indivíduos o livre exercício de suas liberdades fundamentais, como os direitos à vida, liberdade, igualdade, propriedade, segurança e resistência às formas ilegítimas de pressão. São vistos como indispensáveis à pessoa humana.⁶⁹

⁶⁹ Nesse sentido, Almeida: “Esses direitos foram consagrados a partir do século XVIII e XIX em decorrência da ideologia adotada pela classe burguesa. Os movimentos políticos, determinantes para a validação desses direitos fundamentais, foram as revoluções americana, de 1776 e francesa de 1789.” In: ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado – por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 328.

Essa dimensão de direitos ficou marcada por caracterizar um Estado Liberal de Direitos, passando a contar com um alicerce constitucional.

Enfatiza Greco:

A Constituição escrita passa a configurar, desde a Independência Americana e a Revolução Francesa, um pacto político que representa esquemática e fundamentalmente o Estado Burguês de direito. A Constituição é compreendida como instrumento de governo (*instrumento f government*), ‘como estatuto jurídico-político fundamental da organização da sociedade política, do Estado’, no qual o poder político encontra limites e o Estado se juridifica, legitimado pelo Direito e pela representação popular. De Estado de Direito erige-se à condição de Estado Constitucional.⁷⁰

A segunda dimensão de direitos humanos, surge relacionada às liberdades positivas, como os direitos econômicos, sociais e culturais. Englobam esses direitos, o direito a saúde, educação, trabalho, previdência, moradia, dentre outros assistencialistas. São caracterizados pela necessidade de assistência social pelo Estado ao indivíduo, surgindo, no entanto, o Estado Social de direito.

⁷⁰ GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. Niterói: Impetus, 2015, pp. 21-22.

Segundo Greco,⁷¹ o século XIX foi marcado pelo reconhecimento desses direitos sociais fundamentais na Constituição de vários Estados, bem como na legislação infraconstitucional.

A classe trabalhadora, que vivenciava um capitalismo selvagem, era arbitrariamente explorada e humilhada pelos empresários. Recebia salários injustos, trabalhava demasiadamente, não conseguia adquirir propriedades, enfim, a desigualdade, o abismo existente entre as camadas sociais era gritante.⁷²

Assim sendo, consubstanciou-se o Estado Social de Direito, que, segundo Santiago Mir Puig, citado por Greco:

Supõe o intento de derrubar as barreiras que no Estado liberal separavam Estado e sociedade. Se o princípio que regia a função do Estado liberal era a *limitação* de ação do Estado, o Estado social se erige à continuação em *motor ativo* da vida social. Se o Estado liberal pretendia reduzir a assegurar as garantias jurídicas e, portanto, meramente

formais, o Estado social se considera chamado a modificar as *efetivas* relações sociais.⁷³

Em nosso ordenamento jurídico interno, a primeira Constituição a prever e assegurar os direitos humanos foi a de 1934, considerada como Constituição Social.

Já conquistado o Estado Liberal de Direitos e o Estado Social de Direitos, surge, por sua vez, a terceira dimensão de direitos, que traz em foco questões atinentes à solidariedade e à fraternidade social em busca da promoção da paz, do meio ambiente equilibrado e ao desenvolvimento.

Norberto Bobbio,⁷⁴ em sua obra intitulada “A Era dos Direitos”, considera os direitos fundamentais de terceira dimensão como sendo demasiadamente vagos e heterogêneos.

Segundo Almeida, em âmbito interno, há duas interpretações diversas acerca da abrangência de tais direitos. A primeira os considera de forma mais abrangente, incluindo neles os direitos relacionados ao desenvolvimento, a paz, autodeterminação dos povos, ambiente sadio, qualidade de vida, comunicação, dentre outros.

⁷¹ GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. Niterói: Impetus, 2015.

⁷² GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. Niterói: Impetus, 2015, p. 23.

⁷³ MIR PUIG, Santiago *apud* GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. Niterói: Impetus, 2015, p. 24.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992

Lado outro, vem uma corrente restritiva que insere em tais direitos a titularidade coletiva e difusa, tendo maior destaque no direito ambiental e do consumidor.

Para Almeida, nessa “dimensão de direitos há o rompimento com a titularidade exclusivamente individual. A tutela jurídica passa a abranger pessoas indetermináveis ou indeterminadas”.⁷⁵

Com o decorrer da evolução dos direitos humanos e fundamentais e a evolução os Estados (Liberal e Social), passou a sociedade a evoluir para um Estado de Direito Constitucional, onde haveria uma lei maior capaz de assegurar a eficácia dos direitos conquistados, e, esta lei teria primazia sobre as demais no ordenamento jurídico.

Ao lado do Estado Constitucional, foram surgindo os ideais democráticos, onde se estabelece que os direitos humanos devem ser preservados a qualquer custo.

Nas palavras de Luigi Ferrajoli, citado por Greco:

A essência do constitucionalismo e do garantismo, quer dizer, daquilo que denominei de ‘democracia constitucional’, reside precisamente no conjunto de limites

⁷⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado** – por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 329.

impostos pelas constituições a todo poder, que postula como consequência uma concepção e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e de substância a seu exercício, de garantias dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e de reparação contra suas violações.⁷⁶

Constitucionalismo nada mais é o que o movimento social, político e jurídico, cujo papel primordial é limitar o papel do Estado por meio de um Constituição.

Com o surgimento do neoconstitucionalismo, após a Segunda Guerra Mundial, fruto do pós-positivismo, destacamos o marco teórico da força normativa da Constituição e como objetivo a busca por sua maior eficácia e principalmente, dos direitos humanos e fundamentais.

Para Michel Villey,⁷⁷ os direitos humanos assegurados são produtos de uma época moderna e toda a ordem jurídica procede do Estado, e, este por sua vez, está fechado em suas leis.

Em âmbito interno, a atual Constituição Federal de 1988, que é considerada como o ápice do garantismo dos direitos humanos e fundamentais ao ser humano. Prevê os

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi *apud* GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. Niterói: Impetus, 2015, p. 26.

⁷⁷ VILLEY, Michel. **Os direitos e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

direitos sociais, as liberdades e garantias individuais, o direito à vida, propriedade, saúde, educação, segurança, dentre outros primordiais a vida digna.

Temos também, o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário que tem valor supralegal, prevendo inúmeros direitos fundamentais, os quais se aplicam também em nosso ordenamento jurídico.

Porém, mesmo diante de toda a previsão legal e luta por conquista dos direitos humanos, o que se vê na realidade atual de nosso país é um grave desrespeito por tudo o que fora conquistado no passado.

O Estado que assegura a existência e eficácia de tais direitos é o mesmo que o infringe, desrespeita, fere de morte seus princípios. Não há o que festejar acerca das conquistas antepassadas se no presente só tem valor na codificação e não na prática.

Necessita-se com urgência da adoção e revisão das políticas públicas adotadas, concedendo efetivamente os direitos humanos assegurados, trazendo aos indivíduos não só os benefícios que lhe carregam, mas também os deveres, para que assim, se possa chegar mais próximo de um ideal de vida digna.

3 A INEFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Com a explicitada evolução dos direitos humanos e surgimento dos Estados Liberal, Social e Constitucional de Direito, foi necessária a criação de normas explícitas capazes de regular os direitos, e também o poder do Estado.

O que limita o poder do Estado é a força normativa de uma Constituição, uma vez que vivemos em uma era democrática, onde tudo se resolve com base nas leis, não se admitindo a autotutela e o uso de suas armas pessoais para a imposição da vontade dos indivíduos.

Nesse sentido, Greco diz que:

Quando os direitos humanos eram entendidos, basicamente como direitos naturais, sem que houvesse declarações formais de seu reconhecimento, contra a tirania do Estado cabia o chamado *direito de resistência*, vale dizer, o cidadão podia resistir ao ato abusivo, mesmo usando de violência”.⁷⁸

Com as evoluções das dimensões dos direitos humanos e fundamentais, tais práticas passaram a não ser mais toleradas, sendo que o que se permite aos indivíduos e

⁷⁸ GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. Niterói: Impetus, 2015, p. 27.

ao Estado é tudo aquilo que está consolidado em lei, vigendo no ordenamento jurídico.

Não se permite que o indivíduo realize sua justiça pessoal, utilizando de seus próprios meios, ou que o Estado puna alguém sem ter tal fato previsão legal e as medidas adotadas estarem previstas como possíveis.

Apenas o Estado é o detentor do *ius puniendi*, não sendo permitida a autotutela, de modo que apenas o Estado pode realizar a aplicação da lei penal e impor ao indivíduo as penas necessárias a reparação do mal causado.

O *ius puniendi* encontra sua validade efetivada no Estado de Direito, o qual confere ao cidadão a segurança necessária.

Para Greco, o *ius puniendi* pode ser entendido tanto nos aspectos subjetivos quanto objetivos.

“Pode ser entendido tanto em *sentido objetivo*, quando o Estado, através de seu poder Legislativo, e, mediante o sistema de freios e contrapesos, exercido pelo Poder Executivo, cria as normas de direito penal, proibindo ou impondo um determinado comportamento sob a ameaça de uma sanção, como também em *sentido subjetivo*, quando esse mesmo Estado, através do seu Poder Judiciário, executa suas decisões contra alguém que descumpriu o comando

normativo, praticando uma infração penal, vale dizer, fato típico, ilícito e culpável”.⁷⁹

O Estado trouxe para si a responsabilidade do *ius puniendi*, porém, não se preparou para isso. Não há infraestrutura ou políticas públicas voltadas para a área penitenciária, onde os presos são amontoados em grande escala, sem direito ao mínimo existencial, sujeitando-se a condições degradantes e humilhantes, o que faz com que se desencadeie rebeliões, agressões e revoltas, de modo que, o que era objetivo primordial do Estado – a ressocialização – vai de total desencontro à realidade.

Nos primórdios da sociedade, como bem descrito na obra de Michel Foucault,⁸⁰ as penas aplicadas a quem cometesse qualquer crime que fosse tinha caráter aflitivo, tendo por escopo o sofrimento do corpo, gerando grande suplício com uma morte lenta e dolorosa.

Entendia-se à época, que, para que a pena realmente surtisse o efeito desejado – da repreensão a novos casos – deveria ser a mais dolorosa possível, sendo friamente

⁷⁹ GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. Niterói: Impetus, 2015, p. 1.

⁸⁰ FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 22. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2000.

calculada, de modo que causasse a maior dor e sofrimento físico ao indivíduo até sua morte.

A aplicação da pena era em praça pública, onde todos os indivíduos assistiam ao martírio do apenado e acompanhavam seu suplício até a morte.

Por volta do século XVIII e XIX, principalmente por causa dos revolucionários franceses, os iluministas passaram a não mais aceitar as penas aflagrantes, onde o corpo era punido pela conduta criminosa do agente.

Entendeu-se que não deveria punir o corpo, mas sim o direito de liberdade do indivíduo. Acaso alguém cometesse algum crime, não teria seu corpo dilacerado em praça pública para servir de exemplo e reprimenda a novos casos, mas sim, teria sua liberdade restringida com o escopo de reeducar e reinsserir em sociedade. Assim surgiu a pena privativa de liberdade e o sistema prisional.

O Estado não consegue cumprir seu efetivo papel e seguramente punir o indivíduo e reeduca-lo para o convívio em sociedade como era o objetivo almejado.

O ambiente penitenciário é o mais propício a prática de crimes, tornando-se uma verdadeira escola do crime, uma vez que o Estado é falho na implementação das políticas públicas.

O Estado, é o maior violador dos direitos fundamentais, à medida que trouxe para si a responsabilização do *ius puniendi*, negligenciou seu dever objetivo de cuidado e de colocar em prática o que preceitua.

A realidade das prisões é deplorável. Os condenados ao cárcere não detêm quase nenhuma dignidade quando inseridos no ambiente penitenciário. Os problemas enfrentados são vários, destacando-se a superlotação, falta de segurança, infraestrutura precária, falta de acompanhamento médico e jurídico, dentre outros tantos.

O Estado já deu inúmeras provas de sua incompetência para gerir um sistema penitenciário. Ele não investe no setor, não busca recursos para reestruturá-lo e trazer ao apenado condições mínimas de dignidade.

Acontece hoje, no sistema prisional o que ocorria à época narrada por Foucault,⁸¹ porém, com uma pequena diferença. Os martírios ocorridos em praça pública com o intuito de prevenir novos crimes e punir o criminoso, ocorrem hoje dentro de qualquer ambiente ao qual estamos inseridos.

⁸¹ FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 22. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2000.

Para Greco,⁸² quando os telejornais mostram a situação carcerária, o sofrimento dos presos amontoados em celas superlotadas suplicando por melhorias no sistema, tem o mesmo efeito espetacular dos suplícios ocorridos em praça pública, porém, com um detalhe: o cenário é trazido para dentro do lar do espectador.

Não é necessário sentir de perto o calor da situação, não se vivencia o suplício do apenado, apenas se assiste no conforto do lar, tendo aquela situação apenas como mais uma notícia comum do cotidiano.

Diante de tal situação, tem se tornado cada vez mais comumente rebeliões com grande número de mortes, caracterizando massacres no sistema prisional, onde ganha a lei do mais forte, o que traz a torna mais uma falha do Estado: a falta de segurança dentro do sistema prisional.

Tal fato reforça ainda mais a tese de que os presídios se tornam escolas do crime, corrompendo todos que ali ingressam, onde o mais forte comanda, tornando o “chefe” dos demais aprisionados. Isso se deve pela falta de estrutura e de empenho do Estado.

O papel precípua da pena privativa de liberdade que é a ressocialização está longe de ser realizado. Não é oferecido

⁸² GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. Niterói: Impetus, 2015, p. 136.

condições mínimas de sobrevivência ao preso, quem dirá, condições de ressocializá-lo?

Não é ofertado condições de estudar, fazer algum curso profissionalizante para ter condições de exercer atividade lícita ao deixar o presídio, tampouco, lhes são ofertados meios de exercício de algum ofício ou trabalho. O que se oferece em algumas penitenciárias são trabalhos manuais, oficinas na maioria das vezes de trabalho artesanal, o que não irá lhe garantir um emprego quando retomar a sua liberdade, acarretando a sua volta ao crime, e, conseqüentemente, a prisão.

Outro fator que colabora de sobremaneira com a condição caótica do sistema penitenciário e demonstra mais uma vez a ineficácia das políticas públicas – que por vezes são consideradas inexistentes – é a falta de separação dos presos, restringindo na mesma cela diversos indivíduos que cometeram crimes de toda sorte.

Nesse sentido Greco diz que essa atitude do Estado, no ditado popular, transforma a prisão em escola do crime.

Outro fator cuja gravidade não deve ser desprezada é a mistura que ocorre entre os presos realmente considerados perigosos e aqueles outros que, em muitas situações, poderiam ter a sua pena de privação de liberdade substituída

por uma pena, por exemplo, restritiva de direitos. Esse convívio carcerário pernicioso aumenta o índice de reincidência, pois o contato do preso não perigoso com aquele que está acostumado a prática de crimes faz que quando este último retorne ao convívio em sociedade procure colocar em prática aquilo que aprendeu no cárcere, razão pela qual o ditado popular afirma que a ‘prisão é a escola do crime’”.⁸³

Tal fato acaba por acarretar uma série de consequências catastróficas, como violência, contágio por doenças, estupros, maus tratos, contrariando o preceito de Estado de Direitos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH),⁸⁴ estabelece em seu artigo V que: “Ninguém será submetido à tortura ou a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Em relação a falta de segurança existente no interior dos presídios, propiciando frequentes brigas, rebeliões e mortes, estabelece o artigo III da DUDH que: “Todo ser

⁸³ GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. Niterói-RJ: Impetus, 2015, p. 177.

⁸⁴ Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2017.

humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.⁸⁵

É iminente o desrespeito pelas políticas públicas carcerárias brasileiras ao estabelecido na Declaração de Direitos Humanos uma vez que, o preso não conta com nenhuma segurança, o que deveria ser assegurado pelo poder público, uma vez que se torna o guardião de sua liberdade, enquanto detentor do *ius puniendi*, tornando assim o sistema prisional o retrato da infringência da DUDH.

Urgente se torna a adoção de políticas públicas voltadas a proteção e resguardo dos direitos humanos no âmbito carcerário, cumprindo sua obrigação de punir e ressocializar, não impondo ao apenado mais do que lhe é imposto pela lei e devido à sociedade.

4 A RESPONSABILIDADE ESTATAL SOBRE O APRISIONADO

Podemos dizer que com a Revolução Francesa e as influências do iluminismo interferiram de sobremaneira no conceito de punição e na sua aplicação.

Ao não se admitir mais as penas aflitivas e corporais, o Estado trouxe para si a responsabilidade da punição.

⁸⁵ Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2017.

Porém, não cumpre seu devido papel de resguardo da liberdade e garantidor dos deveres e direitos do apenado.

Os problemas carcerários não parecem preocupar as autoridades competentes, sobretudo a classe política que não veem no preso qualquer vantagem,⁸⁶ haja vista que, após serem encarcerados, perdem seus direitos políticos. Assim sendo, qual valor teria o preso para os políticos? Qual seria o interesse da classe política em trabalhar em prol de implementação de recursos para melhoria do sistema prisional? Nenhuma.

Existe no Brasil o DEPEN, que é responsável pelo Sistema Penitenciário Federal, cujos principais objetivos: são o isolamento de lideranças do crime organizado, cumprimento rigoroso da Lei Execução Penal e custódia de presos condenados e provisórios sujeitos ao regime disciplinar diferenciado; líderes de organizações criminosas; presos responsáveis pela prática reiterada de crimes violentos; presos responsáveis por ato de fuga ou grave indisciplina no sistema prisional de origem; presos de alta periculosidade e que possam comprometer a ordem e segurança pública; réus colaboradores presos ou delatores premiados.

⁸⁶ GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. Niterói-RJ: Impetus, 2015, p. 177.

Porém, a realidade é totalmente contrária ao estabelecido, principalmente aos presos encarcerados em celas comuns e em presídios estaduais, onde se têm graves problemas como superlotação, falta de separação dos crimes por tipo de crime, ambientes inabitáveis, com umidade, odor fétido, falta de iluminação, higiene precária.

Ao restringir a liberdade do indivíduo, o Estado deve dar a ele a garantia e resguardar seus outros direitos fundamentais, como o direito à vida digna, educação, saúde e educação. Ressalte-se que o Estado pode restringir apenas a liberdade como forma de repreensão, reeducação e punição crime praticado.

O escopo maior da restrição da liberdade é retirar o indivíduo da sociedade, para poder reeduca-lo e, após cumprida sua pena, voltar para o convívio em sociedade de forma sadia, o que é apenas uma utopia, uma vez que são devolvidos à sociedade com comportamento totalmente diverso do esperado, sabedouro de todas as práticas criminais e suas formas de execução, voltando em grande maioria a delinquir novamente, gerando o grande percentual de reincidência que temos hoje.

Se houvessem realmente políticas públicas capazes de sanar esse grave problema penitenciário, não teríamos altos índices de reincidência, rebeliões, violência, moléstias, e

absurdamente, os massacres, que vitimaram milhares de presos ao longo da história do sistema prisional. A pena privativa de liberdade não surte os efeitos almejados, uma vez que não conta com infraestrutura e aparatos a garantir o mínimo existencial ao indivíduo, resguardando seus direitos e sua dignidade.

É de bom tom trazer as palavras de Carlos Eduardo Ribeiro Lemos, citado por Rogério Greco, que assim assevera:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitações do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade – em direitos e dignidade – e os direitos fundamentais não forem reconhecidas e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças”.⁸⁷

Na próxima seção será trabalho o tema *massacres prisionais*.

⁸⁷ LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro *apud* GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. Niterói-RJ: Impetus, 2015, p. 70.

5 OS MASSACRES PRISIONAIS

As rebeliões e revoltas nos estabelecimentos prisionais tem sua origem no descaso do Estado com os presídios. Falta infraestrutura, espaço, higiene, alimentação, segurança, sobretudo, dignidade.

Muito se fala sobre as possíveis melhorias e implementação de novos métodos a fim de garantir um sistema mais eficaz. Porém, só se fala, pouco se faz, ou, não se faz, não se coloca em prática. Greco relata em sua obra a visita da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, onde, como não poderia deixar de ser, constataram graves e sérios problemas no sistema.

Só a título de exemplo, em quase todos os presídios não havia trabalho ou mesmo algum tipo de educação escolar ministrada aos detentos para, de alguma forma, contribuir no seu processo de ressocialização; no quesito alimentação, foi descoberto que, também em muitos presídios, era oferecida comida estragada aos presos, ou então com prazo de validade vencido; os detentos faziam suas refeições com as próprias mãos, não utilizando qualquer tipo de talher, nem mesmo os plásticos, porque, por questões de segurança, afirmavam, não eram fornecidos, uma vez que poderiam ser utilizados como

armas brancas. Por essa razão, os presos ou comiam com as próprias mãos, ou utilizavam algum utensílio de papel, que lhes servisse para retirar a comida do invólucro onde era servida.⁸⁸

Vivendo sob esse cenário de horror e de supressão do mínimo de dignidade, constantes se tornam os movimentos de revolta dentre os presos, vitimando fatalmente muitos deles.

O crime persiste dentro do sistema penitenciário, onde prevalece a lei do mais forte. Existe um grande número de presos considerados “chefes do crime organizado” que de dentro do presídio têm acesso a aparelhos celulares, internet e de lá continuam a comandar o crime e, inclusive, ditar regras a presos de outros sistemas prisionais.

A força das organizações criminosas é tamanha, que, em 2006, o líder do Primeiro Comando da Capital (PCC), conhecido pela alcunha de “Marcola” comandou uma cena de terror no Estado de São Paulo, acarretando um caos na segurança pública e pânico a 11 milhões de habitantes paulistas.

Marcos William Herbas Camacho, o Marcola, líder máximo do PCC e outros 700 criminosos ligados à facção

⁸⁸ GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. Niterói: Impetus, 2015, p. 176.

foram transferidos de unidade prisional – de Avaré para Presidente Venceslau – após o governo anunciar ter descoberto um plano do grupo que realizaria uma onda de rebeliões no final de semana seguinte, durante o Dia das Mães.⁸⁹

No dia seguinte à transferência de Marcola, instalou-se o pânico em São Paulo. Motins sob sua ordem foram realizados de forma articulada em penitenciárias de todo o Estado.

Foi o maior atentado contra as forças de segurança pública do Estado de São Paulo. A situação foi se intensificando e atingindo o interior e litoral de São Paulo.

Até o dia 15 de maio, foram mais de 200 ataques que deixaram cerca de 90 mortos. Neste dia, a organização determina o fim dos ataques após ter realizado atentados menores contra fóruns, ônibus circulares e agências bancárias. No entanto, uma série de boatos, incluindo um possível toque de recolher, instaurou o medo na população do Estado, que ficou mergulhado em horas de caos.⁹⁰

⁸⁹ Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,veja-a-cronologia-dos-ataques-do-pcc-em-2006,1732401>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

⁹⁰ Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2012-06-24/em-2006-onde-de-ataques-amedrontou-sao-paulo-relembre.html>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

O terror foi tanto que a cidade de São Paulo ficou deserta. A população amedrontada não saía de casa. O Transporte público parou de funcionar após ter vários veículos de sua tropa incendiados. Ameaças de bombas chegavam aos aeroportos, e tudo isso, comandado de dentro do sistema prisional.

No dia 16 de maio, a cidade voltava ao normal e chegava ao fim a primeira onda de ataques do ano de 2006 em São Paulo. No total, segundo balanço feito por jornais à época, até o dia 17 de maio, foram 132 mortos, sendo 23 PMs, oito carcereiros, seis policiais civis, quatro civis e três guardas civis metropolitanos. Entre os mortos, estavam também 71 suspeitos e 17 detentos em rebelião.⁹¹

Esse não foi apenas um fato isolado. Rebeliões e massacres tem sido um pavoroso e constante realidade em nosso país. Apenas no início de 2017 contabilizam-se 126 mortes em presídios.

Em um único mês, o número de mortos em rebeliões superou o maior massacre penitenciário da história: o Carandiru, com 111 mortos.

⁹¹ Disponível em < <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2012-06-24/em-2006-onde-de-ataques-amedrontou-sao-paulo-relembre.html>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

Vários são os episódios em nossa história da ineficácia das políticas públicas estatais e do rompimento do dever do Estado de zelar pela segurança; integridade física e psíquica; dignidade, dentre outros deveres para com o preso e com a sociedade.

Acrescenta-se a esses acontecimentos macabros de nossa história:⁹²

1987: Detentos da Penitenciária de São Paulo realizaram rebelião, fazendo 70 reféns e acarretando ao final, com a entrada da Polícia Militar, para controlar o motim, 31 mortes.

1989: Tentativa de Rebelião no 42º Distrito Policial de São Paulo, 18 mortes;

1992: Massacre do Carandiru, São Paulo: 111 mortes;

2002: Presídio Urso Branco, Rondônia: 27 mortes;

2004: Rebelião na Casa de Custódia de Benfica, Rio de Janeiro: 31 mortes;

2010: Complexo Penitenciário de Pedrinhas, São Luiz, Maranhão: 18 mortes;

2017: Massacre de Manaus, Amazonas: 67 mortes;

2017: Rebelião na Penitenciária de Alcaçuz, Nísia Floresta, Rio Grande do Norte: 26 mortos;

⁹² Dados disponíveis em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2012-06-24/em-2006-onde-de-ataques-amedrontou-sao-paulo-relembre.html>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

2017: Rebelião na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, Boa Vista, Roraima: 33 mortos;

O que se espera de um Estado que tem o dever de punir, restringindo assim a liberdade do indivíduo, se não lhe assegura o mínimo dos direitos fundamentais? Não resta sequer qualquer vestígio de proteção a dignidade no sistema prisional.

6 CONCLUSÃO

O sistema penitenciário brasileiro está em crise. Causa espanto o número de mortos apenas no primeiro mês do ano de 2017, contabilizando 126 mortes em virtude do massacre de Manaus e das rebeliões nas Penitenciárias de Alcaçuz e Monte Cristo.

Tantas mortes e violência no interior das penitenciárias nos fazem repensar o papel do Estado e das políticas públicas. O Estado que deveria ser o guardião dos direitos e garantias fundamentais dos que aprisiona, é o seu primeiro transgressor.

Isso assusta, ao nos darmos conta que vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde os direitos humanos devem ser preservados acima de qualquer ressalva.

Com o horror dos massacres e a violência das rebeliões, percebe-se que, com o decorrer dos séculos, o

caráter da pena não mudou. Continuam sendo aflitivas, desumanas, sendo que, apenas foram revestidas de um manto do politicamente aceitável e correto.

Não há estranheza da situação vivenciada hoje, dos horrores narrados por Foucault. A superlotação passou a ser regra dentro das penitenciárias, e, com ela, surgem as rebeliões, promiscuidade, trocas de experiências criminosas, prática de diversos crimes no interior das celas e no complexo penitenciário, violência, contágio por doenças, dentre outras atrocidades.

O Estado busca dar a sociedade uma resposta de que está cumprindo seu efetivo papel e punindo os criminosos, porém, não tem aparato para fazer o preso cumprir com dignidade o que lhe é imposto. Não lhes propicia o mínimo existencial, como saúde, educação e principalmente, segurança, sendo largados a própria sorte e obedientes a lei do mais forte.

Essa lamentável situação ocorre em quase todos os países, sendo destacado por Luís Francisco Carvalho Filho que:

Países pobres e países ricos enfrentam dificuldades. Cárceres superlotados na Europa, na América, na Ásia, no Oriente Médio. Prisões antiquadas na Inglaterra. Violência

entre os presos na Finlândia. Violência sexual nos EUA. Adolescentes e adultos misturados na Nicarágua. Presos sem acusações no Egito. Maioria de detentos não sentenciados em Honduras. Massacres na Venezuela. Isolamento na Turquia. Greve de fome na Romênia. Prisioneiros que mutilaram o próprio corpo para protestar contra condições de vida no Cazaquistão. Doença e desnutrição no Marrocos. Mais de 96 mil tuberculosos na Rússia. Presos sem espaço para dormir em Moçambique. Tortura e número de presos desconhecidos na China.⁹³

Isso faz questionar se a pena privativa de liberdade cumpre efetivamente seu papel, que é de punir o infrator e reeduca-lo para o convívio em sociedade. Resta claro que não! O indivíduo ao ser levado ao cárcere tem em quase totalidade, seus direitos e garantias fundamentais suprimidos, o que vai de desencontro com o ideal de Estado Democrático de Direitos.

Do que adianta o Estado cercear a liberdade do indivíduo com o escopo de fazê-lo pagar pelo crime cometido e assim dar um a resposta a sociedade, se não oferece condições mínimas para que a pena cumpra

⁹³ CARVALHO FILHO, Luis Francisco *apud* GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. Niterói-RJ: Impetus, 2015, p. 166.

efetivamente seu papel ressocializador? Ao trazer para si o *ius puniendi* o Estado ficou incumbido de apenas ele aplicar a lei penal, lhe sendo permitir restringir a liberdade e não sua dignidade dos encarcerados.

Se houvessem realmente políticas públicas capazes de sanar esse grave problema penitenciário, não teríamos altos índices de reincidência, rebeliões, violência, moléstias, e absurdamente, os massacres, que vitimaram milhares de presos ao longo da história do sistema prisional. A pena privativa de liberdade não surte os efeitos almejados, uma vez que não conta com infraestrutura e aparatos a garantir o mínimo existencial ao indivíduo, resguardando seus direitos e sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. ***Direito material coletivo*** – Superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ESTADÃO – São Paulo. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,veja-a-cronologia-dos-ataques-do-pcc-em-2006,1732401>>.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 22. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2000.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. Niterói-RJ: Ímpetus, 2015.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Crises do estado e da constituição e a transformação espacial temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (DUDH). Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ÚLTIMO SEGUNDO. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2012-06-24/em-2006-onde-de-ataques-amedrontou-sao-paulo-relembre.html>. Acesso em: 12 mar. 2017

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DEMOCRACIA E CIDADANIA: DESAFIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA A GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Maria Solange Costa Fonseca⁹⁴

RESUMO

A democracia e a cidadania são utilizadas para fazer do Direito instrumento legítimo de transformação com justiça na realidade contemporânea. Não há cidadania sem que a democracia esteja assegurada, porém, neste artigo o objetivo proposto é a reflexão a cerca da cidadania como participação do homem na vida social e política do Estado para garantia dos direitos sociais. Neste sentido será tratado inicialmente os direitos humanos e sua evolução histórica, na sequência discute os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, bem como de cidadania e democracia que são pressupostos do Estado Democrático e por fim a o surgimento e evolução dos direitos sociais. O caminho metodológico utilizado na pesquisa propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social através de análise conteúdos doutrinários e bibliográficos buscando assim verificar os pontos fundamentais de cada posicionamento para no final apresentar uma solução obtida do presente estudo. A hipótese apresentada será analisar os desafios atuais relativos à efetividade da aplicação dos recursos públicos para a garantia dos direitos sociais. Apresenta-se como hipótese a possibilidade de repensar sobre as ideias de democracia abordando as questões importantes a fim de

⁹⁴ Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Advogada.

problematizar o assunto considerado importante no cenário atual político e econômico.

Palavras-chave: Estado; democracia; cidadania; sociedade; direitos sociais.

ABSTRACT

Democracy and citizenship are used to make Law a legitimate instrument of transformation with justice in contemporary reality. There is no citizenship without democracy being assured, but in this article the proposed objective is the reflection about citizenship as the participation of man in the social and political life of the State to guarantee social rights. In this sense, human rights and its historical evolution will be dealt with in the first place. It discusses the concepts of the Democratic State and the Rule of Law, as well as citizenship and democracy, which are the presuppositions of the Democratic State and the emergence and evolution of social rights. The methodological path used in the research proposes to understand the legal phenomenon in the social environment through analysis of doctrinal and bibliographic contents, thus seeking to verify the fundamental points of each positioning in order to present a solution obtained from the present study. The hypothesis presented will be to analyze the current challenges regarding the effectiveness of the application of public resources for the guarantee of social rights. It presents as hypothesis the possibility of rethinking about the ideas of democracy addressing the important issues in order to problematize the subject considered important in the current political and economic scenario.

KEYWORDS: State; democracy; citizenship; society; social rights.

1 INTRODUÇÃO

Nesses últimos anos verifica-se que há uma crise do sistema democrático representativo em todo o mundo. As manifestações ocorridas em muitos países de diferentes culturas demonstram a descrença da população com o sistema de representação política. Assim sendo as reivindicações dos manifestantes são claras no sentido de que precisamos passar de uma democracia apenas representativa para uma nova forma de democracia que assegure a participação direta da população no processo decisório para por em prática e implementar os direitos sociais. Talvez esse seja um dos maiores desafios do nosso tempo. Segundo Norberto Bobbio:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. O mais importante, então, seria investigar qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.⁹⁵

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro. Elsevier, 2004, p. 45.

Com o surgimento do liberalismo político e econômico, que continua com as revoluções dos séculos XVIII e XIX, destacamos o marco teórico da forma normativa da constituição e como objetivo a busca por sua maior eficácia principalmente dos direitos humanos e fundamentais.

Sob esta perspectiva o estudo trata de abordar a democracia e seus vários aspectos sob o enfoque da cidadania e os desafios da sociedade democrática para a garantia dos direitos sociais oferecendo várias possibilidades distintas de abordagem. Daí decorre a necessidade de se delimitar de forma mais precisa a questão, dados os limites objetivos da pesquisa proposta.

Então, a questão que se apresenta é a de saber quais as formas de participação do cidadão terão maior efetividade para garantir os direitos sociais previsto no Artigo 6º da Constituição Federal de 1988? Quais desafios e as perspectivas para implementação de um determinado direito social na ordem contemporânea

A pesquisa proposta se faz necessária devido à relevância do assunto democracia e cidadania, analisando os desafios e perspectivas da sociedade democrática para a garantia dos direitos sociais. Para isso a democracia objetiva possibilitar o poder do cidadão quanto ao controle

democrático do estado, sendo um mecanismo de controle social, ou seja, a integração da sociedade com a administração pública, com a finalidade de solucionar problemas e as deficiências sociais com mais eficiência.

Para a realização da pesquisa será utilizado o método bibliográfico e trata-se de uma pesquisa teórica, de modo que o procedimento adotado para que se demonstre que é possível implementar as garantias dos direitos sociais, tendo em vista o modelo democrático-participativo previsto no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2 DIREITOS HUMANOS E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O conceito de direitos humanos teve grande relevância ao longo da história, tendo em vista que seus pressupostos e princípios têm como finalidade a observância e proteção da dignidade da pessoa humana de maneira universal, ou seja, abrangendo todos os seres humanos.

Além disso, é importante o estudo da história dos direitos humanos para melhor compreender sua evolução principalmente a partir dos filósofos do movimento iluminista. Nesse sentido escreve David Sánchez Rubio:

Comumente e partir de um plano teórico os direitos humanos costumam ser associados e conhecidos pelos que, ao longo da história nos disseram e nossa dizem determinados pensadores ou filósofos. Autores como John Locke, Francisco Vitória, Rousseau, Hobbes, Kant, Norberto Bobbio, Ferrajoli, Habermas, são alguns das mentes lúcidas que falaram sobre direitos humanos. O problema consiste não nas iluminadoras reflexões que sobre direitos humanos nos aportam, mas sim em pensar que são eles, os filósofos ou especialistas, que os criam, esquecendo o detalhe de que os direitos humanos são produções sócio históricas geradas por atores sociais a quem e sobre quem se teoriza.⁹⁶

Essa concepção de mundo é fonte do liberalismo político e econômico, que prevalece com as revoluções dos séculos XVIII e XIX.

Da mesma forma a ideia de Constituição ganhou força associada às concepções do iluminismo no século XVIII. Esse modo particular de perceber o mundo, levando em conta as relações humanas e buscando entender questões filosóficas fundamenta-se nos conceitos de indivíduo, que

⁹⁶ SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 124.

resume diversas tradições filosóficas, sociais, políticas, correntes intelectuais e condutas religiosas.

Sobre a história desses direitos e contra a ideia de que não inatos e naturais à espécie humana, afirma Bobbio:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos- que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, isto é, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual.⁹⁷

Valendo-se dos fatos históricos para fundamentar seus argumentos, Bobbio prossegue:

[...] a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, das lutas dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento das lutas dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoa, das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos da instrução contra o

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro. Elsevier, 2004, p. 45.

analfabetismo, depois a assistência a invalidez e a velhice [...].⁹⁸

Ainda segundo Bobbio, o primeiro marco histórico dos direitos humanos, da forma como se concebe hoje, nasce na Idade Moderna, com a construção teórica do que viria a ser o Estado Liberal, advinda dos ideais iluministas, em oposição ao absolutismo monárquico. Enquanto o segundo momento histórico ocorre quando esses direitos são transferidos do plano teórico e se tornam o fundamento material do Estado de Direito.

Esse momento foi tão importante para a história da humanidade, por representar a ruptura como o Estado Absolutista, que é o marco do início da Era Contemporânea.

Então os documentos que representam essa virada histórica nos destinos da humanidade são a Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, advinda da Revolução Francesa.

Os revolucionários franceses elaboraram a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão como resultado das discussões em torno das desigualdades sociais e

econômicas verificadas principalmente durante o regime absolutista francês.

A Declaração Universal é o primeiro passo verdadeiro da humanidade em direção à democracia mundial. No dizer de Bobbio, haverá paz estável, uma paz que não tenha guerra como alternativa, somente quando não existirem cidadãos deste ou daquele estado, mas sim do mundo.

Para Bobbio, vencemos uma etapa importante da história da humanidade. No entanto a tarefa que nos cabe agora é ainda maior. Não se trata tanto de fundamentar os direitos humanos, pois seu fundamento maior é a Declaração Universal, o que importa é assegurar sua efetividade.

De certo que os direitos fundamentais não surgiram ao mesmo tempo, mas sim surgiram de acordo com a necessidade de cada época e com este reconhecimento em sequência nos textos de direito constitucional deu origem à especificação em gerações.

Então como o surgimento de novas gerações não ocasionou a cessação das anteriores, alguns autores preferem o termo dimensão por não ter ocorrido uma sucessão desses direitos: atualmente todos eles coexistem.

Porém e para que possamos fazer uma análise dos direitos que legitimamente e por natureza lhe pertencem,

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro. Elsevier, 2004, p. 46.

enumeremos resumidamente as gerações de direitos humanos.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são conectados à busca da liberdade ao poder do Estado são os direitos civis e políticos. Representa os direitos individuais chamados de negativos, justamente pela oposição ante o Estado.

Os direitos humanos de primeira geração segundo Fábio Konder Comparato:

[...] representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. Mas em contrapartida, a perda da proteção familiar estamental ou religiosa tornou o indivíduo muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Esses direitos, visando a proteção das liberdades individuais ao impor limites ao Estado, recebem a denominação, por alguns autores de direitos humanos de primeira geração ou primeira dimensão.⁹⁹

Por outro lado, os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles ligados ao valor igualdade, são os direitos que conduzem a inclusão dos direitos econômicos,

⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

sociais e culturais. São os denominados direitos coletivos com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado. Assim, dizem respeito aos direitos fundamentais de segunda geração a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer.

A terceira geração inclui os direitos fundamentais ligados ao valor fraternidade e solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, o direito à paz ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação.

A quarta geração é uma categoria nova de direitos introduzidos pela globalização política e compreende os direitos à democracia, informação e pluralismo. Isto implica uma série de discussões que envolvem todas as três gerações de direitos, e a constituição de uma nova ordem econômica, política, jurídica, e ética internacional.

Finalmente, os direitos humanos da quinta geração que são os que envolvem a cibernética e a informática. No entanto, os direitos que por essa geração são reconhecidos, quais sejam, a honra, a imagem, enfim, os “direitos virtuais” que ressaltam o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como agrega todos os outros direitos fundamentais em torno da paz.

3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado social Democrático de Direito tem seu princípio que busca a origem ao Estado de Direito instalado a partir da Revolução Francesa e é caracterizado pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais através de determinação de uma proteção jurídica.

Assim o princípio do estado democrático de direito se caracterizou como uma ausência e limitação de suas atribuições, e do Estado mínimo. O Estado é concebido como um mal necessário e sua interferência na ordem econômica e social não é desejada.

Dáí o conceito de Estado Democrático de Direito referem-se especificamente a modelos de funcionamento do Estado. José Joaquim Gomes Canotilho conceitua o *estado* da seguinte maneira:

O Estado deve entender-se como conceito historicamente concreto e como modelo de domínio político típico da modernidade. Se pretendêssemos caracterizar esta categoria política da modernidade, dir-se-ia que Estado é um sistema processual e dinâmico e não uma essência imutável

ou um tipo de domínio político fenomenologicamente originário e meta constitucional.¹⁰⁰

Desta forma a transformação do Estado liberal de direito em Estado Social de Direito acompanha a transformação da democracia política em democracia social, conseqüente à soberania popular exercida pelo direito universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Isso significa que o direito é completamente desligado de qualquer forma de diferenciação, e que busca efetivar as possibilidades de acesso aos meios materiais necessários ao desenvolvimento dos direitos econômicos e sociais melhorando a qualidade de vida das pessoas.

Desta maneira o nível de desenvolvimento político, jurídico e social somente se operou com o advento do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Tal Estado funda-se na ideia de justiça social, cujas origens remontam ao século XIX.

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 43.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 102.

Ademais, para que o Estado efetue a consolidação como Democrático de Direito, deve declarar e assegurar os direitos fundamentais, que se manifestam vinculantes para toda a produção e interpretação do ordenamento jurídico nacional.

Assim o Estado pode ser entendido como uma instituição que tem por propósito organizar a vontade do povo politicamente constituído, dentro de um território definido. Tem como característica o exercício do poder da força sobre os membros da sociedade. É, portanto, a organização político-jurídica de uma coletividade, com o objetivo de garantir o bem comum.

A concepção de Estado está expressa mais precisamente no conceito de José Afonso da Silva, transcrito a seguir:

Estado é na justa definição de Balladore Pallieri, uma ordenação que se tem por fim específico e essencial à regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a ideia de poder soberano, institucionalizado. O Estado, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano de um povo situado num território com certas finalidades. E a constituição como dissemos antes, é o conjunto de normas que organizam estes

elementos constitutivos do Estado: povo, território, poder e fins.¹⁰¹

Os conceitos de Estado democrático e Estado de direito, consiste na criação de um conceito novo, que leve em conta os elementos integrantes e que supere na medida os conceitos pré-existentes e que incorpore componentes de transformação do estado para a realização da democracia.

Salienta-se que é importante que a democracia seja um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária e dessa forma participe cada vez mais no processo decisório e na formação dos atos de governo.

Deve-se também respeitar a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade.

Desta maneira o Estado democrático de direito, que significa a exigência de orientar normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais.

Entretanto o princípio democrático demonstra fundamentalmente a exigência da total participação de todos

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 97.

e de cada uma das pessoas na vida política do país. Nesse sentido destaca Paulo Bonavides:

A medida que cresce a participação popular no exercício do poder, ou os fins da atividade estatal se dirigem de preferência para o atendimento dos clamores de melhoria e reforma social, erguidos pelas classes mais impacientes da sociedade, cresce concomitantemente o prestígio do partido, e se firma no consenso geral a convicção de que ele é imprescindível à democracia em seu estado atual, e com ela se identifica quanto a tarefas, fins e propósitos almejados.¹⁰²

A Constituição de 1988, contudo, não chegou a estruturar um Estado democrático de Direito de conteúdo socialista, mas abre as possibilidades de realização social pela prática dos direitos sociais. Assim pelo exercício dos instrumentos que ela oferece à cidadania, possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana.

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 358.

3.1 A cidadania

A cidadania pode ser explicada como participação em comunidade ou como a qualidade de ser membro dela. Tipos peculiares de comunidade política geram diferentes formas de cidadania. Como explica Silva: “A cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política”.¹⁰³

Da mesma forma o ambiente de vida social do Estado democrático, encontra-se suporte no reconhecimento, na garantia e na efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana, em uma sociedade solidária, e é tornado real através da observação de vários pressupostos que lhe são essenciais.

Diante disso, percebe-se que, o conceito amplo de cidadania, está relacionado, porque encontra aí seus princípios básicos fundamentados aos conceitos de democracia e de igualdade.

O princípio de igualdade disciplina todas as atividades públicas e tem aplicação direta nas relações privadas, que ocorrem entre os particulares, impondo, para torná-lo real, a proibição de discriminações e a eliminação

10 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo, 2009, p. 90.

das desigualdades na realidade nos planos social e econômico, viabilizando a todos os cidadãos igual condição de vida e mesma posição junto ao Estado democrático.

E, também para a realização da cidadania, o princípio democrático torna indispensável a participação popular nas tomadas de decisão. A cidadania, no Estado democrático de direito, efetivada, oferece aos cidadãos, como iguais condições de existência, o gozo atual de direitos e a obrigação do cumprimento de deveres que podem ser assim apresentados: exercício de direitos fundamentais e participação; e, os deveres de colaboração e solidariedade.

Sabendo-se que todo cidadão tem sua existência acompanhada do exercício de direitos fundamentais e do direito de participação.

Certamente sobre a participação, é importante ressaltar que este direito significa a capacidade de ser consultado para as tomadas de decisão que dizem respeito à direção da sociedade em que vive o cidadão e que, dentre os direitos de participação política, tais como a igualdade de sufrágio, o direito de voto e de elegibilidade, e o direito de petição, ainda importa recordar outro que também a integra, é o direito de iniciativa popular.

A iniciativa popular de leis, que cabe aos cidadãos (o 2º parágrafo do artigo 61 da Constituição da República do

Brasil), o referendo e o plebiscito, correspondem a alternativa de participação política, sendo que o referendo e o plebiscito devem ser determinados, para que se verifiquem, pelo Congresso Nacional.

De fato, o exercício de todos os direitos referentes ao Estado democrático e do direito de participação, é acompanhado do respeito aos deveres de contribuir para o progresso social e de acatar e respeitar o resultado final obtido em cada consulta coletiva.

A crescente quantidade de excluídos tanto nas sociedades subdesenvolvidas quanto, nas sociedades desenvolvidas, reflete sobre os obstáculos à efetivação da cidadania pela nova ordem mundial.

Em relação à cidadania, Mário Lúcio Quintão Soares explica que:

A expansão da cidadania no Estado moderno demonstra o contraste entre suas realizações e suas limitações. A generalização da cidadania moderna, por meio da estrutura social, significa que todas as pessoas, como cidadãos, são iguais perante a lei e que, portanto, nenhuma pessoa ou grupo é legalmente privilegiado. No entanto, a concessão de cidadania, por além das linhas divisórias das classes desiguais, parece significar que a possibilidade prática de exercer os direitos ou as capacidades legais, que constituem

status do cidadão, não está ao alcance de todos que os possuem.¹⁰⁴

Assim, verifica-se que a cidadania ativa no Estado democrático de direito pressupõe que um cidadão político, com condições de solicitar junto os governantes para eles cumpram com as responsabilidades de seus atos.

As maneiras utilizadas para a transformação social são por meio da educação, propagando as informações com o objetivo de proporcionar conhecimentos sobre a consciência cidadã, a respeito da função socioeconômica dos tributos e dos orçamentos públicos.

Dessa forma permite o contato com todos os segmentos sociais, contribuindo para que o Estado cumpra seu papel constitucional de diminuir as desigualdades sociais.

De fato, exercer a cidadania é ter consciência de suas obrigações e lutar para que o que é justo e o correto sejam colocados em prática. A participação é um dos mais importantes princípios políticos, relacionada ao ideal de soberania popular.

¹⁰⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 200, p. 291.

Portanto é importante a participação política constante como um instrumento de fortalecimento da gestão democrática e legitimação, exercício de cidadania.

3.2 Democracia

A democracia deve ser entendida como prática de poder e exercício de cidadãos soberanos e não somente como forma de governo. Dessa maneira afirma Marcos Roitman, citado por David Sánchez Rubio:

Dar a palavra democracia um significado faz parte de uma guerra teórica e política pelo controle de todo o mundo. A proposta hegemônica de quem tem mais poder possui um duplo objetivo: a) transformar-se em objeto de consumo social e b) feito, isto, projetar uma espécie de imagem para organizar a vida cotidiana.¹⁰⁵

Diante disso a democracia é composta pela autonomia dos indivíduos e da liberdade de opinião e de expressão. Os sistemas governo são considerados democráticos quando os agentes políticos são livremente escolhidos pela sociedade para o exercício da governança e também quando o povo

¹⁰⁵ ROITMAN, Marcos *apud* DAVID, Sánchez Rubio. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 108.

pode acompanhar e interferir nos processos de governo. Assim promove o controle social da ação política, inclusive o comportamento ético dos eleitos, seja participando diretamente da ideia e produção de políticas públicas.

Por outro lado, acompanhar as contas públicas é um direito básico da cidadania é um princípio da responsabilidade social. Cabe ao cidadão reivindicar e participar das decisões dos governos e dos legislativos sobre recursos públicos. Os cidadãos devem requerer ao poder público para que dê transparência a seus atos. Assim, será permitido avaliar o cumprimento da obrigação e o funcionamento da gestão e analisar eventuais irregularidades, bem como a responsabilidade das autoridades e agentes políticos.

Além disso, a democracia como governo do povo, precisa do consenso da maioria dos cidadãos e do respeito às regras estabelecidas. Ao mesmo tempo, abriga divergência e oposições e necessita do conflito de ideias e opiniões, o que lhe confere vitalidade e produtividade.

Dessa maneira a democracia não é apenas uma forma de organização governamental; vai muito além. É a forma organizacional do Estado, em que a participação do cidadão é fundamental, numa relação do dia a dia entre as pessoas.

Assim Marcos Roitman citado por Sánchez Rubio completa: “A democracia tem de ser, para isto, uma definição atrativa e fácil de digerir, útil para legitimar um sistema ao qual não interessa que o povo tenha uma cultura ativa e participativa nos assuntos públicos e de interesse comum”.¹⁰⁶

A democracia desenvolve através da autonomia dos indivíduos e da liberdade de opinião e de expressão. Os sistemas de poder são considerados democráticos quando os agentes políticos são livremente escolhidos pela sociedade para o exercício da governança, além disso, quando o povo pode interferir nos processos de governo, seja promovendo o controle social da ação política, seja participando diretamente do estudo e acompanhamento das políticas públicas.

A democracia, pode ser vista como a realização de valores tais como a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa e de convivência humana, é conceito mais abrangente que o de Estado de Direito que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. Seu conceito é tão histórico como o de democracia, e se enriquece de conteúdo com o evolover dos tempos. A evolução histórica e a ultrapassar os obstáculos do liberalismo, a que ligou ao conceito de Estado

¹⁰⁶ DAVID, Sánchez Rubio. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre. 2014. Livraria do Advogado, p. 109.

de Direito, colocam em debate a questão da sua harmonia com a sociedade democrática.

4 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Desde o surgimento do constitucionalismo, século XVIII, os direitos fundamentais representam a principal garantia dos cidadãos de que o Estado se conduzirá pela liberdade e pelo respeito da pessoa humana.

Os direitos sociais são os que mais se aproximam do princípio da dignidade da pessoa humana e da cidadania, pois visam diminuir as desigualdades entre as pessoas, ajustando os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida, Assim, Alexandre de Moraes define os direitos sociais:

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.¹⁰⁷

¹⁰⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 202.

Sob o mesmo ponto de vista, pode-se entender o motivo desses direitos serem chamados de "Sociais". Verifica-se que o motivo é bem simples e consiste no fato de eles não serem direitos de classe do direito individual, mas sim, direito coletivo, sendo que sua aplicabilidade para toda a sociedade, sem distinção.

Os direitos sociais se reduzem inicialmente em proteger os trabalhadores, pois a Revolução Industrial do século XVIII trouxe o desenvolvimento dos meios de produção, o surgimento das indústrias, o uso das máquinas, trazendo crescimento e desenvolvimento de cidades e regiões metropolitanas, entre outros fatores de desenvolvimento.

Dessa maneira trouxe também vários problemas como a exploração de mão de obra em massa, que causou o crescimento desordenado de grandes cidades, falta de saneamento básico e injustiças sociais advindas do surgimento de uma nova classe operária.

A confirmação dos direitos sociais originou-se das circunstâncias da vulnerabilidade dos direitos liberais, quando o homem, a favor do qual se proclamam liberdades, não conseguiu satisfazer a maioria das necessidades primárias, tais como: alimentar-se, morar, vestir-se, ter

segurança, ter condições de saúde diante da doença, da velhice, do desemprego e de outras dificuldades da vida.

Salienta-se ainda que essa conscientização pelos direitos sociais, aliado a insatisfação da classe operária com os excessos capitalistas, foi promulgada no México, em 5 de fevereiro de 1917, a “Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos”, que apresentava em seu contexto a proibição de reeleição do Presidente da República, garantias para as liberdades individuais e políticas, quebra do poderio da Igreja Católica, expansão do sistema de educação pública, reforma agrária e proteção do trabalho assalariado.

Devido o reconhecimento e da garantia dos direitos sociais, a Constituição mexicana foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas à qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123).

Nesse sentido, Fábio Konder Comparato explica:

O que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita a lei da oferta e da procura no mercado. A Constituição mexicana estabeleceu, firmemente,

o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito.¹⁰⁸

Além da Constituição Mexicana e da Constituição Russa, a Constituição alemã de 1919, comumente chamada de Constituição de Weimar, também exerceu decisiva influência sobre a evolução dos direitos sociais.

Através da Constituição de Weimar, que melhorou a Constituição mexicana de 1917, foi criado o Estado da Democracia Social, que representou a melhor defesa da dignidade humana, complementando os direitos civis e políticos com os direitos econômicos e sociais, ignorados na revolução industrial pelo liberal-capitalismo.

Nota-se que com o passar dos anos propagou o entendimento da necessidade de garantia da dignidade da pessoa humana. De certo tornou-se claro e evidente a ideia de que o Estado deve estar sempre presente e agir de forma a diminuir os problemas os problemas sociais, buscando a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, almejando a concretização da igualdade social.

¹⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Assim a Declaração Universal dos Direitos Humanos caracteriza um dos mais importantes documentos que protegem os direitos humanos e institui que a base dos direitos sociais, além do princípio da dignidade da pessoa humana, é o princípio da solidariedade.

Isso porque este princípio proclama que o direito a seguridade social (artigos 22 e 25), o direito ao trabalho e a proteção contra o desemprego (art. 23, item 1), os principais direitos ligados ao contrato de trabalho, como a remuneração igual por trabalho igual (artigo 23, item 2), o salário mínimo (artigo 23, item 3), a livre sindicalização dos trabalhadores (artigo 23, item 4), o repouso e o lazer, a limitação horária da jornada de trabalho, as férias remuneradas (artigo 24) e o direito a educação: ensino elementar obrigatório e gratuito, a generalização da instrução técnico-profissional, a igualdade de acesso ao ensino superior (artigo 26), são os itens elementares, indispensáveis para a proteção das classes ou grupos sociais mais fracos ou necessitados.¹⁰⁹

Diante dessa preocupação com a positivação e a efetivação dos direitos sociais, não há como se esquecer que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma das principais fontes dos direitos sociais consagrados pelas atuais constituições, inclusive a Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 230.

A preocupação com a positivação dos direitos sociais é permanente e vêm, aos poucos, sendo incorporados na cultura constitucional contemporânea.

5.1 Os direitos sociais na Constituição brasileira

No Brasil, os direitos sociais estiveram presentes em todas as Constituições que vigoraram em nosso País, umas com mais intensidade e em outras menos, merecendo destaque a atual Carta Magna, também chamada de Constituição Cidadã.

As questões sociais somente foram despontar no ano de 1930, quando Getúlio Vargas subiu ao poder. Como Presidente da República, criou o Ministério do Trabalho, deu novo impulso a cultura, preparou novo sistema eleitoral para o Brasil, marcou eleições para a Assembleia Constituinte. Com Getúlio Vargas na presidência, em 16 de julho de 1934 foi promulgada a terceira Constituição do Brasil, com uma forte conscientização pelos direitos sociais.

Essa conscientização pelos direitos sociais, juntamente com a influência da Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição da Espanha de 1931, fizeram com que a Assembleia Nacional Constituinte instituísse normas até então inéditas. José

Afonso da Silva afirma: “A lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob influência da Constituição alemã de Weimar”.¹¹⁰

Após a Constituição de 1967, em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a nossa atual Carta Magna, no qual foi chamada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, de Constituição Cidadã. Recebeu este apelido porque para a sua elaboração houve participação popular e, especialmente, porque ela se volta para a plena realização da cidadania.

Assim, é a que melhor acolheu aos direitos sociais, visto que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância quanto aos direitos sociais, conforme ensina Sarlet Ingo Wolfgang.¹¹¹

[...] além de serem reconhecidos como direitos fundamentais ainda receberam título próprio. Por isso, os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 75.

uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e com a plena efetividade dos comandos constitucionais.¹¹²

Por certo já em seu início, mais precisamente em seu preâmbulo, a Constituição Federal institui que são valores supremos da sociedade o exercício dos direitos sociais, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade. Portanto, estes valores são direitos de todos os cidadãos.

Em seu artigo 1º, inciso IV, a Constituição instituiu os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. No artigo 3º, prescreve que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a solidariedade (inciso I), o desenvolvimento nacional (inciso II), a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (inciso III).

Destra forma buscando favorecer uma verdadeira igualdade, agindo de forma a diminuir as desigualdades sociais, a Constituição Federal disciplinou no Capítulo II do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) os direitos sociais.

¹¹² CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37.

A Constituição da República, em seu artigo 6º, estabelece que todos os cidadãos tem direito a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. A essa lista de direitos expressos no artigo em comento, a Constituição intitula como direitos sociais.

Nos artigos 7º a 11, a Constituição Federal estabelece garantias ao trabalho e aos trabalhadores, como o seguro-desemprego, fundo de garantia por tempo de serviço seguro-desemprego, o salário mínimo, piso salarial, descanso semanal remunerado, licença paternidade, proteção do mercado de trabalho da mulher, aposentadoria, reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, a livre associação profissional ou sindical, o direito de greve, dentre outros.

Silva agrupa os direitos sociais em seis classes:

(a), direitos sociais relativos ao trabalhador; (b) direitos sociais relativos à seguridade; (c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, criança,

adolescente e idoso; (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.¹¹³

Devido a enorme amplitude dos temas inscritos no artigo 6º da Constituição Federal, não há como esquecer que os direitos sociais não estão somente enumerados nos artigos subsequentes, ou seja, nos artigos 7º, 8º, 9º, 10 e 11, podendo ser encontrados, também, no Título VIII, Da Ordem Social.

O Título VIII, Da Ordem Social, é apresentado na Constituição Federal em oito capítulos, quais são: Capítulo I (Disposição Geral, artigo 193); Capítulo II (Da Seguridade Social, artigos 194 a 204); Capítulo III (Da Educação e do Desporto, artigo 205 a 217); Capítulo IV (Da Ciência e da Tecnologia, artigos 218 e 219); Capítulo V (Da Comunicação Social (artigos 220 a 224); Capítulo VI (Do Meio Ambiente, artigo 225); Capítulo VII (Da família, da criança, do adolescente e do idoso, artigos 226 a 230); e, Capítulo VIII (Dos Índios, artigos 231 e 232).

Além destes, os direitos sociais também estão ligados à política urbana e política agrária, expressos nos artigos 182 a 191 (Título VII, Capítulo II).

Embora expresso de forma clara que garante direitos que são essenciais à vida de todos os seres humanos, não é

¹¹³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, p. 286.

necessário desenvolver uma profunda reflexão para chegarmos à conclusão de que o Estado não atua de forma suficiente para proporcionar e satisfazer as normas preceitos estabelecidas pela Constituição Federal de 1988.

Dessa maneira uma forma de participação é o acompanhamento do orçamento da Administração Pública para os gastos com serviços públicos ligados aos direitos sociais deve ser bem elaborado, pois trata de instrumento que o governo administra os recursos públicos e às despesas prioritárias, desta forma depende de planejamento e necessita de ser autorizado pelo poder Legislativo.

Além do que o planejamento deve ser realizado por representantes políticos e da sociedade nas mais variadas áreas. Verifica-se, assim, a importância da participação popular nesse processo. Por isso é importante que o próprio cidadão individualmente ou através de associações, como associações de bairro ou os Conselhos Municipais para indicar as prioridades em cada área social, direcionando os investimentos que devem ser realizados. Essa é a melhor forma de efetivação dos direitos sociais, segundo o pensamento de Clémerson Merlin Clève:

É indispensável, por outro lado, a presença da sociedade nos processos de elaboração e controle da execução orçamentária. Incumbirá à sociedade civil consciente da

singularidade dos direitos de satisfação progressiva, escolher a velocidade dos gastos sociais e proceder às escolhas viáveis dentro de um quadro de escassez de recursos.¹¹⁴

O estudo da efetividade das políticas públicas e melhoria das condições de vida faz necessário que os recursos arrecadados sejam aplicados no atendimento das necessidades da sociedade e para que essas aplicações possam ser acompanhadas e controladas e para isso a Constituição de 1988 definiu o processo de orçamento público.

6 CONCLUSÃO

Assim o breve estudo teve por objetivo noções conceituais a cerca da cidadania como participação do homem na vida social e política do Estado para garantia dos direitos sociais. Algumas conclusões podem ser extraídas do presente estudo:

1) Percebe-se, portanto a importância do estudo da história para a compreensão do mundo jurídico, ainda mais quando tratar-se daqueles direitos essenciais a pessoa humana, ou seja, não é possível compreender os direitos

¹¹⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37.

humanos sem relacioná-los a história, pois estes foram construídos ao longo dos anos, frutos das lutas contra o poder;

2) Os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito, representa de fato a criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do estado atual;

3) A cidadania no estado democrático de direito oferece aos cidadãos como iguais condições de existência, o gozo atual de direitos e a obrigação do cumprimento de deveres, que em síntese, podem ser assim apresentados: exercício de direitos fundamentais e participação; e, os deveres de colaboração e solidariedade.

4) A democracia é constituída pela autonomia dos indivíduos e a liberdade de opinião e de expressão. Os sistemas de poder são considerados democráticos quando os agentes políticos são livremente escolhidos pela sociedade para o exercício do ato de governar e também quando o povo pode tomar parte nos processos de governo. Assim promove o controle social da ação política, inclusive o comportamento ético dos eleitos, através da participação direta da concepção e construção de políticas públicas.

5) Os direitos sociais são aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais que não podem faltar para o pleno gozo dos seus direitos. Para garantir os direitos sociais previstos no Artigo 6º da Constituição Federal de 1988, é necessário investimento em educação formal e o desenvolvimento da cultura no meio social, pois é através deles que se consegue desenvolver uma consciência crítica nas pessoas de modo a torná-las mais participativas e respeitosas diante das diversas variáveis de manifestações sociais.

6) Os desafios e as perspectivas para implementação dos direitos sociais na ordem contemporânea são muitos, mas pode-se destacar dentre elas algumas atitudes como, por exemplo, a participação dos cidadãos no acompanhamento da aplicação dos recursos públicos. Assim haverá uma inclusão de forma positiva na sociedade de modo a reduzir as desigualdades existentes. Diante disso poderá melhorar as condições de vida, tais como saúde, educação, lazer, segurança, dentre outros, bem como admitir e respeitar os grupos minoritários sociais como por exemplo os homossexuais, negros, índios, e assim melhorar a distribuição de renda.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 fev. 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. **Educação fiscal no contexto social**. Brasília: ESAF, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa e lei do Tribunal Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KONRAD, Hesse. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1991.

MOISÉS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 23, n. 66, fev. 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo, Atlas, 2002.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

O CATÁLOGO ABERTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DO METAPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Aparecida Dutra de Barros Quadros¹¹⁵

RESUMO

Os direitos humanos ocupam posição elevada no cenário jurídico. A atenção dispensada ao tema em vários quadrantes do mundo e as violações de toda natureza aos direitos do homem, notadamente após a segunda guerra mundial, são os paradoxos responsáveis por essa supra importância. Com a superação do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo, depreende-se agora com o neoconstitucionalismo os efeitos irradiantes dos princípios de direitos fundamentais. Os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis e englobam inúmeras facetas da existência humana. A compreensão dos limites do superprincípio da dignidade da pessoa humana e a conformação ao ideário de justiça, com a expansão dos direitos fundamentais localizados na Constituição é norte para a fundamentação dos direitos humanos enquanto direitos do homem que cabem ao homem enquanto homem. A dignidade da pessoa humana já foi contada, cantada e decantada em diversas lutas, sofrendo influências filosóficas, religiosas e políticas. Os direitos fundamentais existem para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. As normas constitucionais devem ser interpretadas à luz desse metaprincípio. O sistema

¹¹⁵ Mestranda do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG.

aberto de princípios busca alcançar a eficácia jurídica com força irradiante. O ser humano é dotado de dignidade, sendo-lhe garantido a autodeterminação e autonomia para desenvolver sua própria existência.

Palavras-chave: autonomia privada; dignidade da pessoa humana; direitos humanos; liberdade existencial; princípios fundamentais.

ABSTRACT

Human rights occupy a high position in the legal arena. The attention paid to the theme in various quarters of the world and the violations of all kinds of human rights, especially after the Second World War, are the paradoxes responsible for this importance. With the overcoming of jusnaturalism and the failure of positivism, the neo-constitutionalism now derives from the radiating effects of the principles of fundamental rights. Human rights are interdependent and indivisible and encompass many facets of human existence. Understanding the limits of the superprinciple of the dignity of the human person and conforming to the ideals of justice, with the expansion of fundamental rights located in the Constitution, is the north for the foundation of human rights as the rights of man that fit man as a man. The dignity of the human person has already been told, sung and decanted in various struggles undergoing philosophical, religious and political influences. Fundamental rights exist for the protection and promotion of the dignity of the human person. Constitutional norms must be interpreted in the light of this meta-principle. The open system of principles seeks to achieve legal effectiveness with radiant force. The human being is endowed with dignity, being guaranteed the self-determination and autonomy to develop his own existence.

Keywords: private autonomy; dignity of human person; human rights; Existential freedom; fundamental principles.

1 INTRODUÇÃO

A importância que os direitos humanos possuem no cenário atual pode ser creditado a dois paradoxos, ou seja, a atenção dispensada ao tema por vários quadrantes do mundo e pelas graves violações de toda natureza aos direitos do homem, em especial após a segunda guerra mundial.

É de se observar que na maioria das vezes a atenção dispensada aos direitos humanos, em regra, é pela via jurídica e pós-violatória, forjando-nos a entender que os direitos do homem somente têm importância a partir do momento em que são violados, pelo que se volta então às práticas jurídicas para a busca da efetivação do direito violado, ao revés de ser concebido como processo de abertura e consolidação de espaços e lutas pela dignidade humana. (QUADROS; LEMOS, 2016, p. 73).

O certo é que após a 2ª Guerra Mundial o assunto se propagou nos ventos e nos tempos e trouxe até os dias atuais a preocupação com o ser humano, seja no aspecto das mazelas apontadas ao redor do mundo e por consequência o aniquilamento do ser humano na sua essência nuclear da dignidade humana, por meio de uma contínua e dolorosa

multiplicação de violações aos direitos humanos, mas também pelo reconhecimento nos estatutos jurídicos da grandeza do ser visto em sua plenitude. (BOBBIO, 2004, p. 92-93).

Não há que se olvidar da importância dos ordenamentos jurídicos que reconhecem e protegem os direitos humanos, assim como a importância dos estados constitucionais de direito e dos sistemas de garantias estatais dos direitos fundamentais.

São também imprescindíveis as dimensões filosóficas jurídicas positivas e de eficácia estatal. Mas devemos ressaltar que não são essas as únicas e exclusivas, e muito menos suficientes, formas de exercício da autonomia e da dignidade da pessoa humana.

Com a superação do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo, depreende-se agora do neoconstitucionalismo os efeitos irradiantes dos princípios, aceitos como valores suprapositivos.

Na era pós-positivista o que se tem é a interdisciplinariedade de valores, princípios e regras como nova hermenêutica e aplicação da teoria dos direitos fundamentais.

Compreender quais são os limites do superprincípio da dignidade da pessoa humana e a conformação ao ideário

de justiça com a expansão dos direitos fundamentais localizados na Constituição é diretriz, é estrada para a fundamentação dos direitos humanos enquanto direitos do homem que cabem ao homem enquanto homem.

Toda regra jurídica traz em seu âmago princípios e esses, dotados de caráter polissêmico, irradiam seus efeitos por todo o ordenamento, assim é que o intérprete deverá examinar a lei à luz dos princípios de direitos fundamentais alicerçados pela supra-norma-regra da dignidade da pessoa humana.

Com o constitucionalismo do século XX passa-se a propagar a normatividade dos princípios fundamentais, aceitando-os como postulados básicos do ordenamento jurídico e possuidores de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional.

Assim é o norte que permeia esse trabalho, centrado nas relações sociais e na autonomia do indivíduo para suas escolhas e decisões, iluminado pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos fundamentais e direitos humanos.

Com as considerações anteriores, passa-se à apresentação do problema metodológico que permeia o presente estudo, qual seja: precisar a natureza jurídica do termo dignidade da pessoa humana, ora entendida como direito fundamental, ora como norma-regra de valor absoluto

e portanto mandado de otimização e/ou por tantas outras vezes como princípio jurídico.

Com esse objetivo e visando a responder ao problema apresentado, a presente pesquisa se subdivide-se em cinco partes: a) o primeiro capítulo em que se busca compreender os direitos humanos, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana em seus sentidos e dimensões; b) o segundo capítulo aborda os direitos humanos e o assentamento na legislação internacional e na legislação doméstica; c) o terceiro capítulo faz uma incursão nos direitos fundamentais com o fim de desnudar seus valores, fins e limites; c) o terceiro capítulo apresenta a vinculação dos demais princípios fundamentais ao supraprincípio da dignidade da pessoa humana; d) o quarto capítulo pelo qual se procura demonstrar a dignidade da pessoa humana em seus fundamentos, condições e confrontações; e) o quinto capítulo terá como enredo os limites da autonomia privada sob imperativos constitucionais da dignidade da pessoa humana; e) Conclusão.

Nesse sentido, objetiva-se por intermédio do presente estudo discorrer sobre a conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e os direitos fundamentais, com o fim de se fixar o sentido e alcance da dignidade

humana como o escopo de apontar soluções justas e equilibradas às vicissitudes da vida humana.

Desta forma, buscaremos desvelar a origem histórica dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, como o fim de dissecar o princípio da dignidade da pessoa humana nas suas múltiplas dimensões e potencialidades.

A hipótese é que considerando a dignidade da pessoa humana, de igual forma, como supra-norma-regra e supra-norma-princípio, possa-se, destarte, lhe definir os conteúdos mínimos de modo a garantir-lhe efetividade na aplicação à problemática decorrente das relações pessoais e sociais.

Esse artigo é um estudo de caráter descritivo que pesquisa a importância dos princípios fundamentais no ordenamento jurídico à luz do metaprincípio da dignidade da pessoa humana e para tanto realizou-se um estudo bibliográfico interdisciplinar, fazendo-se uso de conceitos teóricos de diferentes disciplinas e com o agrupamento de doutrinas, legislação e de decisões jurisdicionais sobre o tema.

Nessa conformidade, o recurso da lógica dedutiva impõe-se como basilar, por meio de uma discussão ampla e teórica com o fim de validação da hipótese apresentada e espera-se neste ensaio, ainda que tímido, transnudar esse

metaprincípio e/ou metarregra como pressuposto para decisões dos legisladores, dos juízes e dos governantes.

2 DIREITO HUMANOS – DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: SENTIDO E DIMENSÕES

Os direitos humanos e os direitos fundamentais são expressões que se confundem, mas representam realidades distintas, sendo que os direitos humanos são direitos atribuídos à humanidade em geral, positivados e garantidos por meio de convenções e tratados internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Direitos fundamentais por sua vez são aqueles positivados e garantidos em um determinado ordenamento jurídico, por exemplo, nas Constituições dos Organismos Estatais específicos, a exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil.

Já a dignidade da pessoa humana podemos dizer que historicamente possui um fundamento religioso, que nos remonta ao jusnaturalismo, perpassando pela fundamentação filosófica com o Iluminismo e, já nos idos do século XX, adota uma retórica política, no qual passa a ser fim almejado pela sociedade e pelo Estado, e, para tanto, deve-se frisar que os direitos do homem preexistem ao Estado.

É cediço que o homem tem direitos naturais, e por serem naturais, são anteriores à instituição do poder estatal e, com o tal, devem esses direitos ser reconhecidos, respeitados e protegidos pelo Estado. Contudo somente no limiar do século XX a dignidade da pessoa humana passou a servir de fundamento para uma cultura fundada na centralidade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Tratam-se, pois, de processos históricos de afirmação dos direitos humanos e conseqüentemente da dignidade da pessoa enquanto ser humano e por ser humano, mas que somente ganharam relevo no pós Segunda Guerra Mundial, conforme se depreende da Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

A Declaração dos Direitos Humanos em seu preâmbulo consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, ideais propagados e perseguidos pelos diversos povos, ideais esses que os governantes e legisladores reprisaram em incontáveis documentos internacionais, sejam eles tratados, convenções, declarações, constituições, leis ou mesmos ações governamentais.

Necessário ressaltar também os grandes marcos históricos dos direitos humanos, sendo eles dois grandes eventos, um no final do século XVIII e o outro no início do

século XX, os quais impulsionaram a comunidade internacional para a positivação dos direitos do homem, sendo eles: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 na França e a Declaração dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas em 1948.

Inicialmente convém destacar a importância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão para os direitos humanos e para os direitos fundamentais, o que se verifica na derivação de outros instrumentos de semelhante natureza a partir dessa Declaração, a exemplo da própria Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi publicada na França em 26 de agosto de 1789,⁹ em decorrência à Revolução Francesa, momento esse histórico, no final do século XVIII, no qual preciso era legitimar o exercício do poder não mais na propagada ligação dos monarcas com Deus pela teoria jusnaturalista, mas sim, pautado por princípios, princípios estes que justificassem as ações dos governantes e dos legisladores.

Verifica-se pela leitura dos textos de ambas as Declarações que já nos primeiros artigos denota-se a similitude, como se pode destacar no artigo primeiro da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão onde se lê: - Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.

As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum; e o artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos no qual se destaca - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Atente-se que os direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos do Homem são na realidade históricos, pois decorrentes da tragédia e da profunda comoção internacional provocada pelas 1ª e 2ª Guerras Mundiais, e assim, com o desenvolvimento das sociedades e das transformações sócio-econômica-culturais experimentadas pelos povos, novas organizações de vida humana surgiram e conseqüentemente emergiram novos anseios e necessidades no tocante à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos.

Acerca da historicidade dos direitos humanos Bobbio assenta que:

Também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. [...] Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja,

suscetíveis de transformação e ampliação. Basta examinar os escritos dos primeiros jusnaturalistas para ver quanto se ampliou a lista dos direitos: Hobbes conhecia apenas um deles, o direito à vida. (BOBBIO, 2004, p. 20).

Forçoso reconhecer que embora a dignidade da pessoa humana, historicamente, foi cantada, cantada e decantada em diversas lutas, com sucessivas derrotas e vitórias, sofrendo fortemente influências filosóficas, religiosas e políticas, somente no século XX passou a ser contemplada juridicamente, onde podemos destacar a Constituição do México em 1917 e a Constituição da Alemanha em 1919 em Weimar.

À exemplo da Corte Brasileira, a dignidade da pessoa humana sempre esteve no centro das discussões jurídicas e pela eficácia irradiante dos preceitos constitucionais vem sendo crescentemente utilizada para o sopesamento de diversas situações nas argumentações jurídicas do Pretório Excelso e também do soldalício Tribunal de Uniformização, assim como dos Tribunais Regionais.

Destarte, permite-se a dignidade da pessoa humana ser fonte de direitos ainda não positivados como direitos fundamentais e também preencher lacunas informativas, mas também verifica-se que pela atividade legiferante a dignidade

da pessoa humana foi densificada e incorporada já em diversos textos legislativos.

3 DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis e englobam inúmeras facetas da existência humana incluindo questões sociais, políticas e econômicas, contudo, na maioria das nações do mundo, seus povos não desfrutam da proteção efetiva dos direitos de primeira geração, ou seja, os direitos civis e políticos, verificado isso, acentuadamente, na população das localidades menos desenvolvidas economicamente.

Pelo que se denota os direitos humanos são inatos, transcendentais, universais e foram na história agasalhados pela ordem jurídica trazendo revolução, contudo, agora exigem mais e clamam pela necessária eficácia em decorrência da implantação no ordenamento jurídico.

Para a construção de uma sociedade mais justa e com foco na dignidade da pessoa humana urge examinar os direitos humanos não só como responsabilidade do Estado e sim instar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, e isso só foi possível com o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como valor jurídico constitucional.

Ademais os direitos humanos não nascem todos de uma só vez como assevera Moraes, referindo-se à Bobbio: “eles são históricos e se formulam quando e como as circunstâncias sócio-histórico-político-econômicas são propícias” sendo assim fala-se em gerações ou dimensões de direitos humanos. (MORAES, 2011, p. 84).

O filósofo italiano discorre em sua obra acerca da teoria dos direitos humanos, a partir da construção daquilo que cunhou de gerações de direitos.

Bobbio escreve que os direitos humanos nascem quando devem ou podem nascer, e nascem, exatamente quando o poder e a capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens se afloram, seja pelo progresso técnico devastador e destruidor ou mesmo pelas intervenções exacerbadas na natureza humana e, referindo-se à constante evolução dos direitos do homem escreve:

Os direitos do Homem, apesar de terem sido considerados naturais desde o início, não foram dados de uma vez por todas. Basta pensar nas vicissitudes da extensão dos direitos políticos. Durante séculos não se considerou de forma alguma natural que as mulheres votassem. Agora, podemos também dizer que não foram dados todos de uma vez e nem conjuntamente. Todavia, não há dúvida de que várias tradições estão se aproximando e formando juntas um único grande desenho da defesa do homem, que compreende os três bens supremos da vida,

da liberdade e da segurança social.
(BOBBIO, 2004. p. 95).

Os direitos proclamados de primeira geração referem-se aos direitos fundamentais do homem, conquistados nas lutas contra os governos arbitrários e visam limitar a atuação estatal em vista da preservação de direitos como a vida, a liberdade e a igualdade.

Assim, os direitos de primeira geração se traduzem nos direitos de liberdade que limitam o poder do Estado e reservam aos indivíduos e aos grupos particulares certa liberdade de atuação em relação ao próprio Estado.

Os direitos aceitos como de segunda geração já por sua vez decorrem das lutas de classes, notadamente da classe operaria no século XIX e, requerem ações afirmativas do Estado, visando não somente que o ente público se abstenha de práticas lesivas aos direitos humanos, mas sim, requerem do poder estatal atitudes prestacionais com o escopo de salvaguardar situações de direitos humanos relacionadas à vida digna, como por exemplo educação, moradia, lazer, saúde, trabalho, segurança, dentre outros, expressando assim, o amadurecimento das novas exigências como valores a serem garantidos aos homens para a promoção do bem estar e da igualdade não só formal mas também materialmente necessária.

Pelo que se verifica os direitos de primeira dimensão apresentam-se como direitos negativos traduzindo-se em limitação ao Estado, já os direitos de segunda geração são positivos, pois, exigem ações concretas para a promoção da dignidade humana, porém como ressalta Bobbio, embora a quase a totalidade das constituições dos Estados, brilhantemente estampem essas conquistas, infelizmente, boa parte delas e em número significativo de países ali no papel permaneceram, ou seja, uma coisa é proclamar esses direitos, outra coisa é efetivamente desfrutar deles. (BOBBIO, 2014. p. 11).

Bobbio assevera que a luta pelos direitos humanos teve como primeiro adversário a poder religioso, em seguida o poder político e logo depois o poder econômico. Agora, por derradeiro as ameaças surgem das conquistas das ciências e das aplicações dela derivadas, ou seja, dos progressos tecnológicos, exemplificando com o direito a viver em um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, traduzindo-se em uma terceira geração de direitos, que abrange a preservação do meio ambiente e do consumidor e que pode ser destacado como prenúncio de preocupação nos tempos modernos com a manutenção da vida na terra.

Também o direito à comunicação e à privacidade e, não ser invadido pelas armas e ferramentas virtuais hoje

disponíveis aos órgãos públicos e também largamente utilizados pela comunidade privada, como também o direito à integridade genética, a fim de ficar esse a salvo de manipulações e dos avanços dos setores antiéticos e deletérios da bionanotecnologia e da bioengenharia, os quais representam na atualidade uma quarta geração, englobando direitos ligados à informática, à proteção do patrimônio genético, e também relacionados à preocupação com a bioética, dentre outros. (BOBBIO, 2004, p. 96).

Como marco histórico dessa geração pode-se apontar a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em 1997 que reconhece no seu artigo 1º que o genoma humano é patrimônio da humanidade, no artigo 2º assinala que ninguém pode ser discriminado em virtude de suas características genéticas e, no artigo 4º preceitua que o genoma não pode ser objeto de negociação financeira, estabelecendo, portanto, contornos jurídicos à manipulação do genoma humano, a clonagem humana e aos transgênicos.

Podemos, então, afirmar que os direitos humanos são universais, generalizantes e históricos, porém não são definitivos, visto que em face da evolução natural das sociedades no tempo e dos processos político jurídicos, a

cada nova situação surge necessidades outras que carecem de reconhecimento, positividade e concretização.

3.1 Direitos humanos no Brasil

Como já apontamos a Organização das Nações Unidas em 1946 implantou o Comitê de Direitos Humanos com a finalidade de elaborar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento esse desejado por toda a comunidade Internacional, haja vista a perplexidade de todos os povos diante do legado deixado pelas 1ª e 2ª Guerras Mundiais.

A Declaração adotada pela ONU em 1948, com missão exclusiva de promoção da paz por meio da efetiva participação de todas as nações visava fortalecer o respeito universal à justiça, o estado de direito e a garantia dos direitos humanos e liberdades fundamentais, mas ainda resta muito a fazer, como observa Bobbio:

A quem pretenda fazer um exame despreconceituoso do desenvolvimento dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial, aconselharia este salutar exercício: ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si. Será obrigado a reconhecer que, apesar das antecipações iluministas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é ainda

longo. E ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que está diante de nós, talvez tenha apenas começado. (BOBBIO, 2004, p. 25).

No Brasil, entre os tratados internacionais de direitos humanos tanto na esfera da Organização das Nações Unidas como da Organização dos Estados Americanos, devemos destacar os instrumentos jurídicos no qual o Estado Brasileiro é signatário e, reforça-se, não apresentou reservas em nenhum deles.

Para uma melhor análise da história dos Direitos Humanos no Brasil se faz necessário uma incursão na história das constituições brasileiras e em cada uma delas como esse tema foi tratado, a começar pela primeira Constituição Imperial outorgada em 1824, a qual a exemplo dos documentos da época prezava pela inviolabilidade dos direitos civis e políticos, pautado na liberdade, na segurança individual e na propriedade.

Em 1891 com a promulgação da nova Constituição instituiu-se valiosos avanços para os direitos eleitorais, tornando o voto universal, não obrigatório e não secreto, mas alijou desse processo democrático os menores de 21 anos, as mulheres, os mendigos, os analfabetos, os soldados e os religiosos.

Em 1934 foi promulgado um novo texto Constitucional pelo qual instituiu a obrigatoriedade do voto e tornou-o secreto, ampliou o direito de voto para mulheres e cidadãos de no mínimo 18 anos à despeito da Revolução de 1930 que havia esmagado os avanços experimentados pelos Direitos Humanos a exemplo da dissolução do Congresso e das Câmaras Municipais e do enfraquecimento do Poder Judiciário.

A Constituição de 1934 trouxe em seu texto direitos essenciais à garantia dos direitos individuais entre os quais pode-se destacar: que a lei não poderia prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; vedação a pena de caráter perpétuo; proibição da prisão por dívidas, multas ou custas; criação da assistência judiciária para os necessitados, instituição da obrigatoriedade de comunicação imediata de qualquer prisão ou detenção ao juiz competente para que a relaxasse, se ilegal, com a consequente responsabilidade da autoridade coatora.

Ademais trouxe avanços nos direitos sociais inovando nas normas de proteção social ao trabalhador, mas foi nesta mesma era do – Estado Novo –, que com a outorga da Constituição de 1937 instituiu-se o regime ditatorial criando-se os Tribunais de Exceção, sendo declarado o estado de emergência no país, ficando então suspensas liberdades civis

e políticas do cidadão, entre as quais deve-se destacar a suspensão do direito de ir e vir, do sigilo de correspondência, da liberdade de expressão e de reunião, sendo ainda instituído a pena de morte.

Em 1946 com a promulgação da nova constituição, restabeleceu os direitos individuais e extinguiu a censura e a pena de morte, restaurou, ampliou e fortaleceu os direitos e garantias individuais, as liberdades públicas e os direitos sociais. Por esse diploma constitucional ganhou destaque a defesa do meio ambiente e do patrimônio cultural da nação.

A Carta Constitucional de 1946 embora tenha sofrido várias emendas e inúmeros de seus artigos foram suspensos por força dos Atos Institucionais de 9 de abril de 1964 (AI-1) e de 27 de outubro de 1965 (AI-2) em decorrência do denominado “Golpe de 1964”, ainda assim, durante seus quase 18 anos de duração prevaleceu-se a garantia aos Direitos Humanos.

Mas foi com a Constituição de 1967, que a sociedade brasileira experimentou graves retrocessos e violações aos direitos humanos, fossem eles individuais ou sociais, como pode-se observar da supressão da liberdade de publicação, restrição do direito de reunião, da liberdade de opinião e de expressão, manutenção de todas as punições e arbitrariedades decretadas pelos Atos Institucionais, redução de direitos

trabalhistas e restrição da liberdade de opinião e de expressão.

A Constituição de 1967 formalmente vigorou até a Emenda Constitucional de 1969, entretanto no ano de 1968 com o chamado “golpe dentro do golpe” foi baixado o Ato Institucional nº 5, na conformidade dos dizeres de Lenza: “o AI-5, o famigerado e mais violento ato baixado pela Ditadura”, que fortaleceu o poder autoritário dos militares, estabelecendo poder absoluto do presidente e dessa forma agravou os desrespeitos aos Direitos Humanos no País. (LENZA, 2015, p. 145.)

A sociedade brasileira vivenciou nesse período a prática de arbitrariedades, corrupções, torturas, assassinatos políticos, amordaçamento da imprensa e diversas outras violações aos direitos humanos e somente em 1978 com a queda do AI-5 é que a então Constituição – EC69 – começou a vigorar.

Com a Emenda Constitucional nº 11 de 17 de outubro de 1978 foi revogado o AI-5 e outros atos que conflitavam com o texto constitucional e, em 1979, com a reforma da Constituição de 1969, restabeleceu-se em parte a esfacelada garantia aos direitos humanos.

A Constituição de 1988, alcunhada por Ulisses Guimarães como Constituição Cidadã, vez que estabelece

como premissa a dignidade da pessoa, veio assim proteger os direitos do homem. Já no preâmbulo depreende-se o pensamento à época do constituinte, comprometido com os direitos sociais e individuais voltados à liberdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar, igualdade e justiça. No artigo primeiro traz como fundamentos a cidadania e dignidade humana. No artigo quarto fala dos princípios que deve reger as relações internacionais, destacando-se a prevalência dos direitos humanos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo. E mais adiante, no artigo quinto, consagra os direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 pelos parágrafos do art. 5º reconhece que os direitos e garantias fundamentais em seu texto previstos, são normas de aplicação imediata, não excluindo outros do regime e princípios pela Carta Constitucional adotados, ou mesmo decorrente de tratados de que faça parte, elevando, ainda a status constitucional, os direitos e garantias contidos nos tratados internacionais que ratificados pelo Brasil, tenham ingressado no ordenamento pátrio na forma das emendas constitucionais.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS – VALORES, FINS E LIMITES

Como já assinalamos em linhas pretéritas os direitos fundamentais é uma construção histórica, resultado de lutas travadas ao longo do tempo em vista da afirmação da dignidade da pessoa humana e sua composição varia de época para época e de lugar para lugar.

Os direitos fundamentais durante a Revolução Francesa eram resumidos à liberdade, igualdade e fraternidade e hoje direitos fundamentais engloba direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito ao consumidor, liberdade sexual, liberdade de expressão, identidade de gênero, bioética, comércio de órgãos, clonagem humana, liberdade existencial e direito a felicidade, entre outros.

Pelo que se verifica os direitos fundamentais existem para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, devendo as normas constitucionais ser interpretadas à luz desse supraprincípio.

Assim, entendendo os direitos fundamentais como aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e por isso são reconhecidos constitucionalmente, passaremos agora a traçar as características desses direitos, onde inicialmente destacamos a relatividade, visto que dentre

os direitos fundamentais nenhum é absoluto e podem ser relativizados, pois ao entrarem em conflitos, deverá ser utilizado a técnica da ponderação diante dos direitos colidentes a vista do caso concreto, como nos ensina Bobbio:

Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 24).

Ademais os direitos fundamentais podem sofrer limitações, conquanto o estritamente necessário e respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Como segunda característica apontamos a imprescritibilidade, isto é, os direitos fundamentais são imprescritíveis e portanto não são perdidos pela falta de uso.

Já pela característica da inalienabilidade tem-se que os direitos fundamentais não podem ser vendidos, nem doados, nem emprestados.

Como quarta característica ressalta-se a indisponibilidade ou a irrenunciabilidade, em face de que em

regra os direitos fundamentais são indisponíveis e irrenunciáveis, contudo há exceção, mas alerta-se, a renúncia só é admitida de forma temporária e se não afetar a dignidade humana.

Por fim, podemos dizer que os direitos fundamentais são indivisíveis, haja vista que são um conjunto e não podem ser analisados de maneira segmentada e, portanto, o desrespeito a um deles consubstancia desrespeito a todos.

Conclui-se, portanto, que todos os seres humanos nascem com direitos inalienáveis e esses direitos capacitam as pessoas a buscarem uma vida digna, pelo que nenhum governo pode conferi-los, visto que conforme já assinalamos, os direitos humanos são naturais e inatos e, portanto, antecedem ao Poder Estatal.

Observa-se, entretanto, que a despeito de não ser possível ao Estado criar os direitos humanos, vez que são direitos inatos ao homem enquanto homem, é dever de todos os governos protegê-los, assim é que a liberdade do indivíduo, pautada na dignidade da pessoa humana e que, por conseguinte lhe garante a autonomia, uma vez construída sobre uma base de justiça, tolerância e respeito, independentemente da etnia, religião, convicção política ou classe social, permitirá ao ser humano almejar esses direitos fundamentais.

Diante dessas premissas tem-se que o próprio ser humano é o fundamento de todos os valores e, os direitos do homem são os que cabem ao homem, e a ele pertencem ou deveriam pertencer, não podendo, assim, de nenhum deles ser despojado. (BOBBIO, 2004, p. 13).

Dessarte, verifica-se a grande dificuldade em assegurar a efetivação do preceito da dignidade da pessoa humana e por conseguinte, a concretização dos direitos fundamentais, mas também é preciso reconhecer que a liberdade, a igualdade e o respeito são elementos cruciais para se chegar a esse patamar evolutivo das relações humanas e a efetivação dos direitos humanos em sua plenitude.

Pelo estudo da estrutura da norma de direitos fundamentais com vistas a compreender a importância e as restrições desses direitos e com isso encontrar uma doutrina satisfatória sobre a colisão desses princípios, servimo-nos dos ensinamentos de Alexy o qual traz a distinção entre regras e princípios e assinala que essa é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e, por esta razão, é a chave para os problemas centrais desta dogmática, haja visto que com a análise da estrutura das normas de direitos fundamentais busca-se esclarecer os seus efeitos perante terceiros. (ALEXY, 2015, p. 86).

Regras e princípios têm uma diferença qualitativa, na qual as regras podem ser realizadas ou não podem ser realizadas, são satisfeitas ou não são satisfeitas, ou seja, são determinações.

Princípios por sua vez são mandados de otimização, são mandamentos que determinam que seja aplicado tanto quanto seja possível dentro da situação fática e jurídica do caso concreto.

Atesta-se que duas normas aplicadas isoladamente levam a resultados diversos e inconciliáveis, isto é, duas normas regras levam a dois juízos concretos do dever ser jurídico e havendo conflito entre as regras, deverá ser introduzido uma cláusula de exceção a fim de eliminar a tensão, ou também poderá uma das regras ser considerada inválida e daí a lide será solucionada. (ALEXY, 2015, p. 93).

Diferente será a colisão entre princípios, pois estes exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídico-fáticas existentes, mas não possuem um mandamento definitivo e sim *prima face*, visto que princípios são razões que podem ser afastadas por razões antagônicas, mas não dispõem da extensão do seu conteúdo.

Assim, diante da tensão entre princípios de direitos fundamentais, um deles deverá ceder e não haverá declaração

de invalidade do outro ou mesmo a introdução de uma cláusula de exceção, e sim, tão somente um direito fundamental irá prevalecer sobre o outro com base nas condições do caso concreto.

Veja que na interpretação das regras, essas exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam e, portanto, estará delimitado a extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas, pois as regras, se válidas, devem ser aplicadas na forma dworkiana do tudo ou nada e, já os princípios, que contêm, por sua vez, razões que indicam uma direção não possuem como consequência necessária uma determinada decisão. (ALEXY, 2015, pp. 104-106).

Para ultrapassar uma regra do ordenamento é preciso também superar os princípios formais que a consubstanciou, os quais serão extraídos da norma estabelecida.

Princípios, frise-se, são razões *prima facie* e portanto são normas estabelecidas, as regras por sua vez são normas definitivas, pois serão a razão para um juízo concreto e então são assim normas atribuídas, pelo que, para superar determinados preceitos contidos na regra é examinado os princípios estabelecidos que ela (regra) se originou e, então, mediante o ônus argumentativo de um ou de outro princípio supera-se esse ou aquele direito fundamental.

Posto isso, conclui-se que os princípios de direito fundamental são sempre gerais enquanto não se relacionam com o caso concreto, quando então se relacionam, chega-se a regras atribuídas.

É preciso ainda reforçar que os princípios são razões para as regras e por isso são de fundamental importância para o ordenamento jurídico e como tal emergem questionamentos que precisam ser enfrentados neste trabalho. Assim, indaga-se: haverá colisão de princípios que poderá ser resolvido pela invalidade de um deles? Existem princípios de direitos fundamentais absolutos que não cedem a preferencia a outros? E, por fim, o conceito de princípios é amplo demais e dessa forma prejudicial à interpretação jurídica?

As respostas iniciam pela compreensão de que a colisão de princípios sempre ocorrerá dentro do ordenamento e se estão dentro do ordenamento todos são válidos. Contudo, haverá princípios fundamentais fortes e princípios fundamentais menos forte, daí um princípio em determinado momento cede a outro e isso não significa que um é inválido, pois todos estão dentro do sistema jurídico e se fossemos entender que haveria princípio fundamental absoluto, esse então não conheceria limite jurídico.

Assim, pensar em princípio fundamental absoluto em detrimento a um ou a outro não coaduna com o ordenamento jurídico vigente, porém, haverá princípios mais fortes que outros e isso ocorrerá quando o princípio também é tratado como regra, como é o caso do supra princípio regra da dignidade da pessoa humana, daí esse gozará de altíssimo grau de certeza.

A norma da dignidade é tão mais forte que não se questiona se ela prevalece ou não, e sim, questiona-se se ela foi violada ou não, pelo que se conclui que se a dignidade humana tem precedência é porque ela foi violada ao nível das normas regras, portanto, não é o princípio que é absoluto e sim a regra de direito fundamental que é absoluta, pois esta com ampla abertura semântica não tem limites, assim é o ensinamento que se extrai de Alexy:

Nos casos em que a norma da dignidade humana é relevante, sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão somente se ela foi violada, ou não. Contudo, em face da abertura da norma da dignidade humana, há uma ampla margem de apreciação na resposta a essa questão. (ALEXY, 2015, p. 112-113).

Alexy escreve que a dignidade da pessoa humana tem uma conotação de supremacia pois existem duas normas de

dignidade da pessoa humana, isto é um princípio da dignidade da pessoa e uma regra da dignidade da pessoa humana, assim o superprincípio fundamental da dignidade da pessoa humana irá prevalecer sobre vários outros princípios e regras, pois as normas de direitos fundamentais são compostas por princípios e regras de direitos fundamentais. (ALEXY, 2015, p. 114).

5 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A VINCULAÇÃO DOS DEMAIS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deu destaque aos direitos fundamentais, incorporando em seu texto um catálogo de direitos individuais, políticos, sociais, difusos e coletivos em consonância ao direito internacional de proteção dos direitos humanos.

Um sistema aberto de princípios possui uma nova conotação com vistas a alcançar a eficácia jurídica, é a lei se amoldando à vida através da utilização dos princípios, pois uma vez as regras e princípios de direitos fundamentais que compõem o gênero normas jurídicas estando abrigados na Constituição, todos passam a ter força irradiante no ordenamento, como se destaca da obra de Sarmento:

Posta nestes termos a distinção entre princípios e regras, cumpre frisar que existe a necessidade indeclinável de que a Constituição empregue estes dois tipos de norma. Os princípios são muito importantes porque, pela sua plasticidade, conferem maior flexibilidade à Constituição, permitindo a ela que se adapte mais facilmente às mudanças que ocorrerem na sociedade. Além disso, por estarem mais próximos dos valores, eles ancoram a constituição no solo ético, abrindo-se a Constituição para conteúdos morais substantivos. Por isso, seria inadmissível uma Constituição baseada apenas sobre regras. Ter-se-ia um sistema cerrado, incapaz de adaptar-se às mutações de uma sociedade cambiante, fechado tanto para o mundo da vida, como para o universo dos valores. [...] também seria inviável uma Constituição que se fundasse apenas sobre princípios, pois essa [...] careceria ao sistema uma dose inaceitável de incerteza e insegurança, já que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluído e imprevisível que do que a das regras. (SARMENTO, 2010, pp. 90-91).

Verifica-se na sistemática do ordenamento constitucional brasileiro que os direitos fundamentais situam-se na parte inicial do Texto Maior, revelando a sua primazia axiológica frente mesmo das normas de organização e estruturação do Estado.

Observa-se que ao postulado da dignidade da pessoa humana não foi reservado o mesmo capítulo e sim, como se vê, está assegurado no texto constitucional em seu artigo 1º inciso III como fundamento republicano, sendo objeto de

expressa previsão constitucional em outros capítulos, ressaltando o valor da pessoa humana em sua concretude e sua dignidade, haja visto, como nos lembra Sarlet, no conteúdo do artigo 170 caput quando estabelece que é finalidade da ordem econômica assegurar a todos uma existência digna, como também no capítulo dos Direitos da Família – artigo 226 § 6º quando assegura o planejamento familiar e a paternidade responsável em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana entre outros.

Sarlet nos lembra que “assim, antes tarde do que nunca – pelo menos ainda antes da passagem para o terceiro milênio –, a dignidade da pessoa e, nesta quadra, a própria pessoa humana, merecem a devida atenção por parte da nossa ordem jurídica positiva. (SARLET, 2006, p. 62).

Complementado pelo artigo 3º da Constituição, a dignidade da pessoa humana é também apontado como objetivo fundamental para a construção de uma sociedade sob os ditames da liberdade, solidariedade e da justiça com o escopo da promoção do bem de todos sem discriminação.

Pelo que se vê o texto constitucional reconhece a pessoa humana não como um meio e sim como um fim de todo o ordenamento jurídico, pois a dignidade da pessoa humana é metaprincípio, é um vetor para a repersonalização das relações jurídicas, irradiando os seus efeitos sobre todo o

ordenamento jurídico, sendo apontado pela doutrina como o princípio mais relevante da ordem jurídica, entrelaçado com os direitos fundamentais e os direitos da personalidade.

Como se observa, não obstante o metaprincípio da dignidade da pessoa humana não se achar no capítulo dos direitos fundamentais, Huspel informa que o supraprincípio perpassa todos eles e absorve a pessoa enquanto ser e na dimensão do ser, isto é, na suas necessidades, aspirações e projeções. (HUSPEL, 2016, p. 56).

A dignidade da pessoa humana como fundamento republicano vê a pessoa como sujeito de direito e não como sujeito do direito. Trata-se de um valor fundamental, que regula e dá fundamento às normas jurídicas.

É a dignidade da pessoa humana uma norma princípio que impõe sua força a todo o ordenamento e vincula os princípios fundamentais, não havendo como negar ou desconsiderar esta conexão, que se destaca e se harmoniza com a dimensão histórica e cultural dos direitos humanos e os preceitos fundamentais que lhe são próprios.

Diante dessas premissas, a dignidade humana pode se apontada por seu conceito axiológico, traduzindo-se em um valor, a observar a teoria alexyana. Assim é que se diz que a sua natureza jurídica possui carga axiológica para o direito assim como a justiça e a solidariedade.

A dignidade da pessoa humana aceita como norma axiológica é portanto entendida como norma regra de valoração e também como norma princípio como critério de valoração a embasar os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Também utilizando dos ensinamentos de Alexy tem-se que a dignidade da pessoa humana possui um conceito deontológico sob o primado do dever de proibição, de permissão e de direito a algo, traduzindo-se juridicamente no conceito do dever ou dever-ser e, então, elevada a metarregra se aproxima do direito com status de princípio jurídico, conceito esse largamente utilizado nos ônus argumentativo das decisões judiciais. (ALEXY, 2015).

Dessarte, constata-se que a dignidade da pessoa humana a despeito de não figurar como direito fundamental explicitado no artigo 5º da Carta Maior, possui, entretanto, validade universal, dotada de nítido caráter suprapositivo, caráter este oriundo do pós 2ª guerra mundial e destaca-se por sua carga valorativa pré e extrajurídico, sendo regra matriz e motriz, influenciando desta feita o legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como norma regra e norma princípio produz fortes impactos na assimilação, aceitação e utilização do seu conteúdo com

elevadíssima carga axiológica e de sua estrutura normativa dotada de extensiva abertura semântica, permitindo que o seu conceito seja captado como direito fundamental, sendo dotado de valor absoluto e assim reconhecido como princípio jurídico para o direito.

Desta forma, depreende-se que da norma regra-princípio da dignidade da pessoa humana extrai-se mandamentos de otimização e, de igual força, extrai-se conteúdo de subsunção, por meio de sua interpretação como regra concreta de enunciado abstrato, irradiando por outras normas e assim dando o tom do seu sentido e alcance.

5.1 Concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana – fundamentos, condições e confrontações

A dignidade da pessoa humana é parte integrante dos direitos fundamentais, mas não se confunde com eles e não será em momento algum elemento de ponderação pelo critério de sopesamento e sim, será a dignidade humana o próprio parâmetro de ponderação, ficando afastada, portanto, de meros artifícios retóricos, mas sim aceita como critério multicultural, universalizante e compartilhável.

Desta feita os princípios fundamentais são concretizações ou exteriorização do princípio da dignidade da pessoa humana, como se extrai das lições de Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2006, p. 59).

O ser humano é dotado de dignidade, sendo-lhe garantido sua autodeterminação e lhe é assegurado a autonomia para desenvolver sua própria existência.

A dignidade da pessoa humana como direito fundamental e como direito da personalidade é mais que um direito, é um valor e, clamar pelo fundamento constitucional da dignidade humana é reconhecer a pessoa como ser humano diferenciado dos demais seres em face de sua racionalidade e sociabilidade. (SARLET, 2006, pp. 70-71).

O fundamento da dignidade da pessoa humana é a autonomia, sendo esse o conteúdo mínimo da dignidade e

cuja autonomia lhe dá liberdade de se autopoicionar como valor universal frente aos valores humanos.

Esse valor é o que possui a pessoa como ser humano, cuja nomeação convencionou chamar de dignidade e que não tem preço e não pode ser substituído, conforme destaca Barroso.

A dignidade da pessoa humana e a igualdade material de todos extraídos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e da Declaração Universal dos Direitos Humanos,⁶³ como também dos diversos Pactos, Convenções e Tratados Internacionais e ainda da Constituição da República Federativa do Brasil, como também de farta legislação infraconstitucional é, pois, medida deontológica e axiológica para todo o sistema jurídico.

Deste arcabouço destacamos o preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1945 o qual proclama a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano; assim como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, onde a doutrina aponta ali encontrar condensado o mínimo ético a ser assegurado ao homem para a preservação de sua dignidade humana; como ainda na Declaração de Viena de 1993 durante a Conferência Mundial dos Direitos Humanos de onde se extrai que todos os direitos

humanos tem origem na dignidade e valor inerente da pessoa humana.

Através do estudo das normativas acerca do tema podemos afirmar que a dignidade e os direitos humanos são duas vertentes que originam de um só tronco que é a pessoa humana e, ao final e ao cabo, se convergem para um só valor.

Valor esse, frise-se, do ser humano por ser humano e, desta forma, ser singular e merecedor do tratamento igualitário em respeito e completude como pessoa, devendo ser a pessoa humana elevada a uma posição jurídica a ser tutelada pelo legislador e também pelos mecanismos judiciários

Destaca-se, portanto, que o ser humano é carecedor de atenção às violações pré e pós violatórias de seus direitos fundamentais e de sua dignidade humana.

O valor da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e dá substrato aos direitos fundamentais a começar pelo direito à vida que se encontra plasmado no artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 6º do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e ainda no artigo 4º da Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969.

Podemos destacar também como substrato da dignidade humana o direito à igualdade, pelo qual todas as

peças são merecedoras em igual medida de respeito e consideração, sem discriminação de raça, cor, sexo, religião, origem ou qualquer outra condição, com respeito à diversidade e identidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme nos ensina Mazzuoli, interpretou o princípio da igualdade reconhecendo que esse “advém origem diretamente da natureza humana e é inseparável da dignidade essencial da pessoa”. (MAZUOLLI, 2015, p. 299).

O princípio fundamental da igualdade é nesse sentido contemplado em diversos instrumentos internacionais como se depreende do artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seus artigos 1º, 4º, 5º e 17 nos quais consagra o princípio da igualdade ao estabelecer que os homens nascem livres e iguais em direitos e que essa liberdade consiste em fazer tudo que não prejudique o próximo e cujos limites deverão ser determinados por lei.

Na dimensão pública ou na dimensão privada necessário se faz reconhecer o ser humano pelo seu valor ao que se denomina dignidade, como já nos referimos, e então, visto assim como agente capaz, livre e por critérios isonômicos para o exercício da democracia, pois como

assevera Bobbio, sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos

não existe democracia. Democracia esta vista como a assunção da responsabilidade e dever de se autogovernar por seus próprios meios. (BOBBIO, 2004, p. 93).

O princípio da dignidade da pessoa humana confere à pessoa humana o poder de autodeterminação com a remoção de obstáculos que o impeça de uma vida digna, lhe permitindo dirigir sua existência com as suas próprias opções.

Reconhecer-se na pessoa sua autodeterminação em relação ao Estado e em relação aos outros seres é núcleo central de todos os direitos fundamentais do homem. (HUSPEL, 2016, p. 74-75).

5.2 LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA SOB IMPERATIVOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O indivíduo é inteiramente livre e sua autonomia é também um direito fundamental protegido constitucionalmente.

A autonomia sendo detentora de tutela constitucional está agasalhada pelo princípio da dignidade da pessoa

humana com o escopo de lhe garantir o livre desenvolvimento da personalidade.

Tendo a autonomia como fundamento a dignidade e, aquela sendo entendida como autodeterminação do indivíduo para suas escolhas existenciais e negociais a fim de se desenvolver na sua plenitude e sem imposições heterônimas, garantido estará à pessoa humana, enquanto capaz e em condições pessoais e sociais, de fazer suas escolhas, seja afeto à sua vida, sua religião, seu trabalho, sua opção sexual, sua liberdade de expressão e sua vida privada, bem como seu planejamento familiar e/ou sucessório, dentre outros.

A autonomia é a expressão da vontade livre, da capacidade e da liberdade do indivíduo de se autorreger em conformidade com certas regras, mas essas regras não são exatamente externas, e sim, regramento pautado na conduta ética de cada indivíduo consigo mesmo e para com os outros em obediência a uma lei universal.

A autonomia privada é mais ampla que a autonomia contratual, é pois, o fundamento para firmar normas jurídicas individuais, é a liberdade das pessoas de regular os seus próprios interesses por meio da criação de normas vinculativas para si próprio e também capaz de provocar efeitos jurídicos a terceiros.

Pelo princípio fundamental da autonomia as pessoas estabelecem as cláusulas regulares de seus interesses contrapostos que mais convenham à sua vontade, visto que cada um é o melhor juiz de seus próprios atos.

Hupsel citando Perlingieri aponta que a autonomia de vontade é enfim o poder que o particular tem de regular pelo exercício de própria vontade as relações de que participa, estabelecendo o conteúdo e as respectivas disciplinas jurídicas: “Perlingieri recorda que, “sob o pressuposto de que cada um é o melhor juiz de seus próprios interesses, a autonomia privada é, antes de tudo, autodeterminação, autorregulamentação, poder de vontade”. (PIERLINGIERI *apud* HUPSEL, 2016, p. 73).

Sob o viés jurídico a autonomia tendo como pressuposto a dignidade da pessoa humana deve ser examinada no plano horizontal – dimensão pública, e também no plano vertical, ou seja, numa dimensão privada de suas relações.

Esta última exige essencialmente a observância da autonomia de vontade quanto a sua liberdade de escolhas e desde que também observado as condições necessárias para a livre manifestação da vontade.

Poderá então, diante deste primado, a pessoa como ser humano livre e capaz fazer suas próprias escolhas,

pautando-se por valores morais e, sob o imperativo categórico kantiano, deverá sempre atuar com ética e responsabilidade por seus atos, ações e consequências.

É de se observar que a dignidade da pessoa humana não pode ser aniquilada, seja por ela própria ou por terceiros, assim é que, em sendo relativizado o direito fundamental da autonomia privada, poderá haver restrições à autonomia da vontade para a proteção do indivíduo em face de si mesmo, como também para a proteção dos direitos de terceiros e ainda para o atendimento a certos valores sociais.

Portanto, devemos frisar, que em alguns aspectos da dignidade poderá a autonomia privada ser paralisada, mas tão somente em certas e excepcionais situações, seja pelo legislador ou pelo judiciário, a exemplo da liberdade contratual.

Ainda, à guisa de exemplos podemos destacar outras situações em que foi ressaltado a dignidade da pessoa humana a justificar o ônus argumentativo em decisões judiciais: direito do consumidor, restrições ao direito de propriedade, colisão ao direito de moradia, direito ao usufruto e a emblemática situação da locação e despejo, seja com a finalidade residencial⁸² e notadamente à finalidade empresarial, como também o direito de expressão,⁸⁴ a recepção ou não da lei de imprensa, liberdade de associação,

e ainda, a imposição de regime de bens no casamento em razão da idade.

Também como frutos dessa colisão em que os tribunais já debruçaram em ocasiões pretéritas podemos de igual forma citar a prisão por dívidas de alimentos, a investigação de paternidade, a dupla paternidade/maternidade e os aspectos desdobráveis da multiparentalidade sob os enfoques do direito de alimentos, sucessórios e socioafetividade, as uniões homoafetivas e poliafetivas, as discussões sobre a redesignação sexual com ou sem cirurgia, as alterações de nome e de sexo e a igualdade de gêneros.

Mais recentemente, deparou-se o Egrégio Supremo Tribunal Federal com o aborto de anencéfalos e o aborto até o terceiro mês de gravidez conforme se viu dos votos dos Ministros Luis Roberto Barroso, o qual foi seguido pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, como garantia do direito da dignidade da mulher e de sua livre manifestação de vontade.

Conforme se verifica em todas as situações avençadas acima, sem olvidar de outras não colacionadas por economia de tempo, espaço e oportunidade neste trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo largamente usado para fomentar o ônus argumentativo em variadas e complexas vicissitudes da vida real.

6 CONCLUSÃO

Direitos humanos estão muito mais próximos de nossas práticas para com nossos semelhantes do que de afirmações teóricas de especialistas.

A dimensão formal, institucional e doutrinária acerca dos direitos humanos deve se completar com a própria atuação dos seres humanos atores dessa trama social, pois estes são os sujeitos que podem ou não construir e reconhecer os direitos humanos de forma solidária e recíproca, alcançando assim a verdadeira dimensão política de ser ator dessa sociedade e exercer de fato o poder democrático e o exercê-lo com autonomia e de forma emancipadora.

Se assim não atuarmos, estaremos contribuindo enormemente para a consolidação da posição excessivamente normativa e formalista de enxergar e tratar os direitos humanos, posto que se nos espaços que nos situamos e nos movemos não adotamos postura ativa para o respeito aos direitos do outro, estaremos com o discurso teórico tão só circunscrito a uma postura delegatória da eficácia dos direitos humanos.

Analisando a história dos Direitos Humanos constata-se que as gerações se sucedem e se somam ao longo do

caminhar histórico, colocando o homem diante de necessidades e desafios e, no dizer da teoria bobbiana, surgem gerações de direitos uma após a outra e são, portanto, reflexo dos avanços sociais, morais, tecnológicos e científicos das sociedades e, por se tratar a sociedade de ajuntamento de pessoas humanas, estão em constante evolução e expansão, o que provoca rupturas e desafios que repercutem naquilo que entendemos por dignidade humana, que é senão o valor da pessoa enquanto ser humano.

Urge, assim, ampliar a conscientização e a cultura jurídica de proteção acentuando a dimensão pré-violatória, pois somos nós mesmos do lugar em que estamos e da maneira que agimos que participamos da construção ou destruição dos direitos humanos, pois quanto maior for a cultura dos direitos humanos, menores serão as demandas que chegarão aos tribunais.

Uma vez entendido os direitos fundamentais como aqueles que são qualificados na ordem constitucional, como também em outros dispositivos atinentes a direitos, garantias e liberdades, preciso é reconhecer a sua eficácia horizontal e a eficácia vertical nas relações do indivíduo como o poder público e também com o particular, atestando pois a sua eficácia indireta.

Pela eficácia vertical, os direitos fundamentais tinham o Estado como exclusivo destinatário, protegendo, assim, o indivíduo da ação desse poder, o qual deveria se abster de lesar bens juridicamente fundamentais. Já pela eficácia horizontal atesta-se que são invioláveis os direitos fundamentais, seja por ação estatal ou por ato privado.

Diante do exposto verifica-se que os direitos fundamentais se lançam nas relações privadas por meio do legislador e cabe ao Juiz intermediar a dignidade da pessoa humana para harmonizar com a autonomia privada e a aplicação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados como a boa fé e bons costumes.

Conclue-se então que os direitos fundamentais servirão de parâmetros interpretativos, ficando a norma constitucional não como regra de hermenêutica, mas sim como força matriz e motriz de seus efeitos e incidirá sobre todos os conteúdos das relações em situações subjetivas, pois os direitos fundamentais são normas princípios e também são normas regras e como tal regem todos os âmbitos do direito como forte repercussão nas relações privadas.

Não subvalorizando o aspecto normativo e institucionalizado e de igual forma não diminuindo a relevância da matriz teórica sobre direitos Humanos, porém, como afirma Bobbio, para a eficácia dos direitos humanos

não é suficiente afirmá-los ou salvaguardá-los, havendo um descompasso abissal entre o afirmar e cumprir os preceitos que garantam ao homem ser de fato o centro do sistema jurídico.

Procurando estabelecer uma visão mais profunda, proativa e participativa do cidadão enquanto ator dessa sociedade para a conquista de espaços por meio do exercício da livre manifestação de vontade, imperioso se faz entender que o Direito incorpora um sistema de valores e coloca a pessoa humana em seu epicentro.

A pessoa humana dotada de liberdade para propor seu agir e autorregular seus próprios interesses recebe da ordem jurídica autonomia para reger sua própria vida e estabelecer suas relações conforme suas escolhas e decisões e também sob sua responsabilidade e consequências.

Nesse sentido os direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana que são partes integrantes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos propiciam a autonomia existencial em busca da plenitude de vida e da felicidade enquanto ser humano na sua completude e sua singularidade.

Imperioso é o reconhecimento da extensão dos direitos humanos nas relações públicas e privadas e que já se incorporou ao nosso sistema jurídico, mas é dever dos

operadores do direito examinar a vinculação dos direitos fundamentais ao primado da dignidade da pessoa humana, aos direitos da personalidade para a efetivação real dos direitos humanos e desta forma traçar seus limites com vistas à proteção dos direitos individuais e respeito ao também princípio fundamental da autonomia da vontade, sob pena da excessividade e alargamento desses conceitos e consequentemente pela aplicação acabarem por asfixiar a liberdade pessoal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro

de Direito Público, n.º 9, mar/abr/mai. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%202007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 3 jan. 2017.

BRASIL. **Coletânea de Tratados Internacionais**- Observatório de Relações Internacionais. Disponível em: <<https://neccint.wordpress.com/legislacao-internacional/>>. Acesso em: 6 out. 2016.

BRASIL. **Conferência de Direitos Humanos - Viena – 1993**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo-RS: Unisinos. 2009.

HUPSEL, Francisco. **Autonomia privada na dimensão Civil constitucional**: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais. Salvador: Juspodivm, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Método, 2015.

MORAES, José Luiz Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço temporal dos direitos humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas, 1945** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 22 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos**. promulgação. (Adotado pela XXI Assembleia-Geral das Organizações das Nações Unidas (ONU), em 16/12/1966. Decreto no 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 28 dez. 2016.

PELUSO, Cezar. **Código civil comentado**. 8 ed. São Paulo: Manole, 2014.

QUADROS, Aparecida Dutra Barros; LEMOS, Laís Freire. Os direitos humanos no Brasil vistos sob o enfoque do

sistema penitenciário em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos na reincidência. In. MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa (Org.) **Cadernos de Direitos Humanos, Liberdade Religiosa e Tolerância – V. 1**. Pará de Minas: Virtualbooks, 2016.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 22 out. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

A APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

*André dos Santos Gonzaga*¹¹⁶
*Luciana Andréa França Silva*¹¹⁷
*Deilton Ribeiro Brasil*¹¹⁸

RESUMO

A presente pesquisa busca analisar tem a reserva do possível em contraposição ao direito de prioridade que a criança possui no nosso ordenamento jurídico. O objetivo da pesquisa é apresentar e verificar de forma crítica como os direitos fundamentais das crianças, com enfoque na educação, vem sendo tratado ao se invocar a reserva do possível. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-analítico que instruiu a análise de leis relacionadas ao tema, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

¹¹⁶ Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete-FDCL. Advogada.

¹¹⁷ Mestranda do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna-MG. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Anhanguera Uniderp. Docente na Faculdade Pitágoras em Divinópolis/MG. Advogada.

¹¹⁸ Pós-Doutorando em Direito pela University of Ljubljana, Eslovênia e Università di Pisa, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da reserva do possível; Prioridade absoluta da Criança; Educação.

ABSTRACT

The present search seeks to analyze has the "reserve of the possible" as opposed to the right of priority that the child has in our legal system. The objective of the search is to present and verify critically how the fundamental rights of children, with a focus on education, is being treated by invoking the reserve of the possible. The research is of theoretical-bibliographic nature following the descriptive-analytical method that instructed the analysis of laws related to the subject, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

KEYWORDS: Reserve for contingencies principle; Absolute Priority of the Child; Education.

1 INTRODUÇÃO

Quando se cuida de interesse de crianças, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da proteção integral, consubstanciada no princípio da prioridade absoluta, que disposto no artigo 227, caput da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹¹⁹ e no Estatuto da

¹¹⁹ Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência,

Criança e do Adolescente (artigos 1º e 3º), razão pela qual as questões relativas à criança e ao adolescente deve ocupar posição privilegiada nas questões de organização quanto às realizações do Estado e da Família.

Ao contemplar os direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 reconheceu um lugar privilegiado da criança e o adolescente como sujeitos de direitos com absoluta prioridade. Quanto se fala, portanto, em prioridade absoluta não podemos nos afastar da ideia de que estamos tratando de algo que não é relativo, que concentra todo o poder, sem restrições, independente, imperioso, puro, que é independente de todo o ponto de referência convencional¹²⁰.

A previsão constitucional fomentou a necessidade da elaboração de um novo diploma que pudesse contemplar a nova concepção privilegiando com isso a criança e o adolescente, o que se operou com a Lei n.º 8.069 – o Estatuto da Criança e do Adolescente privilegiando em seu artigo 1º a proteção integral à criança e ao adolescente e ainda e absoluta prioridade.¹²¹

discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

¹²⁰ Disponível em <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/absoluta>>. Acesso em 02 ago. 2017.

¹²¹ Artigo 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos

O princípio da proteção integral à criança e do adolescente, compreendido como sujeito de direitos em situação peculiar de pessoa em desenvolvimento determina a primazia do atendimento nos serviços públicos, a preferência na formulação e execução de políticas públicas, e, especialmente, a destinação privilegiada de recursos para as áreas direcionadas à proteção da criança e do adolescente.

No entanto, apesar previsão da proteção integral da criança e do adolescente com prioridade absoluta, o Poder Público parece reconhecer a necessidade da implementação de direitos, mantendo-se inerte em face das garantias que são dele decorrentes, uma vez que não é capaz de atender aos interesses de crianças e adolescentes, omitindo direitos fundamentais básicos, como o acesso à educação, o direito à saúde, à alimentação.

Com isso, cresce o número de ações judiciais interpostas para obrigar a Administração Pública a adotar medidas que visem o cumprimento dos direitos e garantias

direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

fundamentais previstos constitucionalmente referentes aos interesses da criança e do adolescente que ocupa posição privilegiada.

A Administração Pública, por sua vez, quando interpelada judicialmente, repete sucessivamente os mesmos argumentos em sua defesa invocando o princípio da reserva do possível para afastar sua obrigação alegando ainda que não cabe ao Poder Judiciário determinar quais políticas públicas deve implantar o Poder Executivo, sob pena de se configurar uma interferência indevida na esfera de atribuição que não é de sua competência e que a decisão que determine a adoção de medida de política pública fere o mérito administrativo e a discricionariedade da sua decisão.

Entretanto, invocar a reserva do possível é torna-se equivocada frente a absoluta prioridade da criança onde a discricionariedade do Poder Público deve privilegiar o atendimento das políticas relacionadas as necessidades da criança e do adolescente, reconhecendo a necessidade de tratamento prioritário diante do novo panorama do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal.

Buscando uma reflexão sobre a mudança de paradigma trazida pela Constituição de 1988 que impôs que todo o sistema jurídico brasileiro seja interpretado à luz da

nova doutrina, conferindo a crianças e adolescentes todos os direitos inerentes a todo ser humano e determinando que eles devam ser implementados com absoluta prioridade, este estudo objetiva uma análise relacionada a invocação da reserva do possível para afastar o implementação de políticas públicas voltadas para o atendimento de crianças, relacionados especialmente à educação como forma de reconhecimento da necessidade de privilegiar a criança como ser um condição especial de desenvolvimento.

A metodologia utilizada no presente estudo foi a revisão bibliográfica, baseada em fontes primárias e secundárias, utilizando-se o método dedutivo.

2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A partir da Constituição Federal de 1988 e posteriormente do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Brasil adotou a doutrina da Proteção Integral elegendo a partir de então crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, em contraponto ao posicionamento que anteriormente considerava a criança e o adolescente como objeto de direitos, reconhecendo que a obrigação de forma conjunta formada pela família, a sociedade e o Estado.

A proteção integral assenta-se em três pilares que reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e não mais como objeto de direitos, a absoluta prioridade relacionada a políticas públicas e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

É indiscutível que a teoria da proteção integral representa um enorme progresso dos direitos humanos fundamentais trazendo a noção de que crianças e adolescentes são titulares de direitos gerais, como toda e qualquer pessoa, e específicos, devido à sua peculiar situação de pessoa ainda em desenvolvimento físico, mental, intelectual, social e cultural.

Do princípio da proteção integral decorre a exigência de que a tutela e aplicação dos direitos de crianças, adolescentes e jovens tenham prioridade absoluta.

Analisando a prioridade, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira traz como conceito:

1. Qualidade do que está em primeiro lugar, ou do que aparece primeiro; primazia.
2. Preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia.
3. Qualidade dum coisa é que posta em primeiro lugar, numa série ou ordem. (DICIONÁRIO AURÉLIO, 1986, p. 1393).

A palavra absoluta, segundo o mesmo dicionário, extrai-se como ilimitada, irrestrita, plena, incondicional. Portanto, analisando a etimologia da prioridade absoluta consagrada à criança e ao adolescente podemos constatar que seria uma qualidade assegurada às crianças e aos adolescentes uma preferência de forma ilimitada na garantia de seus direitos assegurado com primazia sobre quaisquer outros.

Por seu turno, a prioridade absoluta dedicada às crianças e adolescentes, Wilson Donizeti Liberati (1991) pontua que:

Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes [...]. Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são importantes que as obras de concreto que ficam par a demonstrar o poder do governante. (LIBERATI, 1991, pp. 4-5)

Tem-se, portanto, que o princípio garantia da prioridade absoluta da criança e do adolescente estabelece

uma relação de preferência em benefício do público infanto-juvenil que não pode deixar de ser observada por nenhum dos poderes do Estado.

Assim sendo, o atendimento a um direito fundamental de uma criança deverá prevalecer em relação ao atendimento a um adulto com absoluta prioridade. Isso significa que o legislativo deverá tratar de ações prioritariamente voltadas para o atendimento infantil, que o executivo, no uso de atribuições deverá priorizar políticas de atendimento de crianças e adolescentes, bem como o judiciário, ao proferir suas decisões não poderá se afastar da ideia da prevalência da proteção integral destes.

A prioridade absoluta é um marco na mudança da visão da legislação brasileira onde passou-se a olhar a criança como pessoa em condição especial de desenvolvimento e, portanto, digna de proteção integral onde lhe seja garantido o melhor interesse.

A origem histórica se deu por mobilização civil, em que o texto do artigo 227 da Constituição Federal se deu por origem popular, que levou à assembleia constituinte em 1987 duas propostas de iniciativa popular - “Criança e Constituinte” e “Criança: Prioridade Nacional” – sendo marco normativo que posteriormente culminou no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O legislador constituinte, ao ouvir o clamor popular prevendo a prioridade absoluta para crianças e adolescentes visou corrigir uma omissão temática, uma vez que, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar do tema reconhecendo o peculiar estado de desenvolvimento e a curta duração do estágio de vida infanto-juvenil e a necessidade de prioridade no atendimento.

A aplicabilidade da proteção integral da criança e do adolescente tem sua aplicabilidade imediata, uma vez que trata valor constitucional que irradia efeitos diretos, concretos e obrigatórios de forma plena para o ordenamento jurídico brasileiro.

Com o reconhecimento de direitos pela Constituição Federal em seu artigo 227 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente no artigo 4º não podemos nos distanciar da ideia de que o direito à educação passa a ter uma atenção especial, uma vez que há uma maior implicação social. É na educação que se prioriza a condição especial de desenvolvimento, pois traz consigo a desenvolvimento de toda uma nação que somente poderá vislumbrar um futuro com crescimento sólido e duradouro.

A partir da doutrina da proteção integral grandes avanços foram alcançados onde o governo brasileiro tem investido na implementação de diversos direitos da criança,

entretanto, é na educação que podemos reconhecer certa fragilidade no atendimento prioritário que deve ser dedicado à criança e ao adolescente.

3 A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DA EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A educação tradicionalmente configura um dos valores de natureza social mais significativo relacionado à melhoria e à transformação da sociedade, sendo mais que uma exigência ligada aos processos produtivos e de inserção profissional, correspondendo a valores da cidadania social e política.

Tendo em vista a relevância da educação e sua importância na construção da cidadania em prol do bem comum e de uma sociedade mais justa a Constituição Federal de 1988 tem um importante papel na consolidação das noções que permeiam o seu acesso, incluindo no rol dos direitos fundamentais o direito à educação, amparado, também, por diversos diplomas internacionais.¹²²

¹²²Não são poucos os documentos de caráter internacional, assinados por países da Organização das Nações Unidas, que reconhecem e garantem esse acesso a educação. Alguns exemplos são o Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), a Declaração Mundial sobre Educação Para Todos (1990), a Declaração de Amsterdã (2004) e a Declaração de Jacarta (2005).

Reconhecendo o valor da igualdade entre as pessoas, o direito à educação foi consagrado em nossa Constituição Federal de 1988 como um direito social (artigo 6º da CF/88)¹²³ passando o Estado a ter a obrigação de garantir educação de qualidade a todos os brasileiros.

Conforme Sarlet (2012), a educação figura entre os direitos fundamentais relacionados ao mínimo existencial abrangido em uma dimensão sócio cultural:

Além dos argumentos já colacionados, verifica-se que um direito subjetivo (inclusive originário) a prestações em matéria educacional, especialmente no campo do ensino fundamental, situa-se na esfera da garantia do mínimo existencial, especialmente naquilo em que este, como já sinalado no capítulo próprio, abrange uma dimensão sociocultural e não se limita a um mínimo vital, fundamentação amplamente prestigiada na doutrina e jurisprudência, inclusive do STF, situações que abrangem o reconhecimento de um direito subjetivo de acesso à educação infantil em creches disponibilizadas pelo poder público para crianças de até cinco anos de idade (SARLET, 2012, p. 437)

A educação tem o importante papel de formação integral do indivíduo que abrange a formação pessoal e profissional, preparando o homem para o convívio na

¹²³ Artigo 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

sociedade com base em valores humanos que convergem para o respeito e consideração ao próximo e sua a formação técnica-profissional para a busca de condições dignas de trabalho e de sobrevivência.

No entanto, o Poder Público não é o único responsável pela garantia desse direito. Conforme previsto Constituição Federal,¹²⁴ a educação também é dever da família e da sociedade cabendo a esta promover, incentivar e colaborar para a realização desse direito.

Não se pode negar a importância do conhecimento de realidades que significam passos relevantes no sentido de garantir um futuro melhor para todos nesse momento em que a cidadania enfrenta novos desafios, abrindo novas áreas por meios de grandes transformações pelas quais o mundo passa, buscando novos espaços de atuação no sentido de se garantir um futuro melhor para todos.

Praticamente em todos os países existe o reconhecimento de que o acesso de seus cidadãos à educação básica é a base fundante de uma sociedade mais participativa em que a educação escolar possui o caráter de um direito fundamental a ser perseguido.

¹²⁴ Artigo 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Segundo Bobbio:

Não existe atualmente nenhuma carta de direitos, para darmos um exemplo convincente, que não reconheça o direito à instrução — crescente, de resto, de sociedade para sociedade —, primeiro elementar, depois secundária, e pouco a pouco até mesmo universitária. Não me consta que, nas mais conhecidas descrições do estado de natureza, esse direito fosse mencionado. A verdade é que esse direito não fora posto no estado de natureza porque não emergira na sociedade da época em que nasceram as doutrinas jus naturalistas, quando as exigências fundamentais que partiam daquelas sociedades para chegarem aos poderosos da Terra eram principalmente exigências de liberdade em face das Igrejas e dos Estados, e não ainda de outros bens, como o da instrução, que somente uma sociedade mais evoluída econômica e socialmente poderia expressar. (BOBBIO, 2004, p. 36).

O direito à educação, apesar de não constar do estado de natureza nem tampouco dos chamados direitos naturais, ganha destaque a partir da necessidade de conquista da liberdade que somente se dá a partir da evolução de valores sociais e econômicos de uma dada sociedade.

Surge, então, a necessidade da educação se tornar pública como função do Estado e, mais explicitamente, como dever do Estado, reconhecendo o desafio de que o indivíduo

possa se autogovernar como ente dotado de liberdade e capaz de participar de uma sociedade de pessoas livres.

Ressalta-se aqui a importância do ensino primário como um direito imprescindível do cidadão e um dever do Estado impondo a gratuidade como modo de torná-lo acessível a todos. Por esse motivo, o direito à educação escolar primária se insere dentro de uma perspectiva mais ampla dos direitos civis dos cidadãos como forma de assegurar uma condição universal para a vivência dos direitos civis.

A ligação entre o direito à educação e a democracia está intimamente ligada ao pleno exercício da cidadania com a finalidade de garantir a igualdade de oportunidades em contraposição ao domínio das desigualdades, fruto dos conflitos de distribuição capitalista de riquezas.

O direito à educação deve ser considerado isoladamente como forma de eficácia plena para cada um, individualmente considerado, não cabendo diferenciações no âmbito educacional na garantia de direitos fundamentais, como bem ressalta Luís Roberto Barroso:

Pois bem: em um Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consoma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula

de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos. (BARROSO, 2010, p. 92)

A educação das crianças apresenta-se, sem dúvida, visceralmente vinculada à cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, cumpre este as exigências e a natureza da cidadania estimulando o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação pode ser visto como um direito social de cidadania genuíno uma vez que o objetivo da educação infantil é moldar o adulto em perspectiva.

De acordo com a Constituição brasileira, a educação básica é gratuita, constituindo um direito subjetivo positivado como uma garantia individual, exigindo do Estado uma ação positiva para a efetivação desse direito constitucional. A educação básica compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, constituindo um direito social básico para a vida das pessoas, sendo que a educação básica e fundamental representa o alicerce para construção da

cidadania e que permite o desenvolvimento pleno através do conhecimento, contribuindo para a inserção do indivíduo na sociedade. A educação constitui objetivo do Estado Democrático de Direito onde se reconhece que uma sociedade justa, fraterna e solidária somente poderá ser construída permitindo a todos o acesso à educação, a qual tem como pilar a escola.

4 A RESERVA DO POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A expressão *reserva do possível* surgiu na Alemanha, em 1972, em uma ação constitucional julgada pelo Tribunal Constitucional Federal (equiparado ao Supremo tribunal Federal do Brasil). A ação versava sobre o déficit de vagas para o ingresso ao ensino superior. No julgamento final, a Corte concluiu que algumas prestações estatais só poderiam ser pleiteadas pela população e satisfeitas pelo Estado quando observados os princípios da razoabilidade e da possibilidade frente aos gastos dos Entes públicos.

Conforme ensina, Carolina Muller Bitencourt, sobre a origem da cláusula da reserva do possível, a decisão de nº 33 do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE 33, 303) trata do acesso a vagas no ensino superior, partindo-se

da análise do art.12, § 1º da lei fundamental, que garante a todos os alemães o direito de eleger sua profissão, o lugar de trabalho e sua formação. O argumento central da referida prestação versava sobre o direito à igualdade ao acesso, bem como discutia os valores do Estado Social Alemão. O Tribunal reconheceu a dimensão subjetiva desses direitos, inclusive numa prestativa social com relação ao acesso ao ensino superior, o que não significa que toda e qualquer pessoa que queira cursar terá sua vaga garantida pelo Estado (BITENCOURT, 2014. p. 216).

A reserva do possível possui como origem a discussão acerca da efetivação de direitos sociais prestacionais. Em síntese apertada, é a discussão, possível por ambas as partes, acerca do custeio dos direitos fundamentais e a previsão financeira para custear esses direitos. É sabido que o Estado, seja sob qual forma e condição for, planeja seus gastos, assim como planeja a sua arrecadação, possui sua economia e sua administração voltada para o melhor gasto e a melhor arrecadação. Sendo esse Estado obrigado a prestar determinados direitos aos cidadãos, cabe a esse que promova uma gestão capaz de suprir essa demanda, sem prejudicar a satisfação das demandas de outros setores do próprio Estado (MOUSQUER, 2014, p. 390).

A reserva do possível foi recepcionada pelo Brasil pelo meio judicial e doutrinário como três formas de limitação: fática, jurídica e de razoabilidade. O limite fático consiste na possibilidade financeira do Estado, ou seja, se o Estado possui recursos para prestar aquele direito. Por seu turno, a limitação jurídica reside na capacidade de o Estado, mesmo possuindo meios financeiros, poder dispor dos recursos existentes. Deste modo o ente público, além de possuir a capacidade material deverá ter a possibilidade jurídica de disposição desses bens. Isso significa que os gastos com o direito prestacional deverão estar previstos no orçamento público anual. Nesse caso, mesmo tendo a administração pública possibilidade financeira de prestar o direito, se o gasto não estiver previsto em lei orçamentária, não poderá, o Estado, dispor do valor. Além disso, o pedido deve observar a razoabilidade, ou seja, deve ser razoável que o indivíduo exija do Estado a prestação daquele direito social (GLOECKNER, 2013, p. 237).

Corroborando com esse entendimento, Canotilho, afirma que os direitos sociais, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado, sendo esta a razão pela qual, “rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalts Moglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem

quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos” (CANOTILHO, 2003, p. 481).

Na verdade, a escassez de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais sociais é uma realidade fática que deve ser apreciada no momento concretização dos direitos fundamentais sociais. “A reserva do possível é, pois, uma condição de possibilidade de atendimento de tais direitos, uma vez que o Estado somente poderá concretizá-los se houver recursos suficientes”. (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 544).

A teoria da reserva do possível foi importada pelos doutrinadores e juristas brasileiros, e aqui recebeu nova roupagem, recebendo forte adesão em nossas reflexões constitucionais. Mas esse fato não quer dizer que houve uma discussão séria ou aprofundada sobre a inserção da teoria da reserva do possível em nosso ordenamento jurídico. Ao contrário, a teoria da reserva do possível tem sido equivocadamente propagada para causar um cenário de desobrigação do Estado sem qualquer dado concreto sobre a escassez de recursos ou sobre como são alocados.

O ministro Celso Mello, em seu entendimento, afirma que a cláusula da reserva do possível, não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas

públicas definidas na própria Constituição. Pois encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2011).

4.1 A reserva do possível e o mínimo existencial

O argumento da reserva do possível encontra limites na obrigatoriedade de garantia do mínimo existencial. Entende-se por mínimo existencial o direito inerente ao ser humano que surge em um patamar pré-constitucional e, como tal, condiciona a ordem jurídica. Para Torres, é considerado um vetor hermenêutico fundamental para a interpretação das cláusulas constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais (TORRES, 1989, p. 32).

No entendimento de Mello e Moreira, as prestações estatais de cunho jusfundamental para satisfação do mínimo existencial para uma vida com dignidade correspondem a direitos subjetivos. “Melhor dizendo: o mínimo existencial é, pois, um direito subjetivo oponível ao Estado, no sentido de que este deve realizar prestações estatais suficientes e necessárias para o atingimento do mínimo existencial, com vistas a propiciar uma vida digna a todos.” (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 548).

O mínimo existencial, como ensina Ana Paula de Barcellos, é constituído por três elementos materiais e por um elemento instrumental. Entende-se como elementos materiais a educação fundamental, a saúde básica e a assistência aos desamparados. Por outro lado, o elemento instrumental é o acesso à Justiça. Esses quatro elementos correspondem, portanto, ao núcleo da dignidade da pessoa humana, com eficácia jurídica positiva, representando um verdadeiro direito subjetivo passível de ser exigido do Poder Público (BARCELLOS, 2002, p. 258).

Em que pese os entendimentos em contrário, Sarlet (2011) confere à cláusula da reserva do possível uma interpretação positiva, ao afirmar que ela apesar de constituir uma espécie de limite jurídico e fático aos direitos fundamentais, poderá atuar em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais. Para o autor, a cláusula de reserva do possível assumirá esse papel, de garantia dos direitos fundamentais, “na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar de invocação, observado sempre os critérios da proporcionalidade e do mínimo existencial em relação a todos os direitos da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo existencial de outro direito fundamental”. (SARLET, 2011, p. 288).

5 ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E A IMPLEMENTAÇÃO DA EDUCAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Não há como negar o alto significado social e o enorme valor constitucional no qual se reveste os direitos da criança e do adolescente, especialmente o direito à educação por seu valor irrecusável no desenvolvimento da criança e a necessidade do Poder Público trazer políticas públicas para tornar real este direito mediante concreta efetivação, sob pena de descumprimento de preceito constitucional que, como demonstramos, tem valor axiológico consideravelmente superior.

A legislação brasileira declara que o direito à educação faz parte de um conjunto de direitos sociais, configurando-se um direito de todos e dever do estado. No entanto, há um longo caminho a ser percorrido para que todos, sem distinção, o exerçam plenamente e a necessidade da implementação do direito à educação de forma plena, sendo necessário, em diversos casos, que se recorra ao Poder Judiciário para se alcançar a possibilidade de efetivá-lo, conforme determinada a própria Constituição.

A partir da concepção da proteção integral da criança e do adolescente inaugurada pela Constituição Federal de 1988, o direito fundamental à educação infantil e juvenil

traduz meta cuja não realização poderá ser qualificada como flagrante situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, reforçada pelo objetivo da educação também consagrada constitucionalmente.

Como defesa, quando acionado o judiciário para resolver conflitos relacionados à criança relacionados à educação, o Poder Público utiliza-se da ponderação relacionada à reserva do possível como meio de afastar uma obrigação que, como já expomos, tem prioridade absoluta.

O judiciário já posicionou por diversas vezes e o Supremo Tribunal Federal reconheceu, de maneira expressa, que o princípio constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal e melhor explicitado pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece um comando que vincula o administrador, que desta forma pode ser compelido, pela via judicial, a implementar as políticas e programas de atendimento necessários à plena efetivação dos direitos àqueles assegurados, não servindo de escusa a falta de recursos orçamentários para tanto.

Por ocasião das comemorações dos dezoito anos de promulgação da Lei nº 8.069/90, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de seu Presidente, Min. Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do Pedido de Suspensão

de Liminar nº 235-0, de Tocantins, ocorrido em data de 08 de julho de 2008, reafirmou o entendimento de que, diante do princípio jurídico-constitucional da absoluta prioridade à criança e ao adolescente, não há que se falar em "discricionariedade", cabendo ao administrador apenas e tão-somente o integral cumprimento de seus deveres para com a população infanto-juvenil. No caso, em particular, foi reconhecido o dever do Estado de Tocantins em construir unidade própria destinada à internação de adolescentes no município de Araguaína, tendo sido rebatidos todos os argumentos apresentados pelo ente público, relativos à suposta ingerência do Judiciário na esfera de discricionariedade do administrador, bem como à falta de previsão orçamentária específica para construção da referida unidade de internação.

Em diversas ocasiões, também, tem o Supremo Tribunal Federal determinado que cabe ao Poder Público, em todas as esferas, cumprir suas obrigações expressamente relacionadas na Constituição Federal, notadamente a de garantir, a todas as crianças de zero a seis anos de idade, o acesso a creche e pré-escola, modalidades de educação infantil, não sendo admissível a alegação de falta de recursos para tanto:

CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em - 273 - onsequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. – A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. – Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não

poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. – Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”(STF. RE nº 436996/SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 26/10/2005. DJ 07/11/2005).

Não podemos nos distanciar da ideia de que, apesar do papel do Judiciário na educação ter se ampliado de forma expressiva, existe a necessidade de se discutir a utilização deste meio para a resolução de litígios envolvendo questões pedagógicas e educativas, pois esta instituição nem sempre será o mecanismo mais eficaz, devido ao despreparo dos seus

membros para as dinâmicas envolvendo o cotidiano educacional.

6 CONCLUSÃO

A aplicação do princípio da reserva do possível tem se tornado uma tendência cuja aplicação vem se tornando cada vez mais constante para se justificar o sistema precário de cumprimento das políticas públicas que visem a assegurar os direitos sociais. No entanto, a reserva do possível não significa que o Estado poderá utilizar-se deste princípio para afastar toda e qualquer obrigação, principalmente quando relacionado ao atendimento de políticas públicas voltadas a crianças, especialmente tratadas quanto ao atendimento ao direito fundamental à educação.

O que o princípio da reserva do possível faz é buscar limitar a responsabilidade do Estado considerando-se as suas limitações financeiras estipuladas pelos próprios limites orgânicos e financeiros de que dispõe o Estado. Assim, portanto, pode-se concluir que no referido princípio prevalece a apreciação da realidade mediante a razoabilidade dos valores que estão em jogo na causa a ser julgada.

A aplicação da reserva do possível não traz regras absolutas, sendo necessária a análise das peculiaridades que

envolverem o caso concreto. É óbvio que em determinados casos não poderá ser utilizado, e faz-se necessário afirmar que diante da princípio da prioridade absoluta da criança a reserva do possível somente poderá ser alegado se houverem valores maiores, como o direito à vida. Em outros casos, entretanto, há uma grande tendência que sua adoção seja ampliada, sobretudo, pelo estágio deficitário em que se encontraram as políticas públicas para a implementação dos direitos sociais.

Podemos observar que o princípio da reserva do possível não pode ser invocado para justificar a irresponsabilidade do Estado. Sua aplicação visa dirimir a responsabilização estatal quando está em jogo a concretização de dois ou mais direitos, mensurando seus valores jurídicos, em observância à limitação do Estado orgânica e financeiramente, impedindo, em certos casos, a utilização da discricionariedade vinculando a opção estatal em observância a valores constitucionais.

A insistência do Estado em não prover os direitos fundamentais prestacionais de crianças e adolescentes, quando deveria fazê-lo com absoluta prioridade, viola o princípio da dignidade da pessoa humana sendo necessária a intervenção judicial.

O direito fundamental à educação e os princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta tem força que exige que invocação da cláusula da reserva do possível não seja oponível quando se referir a ações que busquem implementar direitos fundamentais prestacionais para atendimento às crianças e adolescente.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BITENCOURT, Caroline Muller. **A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade**. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, Ano 14, n.55, jan./mar. 2014. pp. 213-244.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto, **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Ministério Público do Paraná. CAOPCAE Área da Criança e do Adolescente Disponível em:

<<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1262>>. Acesso em 21 ago. 2017

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 639337 AgR. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 divulgado em 14/09/2011, publicado em 15/09/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GLOECKER, Joseane Lebedrum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. **A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 13, n 51, jan./mar. 2013, p. 233-250.

LIBERATI, Wilson Donizete. **O Estatuto da Criança e do Adolescente**: comentários. São Paulo: IBPS, 1991.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MOUSQUER, João Victor Magalhães. A reserva do possível como garantias de direitos em um Estado em desenvolvimento sócio-político. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 65. jul./dez. 2014. p. 377-407.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 177, jul./set. 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.