

ORGANIZADORES

Ilton Garcia da Costa
Rogério Cangussu Dantas Cachichi
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

COORDENADORES

Valter Foletto Santin
Caique Tomaz Leite da Silva
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

PAZ, CONSTITUIÇÃO & POLÍTICAS PÚBLICAS VOL. III

AUTORES PARTICIPANTES

Bruno Teixeira Maldonado	João Angelo Barbosa Lima
Caíque Tomaz Leite da Silva	Juarez Ribas Teixeira Junior
Carlos Cristiano Meneguini de Oliveira	Marcela Pradella Bueno
Clarissa Chagas Sanches Monassa	Nathan Barros Osipe
Elisangela Marcari	Roberlei Aldo Queiroz
Fernanda Heloisa Macedo Soares	Rosa Maria Cardoso do Prado
Gelson Amaro de Souza	Silmara Veiga de Souza
Hugo Rafael Pires dos Santos	Taigoara Finardi Martins
	Yuri Luís Tedesco Aguilar

Instituto Memória

**COLEÇÃO
DIREITO E PAZ**

**ITAIPU
BINACIONAL**

CARTA DE MARÍLIA PELA PAZ MUNDIAL

Os organizadores e participantes do Congresso Latino-Americano de Paz, reunidos na cidade de Marília, São Paulo, Brasil, de 19 a 22 maio de 2016, no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, recordando o dever e a alegria de trabalhar para a paz, transformando ameaças e atitudes violentas em diálogo e respeito, espadas em arados e lanças em foices; reconhecendo que a paz está simbolizada na oliveira; acordaram convocar, com firmeza, respeito e afeto fraterno, a todas as autoridades e aos cidadãos do mundo, para a prática diária dos dez mandamentos para lograr a paz e a justiça duradoura:

1. Renovar a fé em que o amor, o respeito, a gratidão e o cumprimento dos mandamentos do Ser Supremo que nos deu a vida são a base da paz, da realização e da felicidade pessoal e social.
2. Recordar que todas as pessoas participam de uma única família humana e, portanto, devemos agir fraternalmente uns em relação aos outros.
3. Proclamar, promover e cumprir, com firme convicção, o princípio de que o respeito à pessoa humana e a defesa de sua dignidade constituem o objetivo supremo de todas as Nações e Estados.
4. Ser conscientes de que a atenção a princípios e valores morais; o respeito pela identidade, cultura e autodeterminação dos povos; e o cumprimento de deveres e direitos humanos produzem os frutos da liberdade, da justiça e da paz.
5. Compreender que não corresponde à inteligência, à bondade e à prudência humana, em tentar construir novos Estados e sociedades mediante métodos de ódio, violência e terror; tampouco combater tais métodos com mais violência, senão apenas com as armas da lei, da razão e da justiça.
6. Reafirmar que o direito e a justiça obrigam-nos a respeitar as autoridades e os cidadãos; comprometendo-nos com a solidariedade em favor daqueles que sofrem com miséria, abandono e discriminação; sem deixar de considerar o respeito aos direitos humanos de todas as pessoas, sem nenhuma exceção.
7. Reafirmar que o respeito à vida, à dignidade, à liberdade, à segurança, ao meio ambiente, à propriedade, à família e a outros direitos humanos fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); bem como que os tratados internacionais que defendem os Estados Democráticos de Direito e os regimes democráticos representativos e participativos são a base para a paz e para a justiça.
8. Reconhecer que na família fundamenta-se a formação moral das pessoas; e que a educação deve ter como finalidade principal o livre desenvolvimento da personalidade, a prática das virtudes, o pluralismo, a tolerância, a ciência, o respeito às crenças e o aprendizado da via de solução pacífica dos conflitos.
9. Recordar que todas as pessoas e instituições têm a obrigação moral e legal de viver pacificamente; e que uma das maneiras mais eficazes para o cumprimento de dito propósito é orar todos os dias, acalmar-se, estudar e trabalhar com dedicação, para que reine a justiça e a paz em nossos corações, na família, na sociedade e nos Estados.
10. Convencer-se que é possível o mútuo perdão de erros e dos danos do passado e do presente; e reafirmar a esperança de que se pode alcançar uma conversão e restauração humana, orientada por respeito mútuo, pelo espírito de fraternidade, pela compreensão e pela paz individual e social.

UNIVEM / UENP / UCSS



UCSS
Universidad Católica
Sedes Sapientiae

ORGANIZADORES

Ilton Garcia da Costa
Rogério Cangussu Dantas Cachichi
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

COORDENADORES

Valter Foletto Santin
Caique Tomaz Leite da Silva
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

PAZ, CONSTITUIÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

VOL. III

AUTORES PARTICIPANTES

Bruno Teixeira Maldonado	Juarez Ribas Teixeira Junior
Caíque Tomaz Leite da Silva	Marcela Pradella Bueno
Carlos Cristiano Meneguini de Oliveira	Nathan Barros Osipe
Clarissa Chagas Sanches Monassa	Roberlei Aldo Queiroz
Elisangela Marcari	Rosa Maria Cardoso do Prado
Fernanda Heloisa Macedo Soares	Silmara Veiga de Souza
Gelson Amaro de Souza	Taigoara Finardi Martins
Hugo Rafael Pires dos Santos	Yuri Luís Tedesco Aguilar
João Angelo Barbosa Lima	

1ª Edição - Curitiba - 2016

Instituto Memória
15 anos

CENTRO DE ESTUDOS DA CONTEMPORANEIDADE

© Todos os direitos reservados

Instituto Memória Editora & Projetos Culturais
Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 117, Juvevê
CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.
Central de atendimento: (41) 3016-9042

www.institutomemoria.com.br



Editor: Anthony Leahy

Projeto Gráfico: Barbara Franco

**Conteúdos, revisão linguística e técnica
de responsabilidade exclusiva dos próprios autores.**

ISBN: 978-85-5523-087-5

CACHICHI, R. C. D.
COSTA, I. G. da
LEÃO JÚNIOR, T. M. de A.

Paz, constituição e políticas públicas – Vol. III.
Organizadores: Iton Garcia da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Coordenadores: Caique Tomaz Leite da Silva, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, Valter Foletto Santin. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016.

222 p.

1. Direito Constitucional 2. Políticas Públicas 3. Paz
I. Título. II. Congresso Latino Americano da Paz

CDD:340

APRESENTAÇÃO

O Congresso Latino-Americano da Paz, realizado nos dias 19 a 22 de maio de 2016 no campus da UNIVEM situado na cidade de Marília/SP, constituiu marco importante na reunião e organização de espaço público de diálogo interdisciplinar; contou com o apoio governamental, acadêmico e institucional de respeitáveis entidades, além de centenas de pesquisadores, estudantes, autoridades e cidadãos em torno do tema da PAZ. Atualmente um tanto esquecida outro tanto incompreendida, a paz é algo que urge debater. Buscar consensos é antes uma obrigação moral de todos, notadamente da academia. Nesse sentido a UNIVEM, a UENP e a UCSS cumpriram esse desiderato com especial distinção e louvor. Mercê de esforço comum, milhares de pessoas tomaram conhecimento dessa iniciativa de multiplicação da cultura da paz, do amor, da compreensão, da tolerância, produzindo já impactos relevantíssimos na comunidade política.

Intensa atividade intelectual, social e artística constou da programação do evento. Conferências, debates, grupos de trabalho, teatro, música e muitas outras manifestações próprias do recôndito humano afloraram em prol da interlocução acadêmica e social direcionada à união da América Latina para fortalecimento da cultura, da justiça e da paz.

A propósito, o leitor tem nas mãos valioso produto resultante desse caminhar obstinado e comprometido. Um ideal pautado e arrimado em torno de virtudes como justiça, fraternidade, coragem e, sobretudo, paz. Cuida-se de obra que congrega trabalhos científicos de profissionais, pesquisadores e estudantes das mais diversas áreas do conhecimento humano que coloriram, a mais não poder, o espaço democrático de discussão durante o Congresso. À evidência, não se poderia esperar um livro exclusivamente jurídico ou filosófico; paz não se resume a nenhuma área específica. Paz sobretudo é assunto humano e, nessa condição, assume também toda a complexidade e vastidão de temas próprios da humanidade, desde o indivíduo em particular até a sustentabilidade global.

Assim, o Congresso não nos legou um, senão vários livros, organizados todos de acordo com as respectivas temáticas, amplas e multifacetadas, dos grupos de trabalho: GT Paz, Constituição e Políticas Públicas; GT Paz e Teorias do Estado; GT Paz e Teorias da Justiça; GT Paz, Educação e Liberdades Religiosas; GT Paz, Direito e Fraternidade; GT Paz, Direito e Política; GT Paz, Iniciativa Privada e Gestão Contábil; GT Paz, Ética Empresarial e Administração; GT Paz, Inovação e Sustentabilidade.

Além dos estudos de doutores, mestres, especialistas, profissionais e estudantes de múltiplos campos, segue-se publicada nesta edição a "*Carta de Marília*", documento que reúne importantes diretrizes para consecução da paz em nosso continente e no mundo.

Por outro lado, imprescindível que é, jamais há de ser esquecida a atuação de líderes da paz como o prof. Dr. Lafayette Pozzoli, prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, ambos da UNIVEM, do prof. Dr. Ilton Garcia da Costa da UENP e do prof. Dr. Edgardo Torres López da UCSS. Consigne-se, ainda, por imperativo de gratidão, o apoio dos magníficos reitores da UNIVEM Dr. Luiz Carlos de Macedo Soares, da UENP Dra. Fátima Aparecida da Cruz Padoan e da UCSS Monsenhor Lino Paniza, o Bispo de Carabayllo. Desnecessário dizer ter-se a comunhão de todos entremostrado condição de possibilidade para que tudo isso fosse factível. O mesmo se diga do excepcional trabalho da Editora Instituto Memória; e fica o registro das homenagens ao editor prof. Anthony Leahy.

Com grande satisfação apresentamos portanto ao público em geral o fruto deste belo e árduo trabalho, e fazemos votos de que se multiplique e percuta positivamente em nossa América Latina.

Em nome das entidades de apoio e da Comissão Organizadora do Congresso Latino-Americano da Paz,

Antônio César Bochenek

Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

Membro da Comissão de Organização

PREFÁCIO

Um Congresso pela Paz, organizado por três Universidades da América Latina e realizado no *campus* do Univem - Marília, transformando a cidade na capital latino-americana da Paz. O evento é fruto de discussões entre professores e alunos indignados com uma realidade social que comumente avilta a dignidade humana.

É muito triste saber que a intolerância campeia as mais diversas áreas das relações humanas, assim como é triste tomar conhecimento dos conflitos sociais, das guerras e dos dramáticos atentados terroristas, em que bombas atingem grupos de pessoas inocentes, na maioria das vezes distantes de sectarismos ou de preconceitos que, na visão dos seus algozes autores, justificam a natureza bruta dos seus atos.

Não importa o credo, as crenças, a cor da pele ou os limites territoriais que separam homens e mulheres por raças, países e continentes, estando sob esta ou aquela bandeira de uma nação, mas sim o fato de que somos todos habitantes do grande planeta azul Terra, onde há recursos abundantes para saciar a sede e a fome de todos. Passamos por um momento histórico em que as forças das circunstâncias nos obrigam a tomar uma atitude mais proativa e a abrir os olhos para o que acontece além dos nossos pequenos mundos, em que muitas vezes nos encerramos por comodismo ou por falta de vigilância própria. A condição da consciência individualista, da disputa do poder, da indiferença social, deve, agora, ser substituída pela tomada de consciência coletiva.

Avançamos muito nas questões tecnológicas, não há dúvidas sobre isso. Tomamos conhecimento em segundos de fatos que ocorrem do outro lado do planeta e este imediatismo virtual deveria ser uma grande alavanca dos nossos sentimentos mais profundos, fazendo aflorar mais a nossa afetividade e a solidariedade. É triste ver que ainda temos nações em que os direitos das mulheres não são respeitados, em que as condições básicas de saúde e sanitárias

ainda perecem no tempo, favorecendo a proliferação de doenças que já podiam ter sido extirpadas da nossa sociedade.

Além destes pontos, sabemos que há muitos outros fatores que podem ser trabalhados em conjunto, e por estas e outras razões as três entidades organizadoras do Congresso Latino-Americano da Paz unem esforços para debater questões que afetam a todos os cidadãos do mundo. Temos em comum a promoção da pesquisa como ferramenta da inovação e da transformação social, temos a missão de encaminhar jovens com visão mais humanista, formar profissionais sensíveis aos movimentos constantes das sociedades, mais atentos aos recursos finitos da natureza e com visão da sustentabilidade que abrange o meio ambiente e a condição da dignidade humana em todos os territórios habitados.

Temos um norte comum que é a fé que alimenta os seres humanos de bem e organizamos neste cenário um espaço no formato de Congresso para promover ideias que vão semear novos campos do conhecimento e incentivar que outros façam sempre mais e melhor. A Paz é uma condição que desperta no espírito, na intimidade de cada um, e vai contagiando aos que estão em nosso redor.

Daí a importância de mover forças para despertar a consciência mundial de que não existem países ou pessoas mais ricas ou mais pobres, não há credos ou valores mais importantes ou menos importantes. Na verdade, somos o uno que se reflete no verso e, quando entendermos isto de uma vez por todas, estaremos próximos de alcançar a Paz mundial. Façamos a nossa parte neste momento.

Fátima Aparecida da Cruz Padoan

Reitora da Uenp

Luiz Carlos de Macedo Soares

Reitor do Univem

Edgardo Torres López

Membro da Comissão CONPAZ

SUMÁRIO

1 COTAS RACIAIS:UM MECANISMO PARA ASCENSÃO SOCIAL EM PROL DA MANUTENÇÃO DA PAZ 11

Marcela Pradella Bueno

Hugo Rafael Pires dos Santos

2 O DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL COMO FORMA DE ALCANÇAR A PAZ 29

Silmara Veiga de Souza

3 POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA 45

Nathan Barros Osipe

Rosa Maria Cardoso do Prado

4 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA E DEVER DO ESTADO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 67

Bruno Teixeira Maldonado

Carlos Cristiano Meneguini de Oliveira

5 DO RACISMO COMO CATEGORIA SOCIOLÓGICA:UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA SOBRE A ESCRAVIDÃO NO BRASIL E SEUS EFEITOS NO MERCADO DE TRABALHO 86

Yuri Luís Tedesco Aguilar

Clarissa Chagas Sanches Monassa

**6 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM KARL
LOEWENSTEIN: UMA VISITA AO PENSAMENTO LIBERAL-
DEMOCRÁTICO DE UM DOS CONSTITUCIONALISTAS DE MAIOR
INFLUÊNCIA NA CONTEMPORANEIDADE** **115**

Taigoara Finardi Martins

Gelson Amaro de Souza

**7 A LIVRE INICIATIVA E OS DIREITOS DOS
TRABALHADORES** **144**

Fernanda Heloisa Macedo Soares

Elisangela Marcari

**8 SOBRE A TUTELA INTERNACIONAL DO DIREITO DAS
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA INTERAMERICANO
DE DIREITOS HUMANOS** **171**

João Angelo Barbosa Lima

Caíque Tomaz Leite da Silva

**9 A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE
POLÍTICAS PÚBLICAS** **201**

Roberlei Aldo Queiroz

Juarez Ribas Teixeira Junior

COTAS RACIAIS: UM MECANISMO PARA ASCENSÃO SOCIAL EM PROL DA MANUTENÇÃO DA PAZ

Marcela Pradella Bueno¹

Hugo Rafael Pires dos Santos²

1 INTRODUÇÃO

O direito à educação encontra amparo constitucional no artigo 205 e seguintes, e conta com a regulamentação da Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Da análise sistemática de todo o ordenamento jurídico interno, bem como dos documentos internacionais, é possível entender que a educação é direito social dirigido a todas as pessoas, universalmente, sendo certo que o Estado deve propiciar seu acesso igualitário.

Contudo, a realidade atual, através de pesquisas e dados estatísticos, revela que, em razão de injustiças históricas e sociais, ainda existe extrema disparidade entre negros e brancos quanto ao acesso às oportunidades da sociedade.

A fim de dar efetividade ao texto constitucional, fazendo-se da igualdade mais que um direito formal, uma oportunidade a todos concedida, o Estado deve lançar mão de políticas públicas, merecendo destaque as cotas raciais para acesso ao ensino superior, cuja constitucionalidade fora debatida na ADPF 186, proposta pelo

¹ Advogada, graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO (2014). Atualmente cursando especialização em Direito do Estado pelo PROJURIS – Estudos Jurídicos.

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM (2016-2017); Especialista em Direito Civil/Processual Civil pelo PROJURIS/FIO (2015); Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO (2015); Graduado em Letras/Literatura pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2009); Advogado.

partido Democratas (DEM) contra atos administrativos da UnB ao instituir as cotas.

Com base na melhor doutrina acerca do assunto, nos fundamentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal ao julgar improcedente a ADPF 186 e considerar as cotas raciais constitucionais, bem como na análise direta da Constituição e legislação pertinente, objetiva-se, por meio da investigação científica, defender as políticas de ação afirmativa, especialmente o sistema de cotas, como instrumento de ascensão social dos negros e pardos.

O presente estudo é no sentido de demonstrar que a educação, ao visar ao pleno desenvolvimento da pessoa humana no sentido de sua dignidade e liberdade, e ao favorecimento à compreensão, tolerância e amizade entre as nações, com olhar atento e especial àquela minoria, é instrumento capaz de viabilizar e manter a paz.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: UNIVERSALIZAÇÃO E IGUALDADE

Há no corpo da Carta Maior disposições basilares que dão claro entendimento de que a educação é direito fundamental e social (artigo 6º)³, destinado a todas as pessoas, universalmente. Em destaque, o artigo 205 da Constituição de 1988 destaca expressamente: “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”.

É possível depreender, portanto, que o legislador constituinte conferiu a promoção e o incentivo da educação ao Estado, à família e à sociedade, objetivando que todos, sem distinção, alcancem desenvolvimento pessoal, preparo para o exercício da cidadania e inserção ao mercado de trabalho, em igualitárias condições.

³ 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.

Nessa inspiração, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional corrobora o artigo 206 da Constituição, prevendo, no artigo 3º⁴, os princípios que devem basear a ministração do ensino no Brasil, dentre os quais a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Em âmbito internacional, a educação é reconhecidamente um direito de toda pessoa, destinada a fortalecer a dignidade e outras liberdades fundamentais, bem como a favorecer a manutenção da paz entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos. É o que dispõe o artigo 13, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz (INTERNACIONAL, *online*).

A universalização é característica do direito à educação estampada em vários dispositivos do ordenamento constitucional. Preliminarmente, é preciso considerar a educação um conceito amplo e irrestrito quanto ao conteúdo (multidisciplinar, histórico, cultural, tecnológico, social etc.) e quanto à abrangência. Acessibilidade deve combinar com educação, sendo, talvez, um de seus principais traços.

⁴ Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas; IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância; V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; VII - valorização do profissional da educação escolar; VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino; IX - garantia de padrão de qualidade;

X - valorização da experiência extra-escolar; XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais. XII - consideração com a diversidade étnico-racial.

Nos termos do artigo 212, § 3º, da Constituição de 1988, é afixado pelo Constituinte que: “A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação”.

De igual modo, o artigo 8º disciplina que o dever do Estado com a educação será efetivado por meio das garantias de educação básica obrigatória e gratuita no nível fundamental e progressiva universalização do ensino médio gratuito, entre outras. Mais, prevê o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo (§ 1º), ou seja, exigível perante o Estado pelo indivíduo.

Com relação ao ensino superior, o artigo 207 dispõe que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

Basicamente, autonomia é a capacidade de reger-se por suas próprias leis. Contudo, vale dizer, a autonomia universitária restringe-se ao exercício de suas atribuições, direcionando-se ao cumprimento de sua função social, dada a relevância do serviço público prestado.

Interessante notar que, inclusive, os parágrafos 1º e 2º do artigo em análise demonstram a característica de universalização do direito à educação, quando preveem ser facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, o que também se estende às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Passar-se-á a analisar o direito à educação sob o viés da igualdade. Para tanto, traz-se a lume a tradicional definição de igualdade: tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade.

Sobre isso, corrobora a afirmação de ROTHENBURG (2009, p. 347), segundo o qual “o direito tem a função de oferecer um tratamento equivalente que assegure a igualdade, e de oferecer um tratamento diferenciado que promova a igualdade, mas paradoxalmente, como instância social de regulação, presta-se com frequência a manter situações de privilégio e opressão”.

Isso implica dizer que o artigo 205 da Constituição confere ao Estado o dever não só de prestar educação, mas prestá-la de maneira igualitária. Mais ainda, deve mostrar-se comprometido com

políticas públicas a fim de que o acesso a tal direito fundamental seja efetivo.

A igualdade resta consagrada pelo artigo 5º, da Constituição da República: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”. De modo semelhante e especialmente, o artigo 206, inciso I, prevê que o ensino será ministrado com base em igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Por óbvio, a mera igualdade formal não basta, fazendo-se necessária a implementação de ações afirmativas que sanem as desigualdades.

Sabe-se que a educação, por diretriz constitucional, deve ter por finalidade qualificar o educando para o trabalho e o exercício da cidadania. Contudo, a realidade mostra que os afrodescendentes ainda ocupam lugares subalternos na sociedade. Mesmo após a abolição da escravatura, o negro ainda sofre discriminações negativas, expressadas pelos resultados de baixa qualidade de vida e desemprego.

Por essa razão, a pesquisa científica é no sentido de sustentar a necessidade de efetivação da igualdade, uma vez que a previsão legal, por si só, revela-se insuficiente para banir as discrepâncias discriminatórias. Assim, tornam-se imprescindíveis as ações afirmativas em defesa das minorias, *in casu* a implementação do sistema de cotas para os negros, pardos e indígenas que desejarem o ingresso no ensino superior, como forma de aplicação das diretrizes e bases da educação nacional e ascensão social deste grupo.

3 ADFP 186: (DES)CUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A arguição de descumprimento de preceito fundamental 186 foi proposta pelo partido político DEMOCRATAS (DEM) contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade, alegando-se ofensa aos artigos 1º, *caput* e inciso III; 3º, inciso IV; 4º, inciso VIII; 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII, LIV; 37, *caput*; 205; 207, *caput*; e 208, inciso V, da Constituição de 1988 (BRASIL. ADFP 186, *on-line*).

Em 20 de outubro de 2014, foi publicado no *Diário da Justiça* eletrônico do Supremo Tribunal Federal o acórdão do julgamento improcedente da ação ajuizada pelo DEM, considerando as cotas constitucionais. Assim, por unanimidade de votos, a corte fixou um novo precedente, de grandiosa relevância para o Estado brasileiro.

Em síntese, a petição inicial apresentou os seguintes fundamentos: princípio da igualdade, princípio da dignidade da pessoa humana, repúdio ao racismo e direito universal à educação.

A priori, acordaram os ministros que a aplicação de políticas de cunho universalista por parte do Estado não contraria, ao contrário, prestigia o princípio da igualdade material, já que ações afirmativas direcionam-se a grupos sociais determinados, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, com o fim de lhes permitir a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas específicas (BRASIL. ADPF 186, *on-line*).

Ora, solenemente, a Constituição de 1988 prevê a igualdade, estabelecendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º, *caput*). Contudo, é necessário conferir o máximo de concretude a tal postulado, constituindo-se então a igualdade material, substancial. Para tanto, há discriminações tidas como válidas e justas.

Neste passo:

(...) o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (MORAES, 2010, p. 31).

Em suma, as discriminações positivas são válidas e desejáveis, sendo a própria igualdade seu escopo final, em respeito à verdadeira concepção de democracia.

A igualdade tão somente formal não atende às necessidades reais do mundo dos fatos. Portanto, o Estado, no cumprimento de sua função, à observância do modelo de Estado Social de Direito

consagrado pela Constituição de 1988, deve ser atuante e positivo, para que se realizem a justiça e a paz sociais.

Tal concepção moderna rompe com a ideia anterior de Estado Liberal, descompromissado com o aspecto social, do qual se exigia apenas uma postura negativa em face dos desfavorecidos e discriminados.

Hodiernamente, exige-se um Estado atuante, pois intolerável que se limite à igualdade perante a lei, ignorando as diferenças existentes na realidade de fato. Nesse sentido, José Herval Sampaio Júnior assevera:

O Poder Público, para realmente se desincumbir de sua obrigação material de cumprir a diretriz da igualdade, deve agir de modo bem claro: não criar nenhum tipo de ato que discrimine alguém por qualquer tipo de razão sem justificativa plausível, sendo imperioso nesse sentido que os possíveis preconceitos sejam deixados de lado, principalmente os subjetivos dos que detêm o poder (...). Entretanto, para a efetiva satisfação material desse direito, é preciso que o Poder Público promova a partir de políticas públicas sérias, programas e ações afirmativas que favoreçam aos excluídos (...) (2008, p.331-332).

A Vice Procuradora-Geral da República, Débora Duprat, em seu parecer na ADPF 186, igualmente afirmou que não basta o Estado se abster de instituir discriminações arbitrárias; antes, deve ter como objetivo a igualdade por meio de iniciativas concretas (ações ou políticas públicas) em proveito dos grupos desfavorecidos. No mesmo sentido foi a manifestação da Advocacia Geral de União, opinando pela constitucionalidade do implemento de distinções jurídicas entre os candidatos às universidades (BRASIL. ADPF 186, *on-line*).

O pluralismo de ideias na comunidade acadêmica e na sociedade em geral foi outro elemento mencionado no respeitável acórdão, no sentido de ser perfeitamente possível levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos para a metodologia de seleção dos ingressantes ao ensino superior. O pluralismo é fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, V, da Constituição) e princípio a servir de base para a ministração do ensino (artigo 3º, III, da Lei nº 9.394/96).

Durante as discussões em torno do julgamento da ADPF 186, tanto os contrários quanto os favoráveis à implementação de reservas

de vagas aos negros assentiram quanto à constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. O ponto de divergência aparentou residir na questão se a implementação de ações afirmativas baseadas em critérios raciais seria adequada ao Brasil.

Nos termos do artigo 2º, inciso II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, tratado ratificado pelo Brasil em 1968:

Os Estados-partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar, como convier, o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos, em razão dos quais foram tomadas.

Ao que se vê, o sistema de cotas raciais está em plena harmonia com a ordem jurídica nacional e internacional, revestindo-se de constitucionalidade.

O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, observou que a Constituição mescla a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática (artigo 206, I, III e IV) com a meritocracia (artigo 208, V), ao prever aqueles como princípios basilares do acesso ao ensino e, ao mesmo tempo, consignar que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será efetivado “segundo a capacidade de cada um”. Entretanto, necessária se faz a interpretação sistemática dos dispositivos, o que conduz à conclusão de que o constituinte, nas palavras do ministro, “buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno”, tudo a bem da democracia (BRASIL. ADPF 186, *online*).

Brilhantemente, o ministro Luiz Fux baseou seu voto em quatro premissas que valem ser transcritas. A primeira delas: consignou o ministro dados estatísticos disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que comprovam que os

afrodescendentes correspondem a mais de 50% (cinquenta por cento) da população do País, apesar de encontrarem-se em situação profundamente desvantajosa em relação aos brancos em todos os indicadores sociais relevantes. Como segunda premissa, não ser por acaso a disparidade socioeconômica entre brancos e negros: as estatísticas de hoje são reflexos da opressão da escravidão negra no Brasil. Ademais, a terceira premissa: a abolição da escravidão por si só não se mostrou suficiente para apagar o código racial ainda existente na sociedade, situação que se reforça pela inexistência de políticas inclusivas após o fim da institucionalizada e formal submissão do negro, o que faz com que este seja vítima em silêncio, sob a falsa ideia de democratização racial. Por fim, a quarta premissa: as políticas universalistas de melhoria das condições socioeconômicas são comprovadamente insuficientes para combater a disparidade entre brancos e negros no Brasil, isto porque a injustiça racial não opera apenas no campo da distribuição das riquezas produzidas em sociedade, mas relaciona-se com reconhecimento individual, o que se dá de forma cultural e simbólica (BRASIL. ADPF 186, *on-line*).

As ações afirmativas são políticas compensatórias, concentradas na redistribuição de riquezas e poder da sociedade, de modo que a desigualdade positiva seja meio para se atingir como fim a própria igualdade.

Sobre a natureza compensatória das políticas de ações afirmativas, bem como sua transitoriedade, a ministra Carmen Lúcia, em seu alentado voto, colocou com precisão que: "(...) acho que as ações afirmativas não são as melhores opções; melhor opção é ter uma sociedade na qual todo mundo seja igualmente livre para ser o que quiser. Mas isto é um processo, uma etapa, uma necessidade diante de um quadro onde isso não aconteceu naturalmente" (BRASIL. ADPF 186, *on-line*).

Ao tratar sobre a consolidação de direitos que embasam o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988, mister delinear as dimensões de direitos fundamentais. A primeira dimensão relaciona-se com os direitos civis e políticos, com fundamento na liberdade. Em seguida, a segunda dimensão abarca os direitos econômicos, sociais e culturais, notadamente a igualdade. E, por fim, a terceira dimensão refere-se à fraternidade ou solidariedade.

Com efeito, os regimes democráticos baseiam-se nos ideais proclamados pela Revolução Francesa, quais sejam: *liberdade, igualdade e fraternidade*. Assim sendo, Gilmar Mendes, no julgamento da ADPF 186, sugeriu que as ações afirmativas fossem pensadas segundo os valores de liberdade e igualdade à luz da fraternidade, o que tem a ver com a tolerância nas sociedades multiculturais, respeito às diferenças e particularidades humanas em todos os seus aspectos e reconhecimento e proteção das minorias (BRASIL. ADPF 186, *on-line*).

Convém registrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo I enuncia que: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (INTERNACIONAL, *on-line*).

Prossegue, no artigo II, a prever que:

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (INTERNACIONAL, *on-line*).

Como se pode verificar, os votos de todos os ministros do STF foram baseados em fundamentos similares, sendo que ao final, por unanimidade, a ADPF 186 restou julgada improcedente, considerando-se constitucional o sistema de reserva de cotas raciais para o ingresso à universidade.

Tudo está a demonstrar que a presente ação afirmativa está em perfeita harmonia com a ordem jurídica interna e internacional, e sua implementação é por uma sociedade mais igualitária, pluralista e democrática.

4 COTAS RACIAIS COMO MECANISMO DE ASCENSÃO SOCIAL

Termos como “minorias”, “grupos vulneráveis” e “inclusão social” requerem vênias e são criticáveis. BERNARDI e LAZARI ponderam que a expressão correta seria “efetivação de direitos”. A

ponderação refere-se à inclusão educacional da pessoa portadora de deficiência, mas é perfeitamente aplicável aqui.

Com o perdão da linguagem pleonástica, somente se “inclui” aquilo que está “de fora”, que está “excluído”, o que pode levar à errônea e temerária linha de pensamento de que a pessoa portadora de deficiência não faz parte das teias e emaranhados que compõem a vida em sociedade. (...) é equivocado dizer que estejam mulheres, pardos, negros, índios e deficientes excluídos da sociedade tão-somente pelas necessidades especiais que almejam. Afinal, o que é a maioria que não uma soma de minorias? (2013, p. 215-216).

Apesar de corresponderem a mais de 50% (cinquenta por cento) da população brasileira, diz-se que os negros são minoria por ainda ficarem à margem das possibilidades e oportunidades da sociedade, bem como não se encontrarem em patamar igualitário para, de fato, ocupar os lugares almejados de trabalho, o que demonstra não experimentar esse grupo o pleno desenvolvimento pessoal e a qualificação satisfatória para o mercado, prometidos pelo texto constitucional do artigo 207, ao tratar dos objetivos visados pela educação no País.

Toda a ordem jurídica interna e internacional converge para a liberdade, igualdade, solidariedade e fraternidade entre as pessoas. A Constituição de 1988, que é a Constituição Cidadã, fundada por um processo de redemocratização e responsável por institucionalizar um Estado Social, desde o preâmbulo e passando-se por todas as suas disposições, dá a interpretação de um comando valorativo à responsabilidade geral (Estado e sociedade) de erradicação da desigualdade, lançando mão dos mecanismos apropriados para tanto.

O artigo 3º, da Carta Magna brasileira, dispõe como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com relação às universidades, principalmente as públicas, considerando o instrumento importante que representa para o

cumprimento da função social do Estado, esses objetivos devem ser efetivamente observados e visados.

Por mais absurdo que pareça ser, ou por mais que exista a aparência de que a nação brasileira é simplesmente uma sociedade miscigenada onde não existe preconceito em razão da cor da pele, a verdade é que negros e pessoas de pele escura ainda enfrentam dificuldades e discriminações nos setores importantes da sociedade.

As cotas raciais são mecanismos paliativos e compensatórios, direcionados a corrigir injustiças sociais históricas, decorrentes do período escuro e cruel da escravidão. Após a abolição da escravatura até os tempos hodiernos, a exclusão social persiste, ainda que de forma camuflada. Trata-se de uma discriminação culturalmente arraigada e latente, e dizer que não há racismo no Brasil é uma grande inverdade.

Luís Roberto Barroso (2013, *on-line*) denomina este discurso de que não existe relação entre a cor da pele e o sucesso econômico e profissional de “humanismo racial brasileiro”. Para o autor, trata-se de uma maneira romântica e irreal de pensar sobre a realidade, sendo que “as ações afirmativas são decisivas para colocar fim, em algum lugar do futuro, na posição de subordinação e inferioridade das pessoas que têm a cor da pele mais escura” (BARROSO, 2013, *on-line*).

Na propositura da ADPF 186, foi enfatizado que não se objetivava discutir a constitucionalidade das ações afirmativas, mas sim, a respeito da constitucionalidade da instituição, no Brasil, de ações afirmativas baseadas no critério raça.

Contudo, é preciso esclarecer que, aqui, o uso do termo raça é justificável, fazendo-se da consciência de raça o ponto de partida de um processo com objetivo final de eliminá-la. Noutras palavras, adequado o emprego do termo “raça” nas políticas afirmativas,

(...) por ser o mesmo instrumento de categorização utilizado para a construção de hierarquias morais convencionais não condizentes com o conceito de ser humano dotado de valor intrínseco ou com o princípio de igualdade de respeito (...). Se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para desconstruí-las. Trata-se de um processo de três diferentes fases: i. a construção histórica de hierarquias convencionais que inferiorizaram o indivíduo quanto ao status econômico e de reconhecimento pela mera pertença a

determinada raça (...); ii. a reestruturação dessas hierarquias com base em políticas afirmativas que considerem a raça, voltando-se agora à consolidação do princípio de dignidade; iii. A descaracterização do critério raça como critério de inferiorização e o estabelecimento de políticas universalistas materiais apenas (IKAWA *apud*. LEWANDOWSKI. BRASIL. ADPF 186, *on-line*).

Na façanha de definir a maneira como os recursos da sociedade devem ser repartidos entre os seus membros, especialmente quanto à facilitação do ingresso ao ensino superior de grupos discriminados em razão da cor da pele como meio de ascensão pessoal, social e profissional, convém trazer as lições de John Rawls acerca da denominada *Justiça Distributiva* (2002, p. 64-66):

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. (...) As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

As cotas raciais são providência estatal, em atendimento a princípios constitucionais basilares como o direito à igualdade e o direito à liberdade de ser. É dever do Estado a atenção aos excluídos e desfavorecidos que, por diversos fatores, não participam dos benefícios da vida em sociedade.

Em linhas gerais, a meta primordial do processo de inclusão social é trazer as pessoas para uma sociedade da qual elas nunca fizeram parte até então, visando reduzir as disparidades para integrar cada vez mais pessoas a uma condição de vida digna, promovendo acesso equitativo aos benefícios do desenvolvimento. (...). Na verdade, uma sociedade inclusiva é aquela que valoriza a diversidade e estimula a aceitação das diferenças entre as pessoas, e dentro dela os cidadãos aprendem a conviver, contribuir e construir juntos uma gama de oportunidades reais para todos. Em síntese, trata-se de uma sociedade em que cada indivíduo é responsável pela qualidade de vida do outro, ainda que cada um seja diferente em suas características e necessidades (CARVALHO; SILVA, 2012, p. 258).

De fato, as comunidades afro-brasileiras são fundamentais para a formação da cultura nacional, devendo ser valorizadas em todos os âmbitos da sociedade, especialmente o acadêmico. O sistema de cotas raciais propicia aos estudantes um ambiente mais democrático, pluralista e brasileiro.

Sobre isso, e em homenagem ao caráter humanista do direito, vale citar o animoso trecho de uma carta aberta do Centro Acadêmico da UERJ (primeira universidade a instituir as cotas raciais no Brasil), enviada ao ministro Luiz Fux pelos seus alunos à época do julgamento da ADPF 186:

Professor, que a Universidade se pinte de negro, que se pinte de mulato, não só entre os alunos, mas também entre os professores. Que se pinte de operários e camponeses, que se pinte de povo, porque a Universidade não é patrimônio de ninguém; ela pertence ao povo. (...). Ao contrário do crescimento do ódio racial, notamos que a diversidade que vivenciamos em nosso ambiente universitário, e que reflete de fato o Brasil, possibilita um enriquecimento de nossa formação acadêmica. Esse reconhecimento será não apenas a promoção da justiça, mas também o passo deste Supremo Tribunal Federal, que revelará a sua determinação na construção de um país efetivamente desejado por todos (BRASIL. ADPF 186, *on-line*).

Segundo o respeitável entendimento do ministro, a diversidade do corpo discente é desejável de um fecundo ambiente universitário; a corroborar, a ministra Carmen Lúcia, no mesmo debate, compreende tratar-se de um “acréscimo cultural à vida acadêmica e a supressão de preconceitos e estereótipos raciais e sociais” (BRASIL. ADPF 186, *on-line*).

A valorização da diversidade étnica e regional é aspiração da Constituição da República (artigo 215, § 3º, V), e privilegiar o acesso das comunidades afrodescendentes ao ensino superior brasileiro significa formar-se um corpo estudantil de pluralismo, formado por pessoas de diferentes etnias, culturas, origens e classes sociais.

É certo que as cotas raciais são instrumento hábil para a ascensão social dos negros e pardos. Ricardo Lewandowski observa que as universidades, em especial as públicas, são os principais centros de formação das elites brasileiras. Para o ministro do Supremo, as universidades “não constituem apenas núcleos de excelência para a formação de profissionais destinados ao mercado

de trabalho, mas representam também um celeiro privilegiado para o recrutamento de futuros ocupantes dos altos cargos públicos e privados do País”. Semelhante, a ministra Rosa Weber assinala que “por mais que se possa sustentar, por hipótese, que o negro não deixa de estar na universidade pelo fato de ser negro, inegável que, na sociedade contemporânea, o acesso aos mais altos níveis de educação nacional propicia melhores oportunidades de vida”. Dessa forma, se os negros não têm acesso à universidade, logicamente não experimentam iguais condições de vida em relação aos brancos (BRASIL. ADPF 186, *on-line*).

Convém ressaltar, no entanto, a natureza transitória da ação afirmativa em questão. Já se mostra claro que a exclusão das pessoas de cor de pele escura decorre de injustiças históricas. Assim, uma vez remediada a situação atual de injustiça e desigualdade, não mais se justificará a manutenção da medida. Nesse sentido, Rosa Weber (BRASIL. ADPF 186, *on-line*):

(...) reputo consonante com a Constituição da República o sistema temporário de cotas implementado na UnB, objeto desta ADPF 186, a permitir a ampliação do contingente de negros em seus quadros, com o conseqüente acréscimo da representatividade social no ambiente universitário. Por óbvio que, quando houver um equilíbrio da representação, o sistema não mais se justificará, não mais será necessário. Por isso o cuidado de fixar o seu prazo de duração, por isso a temporariedade do programa instituído. Quando o negro se tornar “visível” nas esferas mais almejadas da sociedade, política compensatória alguma será necessária.

Interessante trazer ao estudo reportagem publicada na Internet, em 2012, com base em análise de dados colhidos pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁵.

A pesquisa constatou que, apesar de ter aumentado de 27% (vinte e sete por cento) para 51% (cinquenta e um por cento) a frequência de estudantes entre 18 e 24 anos no ensino superior, essa

⁵ Notícia disponibilizada no sítio eletrônico: <<http://noticias.terra.com.br/educacao/ibge-em-10-anos-triplica-percentage-de-negros-na-universidade,4318febb0345b310VgnCLD200000bbcbce0aRCRD.html>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

expansão educacional apresenta disparidades, principalmente se considerado o critério racial. Segundo o IBGE, o percentual de negros no ensino superior passou de 10,2% (dez vírgula dois por cento) em 2001 para 35,8% 9(trinta e cinco vírgula oito por cento) em 2011. Entretanto, observa-se esse aumento na frequência entre jovens pretos e pardos não foi suficiente para alcançar a mesma proporção apresentada pelos jovens brancos dez anos antes – que era de 39,6% (trinta e nove vírgula seis por cento).

Apesar de não ser ainda o ideal, os dados são otimistas e demonstram razoável eficácia do sistema de reserva de vagas segundo o critério étnico-racial. O País encontra-se em um processo, uma etapa, em que ainda serão vistas gradativas e significativas transformações nos setores sociais diversos.

Em verdade, o estabelecimento de tal sistema tem por fim último a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio orientador de todo ordenamento jurídico, com olhar para a inclusão social, gerando aos negros um sentimento de pertença à sociedade. Mais que assistir o direito ao progresso intelectual e desenvolvimento satisfatório para acesso igualitário ao trabalho, as cotas raciais são instrumento viabilizador de dignidade, à medida que os negros se sentem visíveis e sujeitos de direitos, afinal, como já dizia a canção, a população não quer só comida, mas diversão e arte, como sói acontecer.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O clamor dos desfavorecidos e menos abastados, o desabafo ou esclarecimento ao Estado de que somente programas assistencialistas e providências estatais afins não são suficientes para a ascensão social das minorias, tornam as cotas raciais um instrumento mais eficaz para o pleno acesso à Educação: educação que gera qualificação, que gera melhor acesso ao mercado de trabalho, que, finalmente, gera cidadania, dignidade e liberdade de ser.

A Constituição da República, inspirada em seu todo pelos princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, apresenta o Estado Democrático de Direito e crê em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O Estado Social, tal como pensado pela Constituição, não é inerte, nem tampouco se restringe a abster-se de interferir nas liberdades individuais dos cidadãos. Ao contrário, é um Estado positivo, atuante e responsável pela inclusão dos excluídos.

Assim, desejáveis são as políticas de ação afirmativa, que são resposta, providência, compensação em face dos quadros de injustiça social. Certamente, as ações afirmativas não são a melhor opção: o melhor mesmo seria se a existência de uma sociedade diversa, plural e democrática, onde as pessoas fossem aceitas e livres, e experimentassem igualdade nas oportunidades de vida.

Soa absurdo o fato de ainda haver discriminação negativa contra negros e pardos. Entretanto, essa realidade não pode ser olvidada ou relativizada; ao contrário, deve ser assumida, considerada e debatida, e pensadas as formas de transformação deste quadro.

A educação, direito de todos e dever do Estado, com o objetivo de promover o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, deve ser dotada de universalização e acessibilidade. A ordem jurídica interna e internacional assentem quanto a não distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

O sistema de cotas raciais é para que a universidade se vista das mais múltiplas cores, evidenciando o caráter pluralista e democrático do ambiente acadêmico sadio. Não se trata de benevolência do Estado; é o cumprimento de seu dever institucional – a finalidade de assegurar a paz social.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Sérgio Tibiriçá Amaral. SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). **Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social**. São Paulo: Boreal, 2012.
- AMARAL, Sérgio Tibiriçá. SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). **Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção**. São Paulo: Boreal, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Cotas e justiça racial: de que lado você está?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-06/luis-roberto-barroso-justica-racial-lado-voce>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

BERNARDI, Renato. LAZARI, Rafael José Nadim de. **Inclusão educacional da pessoa portadora de deficiência: benefícios e riscos**. In: BERNARDI, Renato. LAZARI, Rafael José Nadim de. **Ensaio escolhidos de Direito Constitucional**. Brasília: Editora Kiron, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Legal (ADPF) 186**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília: DF, Senado, 1996.

CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). **Minorias e grupos vulneráveis: reflexões para uma tutela inclusiva**. São Paulo: Boreal, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

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

INTERNACIONAL. **Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

_____. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação**. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade**. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Coimbra Editora, 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Direito fundamental à igualdade**. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Coimbra Editora, 2009.

O DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL COMO FORMA DE ALCANÇAR A PAZ

*Silmara Veiga de Souza*⁶

1 INTRODUÇÃO

Via de regra, a degradação ambiental e social caminham juntas, e nesse sentido brilhantemente se posicionam Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni “*Como se pode perceber, a miséria e a pobreza (como projeções da falta de acesso aos direitos sociais básicos, como saúde, saneamento básico, educação, moradia, alimentação, renda mínima etc.) caminham juntas com a degradação e poluição ambiental, expondo a vida das populações de baixa renda e violando, por duas vias distintas, a sua dignidade*”⁷.

E isso pode ser observado, por exemplo, nos locais onde a comunidade é carente de recursos financeiros, como favelas, onde a falta de regularidade fundiária nas ocupações, vem acompanhada da falta de equipamentos públicos essenciais, como coleta de esgoto, coleta de lixo adequada, circunstâncias e situações que levam à degradação ambiental, muitas vezes, com esgoto a céu aberto e descarte de lixo em locais públicos e até mesmo em lugares de preservação ambiental como córregos e matas próximas.

O que gera um ambiente extremamente hostil e a consequente limitação do uso dos lugares públicos, pois acabam por não apresentar condições para um uso saudável.

⁶ Advogada. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos. Trabalho vinculado ao grupo de pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades da Universidade Católica de Santos, professora coordenadora Liliana Jubilut.

⁷ MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Cria-se assim um ciclo vicioso, lugares degradados econômica e socialmente, aliados a um meio ambiente igualmente degradado, onde a falta de equipamentos públicos de lazer e recreação ajudam a distanciar a população de uma vida harmoniosa e pacífica.

Neste trabalho serão estudadas as causas e possíveis origens da falta de ordenamento urbano em muitas cidades do Brasil. Pois, o estudo da relação entre a degradação ambiental e social tem um papel fundamental para a garantia da paz, como uma forma de ajudar a garantir o bem-estar das presentes e futuras gerações, essa foi uma das conclusões apontadas pelo Relatório Brundland, o qual foi um divisor de águas, e desenhou os contornos atuais do conceito de desenvolvimento sustentável⁸:

Um mundo onde a pobreza e a desigualdade são endêmicas estará sempre propenso à crises ecológicas, entre outras...O desenvolvimento sustentável requer que as sociedades atendam às necessidades humanas tanto pelo aumento do potencial produtivo como pela garantia de oportunidades iguais para todos.

Buscando-se a confirmação da hipótese acima mencionada, adotou-se como objetivo geral fazer um panorama de como se originaram as leis do planejamento urbano das cidades brasileiras e suas consequências sociais, evolução que promove o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, levando à paz.

Como objetivos específicos, estabeleceu-se: (1) sistematizar e analisar a evolução histórica do desenvolvimento das leis do ordenamento urbanístico; (2) estudar os reflexos sociais dessas leis; (3) estudar as mudanças ocorridas com a inserção no texto constitucional da função social da propriedade; (4) examinar a questão no contexto de programas de regularização fundiária urbana.

No que se refere à metodologia empregada, fez-se uso do método de abordagem indutivo e do método de procedimento monográfico, tendo sido utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

⁸ Organização das Nações Unidas. **A ONU e o Meio Ambiente**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em 04 mai 2016.

Justifica-se a escolha do tema porque as cidades dão sinais de esgotamento, por exemplo, através de problemas e danos ambientais causados pelas mais diversas formas de degradação ambiental, tal como deslizamentos de encostas vindo a derrubar casas construídas em áreas de risco (na maioria das vezes ocupadas de forma irregular); pelo caos urbano no trânsito das grandes cidades; entre muitos outros fatores.

Este artigo estudará as primeiras tentativas de se criar uma legislação urbana voltada para as necessidades sociais e acompanhada de políticas públicas condizentes com a necessidade de expansão de infraestrutura e da própria urbanização. Os primeiros capítulos traçarão o histórico de uma tentativa de criação de um código urbanístico. Os posteriores indicarão a criação do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, e serão observadas como as políticas públicas deveriam acompanhar os processos de planificação municipal.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CIDADE

Pode-se afirmar que até pouco tempo não existiam políticas públicas voltadas para a cidade. Não se indagava como a cidade cresceria ou se desenvolveria. O que importava era expandir e gerar divisas. Dois fenômenos históricos intimamente imbricados surgem como protagonistas da problemática da política urbana no Brasil: a industrialização e o êxodo rural.

A partir do desenvolvimento industrial que eclodiu no Sudeste, na década de 40, consideráveis massas de população dirigiram-se para os grandes centros, fixando-se nas regiões periféricas. Conquanto o destino dos migrantes fosse preponderantemente os centros recém-industrializados do Sudeste, muitos deles também se dirigiram para as grandes cidades de outras regiões do Brasil. E, mais recentemente, a partir da década de 90, a migração voltou-se para os centros regionais.

Pode-se citar que, enquanto a população rural de 1940 a 2000 passou de 28,3 milhões para 31,8 milhões, a população urbana, no mesmo período, saltou de 12,9 milhões para 138 milhões⁹.

⁹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Estatística de População. Disponível em:

Outro fenômeno importante é a excessiva desigualdade social, ainda remanescente, que impele a parcela menos favorecida a se tornar extremamente dependente de políticas públicas. O certo é que o poder público, em face do crescimento populacional e êxodo rural, mostrou-se impotente para assegurar infraestrutura mínima nas grandes áreas que se urbanizavam de modo precário, em desatendimento aos padrões exigidos pela legislação em vigor.

De fato houve uma expansão desenvolvimentista por meio da industrialização. O período se caracterizou pelo predomínio do capital imobiliário especulativo. Como exemplo tem-se a cidade do Rio de Janeiro, quando ainda na década de 1960 possuía 'grandes vazios de terras', enquanto boa parte da população se aglomerava em favelas.

No início da década de 80 se observa o crescimento da demanda por moradia das classes sociais de baixa renda, e da cidade do Rio de Janeiro se extrai um bom exemplo, pela eleição de Leonel Brizola para prefeito no ano de 1980, o qual no início da campanha possuía apenas 5% das intenções de votos e com a proposta de distribuição de terras, com uma proposta de 1 milhão de moradias acabou sendo eleito.

Esse fato chamou a atenção do governo militar e para o efeito político dessa proposta, o que fez com que os militares também criassem um plano de ação com relação aos problemas das cidades. Passou-se, a partir dessa nova experiência a se tomar uma postura a fim de se buscar um equilíbrio entre a acumulação da propriedade privada e as necessidades sociais. Isso por meio da intervenção estatal, uma tentativa de cópia do Estado de Bem-Estar Social.

Em São Paulo, nos termos de trabalho de coleta de dados desenvolvido pela Caixa Econômica Federal, o poder público veio a impor regras à indústria da construção e locação de prédios apenas na última década do século XIX¹⁰. Dessa forma, a partir da chegada das massas de trabalhadores provenientes de diversos locais a São Paulo o município já teve que lidar com precárias condições habitacionais, a proliferação indiscriminada de loteamentos e a insuficiência de serviços de saneamento básico.

http://www.ibge.gov.br/english/estatistica/populacao/indic_sociosaude/2009/indicsaud e.pdf. Acesso em 3 mai 2016.

¹⁰Caixa Econômica Federal. História. Disponível em: <http://www1.caixa.gov.br/150anos/pt-br/150-anos-de-historia.html>. Acesso em 03 abr. 2016.

Somente nos anos 70, o então governador do Estado de São Paulo, Laudo Natel, enfatizou a questão do desenvolvimento do interior com o Plano Rodoviário de Interiorização do Desenvolvimento (PROINDE), pois já vislumbrava os efeitos deletérios da excessiva concentração na região metropolitana.

Atualmente, busca-se progressivamente uma superação entre o público e o privado. Exemplo disso pode ser dado por meio das operações urbanas consorciadas, cujo objeto é a parceria público-privada para melhoria da infraestrutura urbana, sobretudo com o auxílio de empresas privadas atuantes em setores de serviços de natureza eminentemente pública.

O desafio atual é lograr uma atuação estatal com planejamento estratégico, a partir do devido processo legal, seguindo políticas públicas voltadas para a coletividade sem se olvidar de uma integração e do atendimento dos objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal, no sentido de se garantir o desenvolvimento nacional a partir de uma sociedade livre, justa e solidária.

O auxílio privado não corresponde à abolição de meios legais para se contratar terceiros. Na verdade, a eficiência, em um de seus desdobramentos clássicos, corresponde ao entendimento de que o Estado não seja mais visto como um dinossauro faminto sugando os contribuintes, mas uma força motriz capaz de otimizar os recursos sociais levando ao progresso, geração de emprego e renda, maior transparência e resultados, e a uma sociedade naturalmente mais justa e democrática em todos os sentidos¹¹.

Uma das preocupações que se observam nas normas dedicadas ao urbanismo é possível ser identificada no Código de Posturas de São Paulo, de 1886, que destacava as condições de moradia como principal fator de comprometimento da salubridade urbana. Dessa forma, já se proibiu a construção de cortiços no perímetro central.

O que se observa, a todo tempo, é que as políticas públicas urbanas devem estar atreladas a um estudo aprofundado das necessidades que envolvem a região. Ao se falar em municípios, não

¹¹ KAPLAN, R. S.; NORTON, D. P. The balanced scorecard - Measures that drive performance. Harvard Business Review, v. 70, no. 1, 1992. /_____. Balanced Scorecard-Mapas Estratégicos: convertendo ativos intangíveis em resultados tangíveis. Tradução de Afonso Celso da Cunha Ser.

se pode esquecer que podem estar inseridos em regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas, gerando a necessidade de uma decisão conjunta dos municípios conurbados. Maiores necessidades são encontradas nos municípios carentes de obras de infraestrutura que deveriam ser objeto de cooperação entre Estado e União, a exemplo, do que ocorre com a Baixada Santista. A Região Metropolitana sofre com recursos escassos e necessidade de ampliação da malha viária e ferroviária. Quem se pode responsabilizar por essas obras vultosas e necessárias?

3 NORMAS EM PROL DA URBANIZAÇÃO DAS CIDADES

A partir do surto industrial dos anos 40, paulatinamente, o que se percebeu é que o arcabouço normativo de que se dispunha mostrou-se insuficiente para fazer frente às necessidades, e isso se tornou evidente pelo agravamento dos problemas. Não se pode esquecer que para isso também contribuiu a extrema pobreza de parcela da população e a própria ineficiência dos poderes públicos.

Cogitou-se então a necessidade de maior intervenção no sentido de se criar mecanismos legais para: a) restituir à legalidade as áreas com ocupação já consolidada, tais como, por exemplo, loteamentos irregulares ou clandestinos, situações para as quais a legislação não fornecia resposta, conduzindo à perpetuação da ilegalidade; b) conceder à administração instrumentos eficazes de planejamento urbano, inclusive de forma a interferir e direcionar o uso da propriedade.

Mas aqueles que podem ser considerados os grandes avanços que se conquistaram na forma de pensar e planejar o ordenamento urbano não ocorreram rapidamente. Foram progressivos. E é a forma como se deram esses avanços que se verá a seguir.

Na década de 60 já se pensava nas questões urbanas, exemplo disso foi a realização do Seminário Nacional de Habitação e Reforma Urbana em Petrópolis/RJ, onde se discutiram as questões que na época se apresentavam, tal como a questão de ocupações e moradias irregulares no Rio de Janeiro, favelas¹².

¹² MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana**. Petrópolis: Vozes, 2001.

Com o golpe militar de 64 muitas das reformas pretendidas, muitos dos avanços que se discutiam, ficaram congelados, pois esse tipo de pensamento era considerado avançado demais, por exemplo, 'dar' terras aos pobres na época da Guerra Fria, em pleno governo militar, era comunismo.

Na década de 70, entretanto, os movimentos sociais voltaram a pedir mudanças, e em 1977 foi criada a Comissão Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU, a fim de tentar criar uma lei nacional de desenvolvimento urbano. A CNDU, vinculada ao Ministério do Interior, idealizou o que viria a ser o Projeto de Lei 775 de 1983.

O Projeto de Lei 775 de 1983 se tratava de um Projeto de Lei de Desenvolvimento Urbano, dispunha sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano, foi enviado à Câmara para votação pelos próprios militares, devido a premente necessidade social das massas por moradia, aliado a positiva repercussão das propostas de campanha do prefeito eleito do Rio de Janeiro Leonel Brizola¹³.

O Projeto de Lei 775 de 1983 é um paradigma no sentido de que *“coloca como base da política de desenvolvimento urbano a questão social, através da função social da propriedade”*¹⁴. Além disso, elenca a função do Poder Público em melhorar a qualidade da vida da população, e trás mais inovação quando prevê no art. 22 a criação de 'áreas restritas', que são áreas de proteção ambiental nas cidades.

Adotava como pontos básicos: a) oportunidade de acesso à propriedade urbana e à moradia; b) justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes da urbanização; c) correção das distorções da valorização da propriedade urbana; d) regularização fundiária e urbanização específica de áreas ocupadas por população de baixa

¹³ SABOYA, Renato. **Estatuto da Cidade – breve histórico**. Disponível em: <http://urbanidades.arq.br/2008/02/estatuto-da-cidade-breve-historico/>. Acesso em 3 mar 2016.

¹⁴ GRAZIA, Grazia de. Reforma urbana e Estatuto da Cidade. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lúcio (org.) **Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Revan: FASE, 2003, p. 28.

renda; e e) adequação do direito de construir às normas urbanísticas¹⁵.

Apresentava de forma harmônica e sistemática as diretrizes, instrumentos e normas gerais que deveriam pautar o desenvolvimento urbano, e também previa a ação conjunta das três esferas de governo para a formulação e implantação da política urbana¹⁶.

O Projeto não foi aprovado e sua tramitação/ discussão foi tão lenta que praticamente coincidiu com os debates da Constituição Federal de 1988, o que acabou ajudando, e muitas das propostas inovadoras, tal como a função social da propriedade foram agregados ao texto constitucional.

Nesse sentido, foi de grande importância o trabalho do Movimento Nacional de Reforma Urbana que propôs/apresentou a Emenda constitucional Popular pela Reforma Urbana pautada pelos princípios de Obrigação do Estado em Assegurar os Direitos Urbanos; Função Social da Propriedade; Direito à Cidade; Gestão Democrática da Cidade. Princípios insculpidos no Capítulo “Política Urbana”, representado pelos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988.

A conquista legislativa em nível federal se cristalizara, a Constituição Federal assegurava os princípios norteadores da política urbanística. Cabia agora aos Estados adaptarem as suas Constituições, aos municípios adequarem suas leis orgânicas e elaborarem os planos diretores, estava criada a celeuma.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

A Constituição vigente, seguindo os modelos constitucionais anteriores estabeleceu a proteção à propriedade em geral, inclusive com inserção de capítulo especificando quando se cumpre a função social da propriedade urbana e rural. Percebe-se pelos dispositivos constitucionais uma preocupação em evitar que a propriedade sirva à

¹⁵ FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – CEPAM. Estatuto da cidade, coordenado por Mariana Moreira. São Paulo, 2001. P. 32. Disponível em: http://www.cepam.sp.gov.br/arquivos/conhecimento/Estatuto_da_cidade.pdf Acesso em 3 mar 2016.

¹⁶ Idem.

especulação imobiliária ou mesmo outro objetivo que possa macular o acesso à terra das populações menos beneficiadas.

Para José Afonso Leme Machado¹⁷ reconhecer que a propriedade tem uma função social é não tratá-la como um ente isolado da sociedade. Afirmar que ela possui essa função social não significa transformá-la em vítima da sociedade. O conteúdo da propriedade não reside em um só elemento. Há o elemento individual que possibilita o gozo e o lucro para o proprietário. Mas outros elementos aglutinam-se a esse: além do fator social há o componente ambiental.

A Constituição atual segue o defendido na doutrina italiana, segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em propriedade, mas em propriedades.

Nesse sentido a propriedade deixou de ser tema relacionado unicamente ao direito civil. Atualmente outras subdivisões da ciência jurídica com ela se importam diretamente, sobretudo para imposição de tributos e o estabelecimento das obrigações a elas relacionadas em face do cumprimento das funções legalmente estabelecidas. O instituto da propriedade ganhou formas diferenciadas de tratamento positivando-se as exigências que os legisladores consideram essenciais e criando normas estritas, sobretudo no código de obras ou leis afins, a fim de se estabelecer os desígnios adequados por meio do plano diretor ou mesmo de uma lei com essa finalidade. Assim, sem se desatar da teoria civilista a partir dela buscou-se uma função que pudesse ser atribuída ao bem sem retirar-lhe o conteúdo econômico. Assim, o respeito à função social não esvazia o direito de propriedade constitucionalmente estabelecido.

A importância do ao cumprimento da função social se reflete nos dispositivos constitucionais que sancionam sua inobservância, chegando até a expropriação do bem, conforme se depreende dos dispositivos constitucionais contidos no parágrafo 4º do art. 182 e do art. 184, este último referente a propriedade rural. A importância ainda foi sublinhada pela repetição do princípio no inciso II e III do art. 170 da Constituição. Não obstante entendimentos no sentido de que a

¹⁷ LEME MACHADO, Paulo Afonso. **Estudos de direito ambiental**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 127.

função social não diminui a propriedade ela condiciona seu uso a observância de fatores, sem os quais, podem gerar ônus ao proprietário a ponto de até mesmo perder o bem que possui.

Em que pese diversas opiniões acerca do tema, a verdade é que a função social limita a propriedade e não a inutiliza o a torna imprópria para fruição, desta forma ocorreria, na verdade, a desapropriação indireta. Normas e atos normativos de origens diversas condicionam a utilização da propriedade a observância de determinados parâmetros, sem os quais se configura uma oposição ao que se poderia considerar seu uso social.

Certamente, há uma redução do uso pleno da propriedade. Certamente vai de encontro ao anterior conceito que simplesmente deixava o proprietário livre para decidir acerca do destino de seu bem imóvel. A propriedade hoje está sujeita a normas urbanísticas impostas pela municipalidade a fim de se atender uma série de exigências e, sobretudo, adequar o uso da propriedade ao conjunto social de bens. Além delas, outras de ordem estética e de segurança pública, alie-se ainda aquelas oriundas de legislação ambiental, conferindo-lhe características que por vezes impede sua descaracterização e, conseqüentemente, seu uso.

Cabe ainda dizer o remarcado por Roberto Dromi¹⁸ que o município é o gerente da cidade. Ademais, ela é um fenômeno vivo e dinâmico que cabem e concorrem inúmeras instituições e organizações. Deve garantir as necessidades vitais para o desenvolvimento pleno da pessoa humana. Existe, assim, um novo tipo de relação em que haja um sistema eficiente na gestão de políticas com orientação macroeconômica. A cidade também sofre externalidades regionais e nacionais que podem ser positivas ou negativas, mas inegável é a função da municipalidade a fim de estimular a acessibilidade e a inclusão social, trabalhista e cultural.

Dessa forma, observa-se que a propriedade não perdeu suas características civilistas. O que ocorre é a instituição de novos programas e institutos constitucionais e legais em prol de sua conservação e desenvolvimento. Contudo, diante do quadro social existente no planeta, não há mais lugar para a concepção privatística pura, a qual concebia a propriedade como absoluta. A função social

¹⁸ DROMI, Roberto. **Ciudad y Municipio: gerenciamento y governabilidad local** Buenos Aires – Madrid – Mexico: Hispania Libros, 2007, p. 25-38.

pode-se traduzir em limitações que, a primeira vista, podem parecer óbices a serem transpostos ou mesmo impossíveis de serem superados. Por outro lado, reconhece a necessidade de se ordenar a propriedade como bem com valores intrínsecos e extrínsecos que devem ser por todos respeitados.

Quando se falou ao fim do tópico anterior que estava criada uma celeuma, isto se diz no sentido de que as cidades já existiam, e na sua maioria, nascidas e criadas de forma desordenada, sem planejamento.

De acordo com GRACIA¹⁹: “os instrumentos oriundos da Constituição Federal tinham como objetivo, fundamentalmente, uma ampliação do controle público sobre a ocupação do solo, permitindo um aumento da eficiência da ação governamental, e garantindo a destinação adequada dos investimentos de infraestrutura e serviços”.

Para cumprir o disposto na Constituição coube aos municípios absorver essa legislação inovadora, eram muitas obrigações, e um grande ônus não só político, pois envolveria diversos interesses, como também econômico, no sentido de que teriam que despender recursos para a implantação na prática desses dispositivos. A missão era tentar equilibrar os interesses dos diversos setores e classes sociais, a obrigação era integrar a cidade.

Visando a aplicabilidade da inovadora legislação, os municípios passaram a se valer de instrumentos de controle normativo, por exemplo, inserindo em suas leis orgânicas modos e limitações ao direito de propriedade e ao direito de construir, prevendo o modo de uso da propriedade; e em seus planos diretores a forma de expansão das cidades, criando, por exemplo, distritos industriais.

Ainda assim, havia dificuldades e dúvidas até porque não havia a regulamentação específica, o que somente se deu em 2001 com o advento da Lei federal n. 10.257 que ficou conhecida como Estatuto da Cidade, mais de doze anos após a apresentação de seu projeto junto ao Senado em junho de 1989.

¹⁹ GRAZIA, Grazia de. Reforma urbana e Estatuto da Cidade. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lúcio (org.) **Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Revan: FASE, 2003, p. 39.

Exemplificando, entre os importantes instrumentos para assegurar a Função Social da Propriedade, o Estatuto da Cidade regulamentou a questão do Imposto Territorial Urbano (IPTU) progressivo, que é uma forma de coibir a especulação imobiliária e a subutilização de propriedades urbanas, evitando a criação de vazios urbanos, através da sobretaxa à propriedade ociosa, tal como foi implantado através de Lei Municipal na cidade de Ponta Grossa/PR²⁰. Está em acordo com o Princípio à medida que o proprietário paga conforme a devida utilização da sua propriedade, forçando o proprietário a dar um fim digno à sua propriedade.

No bojo desta política intervencionista, imprescindível ressaltar que ainda pouco antes da promulgação do Estatuto da Cidade, a Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000, mediante alteração do texto do art. 156, §1^o, *caput*, e inserção dos incisos I e II do respectivo artigo da Carta Magna, autorizou a instituição de IPTU progressivo em razão do valor do imóvel, bem como a instituição de alíquotas diferentes em razão da localização e uso do imóvel.²¹

Outrossim, a Lei 11.977/09, conhecida como Lei Minha Casa Minha Vida, estabeleceu um tratamento especial para a regularização fundiária de interesse social. O Provimento n. 18/12, de 25 de junho da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, instituiu formas de viabilizar e efetivar a legislação atinente. Segundo a Assessoria de Imprensa do TJSP²²:

O provimento extraiu o máximo de efetividade dos instrumentos da Lei Minha Casa Minha Vida, regulamentou os procedimentos de regularização fundiária nos Cartórios de Registro de Imóveis e uniformizou os procedimentos em todo o Estado. Diversas espécies de regularização foram acolhidas, como a de condomínios de frações

²⁰ Disponível em: <http://camara-municipal-da-ponta-grossa.jusbrasil.com.br/legislacao/405526/lei-8663-06>. Acesso em 03 abr. 2016.

²¹ Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I – propriedade predial e territorial urbana; § 1^o Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4^o, II, o imposto previsto no inciso I poderá: I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

²² Tribunal de Justiça de São Paulo. Provimento da CGJ Altera Quadro de Regularizações Fundiárias. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/Imprensa/Noticias/Noticia.aspx?Id=17199>. Acesso em 04 abr. 2016.

ideais, de glebas urbanas parceladas antes da Lei 6766/79, a abertura de matrícula para a área pública em parcelamento não registrado, a abertura de matrícula de imóvel público do Estado e a regularização dos conjuntos habitacionais não registrados. Também se aprofundou no exame da demarcação urbanística e da legitimação de posse.” (Registradores de São Paulo, 2012)

Importante também citar, no âmbito do Estado de São Paulo, a implantação do Programa Estadual de Regularização de Núcleos Habitacionais - Cidade Legal.

O programa fornece, mediante convênio de cooperação técnica, orientação e apoio técnico aos municípios para regularização fundiária, através do Comitê de Regularização. Tal programa foi criado pelo Decreto Estadual n. 52.052/07.

A finalidade do referido programa estadual é apoiar a regularização de parcelamentos do solo e de núcleos habitacionais públicos e privados, para fins residenciais, localizados em áreas urbanas ou de expansão urbana, assim definidas pela legislação municipal. Os núcleos habitacionais enquadrados no Programa Cidade Legal são loteamentos e desmembramentos para fins residenciais, conjuntos e condomínios habitacionais e reurbanização de assentamentos precários e favelas. (Secretaria de Habitação do Estado de São Paulo, 2009).

Cabe dizer que se utilizaram casos de programas especialmente na área de habitação e moradia para ilustrar tipos de instrumentos normativos que vêm se valendo a Administração nas três esferas de governo, existem outros instrumentos em outras áreas, tais como o transporte, por exemplo. Mas este trabalho não visa esgotar o assunto, mas sim abrir a discussão.

5 CONCLUSÕES

Como visto, desde a década de 60 existe a preocupação com a questão urbanística, que se tornou ainda mais premente na década de 80 com a expansão das cidades e a pressão social, principalmente pela falta de moradia e a expansão das habitações precárias e irregulares, culminando com um capítulo especial na vigente Constituição Federal destinado à questão da política urbana.

Inegavelmente a legislação trouxe importantes avanços no sentido do planejamento estratégico das cidades e na criação de instrumentos de controle para criar um ambiente mais saudável e garantir o bem-estar dos habitantes.

Percebe-se, entretanto, que esse uso de instrumentos de controle, pensar a cidade de forma ordenada e planejá-la a fim de garantir boas condições de vida aos cidadãos, e evitar conflitos, tais como disputas pela terra, além de ser algo muito difícil (por conta da situação já desordenada quando do advento da CF/88), é muito custoso aos cofres públicos, principalmente aos cofres de cidades pequenas e sem fontes de arrecadação, dentre essas cidades muitas sobrevivem através da verba do Fundo de Participação dos Municípios, o que fez com que se multipliquem exemplos de cidades no país que até hoje não tenham efetivamente se adaptado, ou consigam aplicar as normas.

As leis vigentes garantem o acesso à titulação da propriedade, sobretudo a Lei nº 11.977/2009 que instituiu o programa minha casa minha vida. Estabeleceu-se um cronograma de prioridades com a presença de várias instituições públicas com o objetivo de regularizar o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, desde a Medida Provisória nº 2.220 de 2001. Nesse sentido pode-se vislumbrar progresso no que tange à regularização fundiária. Em contrapartida ainda são tímidos os investimentos em infraestrutura capazes de refletir um bom planejamento e o desenvolvimento regional e local.

Assim, é cada vez mais importante a gestão participativa, que as pessoas progressivamente se interessem a conheçam os princípios que norteiam o planejamento da cidade, principalmente o maior deles que é o bem-estar social, e assim contribuam para pensar e planejar uma cidade melhor, a cidade não pode ser vista como guetos, os guetos onde se auto-segregam os ricos e onde se amontoam os pobres, a cidade é de todos, e deve ser vista como direito transindividual que é – a cidade pertence a todos. E é somente através do avanço da conscientização, da participação e pressão coletiva é que os direitos da cidade encontrarão ambiente fértil para crescer e, de fato, efetivarem-se levando a um caminho de paz e harmonia social.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS REGISTRADORES DE SÃO PAULO. Disponível em: www.registradores.org.br/tjsp-provimento-da-cgj-altera-quadro-de-regularizacoes-fundiaras/. Acesso em 3 mar 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Estatuto da Cidade (2001). Brasília, DF, Senado, 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 3 mar 2016.

CAMPOS, Diogo Fontes dos Reis Costa Pires de. Desapropriação como instrumento de execução da política urbana. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2522, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14924>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

DROMI, Roberto. **Ciudad y Municipio: gerenciamiento y gobernabilidad local** Buenos Aires – Madrid – Mexico: Hispania Libros, 2007.

FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – CEPAM. Estatuto da cidade, coordenado por Mariana Moreira. São Paulo, 2001. P. 32. Disponível em: http://www.cepam.sp.gov.br/arquivos/conhecimento/Estatuto_da_cidade.pdf Acesso em 3 mar 2016.

GRAZIA, Grazia de. Reforma urbana e Estatuto da Cidade. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lúcio (org.) **Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Revan: FASE, 2003.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: http://www.ibge.gov.br/english/estatistica/populacao/indic_sociosaude/2009/indicsaude.pdf. Acesso em 3 mai 2016.

KAPLAN, R. S.; NORTON, D. P. The balanced scorecard - Measures that drive performance. Harvard Business Review, v. 70, no. 1, 1992. / _____. **Balanced Scorecard-Mapas Estratégicos: convertendo ativos intangíveis em resultados tangíveis**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Ser.

MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana**. Petrópolis: Vozes, 2001.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEME MACHADO, Paulo Afonso. **Estudos de direito ambiental**. São Paulo: Malheiros, 1994.

Organização das Nações Unidas. **A ONU e o Meio Ambiente**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em 04 mai 2016.

SABOYA, Renato. **Estatuto da Cidade – breve histórico**. Disponível em: <http://urbanidades.arq.br/2008/02/estatuto-da-cidade-breve-historico/>. Acesso em 3 mar 2016.

SÃO PAULO. Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo 2002 – 2012. São Paulo: Ed. Senac, 2004.

Secretaria de Habitação de São Paulo. **Cidade Legal**.

http://www.habitacao.sp.gov.br/noticias/index.asp?Destino=VW¬icia_id=1094&Area=NOTICIA&idiomas=PO>. Acesso em 04 mar 2016.

POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

*Nathan Barros Osipe*²³

*Rosa Maria Cardoso do Prado*²⁴

1 INTRODUÇÃO

A escolha do tema Políticas Públicas: Análise do Programa Bolsa Família, dá-se pela polêmica que tem despertado na atual sociedade, em que a educação é um dos principais meios para se destacar. Na tentativa de acabar com o problema da pobreza o governo lançou políticas públicas em favor de famílias carentes. As principais ações visam acabar com a evasão escolar e o analfabetismo. Neste sentido, uma das políticas lançadas foi o Programa Bolsa Família (PBF), que visa transferir renda diretamente para as famílias mais pobres como forma de garantir alimentação, saúde e educação.

A metodologia empregada para chegar aos resultados contou com um levantamento bibliográfico e documental com o intuito de sintetizar as políticas públicas e analisar o Programa Bolsa Família (PBF) - por meio de textos, artigos internet, livros e leis. Utilizou-se também uma pesquisa de campo, a qual possibilitou avistar os problemas e as contribuições na sociedade e na educação, tendo como público alvo professores, alunos e pais que são beneficiários do PBF da Escola Municipal Professora Ophélia Mello Nascimento, localizada no Conjunto Residencial Alceu Garbelini, na Rua Antônio de Castro Vilas Boas, nº 1505, na cidade de Santo Antônio da Platina - PR. A decisão pela instituição é por ser uma escola nova na cidade, atuando somente há sete anos, atendendo a periferia, e por possuir número significativo de beneficiários do Programa Bolsa Família.

²³ Faculdade do Norte Pioneiro - FANORPI

²⁴ Faculdade do Norte Pioneiro - FANORPI

A primeira parte, a *Introdução* sintetiza-se os aspectos gerais mostrando o teor do trabalho. Na segunda fase foca-se aborda uma visão global, descrevendo um Breve Histórico das Políticas Públicas no Brasil na década de 1980 até os dias atuais, abordando o “Programa Bolsa Família” como uma política que tem a pretensão de amenizar a desigualdade social. O terceiro capítulo refere-se ao Método que foi utilizado, no qual proporciona uma pesquisa com uma discussão dos dados. E para finalização do trabalho as Considerações Finais, demonstrando as contribuições que a pesquisa possibilitou esclarecer. Partindo dos elementos pesquisados realizou-se um artigo analisando o Programa Bolsa Família apontado suas contribuições e suas falhas, possibilitando uma visão das situações reais e práticas .

2 BREVE HISTÓRICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL NA DÉCADA DE 1980 ATÉ OS DIAS ATUAIS

A temática “política social” é descrita por Oliveira e Ferreira (2008 p. 23) como:

[...] um conjunto de medidas operadas pelo Estado em todos os setores sociais de alcance nacional (entre outros, educação, saúde, segurança, saneamento, alimentação), que em menor ou maior grau, devem ter efeitos para todas as classes sociais, pobres ou não.

Ao analisar o extenso contexto histórico das políticas públicas se faz indispensável a sua trajetória. As Políticas Públicas se originam nos movimentos populares do século XIX, na Alemanha nos anos 1970 (NETTO, 2003). Netto (2003, p. 15) salienta a seguinte afirmação ao surgimento das políticas “[...] as políticas sociais foram resposta do Estado burguês do período do capitalismo monopolista a demandas postas no movimento social por classes (ou estratos de classes) vulnerabilizados pela questão social”.

No Brasil, as políticas sociais ocorrem a partir da década de 1930, no governo de Getúlio Vargas, onde se começa a refletir nas condições de vida das populações mais desprovidas (WEISSHEIMER, 2006), assim as políticas sociais emergem dos direitos sociais como decorrência dos conflitos enfrentados pelo proletariado *versus* Capitalismo, como aponta Pereira (2010, p. 1) “As

políticas públicas são compostas por políticas de cunho social e econômico e foram construídas ao longo do desenvolvimento da ordem burguesa [...]”. A crise econômica interferiu bruscamente no governo militar, consolidada pelo capitalismo internacional, provocou pressão e possibilitou aberturas em sua estrutura de base política e, em consequência, originou mudanças na forma de conduzir as políticas sociais, influenciando principalmente, a educação. Assim os assuntos sociais foram tratados como questões políticas, e voltou-se a desenvolver programas e ações conduzidas para as áreas mais desprovidas (SHIROMA, 2007).

Os anos de 1980 são marcados pela crise do capitalismo. Como aponta Xavier (2003, p. 45) “nem uma folha cai sem que o Capital o deseje e o determine”. O período do militarismo foi conturbado, o Estado e a sociedade continuavam voltadas ao capitalismo (NETTO, 1999). Diante aos manifestos sociais que reivindicavam por melhores condições e qualidade de vida dentro da sociedade, observa-se a tentativa de se consolidar os direitos sociais e individuais parcialmente (VIANA; UNBEHAUM, 2004). Com a Constituição de 1988, enfraquece a exploração e a dominação política (Netto, 1999), garantindo direitos sociais (VIANA; UNBEHAUM, 2004). O artigo 6.º BRASIL (1988, p.12) expõe que “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Observamos que o Estado passa ter a obrigação de garantir direitos a todos os cidadãos brasileiros. Assim estas políticas públicas atravessaram ditaduras e governos até chegarem aos anos 1988 como um Direito Universal, como alega Netto (1999, p. 77) “[...] uma política social combatível com as exigências de justiça social, equidade e universalidade”. A Constituição possibilitou políticas compensatórias e paliativas, que para Oliveira e Ferreira (2008) surgiram com a pretensão de proporcionar uma sociedade igualitária, oferecendo melhores condições econômicas e amenizando as desigualdades sociais entre os cidadãos brasileiros. Já em meados da década de 1990, Fernando Affonso Collor²⁵ de Mello assume o governo, desorganizando o Estado, marcando o país por uma

²⁵ Foi afastado pela Câmara dos Deputados em 01 de outubro de 1992, onde Collor foi a julgamento, no entanto para escapar do *impeachment* renunciou, porém mesmo assim seus direitos políticos foram cassados por oito anos pelo Congresso Nacional (SILVA, 1990).

administração de escândalos e corrupção, pois visava extrair os direitos da Constituição em relação à população vulnerável (PEREIRA, 2010).

Nos anos 1990, surge a Declaração Mundial sobre Educação, na qual enfatiza em seu artigo 8º (UNESCO, 1998, p. 6) a necessidade de “desenvolver uma política contextualizada de apoio [...] Políticas de apoio nos setores social, cultural e econômico são necessárias à concretização da plena provisão e utilização da educação básica para a promoção individual e social [...]”. A Declaração aponta para políticas que auxiliem no desenvolvimento da educação, não em políticas paliativas e compensatórias, como um instrumento de apoio para a promoção e igualdade social. Netto (2003, p. 28) afirma o seguinte “Política social não é encaminhada para resolver problema algum, mas para fazer operar aquela dupla intervenção do estado burguês: promover a acumulação e a legitimação”. Neste sentido, na Declaração de Jomtien, Torres (*apud* SHIROMA, 2007, p. 51) afirma que, para atingir as metas, ou seja, a proscricção da desigualdade social é indispensável “[...] promover um contexto de políticas de apoio no âmbito econômico, social e cultural”, isto é, o Estado depende de uma relação entre a política, economia, cultura para o desenvolvimento da educação e do país. O Brasil foi um dos países que manteve compromisso com o desígnio da Declaração de Jomtien, porém com o *impeachment* de Collor suas finalidades não foram concretizadas (NOGUEIRA, 2001).

Em 1990, os Organismos Multilaterais “(FMI) Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial (BM)” assumem as políticas, tendo por meta o desenvolvimento do país por meio de políticas educativas, as quais seriam as soluções para os problemas sociais do país. Essas agências ganham maior rendimento na economia americana, uma vez que a intervenção destas na educação brasileira se caracterizou por consequência de dívidas contraídas pelos governos militares (SHIROMA, 2007). No governo Collor, com o país cercado pela extrema desigualdade social, em 1991, o senador Eduardo Suplicy (PT-SP), lança um projeto que geraria o PBF (WEISSHEIMER, 2006). Já na gestão Fernando Henrique Cardoso, segundo Netto (1999) a gestão de políticas públicas foi uma calamidade, principalmente para as camadas mais empobrecidas. Em seu governo as políticas sociais foram desconsideradas, visto que eram reduzidas, pois enquanto a demanda crescia o governo cortava os recursos amortecendo continuamente os direitos sociais em

relação aos setores da educação, saúde, assistência, trabalho e previdência. Os cortes foram para investir nos setores que mobilizam o grande capital como o pagamento dos débitos internos (NETTO, 1999). Em relação a essa questão Netto (1999, p. 82) afirma que “[...] a tão propalada ação social do FHC não passava de puro Marketing [...]”. Seu governo não eliminava as políticas sociais, apenas distorcia a Constituição, dissimulando uma política social submissa do grande capital (NETTO, 1999). Apenas no fim de seu mandato, Fernando Henrique Cardoso lança algumas políticas sociais voltadas para a melhoria de vida das populações menos favorecidas (WEISSHEIMER, 2006).

Em 2003, Luiz Inácio Lula da Silva (Lula) assume o governo, caracterizado por suas origens plantadas nos movimentos democrático-populares, fez seu governo girar em torno do campo da Assistência Social, no qual teve a oportunidade de criar o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), conservar as políticas de Seguridade Social como o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), além de possibilitar a Reforma da Previdência (PEREIRA, 2010). No governo Lula as políticas são abundantemente compensatórias, ou seja, servem como instrumentos para equilibrar os estragos causados. Assim se estabeleceu uma linhagem de programas sociais e iniciativas. Lula inaugura uma nova agenda social no Brasil com a unificação, a racionalização e a ampliação de quatro programas sociais já existentes (WEISSHEIMER, 2006, p. 32).

Assim podemos observar que o governo FHC e Lula possuem estratégias políticas semelhantes, como a tática de governo em relação às políticas sociais, que só são atingidas por meio de impostos e serviços públicos (CZERNISZ; LENARDÃO; FERREIRA; FRANCISCO, 2003), tornando evidente que este dinheiro volta aos cofres públicos, porém a diferença se encontra na maneira em que ambos os governos são transmitidos aos cidadãos brasileiros. O governo FHC lutava em benefício do Capital, enquanto Lula ampliou os programas públicos e manuseou o capital em direção as políticas de transferência de renda para a classe trabalhadora, conseguiu assim se destacar entre os menos favorecidos devido a sua estratégia de governo. Em relação às políticas sociais afirmamos que tanto no governo FHC como Lula as políticas tem aspecto humanitário e benfeitor (SHIROMA, 2007), porém elas são compensatórias, isto é, são políticas para amenizar as desigualdades e não eliminá-las.

Como destaca Netto (2003, p. 25) “[...] a ‘questão social’ é insuprimível e insuperável na ordem burguesa. Mas isso não significa que eu lhes recomende voltar para a casa e cuidar somente das rosas de seus jardins”. Com base no que o autor dispõe, não se deve desistir, mas pensar que existe limite para superar as desigualdades sociais. As políticas sociais não são desnecessárias, mas no momento apenas irão amenizar a situação, para o futuro, é necessário repensar uma nova estratégia para se acabar com a desigualdade social. Em linhas gerais, ao se fazer um balanço, desde o início das políticas sociais até hoje, verificamos que estão progredindo lentamente em direção aos direitos do povo brasileiro. Porém, estes direitos não deveriam ser colocados em forma de políticas, mas como obrigações que o Estado deve ter, proporcionando aos cidadãos brasileiros um mínimo de dignidade humana, melhores condições e qualidade de vida, adequando-as a uma sociedade mais justa e igualitária (ZIMMERMANN, 2006).

Portanto, torna-se evidente o pretexto das atuais políticas públicas no Brasil, como o Estado não consegue proporcionar a formação necessária, ele tem buscado políticas compensatórias. Desta forma, mostramos a intenção do governo em relação às políticas públicas de fazer uma junção da educação com as mesmas, para perpetrar a escola como Justiça Social. Ao passo que estas políticas ganham espaço, vão se tornando assistencialistas e a reforma do ensino reflete os conflitos de interesses do Estado (OLIVEIRA, 2009).

Oliveira (2009) aponta que as políticas buscam promover ações em condições de igualdade, porém, promovem desigualdade dentro da escola, expressando diferenciações. Assim podemos indagar se as políticas são instrumentos que o Estado está proporcionando aos indivíduos para que eles permaneçam na escola, e não que tenham sucesso em suas vidas.

Em nome da equidade, a busca de efetividade das políticas levou a um sistema que parece estar mais preocupado com o acesso e a manutenção do aluno dentro da escola do que com a finalidade educativas, ou seja, a “permanência a todo custo” (OLIVEIRA, 2009, p. 31).

Diante das vastas políticas criadas pelo atual governo será analisada a Bolsa Família que é caracterizado pela sua história e as influências no sucesso/fracasso escolar.

3 CONTEXTO HISTÓRICO DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

Após conhecer em linhas gerais sobre o contexto das políticas públicas criadas por diversos governos no mundo e no Brasil. Analisar-se-á o Programa Bolsa Família (PBF) que, de acordo com Marques e Mendes (2007, p.20), tem por objetivo “[...] combater a miséria e a exclusão social, para promover a emancipação das famílias mais pobres”. Portanto o PBF é um programa de transferência renda mínima destinada às populações mais vulneráveis, além proporcionar prestígio ao governo Lula, por fazer sua política administrativa girar no campo de programas sociais.

O programa Bolsa Família não é uma invenção a partir do zero, ele só foi possível devido à experiência acumulada ao longo da história em torno de programas de transferência de renda anteriormente. O PBF começou a circular na sociedade através de uma proposta formulada pelo senador Eduardo Suplicy (PT/SP), que analisou uma série de trabalhos que debatiam políticas de renda básica para as famílias que vivem com renda inferior à linha da pobreza e indigentes (WEISSHEIMER, 2006).

Neste sentido Suplicy (PT-SP), em 17 de abril 1991, criou um programa de renda mínima que beneficiaria, sob a forma de imposto de renda negativo, todas as pessoas habitantes no país, maiores de 25 anos e que ganhassem rendimentos mensais inferiores ao salário mínimo ativo da época (WEISSHEIMER, 2006). Em seguida em 1995 o senador Cristovam Buarque professor na Universidade de Brasília (UnB), defendeu uma proposta semelhante, assim quando eleito governador do Distrito Federal pelo PT, implementou o programa com uma das prioridades de seu governo e no mesmo ano o prefeito de Campinas, José Roberto Magalhães Teixeira (PSDB), chegou a implantar um programa similar (WEISSHEIMER, 2006). No entanto, somente no final do governo Fernando Henrique Cardoso foram desenvolvidas algumas políticas voltadas para a classe vulnerável como salienta Weissheimer (2006, p. 28) “[...] PETI (Programa de Erradicação do Trabalho Infantil), Agente Jovem, Sentinela, Bolsa Escola, Bolsa Alimentação e Auxílio Gás”.

Na sequência ao governo FHC, assume o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 2003, e encontra distribuídos os programas sociais de transferência de renda. Cria em seu governo, o Ministério do Desenvolvimento Social (MDS), em que submete os programas a uma unificação que segundo Zimmermann (2006, p. 151), pela “[...] redução dos gastos administrativos, a partir de uma gestão coordenada e integrada intersetorialmente [...] assim e um único programa evita a fragmentação e permite maior clareza em relação aos órgãos públicos responsáveis pela implementação [...]”. A partir da unificação de todos os programas, nasce o Programa Fome Zero com repercussão na mídia e no próprio discurso governamental. Portanto, antes de unificar os programas já existia o PBF. Porém a lei 10.836/04 coloca a seguinte subjeção no art. 2º:

§ 10. O Conselho Gestor Interministerial do Programa Bolsa Família poderá excepcionalizar o cumprimento dos critérios de que trata o § 2º, nos casos de calamidade pública ou de situação de emergência reconhecidos pelo Governo Federal, para fins de concessão do benefício básico em caráter temporários respeitados os limites orçamentários e financeiros (BRASIL, 2004, p. 3).

Todavia se o beneficiário estiver omitindo sua condição de vida elevada e alegando ser uma pessoa vulnerável, terá uma pena conforme a lei 10.836 no art. 14º:

§ 1º Sem prejuízo da sanção penal, o beneficiário que dolosamente utilizar o benefício será obrigado a efetuar o ressarcimento da importância recebida, em prazo a ser estabelecido pelo Poder Executivo, acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, e de 1% (um por cento) ao mês, calculados a partir da data do recebimento (BRASIL, 2004, p. 7).

Assim, foi criado o PBF instituído pela Medida Provisória nº132, em outubro de 2003, porém, somente em 9 de janeiro de 2004, é decretada a Lei Nº 10.836 (BRASIL, 2004, p. 1), que o regulamenta como afirma em seu art. 1º “Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa Bolsa Família, destinado às ações de transferência de renda com condicionalidade”. Nesses termos, PBF é um programa federal de transferência direta de renda,

destinado às famílias em situação de pobreza (renda mensal por pessoa de R\$60,00 a R\$ 120,00) e de extrema pobreza (com renda mensal por pessoa de até R\$ 60,00), como afirma a Lei 10.836 do art. 2º:

§ 2º O valor do benefício básico será de R\$ 58,00 (cinquenta e oito reais) por mês, concedido a famílias com renda familiar mensal per capita de até R\$ 60,00 (sessenta reais).§ 3º Serão concedidos a famílias com renda familiar mensal per capita de até R\$ 120,00 (cento e vinte reais), dependendo de sua composição: I - o benefício variável no valor de R\$ 18,00 (dezoito reais); e II - o benefício variável, vinculado ao adolescente, no valor de R\$ 30,00 (trinta reais) (BRASIL, 2004, p. 2).

O valor estipulado pelo programa representa para a população brasileira, segundo Sposati (*apud* Zimmermann 2006, p. 148, 154) uma verdadeira “[...] esmola institucionalizada [...]”, porquanto, o valor estipulado é pouco, não satisfazendo as necessidades mínimas de uma família apenas contribuindo para mitigar a fome,”) “[...] o valor do Programa Bolsa Família viola o direito humano à alimentação, uma vez que o mesmo é insuficiente para aliviar a fome de uma família brasileira [...]”. Segundo Zimmermann (2006), há um progresso no combate à fome, porém o valor do benefício auferido é insuficiente para garantir que todas as pessoas do país estejam livres da fome, para isso é necessário algo mais, como argumenta Lavinias (*apud* Zimmermann 2006, p. 148) como “[...] a necessidade de uma participação maior tanto dos governos estaduais como do governo federal na implementação de medidas de combate à fome e à pobreza no Brasil”. Esta contradição se manifesta pela má distribuição de benefícios para pessoas que não estão condicionadas ao programa, porém em 2004, o ministério inseriu procedimentos para evitar possíveis irregulares (WEISSHEIMER, 2006).

Entretanto, este não é o único obstáculo do programa, existe outro, como o acesso irrestrito de pessoas que se enquadram nas condicionalidades, ou seja, que não podem receber o benefício, como enfatiza Zimmermann (2006, p. 152) “[...] a cada município designa-se um número máximo de famílias a serem contempladas pelo benefício. A partir do momento em que essa quota é preenchida, fica "impossibilitada" a inserção de novas famílias, mesmo que sejam

extremamente vulneráveis e, portanto, portadoras desse direito”. Trazendo assim consigo um discurso paradoxal como afirma Weissheimer (2006):

É paradoxal porque ao mesmo tempo em que diz se tratar de “um programa muito importante para o desenvolvimento humano” sustenta que sua continuidade depende de cortes de gastos públicos em outras áreas vitais, como é o caso dos salários dos servidores. E é contraditório porque admite que o programa ainda represente uma parte pequena dos gastos do governo, mas defende que o futuro do programa exige cortes que têm repercussões para a implementação de políticas sociais de combate à fome e à pobreza (WEISSHEIMER, 2006, p. 45).

Outro fator levantado como problema é assegurar os direitos sociais básicos à população pobre, lançando a questão como assegurá-lo se o mesmo é estabelecido universalmente, o governo tem a obrigação de garantir a população brasileira condições dignas de sobrevivência, portanto o programa se faz compensatório, assistencialista e humanitário ao invés de sustentar os direitos (ZIMMERMANN, 2006). O economista Marcio Pochmann (*apud* Weissheimer 2006) coloca a seguinte afirmação quanto aos recursos destinado ao programa:

O Brasil está jogando fora oportunidades. Enquanto usamos 0,3% do nosso PIB para a Bolsa Família, gastamos 150 bilhões de reais com o pagamento da dívida. Se compararmos com a área econômica, nosso governo não tem coordenação na área social. Não sabemos quais as metas para o setor, quantos brasileiros querem retirar da pobreza” (DELGADO *apud* WEISSHEIMER, 2006, p. 50,51).

Diante dessa afirmação, Pochmann (*apud* WEISSHEIMER 2006) explica que o dinheiro aplicado no PBF é obtido por empréstimo pelos mecanismos multilaterais e restituído com juros, resultando em dívidas, além do governo não saber ao certo como acabar com a desigualdade social do país. O programa tem por característica permitir o acesso a direitos sociais básicos, como saúde, alimentação, educação e assistência social, além de destinar os benefícios às pessoas segundo sua Lei em seu artigo 2º:

II - o benefício variável, destinado a unidades familiares que se encontrem em situação de pobreza e extrema pobreza e que tenham em sua composição gestante, nutrízes, crianças entre 0 (zero) e 12 (doze) anos ou adolescentes até 15 (quinze) anos, sendo pago até o limite de 3 (três) benefícios por família;

III - o benefício variável, vinculado ao adolescente, destinado a unidades familiares que se encontrem em situação de pobreza ou extrema pobreza e que tenham em sua composição adolescentes com idade entre 16 (dezesesseis) e 17 (dezesete) anos, sendo pago até o limite de 2 (dois) benefícios por família (BRASIL, 2004, p.1).

Segundo Zimmermann (2006, p. 153), sob a ótica dos direitos, “[...] um direito humano não deve haver a imposição de contrapartidas, exigências ou condicionalidades”, uma vez que a condição de pessoa deve ser o requisito único para a titularidade de direitos, ou seja, se o PBF é um direito por que impor condicionalidades a ele? E sendo um programa designado a pessoas de extrema pobreza, porque não são todas as pessoas que são atendidas pelo PBF? Diante das perguntas notamos que o programa não oferece respostas a suas falhas.

No governo de Lula, o PBF foi unificado com os demais programas pré-existentes do governo federal, como a Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Cartão Alimentação e Auxílio Gás, conforme é enfatizado no artº. 1º da Lei 10.836 em seu parágrafo único:

Parágrafo único. O Programa de que trata o caput tem por finalidade a unificação dos procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal, especialmente as do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação - Bolsa Escola, instituído pela Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001, do Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA, criado pela Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, do Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde - Bolsa Alimentação, instituído pela Medida Provisória nº 2.206-1, de 6 de setembro de 2001, do Programa Auxílio-Gás, instituído pelo Decreto nº 4.102, de 24 de janeiro de 2002, e do Cadastro Único do Governo Federal, instituído pelo Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001 (BRASIL, 2004, p. 1).

A Lei 10.836/03 afirma, também, que as pessoas contempladas pelo PBF, não terão mais acesso aos outros benefícios, como aponta Brasil (2004, p. 3) art. 2º “§ 7º Os atuais beneficiários dos programas a que se refere o parágrafo único do art.

1º, à medida que passarem a receber os benefícios do Programa Bolsa Família deixa de receber os benefícios daqueles programas”. Delgado (*apud* WEISSHEIMER, 2006) afirma a distribuição renda do trabalho e a renda oriunda da seguridade dos pagamentos e transferências, porém, esta mudança se deve á outros fatores:

A Bolsa Família é um pingo de água nessa história. São os pagamentos dos direitos sociais que representam a grande fatia dessa transferência de renda. Isso causou uma melhoria que tem correspondência no consumo popular das classes mais baixas, o que não significa que melhorou a distribuição de renda, porque os excedentes brutos das empresas têm aumentado nesse período. É como se estivessem fazendo uma política de migalhas para os pobres e de caviar para os ricos. O “tamanho do caviar dos ricos aumentou, assim como aumentaram também as migalhas dos pobres” . (DELGADO *apud* WEISSHEIMER, 2006, p. 119).

No entanto, Delgado (*apud* WEISSHEIMER, 2006) faz uma crítica em que enfatiza mais uma vez a necessidade do programa, porém destaca a insuficiência do benefício para a renda mínima de uma família e chama a atenção para fato de que se não for pelo programa, não há outra forma para se ter melhores condições de vida, mesmo que seja um direito.

E agora podemos somar alguns pingos d’água dados pela Bolsa Família, que não são desprezíveis e são até necessários. Se essa população que recebe a Bolsa Família não o receber, não poderá acessar direitos sociais básicos, porque ela não tem cidadania ligada ao mercado de trabalho, que é um pouco o que garante o acesso dessa população aos pagamentos do INSS. A Bolsa Família é necessária, e eu não estou criticando-o, não. O que critico é o uso indevido da informação estatística para o público” (DELGADO *apud* WEISSHEIMER, 2006, p. 121).

Weissheimer (2006) descreve como é organizado o programa, sendo:

[...] gerido pelo Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) em parceria com os estados e municípios. As prefeituras são responsáveis pelo cadastramento das famílias e pela atualização da base de dados do Cadastro Único (WEISSHEIMER, 2006, p. 25-26).

A Lei 10.836 no art. 9º salienta no mesmo sentido “O controle e a participação social do Programa Bolsa Família serão realizados, em âmbito local, por um conselho ou por um comitê instalado pelo Poder Público municipal, na forma do regulamento” (BRASIL, 2004, p. 7). Porém, Weissheimer (2006) adverte que há outros passos para disponibilizar o benefício, como salienta:

Com base nas informações do Cadastro Único elaborado pelas prefeituras, o MDS seleciona as famílias a serem beneficiadas. O controle social sobre o programa é exercido mediante a constituição de Comissões Municipais intersetoriais e paritárias (WEISSHEIMER, 2006, p. 26).

As famílias beneficiadas são acompanhadas para se verificar se está cumprindo as condicionalidades, que consiste nas famílias participarem do acompanhamento de saúde e da nutrição dos filhos, matricular e acompanhar a frequência escolar, segundo a Lei 10.836, no art. 3º:

A concessão dos benefícios dependerá do cumprimento, no que couber, de condicionalidades relativas ao exame pré-natal, ao acompanhamento nutricional, ao acompanhamento de saúde, à frequência escolar de 85% (oitenta e cinco por cento) em estabelecimento de ensino regular, sem prejuízo de outras previstas em regulamento (BRASIL, 2004, p. 4).

Destacam-se, portanto, os aspectos positivos como o ritmo de eliminação do trabalho infantil e os impactos no setor educacional, como o aumento da frequência escolar, como argumenta Weissheimer (2006):

As repercussões para as famílias que tiverem alunos com baixa frequência à escola são, em primeiro lugar, uma advertência (a família é comunicada quando há a primeira ocorrência de não-comparecimento da criança à escola, ou seja, quando a frequência fica abaixo de 85%). Na segunda ocorrência, o benefício fica bloqueado por 30 dias (WEISSHEIMER, 2006, p. 58).

Os pais sujeitam os filhos a frequentar as escolas para terem acesso ao benefício, assim a intenção do Estado com o programa é

na concepção de Shiroma (2007, p. 74) “[...] assegurar a permanência das crianças na escola [...]”, porém em nenhum momento há preocupação com o sucesso escolar. Outro aspecto positivo foi o aperfeiçoamento na distribuição de renda, porém Delgado (*apud* WEISSHEIMER, 2006) ressalta que a distribuição de renda melhorou a pessoal, mas não como um todo:

O fato de ter melhorado a distribuição de renda pessoal não significa que melhorou a distribuição da renda social como um todo. Essa renda representa apenas 31% da renda interna bruta. Os outros praticamente 70% são gerados nas empresas financeiras e não-financeiras, ou de administração pública, e o perfil dessa outra estrutura tem caráter de piora na distribuição. Isso acontece porque há uma concentração de rendimentos oriundos dos juros e dos lucros contra os rendimentos dos salários e ordenados. Então, melhora a distribuição de renda domiciliar, mas piora a distribuição funcional da renda, como nós chamamos, em linguagem econômica, ou seja, lucros e salários. “Aquilo que melhora, melhora fundamentalmente não por conta dos salários, mas por conta das transferências constitucionais associadas aos direitos de cidadania” (DELGADO *apud* WEISSHEIMER, 2006, p. 117).

O programa tem como agente operador do cadastro e do pagamento dos benefícios a Caixa Econômica Federal (CEF), de acordo com art. 12º, “Fica atribuída à Caixa Econômica Federal a função de Agente Operador do Programa Bolsa Família, mediante remuneração e condições a serem pactuadas com o Governo Federal, obedecidas as formalidades legais” (BRASIL, 2004, p. 7). Do ponto de vista de Zimmermann (2006 p. 5) mesmo que as intenções dessa condicionalidade sejam positivas, esse tipo de política reforça os velhos mecanismos de dependência e da falta de provisão de autonomia aos pobres nas políticas sociais brasileiras.

Portanto, as dúvidas permanecem se o PBF chega realmente a quem precisa. Diante desse questionamento, Ricardo Paes de Barros (*apud* WEISSHEIMER 2006, p. 122) salienta “[...] entre 2001 e 2004, o Brasil registrou uma queda de 4% na desigualdade de renda, ou seja, neste período os pobres brasileiros ficaram menos pobres e os ricos menos ricos”, assim observamos que os brasileiros de renda mais baixa que estão sendo os principais beneficiados.

Weissheimer (2006, p. 39) resume o PBF, como:

[...] fazer com que seus beneficiados deixem de sê-lo. Promover o desenvolvimento socioeconômico de famílias em estado de insegurança alimentar, gerar trabalho e renda, devolver ou mesmo criar uma dignidade capaz de levar a algo que possa ser chamado de cidadania.

Porém, entendemos que, somente esta política não ajudará a avançar na direção da erradicação das desigualdades sociais, seriam necessários programas de transferência de renda com um estágio sustentável, para amenizar a exclusão social das classes menos favorecidas. Neste sentido, de acordo com Zimmermann (2006, p. 156) “[...] sob a ótica dos direitos, os programas sociais brasileiros devem ser desenhados, formulados e concebidos de forma universal, irrestrita, em que a condição de pessoa seja o requisito único para o aferimento de um direito”. Portanto, entende-se que o PBF possui seus limites, porém é um indicador que muda parcialmente a vida de muita gente, o que leva à reflexão de “Quando não se tem nada, a vida pode começar a mudar com um prato de comida na mesa. Alguém dúvida?” (WEISSHEIMER, 2006, p. 123). Contudo, a participação no PBF está ligada à inserção.

Nesta abordagem observa-se que estas políticas são compensatórias, ou seja, possibilita apenas o acesso á educação, porém não a garante. A partir das considerações teóricas, passamos a pesquisa junto a escola, professores, famílias e aos alunos.

4 MÉTODO

A presente pesquisa tende a ser de caráter documental e bibliográfico. No entender de Lima (2004, p. 112) pesquisa documental é “[...] um recurso metodológico indispensável quando desejamos explorar temas que recuperam dimensões históricas da realidade”, ou seja, consiste em fazer uma análise dos documentos para apreciação da pesquisa. Tende a ser também bibliográfica, sendo conceituado por Oliveira (1997, p. 119) com as seguinte afirmação: “A pesquisa bibliográfica tem por finalidade conhecer as diferentes formas de contribuição científica que se realizam sobre determinado assunto ou fenômeno. Além da análise bibliográfica e documental, realizou-se uma pesquisa qualitativa, que no entender de Oliveira (1997) tem como responsabilidade explicar os fatos

complexos ou particulares, analisar, compreender e classificar instituindo subsídios para resolução do problema.

A amostra e a coleta de dados foi empreendida no 2º ano C e no 3º C, em salas que contam com 25 alunos beneficiários, na Escola Municipal Professora Ophélia Mello Nascimento, localizada na periferia do município de Santo Antonio da Platina. Ela atende a demanda de alunos das classes empobrecidas. A finalidade da pesquisa é verificar as contribuições e as falhas do Programa Bolsa Família. A nota do Índice de Desenvolvimento Educativo (IDED) da escola em que os beneficiários estudam foi em 2007 de N.4.0, enquanto em 2009 foi N.4.5, sendo que a meta projetada era de N.4.2 para o referido ano. A partir dessas informações observou-se que em 2009, a meta estabelecida foi alcançada, porém sabemos que está nota do IDED conta a estrutura da escola num todo, mas um dos aspectos é o desempenho dos alunos.

Porém, dentro do levantamento verificou-se que apenas dez estavam registrados como condicionantes do PBF na escola. Dos 26 alunos do 2º ano C, 12 recebem o Bolsa Família, no entanto, apenas quatro estão registrados na escola, sendo dois meninos e duas meninas. Já no 3º ano C, que contém 25 alunos dos quais 13 recebem o benefício do programa. Apenas seis estão registrados na escola, destes um a mãe e o aluno alegam que o benefício foi cortado, sendo assim, quatro meninos e uma menina recebem o PBF. Para tanto, organizou-se um questionário com dez questões para os segmentos: dez pais, dez alunos e dez professores. Entre os educadores consta também o questionário aplicado a diretora e a coordenadora; tudo entre os dias 20 e 27 de outubro de 2010.

5 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Diante da pesquisa realizada, fazendo analogia da contextualização teórica e os resultados da pesquisa, nota-se que 60% dos alunos relatam que vão à escola para aprender a ler e escrever, para terem condições melhores de vida, para passar de série, até mesmo para não terem algum tipo de vício; 40% das crianças estudam para terem o que comer. Assim, observamos que os alunos que contam com uma família que possui capital cultural têm mais oportunidades de se desenvolver (ZAGO, 2000).

No entanto, 70% dos alunos beneficiados entrevistados são expostos a imposição dos pais a freqüentarem a escola, visto que temem perder o PBF. Cabe salientar que esta é uma concepção errônea de obrigar os educandos a ir à escola, destruindo a que poderia ser considerado de relação amorosa, impossibilitando assim o sucesso escolar (PRESTES, 2005). Outros 20% acreditam que os pais mandam os filhos para escola com a pretensão deles se desenvolverem e 10% tem a concepção que a maioria dos pais forçam os filhos a terem permanecia na escola com medo de perder o PBF. Neste sentido, o programa tem contribuído com o objetivo proposto. Ainda, 89% dos pais sujeitam os filhos a irem à escola e 11% não impõem a freqüência.

A preocupação dos pais com a freqüência dos filhos, segundo os professores, reflete em 40%, uma vez que estes procuram obter informações sobre o rendimento e o comportamento dos filhos, porém, observamos que incide com mais freqüência nas séries iniciais, onde as crianças precisam de mais atenção. Os outros 60% dos pais, na concepção dos professores, só se preocupam com a assiduidade com receio de perder o PBF, uma vez que precisam da declaração para se cadastrar novamente no programa e pelas faltas que devem justificar para não estar cortando o benefício, por esse motivo, as crianças são mandadas a escola.

Visto que, a freqüência é uma das condicionalidades do PBF, 78% salientam que vão à escola todo dia, entretanto 22% não são assíduos relatando que faltam algumas vezes as escolas por estar chovendo muito ou quando estão doentes. Perante a alegação, acredita-se que somente por meio da motivação que o aluno irá apropriar-se do conhecimento (DAVIS; OLIVEIRA, 1994).

Apesar dos pais relatarem que mesmo antes dos filhos serem condicionantes do programa já mandavam-nos à escola, a freqüência dos alunos é razoável. No entanto, observa-se que nenhum aluno beneficiário tem 100% de freqüência e que 2% dos alunos têm assiduidade abaixo da condicionalidade estabelecida pelo PBF.

O PBF contribui para as necessidades básicas das famílias brasileiras, para a redução do trabalho infantil, além da freqüência escolar (WEISSHEIMER, 2006), pois de acordo os alunos e pais entrevistados 37% dos beneficiários gastam o dinheiro com alimentos, 36% com materiais escolares e 27% em roupas, sapatos, brinquedos, consultas médicas e remédios. Observa-se que há

diferenças nas respostas dos pais, pois o programa possui alguns aspectos negativos, porém, não se pode esquecer que o PBF está contribuindo para muitas famílias brasileiras de renda baixa (WEISSHEIMER, 2006).

De acordo com os professores entrevistados, 60% acreditam que o programa garante de permanência e acesso, no entanto, os outros 40% aderem ao conceito de que nem mesmo o benefício garante a frequência. Observamos que esta permanência se manifesta pela condicionalidade que o programa estabelece de ter no mínimo 85% da frequência (WEISSHEIMER, 2006), assim os pais impõem aos filhos irem diariamente à escola, já que é por meio deste programa que o governo ajuda a assegurar a permanência na escola (SHIROMA, 2007). A pesquisa realizada aponta que 80% das crianças que recebem o Bolsa Família tem sucesso escolar, com o total de 22 alunos, porém 20% dos dados aderem o conceito de que os beneficiários do PBF tem insucessos com o total de dois alunos fracassados, chegando ao conceito de que o sucesso escolar só será alcançado quando o aluno tornar sujeito de sua história (PARO, 2010).

Observa-se que a opinião professores quanto á contribuição do PBF está dividida, visto que 60% acreditam que o programa proporciona desempenho e estímulo aos alunos por conseguir comprar um material escolar que chame atenção e desperte o interesse em aprender, além de contribuir para frequência. No entanto, 40% entendem que o benefício é utilizado para outros fins, menos para materiais escolares e para a educação. Com isso, entende-se que o PBF contribui parcialmente para a transformação de vida da população brasileira (WEISSHEIMER, 2006). A pesquisa demonstra que os professores entrevistados, estão divididos, pois 40% acreditam que há o sucesso escolar com os alunos beneficiários do PBF e 40% acreditam que não há, no entanto 20% acreditam que há alguns alunos que conseguem obter o sucesso escolar.

De acordo com os resultados coletados sobre o rendimento dos alunos, 50% acham-no não satisfatório, enquanto outros 50% consideram-no regulares. Essas informações mostram que há contradições em relação às notas e os relatos dos professores, pois 50% dos entrevistados descrevem que os pais não se preocupam com o ensino-aprendizagem do filho. Ao observar tais contradições nas respostas, entende-se que não se deve atribuir notas ao

desempenho dos alunos, mas sim interpretar a defasagem do aluno para proporcionar o ensino-aprendizagem (SILVA, 2004).

Segundo os dados coletados, 70% dos entrevistados têm a opinião que o PBF deveria garantir o sucesso escolar, 30% aderem a outros aspectos como a participação da família e a compra obrigatória de materiais escolares, 10% entendem que o programa não deve garantir o sucesso escolar nem outros requisitos. Portanto, à luz da teoria, o Programa Bolsa Família como política pública tem tentado possibilitar condições básicas para o sucesso escola, porém ele é marcado por contradições que estão evidenciados nos dados coletados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise realizada das políticas públicas sobre a perspectiva do PBF, nota-se que as mesmas vêm caminhando lentamente às camadas vulneráveis da sociedade em direção às melhorias, sendo essenciais para as despesas básicas da classe trabalhadora, porém, não são suficientes para amenizar a pobreza, sendo apenas compensatórias, portanto uma proposta que instiga uma reforma no sistema brasileiro.

Neste sentido, informa-se que a abordagem feita neste estudo referenda uma pequena região, não pretendendo analisar a totalidade do Programa do governo federal. Mas a pesquisa pretendeu apontar por meio de alguns esboços teóricos as falhas do Programa Bolsa Família, sendo os apontamentos abaixo destacados: como sendo uma política compensatória, ou seja, compensar e condicionar um direito se este já é um direito por instituído por Lei, não sendo este o único problema. Uma outra questão seria sobre o valor do benefício ser insuficiente, pois há outras necessidade a ser satisfeitas além de materiais escolares, como comida e roupas, assim o PBF não ajuda nas despesas básicas de uma família.

Também há a possibilidade de o país entrar em uma crise econômica de calamidade pública, e o benefício pode ser cessado. Além disso, umas das irregularidades seriam que nem todas as crianças beneficiadas do programa estão registradas na escola, pois não há como ter um controle desta situação. Um dos limitadores, observados no período pesquisado, seria de que o PBF não estava garantido a todas as famílias abaixo da linha da pobreza, pois havia

uma quantidade de benefícios liberados a cada região e quando estas vagas já estavam preenchidas,

Em suma, o programa apresentou, nesse intervalo observado, falhas que devem ser corrigidas. Fazendo uma ponte da teoria com a pesquisa, observa-se que o PBF tem seus pontos positivos, pois auxiliam muitos brasileiros das camadas populares a terem condições melhores de vida, além de proporcionar uma parte dos beneficiários a obtenção de frequência e o desejo de sucesso escolar. Mas somente esta política não é suficiente para erradicar o fracasso escolar e a desigualdade social, pois há necessidade de um conjunto de procedimentos econômicos, políticos, culturais e educacionais a serem implantados, para modificar a realidade brasileira, uma vez que está previsto que tal benefício é direito condicionado a todo cidadão, como mínimo de dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, **Ministério do Desenvolvimento Social**. Bolsa família, Lei 10836. Disponível

em: www.mds.gov.br/.../leis/Lei%20no%2010.836%20de%2009%20de%20janeiro%20de%202004.pdf. Acesso em: setembro. 2010.

_____, **Ministério da Educação. Plano Nacional da Educação**, Inep, 2001. Disponível em: www.fnde.gov.br/index.php/resolucoes-antteriores/1223.../download . Acesso em: novembro de 2010.

CZERNISZ, Eliane Cleide da Silva; LENARDÃO, Edmilson; FERREIRA, Maria das Graças; FRANSCISCO, Juliana Zamarian. **A imposição de uma visão de mundo no encaminhamento das Políticas Educacionais**. In: In: NOGUEIRA, Francis Mary Guimarães; RIZZOTTO, Maria Lucia Frizon. (orgs). Estado e políticas sociais: Brasil – Paraná. Cascavel: EDUNIOESTE, 2003.

DAVIS, Cláudia; OLIVEIRA, Zilma de Moraes Ramos de. Psicologia na educação. **O desenvolvimento cognitivo e afetivo**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994.

LIMA, Manolita Correia. **Monografia: a engenharia da produção acadêmica**. Uma breve reflexão sobre os métodos quantitativos e qualitativos. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, Manolita Correia. **Monografia: a engenharia da produção acadêmica**. Tipos de pesquisa e técnicas de coletas de materiais – A pesquisa Bibliográfica. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Manolita Correia. **Monografia: a engenharia da produção acadêmica.** Tipos de pesquisa e técnicas de coleta de materiais – Pesquisa documental e de laboratório. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARQUES, Rosa Maria; MENDES, Áquilas. **Servindo a dois senhores: as políticas sociais no governo Lula.** Revista. Katál. Florianópolis v. 10 n. 1 p. 15-23 jan./jun. 2007. Disponível em: www.scielo.br/pdf/rk/v10n1/v10n1a03.pdf. Acesso em: setembro. 2010.

NETTO, José Paulo. **O Materialismo Histórico como instrumento de análise das políticas sociais.** In: NOGUEIRA, Francis Mary Guimarães; RIZZOTTO, Maria Lucia Frizon. (orgs). Estado e políticas sociais: Brasil – Paraná. Cascavel: EDUNIOESTE, 2003.

_____. José Paulo. **FHC e a política social: um desastre para as massas trabalhadoras.** In: LESBAUPIN, Ivo. (orgs). O Desmonte da Nação: balanço do Governo FHC. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

NOGUEIRA, Francis Mary Guimarães. **As orientações do Banco Mundial e as políticas educacionais atuais:** a construção do consenso em torno da centralidade da educação básica. In: HIDALGO, Angela Maria; SILVA, Ilezzi Luciana Fiorelli. (orgs). Educação e Estado: as mudanças nos sistemas de ensino do Brasil e Paraná na década de 90. Londrina: UEL, 2001.

OLIVEIRA, Dalila Andrade; FERREIRA, Elisa Bartolozzi. **Políticas sociais e democratização da educação: novas fronteiras entre público e privado.** In: AZEVEDO, Mário Luiz Neves de. (orgs). Políticas Públicas e educação: debates contemporâneos. Maringá: Eduem, 2008.

OLIVEIRA, Dalila Andrade. **Política educativa, crise da escola e a promoção de justiça social.** In: OLIVEIRA, Dalila Andrade; FERREIRA, Elisa Bartolozzi. (orgs) Crise da escola e políticas educativas. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de metodologia científica: projetos de pesquisas, TGI, TCC, monografias, dissertações e teses.** Metodologia da pesquisa. São Paulo: Pioneira, 1997.

_____. **Trabalho de metodologia científica:** projetos de pesquisas, TGI, TCC, monografias, dissertações e teses. São Paulo: Pioneira, 1997.

PARO, Vitor Henrique. **Educação como exercício de poder:** crítica ao senso comum em educação. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 2010.

PEREIRA, Larissa Dahmer. **Políticas Públicas de Assistência Social brasileira: avanços, limites e desafios.** Disponível em: www.cpihts.com/PDF02/Larissa%20Dahmer%20Pereira.pdf. Acesso em: 07 setembro. 2010.

PRESTES, Irene Carmem Piconi. **Psicologia da educação.** Problemas dos pais: crescendo com o outro. Curitiba: IESDE, 2005.

_____, Irene Carmem Piconi. **Psicologia da educação**. O fracasso escolar nos dias de hoje. Curitiba: IESDE, 2005.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico. A documentação como método de estudo pessoal**. 22. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, Janssen Felipe da. **Avaliação na perspectiva formativa-Reguladora: pressupostos teóricos e práticos**. Desafios epistemológicos e práticos. Porto Alegre: Mediação, 2004.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. **A Modernização Autoritária: Do golpe Militar à redemocratização 1964/1984**. In: LINHARES, Maria Yedda. (orgs). História Geral do Brasil. 9. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990.

SHIROMA, Eneida Oto; MORAES, Maria Célia Marcondes; EVANGELISTA, Olinda. **Política Educacional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2007.

UNESCO. Declaração Mundial sobre Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem. EDUCAÇÃO PARA TODOS: OBJETIVOS. Disponível em: unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf. Acesso em: setembro. 2010.

VIANNA, Cláudia Pereira; UNBEHAUM, Sandra. **O Gênero nas Políticas Públicas de Educação no Brasil: 1988-2002**. Cadernos de Pesquisa, V.34, jan./abr. 2004. Disponível em: www.scielo.br/pdf/cp/v34n121/a05n121.pdf. Acesso em: setembro. 2010.

WEISSHEIMER, Marco Aurélio. **Bolsa Família: avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006. Disponível em: http://www.fpabramo.org.br/uploads/Bolsa_Familia.pdf. Acesso em: novembro de 2010.

XAVIER, Maria Elizabete Sampaio Prado. **O caráter Histórico do debate e da Produção acadêmica sobre a Política Educacional Brasileira: uma Breve Retrospectiva**. In: NOGUEIRA, Francis Mary Guimarães; RIZZOTTO, Maria Lucia Frizon. (orgs). Estado e políticas sociais: Brasil – Paraná. Cascavel: EDUNIOESTE, 2003.

ZAGO, Nadir. **Quando os dados contrariam as previsões estatísticas: os casos de êxito escolar nas camadas socialmente desfavorecidas**. Rib. Preto, jan/julho/2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v10n18/07.pdf>. Acesso em: novembro de 2010.

ZIMMERMANN, Clóvis Roberto. **Os programas sociais sob a ótica dos direitos humanos: o caso do Bolsa Família do governo Lula no Brasil**. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos. vol.3 no.4 São Paulo June. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n4/08.pdf>. Acesso em: setembro. 2010.

A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA E DEVER DO ESTADO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Bruno Teixeira Maldonado*²⁶

*Carlos Cristiano Meneguini de Oliveira*²⁷

1 INTRODUÇÃO

Embora a assistência social seja uma prática antiga na sociedade, a mesma sempre foi tratada como um ato de benevolência e caridade, relacionado principalmente a cultura judaica e cristã. Todavia, após a revolução industrial e o conseqüente êxodo rural, quando a população se transferiu para os centros urbanos, onde as fábricas passaram a concentrar milhares de trabalhadores que vendiam sua força de trabalho em troca de salário, a pobreza em grande escala nas cidades passou a se tornar um problema social.

Como consequência, o Estado passou a intervir na sociedade visando controlar tal situação, direcionando as práticas de solidariedade da sociedade civil e criando mecanismos de enfrentamento da pobreza, concedendo auxílios e subvenções a organizações da sociedade civil destinadas ao amparo social.

No Brasil, este cenário se configurou de forma mais clara a partir da década de 30 do século XX, no governo de Vargas; entretanto, desde então as políticas assistencialistas se davam de forma ineficientes em integrar os assistidos à sociedade ou evitar o

²⁶ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Especialista em "Direito Civil, Processual e do Trabalho" pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Advogado. E-mail: carlos.meneguini@gmail.com.

²⁷ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Especialista em "Direito Civil, Processual e do Trabalho" pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Advogado. E-mail: carlos.meneguini@gmail.com.

processo de pauperização existente, ao mesmo tempo em que cresciam o número de movimentos sociais demandando uma postura mais ativa do Estado.

Tal cenário modificou-se com o processo de redemocratização posterior ao regime militar, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em 5 de outubro de 1988. Esta nova ordem constitucional foi marcada pela consolidação do neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico pátrio, uma nova perspectiva onde se fala em uma constituição programática, que se encontra no centro do ordenamento jurídico, deixando de ser mera carta política e simbólica para dotar-se de vontade própria e maior aplicabilidade, a fim de proteger os direitos fundamentais pautados na dignidade da pessoa humana.

Desde então, a assistência social passou a ter novo um novo *status*, passando a ser um direito do cidadão e dever do Estado, garantido pela lei maior do ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, conforme será visto no presente trabalho, para que a aplicação deste direito fosse possível no campo prático, foi necessário que o poder público se organizasse através da criação leis infraconstitucionais, políticas públicas, infraestrutura estatal, o que se deu de forma gradual e por vezes lenta, em decorrência do cenário econômico e político das últimas décadas.

2 METODOLOGIA

O presente trabalho busca demonstrar o quanto a nova ordem constitucional que surgiu na segunda metade do século XX afetou os direitos sociais e a seguridade social, enfatizando a importância da Assistência Social como direito do cidadão.

Quanto à metodologia utilizada, a pesquisa é qualitativa, posto que a mesma se pauta em conhecimentos específicos a respeito da matéria analisada. Tal metodologia visa obter uma compreensão mais profunda do contexto social para interpretar a realidade (CANO, 2012).

Quanto aos objetivos da pesquisa, a mesma será exploratória e descritiva. Exploratória pois, conforme aponta Zanella (2009, p. 79), “tem a finalidade de ampliar o conhecimento a respeito de um determinado fenômeno”. Ademais, trata-se também tem objetivos

descritivos posto que tem como intuito descrever os fatos de determinada realidade (TRIVIÑOS, 1987 apud ZANELLA, 2009).

Finalmente, no que tange à forma de coleta de dados se dará por meio de pesquisa bibliográfica, visto que se pauta no conhecimento disponível em fontes bibliográficas, para que, por meio deste conhecimento, seja possível descrever e sistematizar o estado da arte na área estudada (ZANELLA, 2009).

3 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O NEOCONSTITUCIONALISMO

O fim do Século XVIII e início do Século XIX marcou o início de um sistema de limitação de poderes do Estado e o surgimento do ideal de direitos inerentes ao ser humano, com a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776), a Declaração Francesa dos Direitos do Homem de do Cidadão (1789) e as primeiras constituições escritas. Em outras palavras, sob a influência dos filósofos iluministas, foi nesse período que começaram a surgir as primeiras constituições rígidas, escritas e dotadas de supremacia (NOVELINO, 2014.).

Estes direitos recém consagrados possuíam um viés individualista (direitos civis e políticos), notadamente advindos do ideário liberalista, de modo que cabia ao Estado não os violar. Hoje, a doutrina jurídica e cientistas políticos os classificam como direitos de primeira geração (SILVA, 2005).

Todavia, este mesmo período também se caracterizou pelas Revoluções Industriais, primeiramente na Inglaterra e posteriormente no restante da Europa e nos Estados Unidos da América, acompanhadas do êxodo rural e do crescimento urbano. A partir deste momento verificou-se uma enorme concentração populacional nas cidades, para onde diversos indivíduos migraram a fim de trocar sua força de trabalho por uma contraprestação salarial, a qual deveria ser suficiente para garantir sua subsistência (HEIDRICH, 2006).

Destaca-se que na Inglaterra, onde a Revolução Industrial ocorreu em primeiro lugar, estes migrantes eram servos camponeses e pequenos proprietários de terras, onde produziam para sua subsistência. Entretanto, foram retirados delas devido às políticas de cercamento, a fim de que a nobreza rural pudesse praticar a ovinocultura a fim de abastecer a crescente indústria têxtil. Essa grande massa de trabalhadores acabou servindo para abastecer as

indústrias e ainda formar um grande exército de reserva de mão-de-obra (MARX, 1867).

Com uma grande oferta de mão de obra e sem um sistema legislativo de proteção ao trabalhador, os mesmos eram expostos a péssimas condições de vida, habitação e trabalho, com jornadas de trabalho exaustivas e salários ínfimos. Ademais, viviam em cortiços e subúrbios insalubres, com péssima alimentação e à mercê de epidemias (ENGELS, 1845).

Conseqüentemente, a pobreza e a desigualdade tornaram-se uma questão social, posto que o empobrecimento agudo da classe trabalhadora levou a mesma a lutar e protestar contra sua condição (HEIDRICH, 2006).

Neste cenário, tornou-se clara a necessidade do Estado intervir nas relações sociais a fim de zelar pelo bem-estar dos indivíduos e a própria ordem social. A Primeira Guerra Mundial, assim como a Revolução Russa e a ameaça comunista, serviram para corroborar este cenário, emergindo então o *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar Social; que teve seu auge após a Grande Depressão e a Segunda Guerra Mundial (COELHO 2009).

Surgiram então os direitos de segunda dimensão, os quais demandam prestações ativas do Estado, que deve garantir aos indivíduos direitos relativos à saúde, trabalho, moradia e educação, dentre outros. Nesse sentido, diversas constituições que surgiram no início do século XX já positivaram tais direitos, valendo citar a Constituição do México de 1917 e a Constituição Alemã de 1919 - Constituição de Weimar, ou *Weimarer Verfassung* (BARROSO, 2005).

Todavia, os direitos lá inseridos por vezes não eram completamente observados pelos Estados, já que muitos destes careciam de mecanismos visando sua aplicabilidade e efetividade, tornando algumas das disposições ali meras declarações de vontade.

Esta condição mudou gradativamente, muito devido à Grande Depressão e, posteriormente, à Segunda Guerra Mundial, no período de reconstitucionalização do continente. Nesse contexto, destaca-se a Alemanha (Constituição Alemã de 1949 e o Tribunal Constitucional Federal instalado em 1951) e Itália (Constituição Italiana de 1947), que acabaram por contribuir para a nova face do direito constitucional (BARROSO, 2005).

As constituições do pós-guerra trataram de aproximar o Direito da democracia, redefinindo o papel da Lei Maior dentro do ordenamento jurídico. Em face ao abalo causado pelos regimes totalitaristas, é de grande relevância o papel do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemão), o qual veio a atuar na busca pela consolidação dos direitos fundamentais e no respeito pela dignidade humana. Nesse momento, começou a se desenhar o conceito de Estado Democrático de Direito, o qual buscaria conciliar os valores da liberdade e da igualdade, da democracia e do socialismo (DIAZ, 1983 *apud*, BRANCO; MENDES; FERREIRA, 2009).

Esta nova perspectiva onde se fala em uma constituição programática, possuidora de um texto com maior conteúdo social e dirigismo comunitário foi chamada pela doutrina jurídica como neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo pós-positivista (BARROSO, 2005).

Assim, a Lei Maior passa a incorporar valores e a promulgar os direitos fundamentais pautados na dignidade da pessoa humana e na soberania popular, deixando de diferenciar-se das demais normas do ordenamento jurídico apenas por uma diferença hierárquica.

Com a queda do positivismo que marcou o regime nazifascista ao fim da Segunda Guerra Mundial, adveio uma nova forma de interpretação da Constituição, onde deixou-se de meramente se aplicar a lei para também interpretá-la. Assim, os direitos protegidos pela Lei Maior deixaram de ser meros valores abstratos para normas dotadas de superioridade jurídica, as quais ganhariam efetividade através da aplicação do direito conforme a Constituição. Todas as normas do ordenamento jurídico deveriam observar o texto constitucional (REALE, 2002).

Assim, a partir da segunda metade do século XX, a Constituição passou a ter um caráter imperativo, sendo necessário sempre conferir máxima efetividade às normas constitucionais, demandando uma postura ativa do Estado.

No Brasil, em que pese diversas Constituições anteriores já tratassem de direitos sociais, a concepção democrática e neoconstitucionalista de um ordenamento jurídico pautado no ideal de consolidação e efetivação dos direitos fundamentais, na dignidade humana e na soberania popular somente veio com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 foi fruto da redemocratização que ocorreu após o regime militar, período marcado pelas restrições a direitos individuais, políticos e sociais da população.

Em contraposição a essa chaga à soberania popular e em consonância com as evoluções ocorridas no campo do direito e da política, o próprio artigo 1º da Constituição de 1988 assevera que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

A respeito do termo “democrático” inserto, pode sua significância vai além da simples forma de regime político vigente. Nesse sentido, vale citar as palavras de Mello (2008, p. 54):

Independentemente dos desacordos possíveis em torno do conceito de democracia, pode-se convir em que dita expressão reporta-se nuclearmente a um sistema político fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade de todos os homens e armado ao propósito de garantir que a condução da vida social se realize na conformidade de decisões afinadas com tais valores, tomadas pelo conjunto de seus membros, diretamente ou através de representantes seus livremente eleitos pelos cidadãos, os quais são havidos como titulares da soberania. Donde, resulta que Estado Democrático é aquele que se estrutura em instituições armadas de maneira a colimar tais resultados.

De modo semelhante, Silva (2005, Pág. 119-120) entende que o termo democracia pode ser entendido da seguinte forma:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e de ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupões assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais,

mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Depreende-se que a doutrina, ao analisar o conceito de democracia inculcado no termo Estado Democrático de Direito, conclui que a mesma está relacionada à garantia e efetivação dos direitos fundamentais e do próprio conceito de dignidade da pessoa humana.

Corroboram este entendimento o disposto pelo artigo 1º da Constituição, que nos incisos II e III determina que a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado Democrático de Direito; além dos incisos III e IV do artigo 3º, os quais elevam à objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.

Abrem-se aspas para destacar que a concepção de cidadania está fortemente relacionada à noção de pertencimento e de direitos/deveres do indivíduo em relação à sociedade que vive. Assim, é possível depreender que a cidadania é conceito oposto à exclusão, pois representa a condição do cidadão que goza dos direitos (civis, políticos e sociais) consagrados pelo Estado, tendo acesso a uma renda que lhe permita desfrutar de um padrão de vida digno (SANTOS, 2009).

Portanto, cabe ao Estado buscar o atendimento das necessidades básicas de saúde, segurança, assistência, habitação, educação e, principalmente, dignidade do cidadão.

Nesse sentido, o legislador constitucional dispôs em seu artigo 6º, um rol de direitos sociais que todo cidadão possui, quais sejam: 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.

Visando consumir estes objetivos e direitos, principalmente no que tange a assistência aos desamparados e marginalizados, a Constituição trouxe um título específico para tratar da ordem social (artigos 193 a 232), cujo um de seus capítulos trata especificamente da seguridade social.

Nesse diapasão, segundo o artigo 194 da Constituição:

Art. 194. A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Ao analisarmos o parágrafo único do aludido dispositivo legal, vemos que a seguridade social tem como objetivos a universalidade da cobertura (inciso I), uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços (inciso II), seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (inciso III), irredutibilidade do valor dos benefícios (inciso III), equidade na forma de participação no custeio (inciso IV) e diversidade da base de financiamento (inciso V).

O conceito de seguridade social passou a ser sinônimo de uma forma de proteção estruturada, a fim de ampliar a dimensão protetiva do Estado, criando obrigações ao mesmo de ofertar ao cidadão condições de sobrevivência digna.

De imediato, destaca-se que os benefícios previdenciários dos trabalhadores rurais foram igualados aos urbanos (artigo 194, inciso II), incluindo-os na previdência (artigo 194, § 8º). Ainda, garantiu-se a concessão de benefício não contributivo aos trabalhadores com mais de 65 anos ou portadores de deficiência que possuam renda mensal inferior a um quarto de salário mínimo por pessoa (artigo 203, inciso V). Tais medidas, dentre outras, vieram a contribuir no combate à pobreza e na promoção da dignidade do cidadão (OLIVEIRA, 2014).

Em se tratando especificamente da assistência social, esta é regulamentada nos artigos 203 e 204 da Constituição, sendo que o primeiro destes dispõe que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, visando, assim a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (inciso I); o amparo às crianças e adolescentes carentes (inciso II); a promoção da integração ao mercado de trabalho (inciso III); a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (inciso IV); a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (inciso V).

Isto se dá em decorrência do fato de que é no campo da assistência social que o Estado dará suporte ao indivíduo que enfrenta situações de vulnerabilidade social e econômica. Assim sendo, a partir da promulgação da Constituição de 1988, torna-se um direito social conquistado pelo cidadão que o Estado, a partir de ações e prestações positivas, promova dignidade às pessoas que dele precisam; ou seja, o indivíduo tem o direito de exigir que o Estado atue, realizando prestações em seu favor (LENZA, 2010).

Ainda, a Carta Magna determina que as diretrizes das ações governamentais sócio-assistencialistas terão como diretrizes a descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social (artigo 204, inciso I); além da participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (artigo 204, inciso II). Tais disposições demonstram a intenção do legislador em fazer com que todos os entes governamentais e a própria sociedade trabalhem em prol da efetivação dos direitos sociais e no amparo às camadas mais vulneráveis da população.

Trata-se também de um marco legal que assegurou a assistência social como um direito de todos, e assim como a saúde, sua natureza seria não contributiva, garantindo ao cidadão a proteção do Estado mesmo quando esteja impedido de trabalhar ou contribuir financeiramente.

Todavia, não basta que a norma constitucional meramente declare estes direitos, posto que diversos destes dispositivos legais carecem de mecanismos visando sua aplicabilidade e efetividade, para que não se mostrem mera declaração de vontade. Assim, conforme enfatizado pelo ideário neoconstitucionalista, cabe ao Poder Público e aos representantes legitimamente eleitos, pautados nas diretrizes constitucionais, elaborar e implementar políticas públicas que visem a concretização destes direitos fundamentais do cidadão.

Em se tratando da assistência social, bem como outros direitos relativos a seguridade social, insta salientar que sua regulamentação para que fosse plenamente aplicada e estruturada encontrou resistência nos anos seguintes à promulgação da Constituição, o que se deu em decorrência da alta inflação, das

restrições orçamentárias e também da agenda política do presidente eleito Fernando Collor de Mello, em 1989 (OLIVEIRA, 2014).

É sobre este cenário e a evolução das políticas sócio assistenciais que trataremos especificamente no capítulo seguinte.

3.2 A POLÍTICA SOCIAL APÓS A REDEMOCRATIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O final da década de 1970 e início da década de 1980 foram marcados por inovações tecnológicas que alteraram os meios de produção, comunicação e transportes, aumentando o fluxo de comércio e do capital internacional, o que, conseqüentemente, reduziu o número de postos de trabalho. Tal cenário, juntamente com o envelhecimento da população (que aumentou os gastos estatais com aposentadoria e pensão), levou os cofres públicos a serem cada vez mais onerados com problemas sociais. Somando-se isso à crise do petróleo de 1979 e a redução das taxas de crescimento, a economia mundial entrou em crise, posto que as políticas estatais já não eram suficientes para amparar o crescimento do capital (HEIDRICH, 2006).

Nesse compasso, passaram a surgir instituições supranacionais visando a liberalização comercial e o combate de protecionistas, como Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT) e posteriormente a Organização Mundial de Comércio, o que catalisou ainda mais surgimento e crescimento de empresas multinacionais (SANTOS, 2009).

Tudo isso levou o Estado de Bem-Estar Social a ser visto como oneroso e a sofrer questionamentos, ao passo que seus críticos defendiam que o mesmo deveria ser mínimo, ao ponto de transferir a prestação de serviços sociais, como educação e previdência social, ao setor privado (SANTOS, 2009).

Nesse diapasão, verificou-se nas décadas de 1980 e 1990 a consolidação da alteração do padrão de produção e acumulação de riquezas. Nesse período adveio uma concentração de poder econômico das empresas multinacionais, como consequência da globalização econômica, aumentando a competitividade do mercado, o desemprego, o trabalho informal, o déficit público e, por fim, a desigualdade social e a concentração de renda (COELHO, 2009).

Os anos 80 na América Latina foram marcados pela inflação, estagnação econômica e desemprego, causados pela crise da dívida externa; no Brasil, destaca-se a transição do governo militar para o civil, num processo de redemocratização marcado por reformas políticas e tentativas de retomada do crescimento econômico. Tal situação refletiu-se nas receitas estatais advindas dos tributos e contribuições, o que levou a uma redução nos gastos sociais (OLIVEIRA, 2014).

Todavia, neste mesmo período surgiram no Brasil movimentos pró-redemocratização em oposição ao regime militar, os quais também demandavam uma maior e mais coerente proteção social por parte do Estado, pautada na universalização das políticas sociais, a fim de combater a questão das desigualdades sociais e a pobreza (SANTOS, 2009).

Assim, ao entendimento destes movimentos sociais, que chegaram a formar grupos de pressão com reflexo na assembléia constituinte, era dever do Estado o enfrentamento da questão social agravada pela conjuntura econômica e o desemprego, devendo o mesmo criar mecanismos para minimizar a concentração de renda por meio de políticas públicas que garantam a dignidade e os direitos de cidadania para sua população.

Em outras palavras, buscava-se a efetivação de direitos sociais universais, juntamente com os direitos políticos, sendo que dentre as reivindicações, destaca-se a demanda por políticas sociais descentralizadas, como resposta à centralização decisória característica da gestão militar e à corrupção (SANTOS, 2009).

Desta feita, a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, atenta a estas demandas, consagrou diversos direitos sociais relativos a saúde, segurança social, assistência social, educação, cultura, trabalho, dentre outros. Assim, é possível concluir que a Constituição se tratou de um marco legal que assegurou a assistência social como um direito de todos, garantindo ao cidadão a proteção do Estado mesmo quando esteja impedido de trabalhar ou contribuir financeiramente (BARROSO, 2005).

Cabe apontar que destas normas, enquanto algumas possuíam eficácia plena (ou direta), isto é, no momento em que entram em vigor, estão aptas para produzir efeitos e não precisam de outras normas para serem aplicadas ao caso concreto, outras eram

de eficácia limitada devido ao seu conteúdo programático (SILVA, 2005).

A respeito das normas constitucionais de eficácia limitada, versa Pedro Lenza (2010, Pág. 180):

São aquelas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade reduzida.

Assim, para que diversas normas visando realizações no campo social tenham efeito, como àquelas que tratam da assistência social, cabe ao Estado agir, o que se dá tanto através de programas sociais e políticas públicas como por meio da atividade legislativa.

Todavia, em que pese os avanços trazidos pela nova constituição, verificou-se uma acentuada lentidão na forma com que foram estruturadas as políticas estatais sócio-assistencialistas. Isto porque, conforme anteriormente citado, a regulamentação destes dispositivos encontrou resistência nos anos seguintes, em decorrência da alta inflação, das restrições orçamentárias e, inclusive, a agenda política do presidente eleito Fernando Collor de Mello, em 1989 (OLIVEIRA, 2014).

Conforme é sabido, o primeiro presidente eleito por voto direto do povo, após o Regime Militar acabou por postergar a regulamentação da seguridade social, num momento caracterizado pela subfinanciamento da área social, posto que a economia brasileira, tal como dos demais países da América Latina, buscava uma estabilização monetária através da redução de gastos do Estado. Desta feita, o mandato de Fernando Collor ficou marcado pela retenção de gastos com políticas sociais e pela privatização de serviços que serviam para a proteção social e saúde. Não obstante, o legislativo federal também não tratou de forma efetiva da Assistência Social (SANTOS, 2009).

O processo de regulamentação da Seguridade Social foi retomado no governo de Itamar Franco, tendo a Lei Orgânica da Assistência Social sido aprovada em 7 de dezembro de 1993. A respeito da mesma, destaca-se que em seu artigo primeiro, o

legislador definiu que a assistência social é direito do cidadão e dever do Estado, corroborando o que já fora disposto na Carta Magna de 1988. Ademais, definiu que a assistência se trata de uma política de seguridade social não contributiva, a qual visa a promoção dos mínimos sociais aos cidadãos, e que deve ser realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

A esse respeito da Lei Orgânica da Assistência Social, insta citar o versado por Oliveira (2014, Pág. 65):

É com ela que se desenha um novo quadro social e político, possibilitando uma profunda, pode-se dizer correção de rumo da história e da prática da assistência social, tornando-a uma política específica colocada no mesmo patamar das demais políticas públicas, a ser prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, garantindo a provisão dos mínimos sociais, visando a ação conjunta e integrada do setor público e da sociedade no atendimento às necessidades dos cidadãos.

Nota-se que a aludida lei seguiu a diretriz estabelecida pela norma constitucional de criar um sistema participativo para a assistência social, integrando a sociedade e o governo a fim de definir as prioridades para o enfrentamento da pobreza e desigualdade (OLIVEIRA, 2014).

Esta orientação encontra-se em consonância com a própria noção de Estado Democrático de Direito tratada no capítulo anterior. Todavia, durante o mandato de Itamar Franco os investimentos sociais permaneceram submetidos às políticas de ajuste macroeconômico, de modo que os programas e as políticas públicas governamentais não eram oferecidas de maneira universal, conforme o modelo previsto na Constituição, mas focalizados em grupos específicos eleitos pela Administração Pública como os mais carentes e que necessitariam de auxílio de forma mais urgente (SANTOS, 2009).

Já nos mandatos de Fernando Henrique Cardoso, embora a princípio tenha havido um crescimento nos gastos com política social, foi priorizada a agenda econômica em detrimento da social (SALLUM JR, 1999).

A respeito deste, destaca-se a criação do Bolsa Escola (ou, Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à educação, criado pela Lei n. 10.219, de 11 de abril de 2001), um programa de transferência de renda para famílias de crianças e adolescente de baixa renda como estímulo para que essas frequentassem a escola regularmente, conforme bem disposto pelo artigo 2º, inciso II, da aludida lei, valendo citar:

Art. 2º. A partir do exercício de 2001, a União apoiará programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, que preencham, cumulativamente, os seguintes requisitos:

(...)

II - tenham como beneficiárias as famílias residentes no Município, com renda familiar per capita inferior ao valor fixado nacionalmente em ato do Poder Executivo para cada exercício e que possuam sob sua responsabilidade crianças com idade entre seis e quinze anos, matriculadas em estabelecimentos de ensino fundamental regular, com frequência escolar igual ou superior a oitenta e cinco por cento;

Já durante o Governo Lula, a política macroeconômica manteve-se sem grandes mudanças quanto ao governo anterior. Entretanto, o cenário de crescente exclusão social modificou-se a partir de 2004, quando houve maior arrecadação tributária e previdenciária, decorrente do crescimento econômico. Nesse momento, o governo teve condições de inovar em suas políticas públicas, valendo destacar o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), o Programa Nacional de Habitação Popular (Minha Casa, Minha Vida), dentre outros, além de dar maior ênfase nas políticas sociais e a criação do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (POCHMANN, 2011).

Destas políticas sociais, vale destacar o Programa Bolsa Família, criado pela Lei Federal n. 10.836 visando à assistência dos segmentos mais necessitados da sociedade, unificando diversas outras bolsas e auxílios criados no governo Fernando Henrique Cardoso (dentre elas, a Bolsa Escola) e recebeu alto investimento do governo federal. O aludido programa foi uma das medidas decorrentes do programa Fome Zero, criado para combater a fome e as suas causas estruturais.

Outro marco fundamental para a assistência social após a promulgação da Constituição de 1988 foi a criação do Sistema Único

de Assistência Social (SUAS), que se deu pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, após a aprovação da Norma Operacional Básica de 2005 e posteriormente institucionalizado pela Lei 12.435 de 2011.

O SUAS surgiu como uma nova forma de se organizar as ações do poder público no âmbito da assistência social, visando dar-lhes continuidade, integrar os sujeitos envolvidos, programas e projetos, além definir suas responsabilidades. Em outras palavras, buscou-se por meio do Sistema único criar um mecanismo integrado e efetivo, de modo que as políticas públicas praticadas por todos entes federativos alcançasse os melhores resultados possíveis e não se desse de forma desconexa.

Ao tratar do SUAS, lecionaram Castro e Rosa (2014. Pág. 31):

No caso do SUAS o objetivo é dar organicidade ao conjunto de ações da assistência social, integrar sujeitos envolvidos, estabelecer fluxos, articular responsabilidades, organizar a oferta de serviço, benefícios, programas e projetos, integrar a rede de atendimento, enfim, produzir a cooperação entre todos os elementos para viabilizar o cumprimento efetivo das funções da política de assistência social.

Nesse diapasão, é necessário apontar que a Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011, alterou a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, a fim de constar que a gestão das ações na área de assistência social é organizada sob a forma de sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social (artigo 6º). Conforme é possível notar, esta alteração ratificou o caráter organizacional do SUAS, que passou a dar as diretrizes procedimentais às políticas de combate à pobreza de forma definitiva.

O mesmo dispositivo normativo supracitado trouxe os objetivos da gestão do SUAS, quais sejam: consolidar a gestão compartilhada, o cofinanciamento e a cooperação técnica entre os entes federativos (inciso I); integrar a rede pública e privada de serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social (inciso II); estabelecer as responsabilidades dos entes federativos (inciso III); definir os níveis de gestão, respeitadas as diversidades regionais e municipais (inciso IV); implementar a gestão do trabalho e

a educação na assistência social (inciso V); estabelecer a gestão integrada de serviços e benefícios (inciso VI); e, afiançar a vigilância socioassistencial e a garantia de direitos (inciso VII).

Todavia, vista esta configuração recente trazida pelo Sistema Único de Assistência Social, onde é necessário um trabalho conjunto de todos os entes públicos e da sociedade, é natural que o processo de transição e implementação traga novos desafios que passam pela nossa cultura política e social. Tais desafios passam por questões burocráticas, pela falta de estrutura física e corpo técnico suficiente o atendimento à população, além da falta de comunicação entre os entes federativos e entre as políticas de assistência social, saúde, educação e cultura, o que leva as ações desenvolvidas pelo poder público a serem por diversas vezes pontuais (CASTRO; ROSA, 2014).

A esse respeito, apontam Castro e Rosa (2014. Págs. 92-93):

São muitas as tensões e conflitos tanto do ponto de vista gerencial quanto do ponto de desenvolvimento do fazer profissional. O SUAS sinaliza com inovações gerenciais, aplicação de tecnologias e redesenhos nas estruturas de gestão, antes inexistentes na área da assistência social, marcada pelo voluntarismo. São novos arranjos organizacionais conflitantes com os mecanismos de gestão burocrática da clássica administração pública expressos em rotinas e procedimentos orientados por padrões universais e homogeneizantes.

Ainda assim, é inegável que após a criação do Sistema Único a assistência social passou a ter um novo status dentro da política pátria, posto que reiterou as diretrizes firmadas na Constituição de 1988 e proporcionou de forma clara uma maneira de efetivação dos direitos sociais lá consagrados (OLIVEIRA, 2014).

Ante ao exposto, é possível afirmar que o SUAS se encontra em harmonia com o ideário do neoconstitucionalista previamente apresentado. Isto porque as normas constitucionais que enunciavam o direito à assistência aos desamparados a fim de promover a dignidade da pessoa humana, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, mas que a princípio eram meras ali meras declarações de vontade, encontraram um mecanismo que possibilitou sua aplicabilidade e efetividade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo feito, verificou-se que a inclusão da assistência social na Constituição promulgada em 1988 garantiu como direito do cidadão que o Estado preste assistência àqueles que se encontrem à margem da sociedade e em situação de vulnerabilidade, lhes fornecendo condições de acesso aos serviços que visem a persecução de sua dignidade enquanto pessoal humana.

Tal avanço no campo dos direitos sociais e no enfrentamento à pobreza decorreu em grande parte pela conjuntura política da época e pelo neoconstitucionalismo, um novo contexto no qual a Constituição deixou de ser mera carta política e simbólica para dotar-se de maior aplicabilidade, a fim de proteger os direitos fundamentais de seus cidadãos.

Assim, os preceitos relativos à assistência social e à seguridade social são alicerçados pelo próprio artigo 1º da Constituição, que define que a República Federativa do Brasil, tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (incisos I e II); além dos objetivos dispostos no artigo 3º de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III), e, de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

Todavia, o aludido marco constitucional não é capaz de produzir efeitos de modo imediato, muito menos sozinho. Para tanto, necessita de medidas para que garantam sua efetividade na prática, seja na esfera legislativa (através de leis regulatórias), como na esfera executiva (pela aplicação de políticas públicas).

Estas medidas, entretanto, foram concretizadas de forma gradual, decorrente principalmente pela situação econômica do país e pela agenda política influenciada pelo neoliberalismo, que imperou no Brasil durante a década de 1990.

O primeiro passo importante foi a aprovação da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993, seguida pela criação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), que se deu primeiramente através da Norma Operacional Básica de 2005 e posteriormente institucionalizado pela Lei 12.435 de 2011. Desde então, a assistência social passou a ter diretrizes procedimentais claras,

definindo as responsabilidades dos diversos entes públicos no que tange às políticas de combate à pobreza de forma e aproximando a sociedade na avaliação e definição destas políticas.

E ainda que a implementação e aperfeiçoamento deste sistema seja trabalhoso, é incontestável que a busca pela oferta de condições mínimas de vida digna para cada cidadão entrou na agenda política do Estado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>.

_____. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. Cajur, Teresina, ano 1, n. 6, 28 out. 2005. Página 9. Disponível em: <http://cajur.brinkster.net/artigos/arti_histdirbras.zip>.

BICCA, Carolina Scherer. **A Assistência Social após a Constituição Federal de 1988**. Uma nova fase. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/588/420>>.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 2004. 7ª ed.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>.

_____. **Lei nº Lei n. 10.219, de 11 de abril de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10219.htm>.

_____. **Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar; FERREIRA; Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009. 4ª ed.

COELHO, Ricardo Corrêa. **Estado, governo e mercado**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração, UFSC; Brasília: CAPES, 2009.

CANO, Ignacio. **Nas trincheiras do método**: o ensino de metodologia das ciências sociais no Brasil, in Sociologia, Porto Alegre, ano 14, n.31, set-dez,2012, p.94-119.

CASTRO, Iêda Maria Nobre de; ROSA, Mary Anne Filgueiras Porto. **SUAS – Base Teórica e Processos de Construção**. Paraná: UEPG/NUTEAD, 2014.

ENGELS, Friedrich. **A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra**. São Paulo: Boitempo Editora. 2008. 1ª ed.

HEIDRICH, Andrea Valente. **Transformações no estado capitalista: refletindo e refratando transformações na questão social**. 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/1019/799>>.

GIMENES, Junia Garcia. Et al. **O processo de afirmação da assistência social como política social**. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/cv8n2_sonia.htm>.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2012. 5ª ed.

FONTENELE, Iolanda Carvalho. **A Política de Assistência Social no Brasil: O foco na família e a questão dos mínimos sociais**. Disponível em: <www.rle.ucpel.tche.br/index.php/rsd/article/download/406/360>.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 14ª ed.

MARX, Karl. **O Capital**. Livro 1. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2008. 25 ed.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.2, p. 53-63, outubro de 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2014. 9ª ed.

OLIVEIRA, Maria Iolanda de. **A Assistência Social no Brasil**. Paraná: UEPG/NUTEAD, 2014.

POCHMANN, Marcio. **Políticas sociais e padrão de mudanças no Brasil durante o governo Lula**. SER Social, Brasília, v. 13, n. 28, p. 12-40, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/5620>.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. 20ª Edição.

SALLUM JR, Brasílio. **O Brasil sob Cardoso: neoliberalismo e desenvolvimentismo**. Tempo soc. on-line. 1999, vol.11, n.2, pp. 23-47. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20701999000200003&lng=pt&nrm=iso>.

SANTOS, Maria Paula Gomes dos. **Estado e os problemas contemporâneos**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração, UFSC; Brasília: CAPES, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. 25ª Edição.

ZANELLA, Liane Carly Hermes. **Metodologia de estudo e de pesquisa em administração** – Florianópolis : Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília] : CAPES : UAB, 2009.

DO RACISMO COMO CATEGORIA SOCIOLÓGICA:

UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA SOBRE A ESCRavidÃO NO BRASIL E SEUS EFEITOS NO MERCADO DE TRABALHO

*Yuri Luís Tedesco Aguilar*²⁸

*Clarissa Chagas Sanches Monassa*²⁹

1 INTRODUÇÃO

A prática da escravidão de um povo sobre o outro esteve presente desde a Antiguidade e de diversas formas ao longo da história. Também há relatos de práticas escravistas na América Pré-Colombiana, entre os indígenas, mas o foco deste estudo é a investigação sobre tal prática após a ocupação lusitana na América, mais precisamente, após o descobrimento do Brasil.

A discriminação racial tem sido tema de debate desde o período da colonização em que alguns, um tanto quanto racistas, afirmavam que o negro sempre esteve inserido na sociedade desde a sua libertação, ignorando a dificuldade e o preconceito que sofreram e ainda sofrem no âmbito do mercado de trabalho. Será que ignoram a origem histórico-cultural dessa exclusão social e não se dão conta de que esse preconceito está ligado diretamente às marcas deixadas pela escravidão no período da colonização portuguesa?

Os negros sempre estiveram presentes na construção da sociedade brasileira, mas só foram legalmente reconhecidos como homens livres após três séculos de servidão. Não há como negar que

²⁸ FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”

²⁹ CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” – UNIVEM

após tanto tempo não restariam marcas de racismo e de preconceito gerado em decorrência dessa prática escravista. Por tal motivo é estudado as circunstâncias em que se deu essa prática, suas consequências no pós-abolição as teorias racistas que justificaram tanto tempo de sujeição.

No primeiro tópico tem-se o estudo de uma breve história do descobrimento do Brasil, citando algumas práticas indígenas, sua forma de se organizar e trabalhar e a mudança em suas vidas após a chegada dos portugueses à costa brasileira. O enfoque maior deste tópico está na investigação dos referenciais históricos da prática escravista durante a ocupação do território brasileiro e a necessidade da mão de obra escrava para o desenvolvimento da colônia lusitana. Narra-se os maus tratos e sofrimentos dos negros africanos, suas lutas contra esses abusos e suas conquistas com a abolição da escravatura.

O segundo tópico tem o objetivo de analisar os conceitos de raça e etnia à luz da sociologia e as divergências conceituais entre os termos, normalmente confundidos pela maioria das pessoas. São analisadas as teorias raciais que surgiram ao longo do tempo, como evoluíram e como era usado o termo raça como fator diferencial de superioridade entre os seres humanos, bem como suas justificativas para escravizar os negros no período colonial.

Na terceira e última parte do estudo se analisa a situação do negro brasileiro no mercado de trabalho no período pós-abolição. Apesar de a abolição garantir a liberdade de forma legal, os ex-cativos continuaram com o *status* de seres inferiores, sem oportunidades no mercado de trabalho livre, perdendo espaço para os brancos europeus que vieram a compor a população nacional, durante a grande imigração que se deu entre os anos de 1850 e 1932, dentre os quais italianos, portugueses e espanhóis ocuparam a maior parcela do proletariado tanto na agricultura, como no processo industrial das grandes cidades.

É importante estudar como se deu a escravidão no período colonial, como os negros africanos foram tratados como objetos de troca e venda e relembrar momentos relevantes que marcaram a história do Brasil. Com isso, é possível entender como essa prática desenvolveu uma criação ideológica da sociedade de que a “raça” branca era superior, em diversos sentidos, à “raça” negra, bem como essa superioridade justificava a cultura do escravismo no período

colonial e após independência do Brasil. Diante disso é capaz de se entender também a colaboração dessa prática para a disseminação do racismo, principalmente após abolição da escravatura e as dificuldades enfrentadas pelos ex-cativos na tentativa de se inserirem no mercado de trabalho.

Foram utilizadas pesquisas bibliográficas a respeito do tema, tanto em relação à história da escravidão na África, na Europa e no Brasil, como livros, artigos e monografias que tratam sobre os conceitos de raça e etnia à luz da biologia, antropologia e sociologia. Também foram utilizadas pesquisas científicas sobre a marginalização dos negros e suas dificuldades após abolição, na tentativa de conseguirem trabalhos frente a um racismo cultural disseminado na sociedade brasileira.

O presente trabalho está dividido em três tópicos, onde serão abordados os referenciais históricos da escravidão no Brasil, a diferenciação entre raça e etnia à luz da sociologia e as dificuldades enfrentadas pelos ex-cativos no mercado de trabalho.

2 REFERENCIAL HISTÓRICO DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL

Para que bem se possa entender como começou a escravidão no Brasil é importante pontuar antes, quem vivia nessas terras descobertas e como foi o início da colonização do país.

Cumprе ressaltar inicialmente que antes do “descobrimento do Brasil” pelos europeus em 1500, o país já era habitado pelos índios.

As tribos indígenas, além das atividades como a caça, a pesca, frutas e, é claro, a agricultura, havia também guerras e capturas de inimigos de outras tribos. Portanto, para alimentar a tribo, plantava-se feijão, milho, abóbora e especialmente mandioca da qual se fazia a farinha, que se tornou um alimento básico no Brasil a partir do período colonial.

A economia era destinada ao consumo próprio, sendo basicamente de subsistência e cada aldeia produzia apenas para suprir suas próprias necessidades, havendo assim, pouca troca de mercadorias entre elas.

Dessas trocas nasciam alianças entre as tribos que se viam obrigadas a lutar uma ao lado da outra quando qualquer delas fosse

atacada. Havia a troca de mulheres e de bens de luxo como, por exemplo, as penas de animais e pedras.

No período pré-colonial, quando foi descoberto o Brasil em 1500, não eram construídas instalações fixas pelos portugueses, pois permaneciam por curtos períodos apenas para a exploração do pau-brasil. Essa era famosa árvore abundante na Mata Atlântica daquela época, de madeira nobre, utilizada na produção de instrumentos musicais e móveis, e que possui um extrato usado para a produção do corante vermelho (ASPECTOS..., 2014, p. 19).

Nesse período ocorreram os primeiros contatos com os nativos, conhecidos como índios, o qual se utilizou de sua mão-de-obra em troca de objetos de pouco valor, como chocalhos, espelhos, apitos, etc. (BUENO, 1999, p. 15).

Por volta de 1530 o rei de Portugal Dom João III, motivado por decisões políticas e ameaças à posse das terras brasileiras, por parte dos holandeses, ingleses e principalmente pelos franceses, que praticavam a pirataria do pau-brasil, toma a decisão de que já era hora de colonizar a nova terra. Com o povoamento e o desenvolvimento das terras brasileiras seria muito mais fácil proteger as terras e dificultaria qualquer tentativa de tomá-la. Para essa importante tarefa, o rei português nomeou capitão-mor Martim Afonso de Souza que seria responsável para realizar a primeira expedição de povoamento no litoral, proteger a terra de invasores e também de dar início tanto à exploração de metais preciosos como ao plantio da cana de açúcar, visando um promissor comércio dessa mercadoria na Europa (FAUSTO, 1996, p. 24).

Para organizar a ocupação das terras, foi adotado o sistema das capitanias hereditárias, uma forma de administração territorial do império português, que também foi utilizado e bem sucedido nas ilhas de Madeira e Cabo Verde (MARTINS JÚNIOR, 1895, p. 162).

As terras foram divididas em quinze capitanias hereditárias e foram entregues a pequenos nobres, funcionários da corte, comerciantes e burocratas que tiveram apenas a posse e não propriedade das terras, no entanto tiveram vários privilégios jurídicos e fiscais. Eles gozaram de liberdade para fundar cidades e permissão de atribuir direitos municipais; exerceram funções de chefes militares, administradores e juizes (WOLKMER, 2003, p. 54).

Foram instalados latifúndios produtores de recursos alimentícios em grande escala, principalmente de cana de açúcar, com intuito de se abastecer o mercado europeu, apesar de que alguns produziram para sua subsistência. Para que se pudesse prover o funcionamento dos grandes engenhos de açúcar, era necessário trabalho compulsório e muita mão-de-obra (FAUSTO, 1996, p. 27).

Insta salientar que antes da chegada dos portugueses a escravatura já era praticada no Brasil pelos índios, na sua forma mais primitiva onde a maioria dos escravos capturados pelas tribos inimigas acabava sendo devorada, como acontecia entre os tupinambás, tribo de antropófagos, mas que continuou sendo explorada com a colonização pelos europeus (AGNOLIN, 2002, p. 137-143).

Para compensar as poucas ofertas de trabalhadores europeus, a maneira mais econômica era a utilização de mão de obra indígena nos engenhos, uma vez que era bastante utilizada na extração do pau-brasil. Porém não funcionou por muito tempo por motivos culturais e econômicos.

Boxer (2003, p. 101-102) frisa:

De início, os colonos pioneiros dependeram significativamente do comércio de troca com o ameríndios locais (...). Porém, quando os colonos passaram a ocupar lotes de terra e fazer roças onde cultivavam plantas alimentícias (principalmente mandioca) e planejar extensas plantações de cana-de-açúcar, como ocorrera em Pernambuco e na Bahia, tiveram muita dificuldade em obter mão de obra indígena suficiente. Os aborígenes estavam dispostos a trabalhar intermitentemente pelos utensílios e quinquilharias que desejavam, mas não tinham disposição para labutar durante muito tempo, e menos ainda para passar o resto da vida no trabalho exaustivo da lavoura, das pastagens e da grande propriedade agrícola.

Os nativos não estavam acostumados a trabalhos compulsórios e resistiram às formas de servidão e com o tempo foi sendo necessário a forçá-los a trabalhar, bem como manter vigilância sobre eles para impedir a fuga e até mesmo combater-los. Além desses fatores, grande tragédia demográfica aconteceu na década de 1560 com a morte de mais de 60 mil indígenas resultante de grandes epidemias de doenças oriundas dos europeus, por não terem

resistência biológica suficiente ao combate de doenças como sarampo, gripe, entre outras (FAUSTO, 1996, p. 27-28).

Por essas razões e muitos outros fatores, foi mais viável a importação e uso de escravos africanos. A escravidão indígena foi oficialmente abolida no final do século XVIII pelo Marquês de Pombal (FAUSTO, 1996, p. 68-69).

Há muitos séculos atrás, desde os primórdios da história, era comum que os vencedores das batalhas mantivessem seus prisioneiros de guerra em cativeiros e muitas vezes os aprisionavam para utilizar sua força de trabalho, na agricultura, por exemplo, e começando assim a escravidão.

O comércio de escravos negros já existia em diversos lugares do continente africano, muito antes da chegada dos europeus.

A escravidão não era apenas uma forma de comércio e tampouco decorria apenas da guerra. Em algumas sociedades africanas, a escravidão doméstica era usada como forma de punir o condenado a assalto, roubo, feitiçaria, a cumprir a pena, e muitas vezes podiam até serem penhorados como garantia de dívidas (ALBUQUERQUE; FRAGA FILHO, 2006, p. 14-15).

Com a chegada dos europeus na costa africana, principalmente dos portugueses no século XV, esse processo de escravização foi ampliando-se em escala intercontinental fazendo com que a África se tornasse a principal região exportadora de mão de obra do mundo, principalmente da costa africana ocidental para o Brasil entre os anos de 1516 e 1526. Contudo, ao ano de 1550 foi quando o tráfico de africanos para o Brasil tornou-se regular com a primeira importação autorizada pela rainha D. Catharina. Os portugueses e, mais tarde os holandeses, trouxeram negros africanos para trabalhar nas lavouras de canavieiras por possuírem capacidade produtiva bem superior a dos índios (SOUZA, 1938, p. 129).

A maioria das capitânicas hereditárias fracassou devido a distancia da Metrópole, falta de recursos e também por conta de ataques de índios e piratas. As únicas que resistiram foram as capitânicas de São Vicente e de Pernambuco, ambas grandes fornecedoras de cana-de-açúcar ao mercado europeu (ZEMELLA, 1950, p. 485-494).

Afirma Souza (1938, p. 129) que a escravidão desenvolveu-se em um negócio tão lucrativo que despertou a atenção de grandes companhias europeias que chegaram a pressionar o governo português a designar regras privilegiadas para suas empresas promovendo assim um estímulo para o tráfico humano.

“Os três principais apoios dos portugueses no comércio com a costa africana atlântica eram, desde o século XVI, as ilhas do Cabo Verde..., e na costa entre o rio Volta e o Níger, a ilha de São Tomé..., e Luanda...” (SOUZA, M., 2005, p. 82).

O transporte dos africanos era feito nos porões dos navios negreiros como se fossem mercadorias, porque era assim que eram tratados. Muitos deles morreram no caminho até a América por conta das precárias condições durante o transporte, porém mesmo assim valia a pena para os donos dos navios negreiros, pois mesmo com tantas mortes, ainda assim conseguiram vender os sobreviventes e obter lucros.

De acordo com Pereira a alimentação nos navios negreiros era basicamente arroz e mandioca cozidos, porém tão precária que a desnutrição desenvolvia várias doenças, das quais, as mais comuns eram diarreia, varíola e as febres (PEREIRA, 2013, p. 238).

Era transportado na maioria homens, mas também havia crianças e mulheres nesses navios que desembarcavam no Rio de Janeiro, Recife, Fortaleza e na Bahia, os principais portos dessa comercialização, e os levavam para as demais regiões e províncias brasileiras onde iriam trabalhar no eito das fazendas de café, tabaco, e principalmente nas fazendas de açúcar. Eram tratados com objetos de troca, venda e sofreram com os maus tratos, vestiam-se com trapos, tinham uma precária alimentação, principalmente no trajeto da costa africana até o Brasil, pelo qual adquiriam diversas doenças como varíola, febre amarela entre outra, provocando muitas mortes entre os cativos e também entre a tripulação (ALBUQUERQUE; FRAGA FILHO, 2006, p. 51-52).

Eram vítimas de crueldades de seus senhores nas formas mais diversas possíveis, entretanto a forma de punição mais comum eram os açoites, conforme destaca Silva Filho (2008, p. 118-119) baseado em fontes documentais que indicavam aplicação de cem açoites em escravos:

Difícilmente um escravo não morreria em consequência desse número excessivo de golpes desferidos. Se não morresse pela hemorragia provocada ou pela intensidade da dor sentida, morreria em decorrência de prováveis infecções surgidas nas chagas abertas, já que as condições higiênicas da época, mais precisamente das senzalas urbanas e cadeias públicas, eram muito precárias.

Alguns conseguiram se libertar com o trabalho, outros se juntaram e se organizaram para fazerem rebeliões, outros ainda fugiram para a mata, montanhas ou ainda constituíram as comunidades quilombolas, popularmente conhecidos como quilombos.

Para uma definição de quilombo, como forma de organização social e política, bem explica Moura (1987 p. 12-13):

Essas comunidades de ex-escravos organizavam-se de diversas formas e tinham proporções e duração muito diferentes. Havia pequenos quilombos, compostos de oito homens ou pouco mais; eram praticamente grupos armados. No recesso das matas, fugindo do cativeiro, muitas vezes eram recapturados pelos profissionais de caça aos furtivos. Criou-se para isso uma profissão específica. Em Cuba chamavam-se rancheadores; capitães do mato no Brasil; *coromangee ranger*, nas Guianas, todos usando táticas mais desumanas de captura e repressão. Em Cuba, por exemplo, os rancheadores tinham como costume o uso de cães amestrados na caça aos escravos negros fugidos. Como podemos ver, a marronagem nos outros países ou a quilombagem no Brasil eram frutos das contradições estruturais do sistema escravista e refletiam, na sua dinâmica, em nível de conflito social, a negação desse sistema por parte dos oprimidos.

A sobrevivência era por meio da pesca, coleta de frutas, agricultura e à caça. Eles mantinham agricultura de subsistência e praticavam o artesanato, usado em sua comunidade e o excedente era vendido às comunidades vizinhas.

Não se sabe o número exato de quilombos que existiram, mas o que se pode afirmar é que o mais famoso deles foi o quilombo dos Palmares.

Quilombo dos Palmares era localizado na Serra da Barriga, na Capitania de Pernambuco, local onde pertence hoje ao estado de Alagoas (ALBULQUERQUE; FRAGA FILHO, 2006, p. 120). Foi o quilombo mais emblemático, pois resistiu por mais de um século

sendo seu auge na segunda metade do século XVII. Foi o mais populoso devido às invasões holandesas que ocorreram no norte do país fazendo com que muitos engenhos fossem abandonados aumentando assim a fuga em massa de escravos que se dirigiram a Palmares (FAUSTO, 1996, p. 30).

Todavia a importância de Palmares não estava na sua vasta extensão e população, mas sim porque foi uma das primeiras formas de resistência e defesa dos negros, não apenas contra a escravidão, mas também à discriminação racial e ao preconceito (SILVA, 2012, p. 6).

Moura (1981, p. 14) descreve que:

A quilombagem foi apenas uma das formas de resistência. Outras, como o assassinio dos senhores, dos feitores, dos capitães-de-mato, o suicídio, as fugas individuais, as guerrilhas e as insurreições urbanas se alastraram por todo o período. Mas o quilombo foi a unidade básica de resistência do escravo.

Entre os séculos XVI e XIX houve muita dor, sofrimento e atrocidades durante o período da escravatura, mas com o passar do tempo movimentos abolicionistas manifestaram-se com o fim de acabar com esse mal, em busca da promoção da paz.

Ainda no primeiro século da escravatura vale destacar os estudos de Raymundo Nina Rodrigues (2010, p. 90-91) os quais relatam tentativas de tratados de paz entre expedições enviadas por D. Pedro à Palmares e Ganga Zumba e outros negros que ali se refugiavam. Foi convocado um conselho de autoridades e pessoas mais influentes da época onde votaram pela paz e Ganga Zumba pediu liberdade para os nascidos em Palmares. No entanto essas tratativas não prosperaram e muita guerra ainda estaria por vir.

Vale ressaltar que em 1807 a Família Real e Corte Portuguesa foi transferida para o Brasil, devido à invasão de Napoleão em Portugal, onde perdeu a característica de colônia e o Brasil começou a funcionar como uma verdadeira metrópole, pois era daqui que se operava o Estado Português. D. João VI torna-se rei após a morte da sua mãe D. Maria I a “rainha louca” em 1816 e se mantém no país até que acontece a Revolta do Porto em Portugal, em 1820, exigindo o retorno de D. João VI que deixa o Brasil nas

mãos de seu filho, nomeado o príncipe regente, D. Pedro de Alcântara Bragança (GOMES, 2007, 11-315).

Foi em 7 de setembro de 1822 que após várias revoltas civis e a ameaça das cortes portuguesas de repatriar o Brasil em seu estado colonial, D. Pedro proclama o famoso grito da Independência do Brasil às margens do Riacho Ipiranga (FAUSTO, 1996, p. 84). Em 1824 é outorgada a primeira Carta Magna do Brasil, conhecida como Constituição do Império (FAUSTO, 1995, p. 149).

Em 1826 a Inglaterra exigiu que o Brasil firmasse um compromisso que proibisse o tráfico de escravos dentro de três anos e por fim o parlamento brasileiro aprovou uma lei proibindo o tráfico de africanos em 7 de novembro de 1831 (ALBUQUERQUE; FRAGA FILHO, 2006, p. 58). Mesmo o tráfico tornando-se ilegal não impedia que os latifundiários e fazendeiros continuassem importando escravos da África. Por pressões internas e externas, principalmente pela promulgação da *Bill Aberdeen*, em 1845, feito pelo parlamento inglês fez com que o Brasil aprovasse a lei Eusébio de Queiroz em 4 de setembro de 1850 proibindo definitivamente a importação de escravos (TELES FILHO, 2005, p. 52). Também foram aprovadas posteriormente outras duas leis que contribuíram cada vez mais com o processo de abolição da escravatura. Essas leis foram a Lei do Ventre Livre de 1871 que libertava os filhos dos escravos ao atingir idade de 21 anos e a Lei dos Sexagenários, livrando escravos com idade superior a 65 anos (ALBUQUERQUE; FRAGA FILHO, 2006, p. 153-177).

Foram diminuindo cada vez mais o número de escravos, aumentando a quantidade de trabalhadores imigrantes e o processo de abolição foi uma questão de tempo.

Enquanto D. Pedro II viajava ao exterior, sua filha, a princesa imperial do Brasil Dona Isabel assinou a famosa Lei Áurea em 13 de maio de 1888 no Paço Imperial ponto fim de forma definitiva a escravidão (SCHMIDT, 2007, p. 453).

No entanto muitas outras consequências ainda estariam por vir ao longo prazo bem como observa Hasenbalg (1979, p. 165):

Assim, a explicação da situação social do negro e do mulato após a abolição em termos da mudança abrupta da condição de escravo para a de homem livre, tende a ocultar a concentração de desvantagens

sociais no grupo de não-brancos livres durante o regime escravista, e a continuidade da sua subordinação social após 1888.

Com o fim de uma história desumana e de muitos sofrimentos inicia-se um processo de uma nova história de desigualdades, preconceito e exclusão social.

Dentre os letrados, sempre esteve em pauta à questão da ocupação e povoamento do vazio demográfico do Brasil e, para isso, se discutia qual seria o ideal tipo racial para ocupar o território. Era evidente a preferência para os colonos europeus e, para justificar essa escolha, muitos eram os ângulos em torno da política de imigração.

Costa (2004, p. 9) aponta essas justificativas:

Uma defendia a entrada de colonos europeus como uma estratégia para inserir na visão de mundo dos brasileiros a mentalidade do trabalho livre [...]. Esta corrente, enfim, acreditava no efeito pedagógico da imigração, na sua capacidade de melhorar o Brasil e seu povo, mas não descartava o investimento nos nacionais. [...] Outro argumento proposto defendia a vinda dos imigrantes para aumentar o contingente populacional branco, o que também aparece na corrente anterior, e isso, “naturalmente”, ampliaria as possibilidades de desenvolvimento do país. Há, portanto, uma pronta responsabilização das populações não-brancas pelas mazelas do Brasil [...]. Por fim, a terceira maneira dava conta de trazer um contingente populacional branco para, como nos dois casos anteriores, “desafricanizar” o Brasil e melhorar a “raça brasileira”.

A política de imigração, ou melhor, a política de branqueamento do Brasil expressa uma clara influência da teoria científica das raças, também conhecido como racismo científico, o qual afirma que o brasileiro era inapto ao desenvolvimento, enquanto acreditava-se que o branco/europeu era de uma raça superior aos demais.

Para Mariza Corrêa as disparidades sociais existentes entre os negros e brancos no Brasil não são reflexos do desenvolvimento “natural” dos meios de produção, nem da escravidão que um dia existiu, nem mesmo do acaso, bem como a exclusão dos negros não deriva de nenhuma legislação. “(...) Essa exclusão parece ter sido também o resultado de uma atuação coerente, apoiada por um

racismo 'científico', que legitimou iniciativas políticas (...) como no caso dos privilégios concedidos à imigração que tiveram como consequência uma entrada maciça de brancos no país (...)” (CORRÊA, 2001, p. 43 apud COSTA, 2004, p. 11).

3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE RAÇA E ETNIA.

Para se compreender melhor o exposto no tópico anterior, há de se explorar os conceitos de raça e etnia desde sua origem e sua evolução no mundo contemporâneo, sob a ótica antropológica e sociológica, na construção, ou desconstrução de um conceito científico.

Na etimologia da palavra, o conceito de raça veio do italiano *razza*, que por sua vez derivou-se do latim *ratio*, que significa categoria, sorte, espécie. Na história das ciências naturais, esse conceito foi usado primitivamente na Botânica e na Zoologia para categorizar as variadas espécies de animais e vegetais existentes. Esse conceito de raça passou a definir a linhagem, isto é, um agrupamento de pessoas com um antepassado em comum e que possuem fenótipos em comum (MUNANGA, 2000, p. 17).

Como explica Guimarães (2003, p. 95), nas ciências sociais faz-se uma distinção entre dois tipos de conceitos: de um lado os analíticos que ensejam uma análise de um conjunto delimitado de fenômenos que só faz sentido em um contexto de uma peculiar teoria e do outro lado os conceitos conhecidos pelo referido autor de “nativos” que são aqueles analisados sob um contexto empírico, em um momento histórico específico.

O termo raça era usado desde o século XVI como conotação literária significando “um grupo ou categoria de pessoas conectadas por uma origem comum” (BANTON, 1994, p. 264 apud GUIMARÃES, 1999, p. 23). Porém o uso dessa palavra como teoria biológica surgiu recentemente no século XIX sendo uma criação da biologia e da antropologia, como se pudesse dividir a raça humana em subespécies assim como se faz com plantas e animais, categorizando as pessoas pelas suas características físicas como cor da pele, por exemplo. Foi uma criação ideológica da sociedade e que deve ser estudada por um ramo próprio da sociologia. Esse é o campo da cultura, onde as “raças” são efeitos de discursos sobre a origem de um grupo e transmissão de essências entre gerações, que são traços

semblantes, psicológicos, intelectuais e morais. Também há discursos que tratam de lugares, mas aqui se fala de etnias (GUIMARÃES, 2003, p. 95-96).

Há quem defenda a existência de raças humanas, como o entendimento de Schwarcz e Queiroz (1996, p. 29-30):

Raças são populações que diferem significativamente nas frequências de seus genes. É impróprio chamar-se uma raça de etnia ou grupo étnico, pois estes termos indicam as semelhanças culturais dentro de uma população, ou o conjunto de suas características culturais e genéticas. Definimos a raça brasileira pelas frequências de seus genes, ou fenótipos que eles produzem.

Esse foi um dos conceitos que surgiram no século XIX, ideologicamente criado com necessidade de justificar o processo de escravidão dos povos africanos, bem como a colonização e também a criação da ideia de pureza de raças, usado por Hitler para aniquilar os judeus durante a Segunda Guerra Mundial (SCHUCMAN, 2010, p. 43).

Após a Segunda Grande Guerra esse conceito biológico não mais se sustentou visto que não havia diferenças genéticas suficientes para que pudessem categorizar o ser humano em diferentes raças. Foi aí que se atribuiu a raça ligada a fatores socioculturais e também ligada às condições ambientais (GUIMARÃES, 1999, p. 23-24).

Dentro da comunidade científica mais abrangente, uma minoria significativa de teóricos médicos e antropólogos físicos continuaram a empregar classificações raciais que foram baseados unicamente em variações morfológicas, apesar da riqueza genética e evidências científicas indicando que essa utilização era inadequada. Surpreendentemente, uma minoria considerável de geneticistas também continuou a argumentar que as populações que eles próprios acreditavam serem melhores distinguidas umas das outras por meio de frequências genéticas, ao contrário de características morfológicas, poderiam, contudo, serem rotuladas "raças" mesmo quando eles reconheceram que o ponto em que eles poderiam eleger para distinguir entre tais "raças" era absolutamente arbitrário (GATES, 1997, p. xi).

No entanto não há um conceito fixo para “raça” que tenha se perpetuado por muito tempo sem que se alterasse. Na verdade há concepções divergentes, algumas até um tanto quanto antirracistas, como Carneiro (1996, p. 64) quando considera que “raça é subdivisão de uma espécie [...] um conceito apenas biológico, relacionado apenas a fatores hereditários, não incluindo condições culturais, sociais ou psicológicas. Para a espécie humana, a classificação mais comum: branca, negra e amarela”.

Importante ressaltar o entendimento sobre as polêmicas entre os conceitos de raça e etnia:

[...] raça deveria ser um conceito biológico, enquanto etnia deveria ser um conceito cultural. Não sendo raça uma categoria biológica, etnia também se revela como um conceito que não é estritamente cultural, pois a delimitação de grupos étnicos parte de uma suposta alocação deles no conjunto dos grupos populacionais raciais sem abstrair a unidade do local de origem, e, para delimitar etnia, considera-se a concomitância de características somáticas (aparência física), linguísticas e culturais. Enfim, o conceito de raça é uma convenção arbitrária e pode ser enquadrada como uma categoria descritiva da antropologia, uma vez que é baseada nas características aparentes das pessoas. Portanto, o uso dos termos raça ou etnia está circunscrito à destinação política que se pretende dar a eles (OLIVEIRA, 2004, p. 58).

Também ressalta a referida autora que tanto para as ciências biológicas como para as ciências sociais, o conceito raça não existe e está superado, mas a insistência do movimento negro, em particular, em usá-lo como paradigma da luta contra a opressão de base racial/étnica é que o racismo existe e é uma prática política tendo por base a existência das raças e que as “não brancas” são inferiores.

Glass (2012) traz uma abordagem com diferentes perspectivas sobre raça e racismo em um contexto político-social existente no mundo, principalmente na América. Ele define cinco posições: supremacia racial, cegueira racial, sensibilidade racial, crítica racial e antirracista. É importante ressaltar as diferenças das visões de cada uma dessas posições, pois apesar de seus estudos terem como base o contexto da sociedade norte americana, também é uma realidade presente na sociedade brasileira.

A primeira delas afirma a superioridade de uma raça fundada em algumas características de pessoas que ocorrem naturalmente e que não estão sujeitas a mudanças, ou seja, a raça diz tudo o que é mais importante sobre uma pessoa e define não apenas suas características morfológicas, mas principalmente sua superioridade moral, intelectual, inclinações de trabalho, atléticas ou sexuais. Em contrapartida esse argumentos da supremacia racial nunca mencionam que os brancos tiverem vantagens sociais, educacionais, econômicas e políticas que lhes garantiam os recursos e privilégios que são tomados como justos resultados de esforços individuais (GLASS, 2012, p. 888).

Em contraponto à posição anterior, a cegueira racial defende a premissa que a raça não diz nada social, moral ou intelectualmente sobre alguém, implicando em ignorar a raça por respeito aos outros. Essa prerrogativa de “não perceber” a raça é um requinte que as pessoas de cor não podem ter, porque elas estão todos os dias se defendendo das consequências de suas posições na ordem racial entre os outros. Essa suposta cordialidade dos adeptos à cegueira racial “mascara um medo branco, do qual ‘perceber a raça’ é sinal de ‘ser racista’. Portanto, os brancos fingem que ‘não percebem’ a raça para demonstrar sua bondade e escapar do problema” (GLASS, 2012, p. 894).

Ser racialmente sensível é compreender que a identidade é construída por meio da raça, portanto não entender a raça desrespeita as pessoas. A sensibilidade racial reconhece declaradamente que a raça é algo social e culturalmente importante, analisa de forma abrangente como a raça se inclui na autocompreensão e que “a raça diz algo positivo sobre todas as pessoas e deve ser comemorada, honrada e levada em consideração se as pessoas têm que ser tratadas com justiça e respeito”. Diante do reconhecimento da existência da raça, as ações afirmativas têm como diretriz a necessidade desse reconhecimento para as políticas públicas e educacionais direcionadas para reparação das discriminações históricas e atuais.

Para o autor, em uma visão racialmente crítica mostra que a raça não é uma característica biológica ou natural das pessoas ou de grupos, mas sim um princípio que informa como os grupos interagem entre si e fornecem normas e padrões de como os indivíduos fazem suas escolhas a respeito de suas próprias identidades. “Isto é, a raça é algo que nós fazemos e algo que é feito a nós, em vez de algo que

nós somos” (BERNASCONI, 2001; BOXILL, 2001, apud GLASS, 2012, p. 898).

É evidente que não há nenhuma razão a princípio para dividir as populações mundiais em raças, pois não há um modo de categorizar as pessoas pelas suas características faciais, cor da pele, textura dos cabelos ou quaisquer outros supostos fenótipos que distinguem as raças (GLASS, 2012, p. 901).

Historicamente, o termo etnia provém do adjetivo grego *ethnikos*, que se deriva do substantivo *ethnos* que significa povo ou nação estrangeira, o qual era tipicamente usado para definir a população não grega. Em tempos bíblicos, em Israel a palavra equivalente no hebraico do Antigo Testamento era usada para distinguir os israelitas de todos os povos não judeus, chamados “gentio”.

É uma definição que compreende vários sentidos na construção da identidade de um indivíduo resumindo em: aparência física, nacionalidade, parentesco, território compartilhado, língua e religião (SANTOS et al., 2010, p. 122).

O conceito de etnia, assim como a raça, também possui várias definições, porém são menos enigmáticas. Há quem as separe em dois grupos fundamentais: a primordial e a situacional, assim como apresenta o sociólogo John Rex (1988, p. 48 apud VIANA, 2009, p. 16):

Por ligação primordial entende-se aquela que provém dos ‘dados’, ou mais precisamente – visto que a cultura está inevitavelmente envolvida nestes assuntos – dos ‘dados’ supostos da existência social: contiguidade imediata e ligação forte principalmente, mas para além destas a disponibilidade proveniente do fato de se ter nascido numa determinada comunidade religiosa, de se falar a mesma língua, ou mesmo um dialeto de uma língua, e de se seguir determinadas práticas sociais. Considera-se que esta semelhança de sangue, fala, costumes, etc., possui um poder de coação indescritível e por vezes esmagador de e em si própria. Está-se ligado aos parentes, aos vizinhos, aos correligionários, *ipso facto* não só em resultado da atração pessoal e da necessidade de convívio, do interesse comum e da obrigação moral assumida, mas também, pelo menos em grande parte, em virtude de certo sentido absoluto e inexplicável atribuído ao próprio laço em si.

Nesse mesmo sentido entende-se a etnicidade como um dado primordial baseado na homogeneidade inerente respaldada da herança cultural transmitida pelos antepassados, sendo a fonte de ligações primárias e substanciais. A concepção situacional reconhece a etnia como um “recurso útil” utilizado para pleitear, junto a uma organização, determinados interesses para atingir certos objetivos ou então esse termo pode ser usado, por alguns grupos, como subterfúgio para negar determinados direitos (REX, 1988, apud VIANA et al., 2009, p. 16).

Lopes (1982, p. 33 apud VIANA et al., 2009, p. 18), em uma concepção primordialista, define “etnia como uma entidade caracterizada por uma mesma língua, uma mesma tradição cultural e histórica, pela ocupação de um mesmo território, por uma mesma religião e sobretudo pela consciência coletiva de pertença a essa comunidade”.

Diversamente é o entendimento de Viana et al. que busca um sentido mais histórico do termo uma vez que acreditam no deslocamento territorial de uma etnia. Nesse sentido elucida o seguinte:

[...] uma etnia é uma coletividade (sociedade ou comunidade) de indivíduos que são (ou se originaram) de um mesmo território e que possuem, também, uma unidade e homogeneidade cultural (mesma língua, religião, crenças em geral, valores, etc.) e uma identidade coletiva de pertencimento a esta etnia [...] compartilham o mesmo passado, a mesma tradição histórica e cultural e, desta forma, ninguém pode “aderir” a uma etnia, tal como se pode aderir a uma religião (VIANA et al., 2009, p. 18).

Depois de descritas algumas das concepções de raça e etnia é preciso fazer uma distinção de suas principais características, porém essa tarefa não é fácil. Ambos os conceitos são confundidos inúmeras vezes e são considerados, na atualidade, como termos equivalentes, além da polêmica em que estão envolvidos, também estão envolvidos em questões políticas e ideológicas.

Algumas das diferenças entre os termos estudados, apesar de sutis, pode-se dizer que a raça (sem adotar o conceito da construção sociológica do termo) se refere às características físicas (fenótipos), como cor da pele, tipo de cabelo, formato do crânio e

nariz, entre outras, ou seja, está mais relacionado ao fator biológico de um conjunto de indivíduos que se diferencia fisicamente de outro conjunto, sem levar em consideração sua origem, cultura ou costumes.

Por outro lado, a etnia refere-se à unidade cultural de um grupo de indivíduos, compreendendo mesmo território, língua, costumes, etc. A etnia é constituída por apenas uma “raça”, como, por exemplo, mulçumanos, indígenas tupi-guarani, sul-africanos zulu, etc.

Não se pode dizer que o inverso é verdadeiro. Não há como limitar que em uma única raça haja apenas uma etnia. Pelo contrário, em uma mesma raça pode haver diversas etnias, como no caso da raça negra africana onde cada região possui sua língua ou dialeto próprio, com costumes e culturas específicas daquela localidade.

Também é possível observar que, muitas vezes, indivíduos de uma mesma “raça” (ao considerar a cor de pele como um dos principais fatores para definir a raça) possuem culturas, costumes, línguas, etc., totalmente diferentes entre esse grupo, como exemplo, um negro brasileiro possui uma afinidade muito maior com um “amarelo” e branco brasileiro do que um negro americano ou africano.

4 DA FALTA DE OPORTUNIDADE NO MERCADO DE TRABALHO PARA OS NEGROS APÓS ABOLIÇÃO

Do período colonial, passando pela independência de Portugal, até a proibição do tráfico negreiro em 1850, o mercado de trabalho no Brasil foi abastecido basicamente por escravos africanos durante séculos, mas desde a abolição da escravatura iniciou-se uma grande emigração da Europa, onde se estima que 4 milhões de europeus vieram para o Brasil entre os anos de 1850 e 1932, dentre os quais italianos, portugueses e espanhóis (ANDREWS, 1998 apud DORE et al., 2014, p. 148).

Após o decreto que proibiu a escravidão, os recém-libertos viram-se desamparados, sem moradia, sem emprego e sem qualquer assistência necessária que os integrasse na sociedade, pois tal decreto não veio acompanhado de medidas legais que lhes auxiliassem a suportar a nova situação de trabalhadores assalariados e diante dessa omissão do governo brasileiro as condições dos ex-cativos pioraram ainda mais.

Uma grande massa de imigrantes foi para a região sudeste, principalmente para o Rio de Janeiro e São Paulo, fazendo com que excluíssem os afrodescendentes do mercado de trabalho, mas com o término da imigração europeia, abriu-se a possibilidade de trabalhos para a população negra, época de mudanças no modelo de acumulação capitalista em que a economia transitava da agricultura para uma base industrial. No entanto a inclusão dos negros ao trabalho industrial encontrou grande óbice tendo em vista a sua segregação econômica, social e política (DORE et al., 2014, p. 148).

No final do século XIX Teorias Raciais são introduzidas no mundo intelectual brasileiro e perduram até o início do século XX, com o fim da Primeira República em 1930, dando continuidade nas diferenças sociais impregnadas desde a colonização, além de fomentar a falta de oportunidade para os ex-escravos, deixando-os à margem da criminalidade e dos subempregos.

Ademais do preconceito e da discriminação causada por essas Teorias Raciais, ainda existia a exclusão econômica dos negros, período em que o Brasil passava por momentos decisivos, pós-proclamação da República, na afirmação como nação e a identidade de seu povo. Apesar de a abolição garantir a liberdade de forma legal, não assegurou a inserção dos ex-cativos no mercado de trabalho livre, nem alterou o *status* dessa população não restando muitas opções que ou partia para a criminalidade ou para trabalhos braçais pesados, com baixa remuneração como a construção civil (SILVA; SANTOS, 2013, p. 3).

O mesmo autor observa que:

[...] a iniciativa de trazer imigrantes europeus para o Brasil era ainda respaldada pela ideia de “embranquecimento” da população, a meta era miscigenar a população com brancos para “curar as feridas” de séculos de miscigenação entre indígenas, negros e brancos. De modo geral percebemos que o interesse das elites e do governo brasileiro era excluir o negro do plano político, social e econômico. Para isso, utilizaram as Teorias Raciais e a imigração europeia, que era um processo de marginalização dos indivíduos negros (SILVA; SANTOS, 2013, p. 3).

No entanto os negros saíram da passividade em que se encontravam durante o período da escravidão e buscaram se

inserir na vida política, sendo os principais agentes de várias revoltas populares como a Revolta da Vacina, a Revolta da Chibata e a Guerra de Canudos (SILVA; SANTOS, 2013, p. 3).

Surgem várias correntes nesse período que afirmavam que os negros e mestiços sempre estiveram inseridos no mercado de trabalho e na sociedade, inclusive que não havia desigualdade social entre a população negra e branca.

A desigualdade social é uma característica que está presente desde os primórdios da humanidade, principalmente no surgimento das primeiras vilas e cidades, momento em que as sociedades começaram a se estruturar, como atributo elementar a disparidade entre uns e outros. Essa desigualdade, em sua origem, estava ligada fundamentalmente nas relações de poder, em especial na antiguidade e na Idade Média, conhecida popularmente como “a lei do mais forte” (KAMAKURA; MAZZON, 2013).

Essa desigualdade não deixa de relacionar-se ao sistema social e à sua estruturação, pois para Fernandes (2000, p. 203):

O conceito de desigualdade pode inscrever-se no registro da diferenciação social, tendo então a ver com uma teoria das classes sociais. Ou pode inscrever-se no registro de uma apropriação diferenciada da riqueza e dos ensejos de vida, em relação directa com as actuais sociedades da exclusão social.

É nesse contexto que aparece a corrente da democracia racial como novo prisma da questão dos negros no país, objetivando sua integração à sociedade.

Essa corrente foi defendida e difundida por Gilberto Freyre em sua obra *Casa Grande e Senzala* em 1933 o qual abordou que o Brasil era um país onde todas as raças coabitavam de maneira harmoniosa, isenta da disseminação do racismo pela junção de diversos povos, difundindo assim uma “democracia racial” (SILVA; SANTOS, 2013, p. 5).

Em 1950, em razão de depreender e debater as relações raciais para uma pacificação harmoniosa das raças, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO patrocinou professores da Universidade de São Paulo, dentre os quais Florestan Fernandes, para elaborar estudos sobre as

relações raciais no Brasil, desempenhando um papel fundamental na desmitificação desse caráter harmonioso. Aliás, Florestan Fernandes desvendou o preconceito e a discriminação existente por trás dessa “democracia racial” que não passava de uma ideologia que se empenhava em ocultar a face racista e a dominação de classes praticada pela burguesia brasileira (LOPES; BRITO, 2012, p. 8).

Fernandes (1978) salienta que o fim da escravidão se deu mais pela incompatibilidade do modo de produção escravista com o desenvolvimento do mercado capitalista do que necessariamente pela capacidade dos escravos em se organizarem para protestar e lutar contra a ordem social e econômica da época, ficando assim, na passividade.

Ainda frisa Fernandes que o final da escravidão não significou a integração dos negros no novo modelo capitalista que se desenvolvia na sociedade brasileira no começo do século XX, mas sim de modo antagônico, pois marginalizaram os negros em detrimento da mão de obra branca e preferencialmente europeia, pois se acreditava que estes eram mais aptos ao trabalho que os negros no modelo dessa sociedade capitalista de classes, o que não justificava essa aptidão, visto que a maioria deles proveio de zonas rurais em seus países de origem.

Por essa razão a justificativa dessa preferência pelo trabalhador europeu corresponde muito mais a um racismo contra o negro e à negligência da mão de obra do trabalhador brasileiro do que pela melhor capacidade técnica e moral dos estrangeiros brancos, assim afirma Sheldon Leslie Maram:

[...] A marginalização do operário brasileiro [...] não pode ser atribuída às diferenças culturais inatas entre nativos e estrangeiros, pois ambos usufruíram de características comuns. Ambos haviam migrado das zonas rurais para as cidades, lá chegando com um baixo nível de qualificação para o trabalho urbano. Os imigrantes italianos, portugueses e espanhóis também eram considerados ignorantes fatalísticos e retrógrados pelas elites de seus países. Entretanto, no Brasil, os empregadores viam os europeus do sul como gente trabalhadeira, ambiciosa, muito mais adaptável á vida urbana que o próprio brasileiro (MARAM, 1890-1920, p. 14 apud DOMINGUES, 2004, p. 92).

A tese sustentada por Fernandes (1978) era que os negros sofreram um processo de marginalização na sociedade por não possuírem as exigências éticas e técnicas do trabalhador capitalista, característica presente no trabalhador europeu que possuía superioridade técnica e moral, imputando a eles a culpa da não integração ao modo de produção capitalista, mas que ao longo dos anos sua integração definitiva na sociedade foi possível “por sua capacidade crescente de pensar e agir como um urbanista” (FERNANDES, 1978, p. 166).

Nesse sentido afirma o historiador Domingues (2004, p. 102-103):

Quanto ao impacto do racismo na exclusão dos negros do mercado de trabalho livre, Florestan Fernandes sustenta que a rejeição destes em São Paulo, na virada do século XIX para o século XX, era provocada não de forma decisiva pela ação do racismo, mas pela incapacidade dos negros e dos mulatos de “sentir, pensar e agir” como homens livres, ou seja, pelas deficiências dos filhos e dos netos de escravos em possuir as qualidades psicossociais e morais do “chefe de família”, do “trabalhador assalariado”, do “espírito empreendedor”, em suma, de possuir o pleno domínio das técnicas capitalistas.

Diante dessa dificuldade de acesso ao mercado de trabalho, muitos negros preferiram continuar trabalhando nas fazendas dos senhores como empregados, mas a maioria deles decidiu mudar-se para as cidades em decorrência dos maus tratos sofridos por seus antigos proprietários, buscando novas oportunidades. Formaram-se aí os primeiros cortiços, onde residiam as famílias negras, sem amparo, sem auxílio que muitas vezes não tinham outra opção se não a prática de crimes como pequenos furtos, roubos, ou no caso das mulheres, a prostituição era a saída para poder prover o sustento de seus filhos, ou muitas vezes, da família toda.

Situações como essas, embora imposta pelas necessidades de sobrevivência, contribuíram muito para uma perspectiva já corrompida pelos anos de servidão, aumentado ainda mais o pensamento preconceituoso dos brancos que passaram a rotulá-los de bandidos, vadios, entre outros.

Com o surgimento de um Estado forte e intervencionista no pós-guerra, a transição a um novo regime de acumulo capitalista, no

processo de industrialização por substituição de importações, desenvolve-se um Estado de bem-estar social trazendo significativas concessões à classe trabalhadora, inclusive à população negra, nesta transformação socioeconômica da modernização da estrutura produtiva. Mesmo de forma limitada essa população negra economicamente ativa chega a ocupar cargos de comando e gerência, como mostra o censo do IBGE do ano de 1950 (AUGUSTO et al., 2015, p. 113).

A ampliação do mercado de trabalho urbano e industrial compreendeu uma grande quantidade de trabalhadores pardos e negros inserindo-os de forma definitiva às classes operárias e populares da zona urbana. Inserção que foi amparada por legislações como, por exemplo, a lei de Amparo ao Trabalhador Brasileiro Nato, firmada por Getúlio Vargas no ano de 1931, que assegurava que dois terços dos assalariados em estabelecimentos industriais deveriam ser ocupados por brasileiros natos, bem como a lei Afonso Arinos, de 1951, que convertia o preconceito racial em contravenção penal (GUIMARÃES, 2006, p. 276).

Durante o período da ditadura militar, por vinte e um anos foi ignorada a questão racial, aderindo ao mito da democracia racial já elucidada, o qual não implementou nenhuma política para combater a discriminação racial no país, suprimindo a atuação dos movimentos sociais, dentre eles o movimento negro (HERINGER, 2002, p. 59).

Com o ressurgimento da sociedade civil e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, de forma inédita, é que se reconhece o racismo e o preconceito racial como um fato existente na sociedade brasileira, trazendo consigo “a promoção da igualdade como meta da República, assim como determina a valorização dos diferentes grupos” em busca do bem comum e da difusão da paz na sociedade brasileira (LACCOUD, 2009, p. 19, apud AUGUSTO et al., 2015, p. 114).

Ainda na década de 1970 surgem movimentos sociais que difundiram discursos antirracistas emergidos diante da consciência dessa questão e que buscaram uma igualdade de tratamento entre brancos e não-brancos. Nessa época já começava a se falar em promover a igualdade de condições e não só de direitos, criando a necessidade de elaborar mecanismos capazes de viabilizarem a inclusão social, a promoção da paz e dirimir os problemas das desigualdades de fato.

Essa nova visão de igualdade aparece com objetivo de permitir que as desigualdades existentes na sociedade sejam analisadas de maneira peculiar, com o propósito de diminuir as disparidades entre os indivíduos. Corroborando com isso, enfatiza MARCON e SUBRINHO que “de acordo com essa noção de igualdade, ações corretivas ou reparadoras do Estado se justificam sempre que haja a necessidade de equacionar assimetrias entre os grupos na busca de justiça social” (MARCON; SUBRINHO, 2010, p. 69).

Diante dessa necessidade de o Estado criar políticas para a integração das minorias tanto ao mercado de trabalho, como aos estudos, ligados a proteção dos direitos humanos e à justiça social, criou-se a Lei 8.112 de 1990 que define a reserva de 20% de vagas para portadores de deficiências físicas em concursos públicos (NEVES, 2006, p. 24).

Nasce então, a expressão ação afirmativa que, segundo Jones (1993, p. 345 apud SILVERIO, 2002, p. 231), refere-se a “ações públicas ou privadas, ou programas que proveem ou buscam prover oportunidades ou outros benefícios para pessoas, com base, entre outras coisas, em sua pertença a um ou mais grupos específicos”. O mesmo autor ainda cita Hasenbalg (1992), o qual afirma que “a aplicação das ações afirmativas visaria à igualdade entre grupos no plano dos direitos e consistiriam no tratamento preferencial baseado no pertencimento a grupos (de raça ou gênero) para compensar a discriminação do passado” (SILVERIO, 2002, p. 228).

Essas ações afirmativas estabeleceram medidas temporárias e especiais que objetivaram acelerar esse processo e remediar um passado discriminatório das minorias étnicas e raciais. Por essas razões percebe-se a importância dessas políticas públicas e privadas na construção de uma isonomia entre os grupos socialmente vulneráveis e os demais, com o fim de se atingir a paz social e o bem comum.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das análises apresentadas é factível notar que os negros, desde o início da História do Brasil, foram tratados como objetos, postos a venda e trocas, submetidos a trabalhos forçados,

condições subumanas de sobrevivência e brutalizados como se fossem animais.

Depois de centenas de anos de sofrimento, servidão e submissão, aos poucos os negros foram ganhando a tão sonhada “liberdade” diante das leis racistas que vigoravam no Brasil colonial e imperial. Após muita resistência, lutas, revoltas e muita morte, com apoio de abolicionistas e pressões políticas internacionais, a escravidão começa a perder a sua função primordial em uma sociedade em transformação e o negro perde sua utilidade econômica.

Com a abolição da escravatura, as teorias racistas da Europa chegam ao Brasil, também conhecida como “racismo científico”, o qual difundiu a ideia de que a raça branca era biologicamente superior à raça negra e a melhor solução para esse “problema” era o embranquecimento da população, por meio da miscigenação. Assim, iniciaram o processo da imigração em massa de europeus a fim de que se misturassem com os negros e diluíssem essa raça inferior.

Ainda ligados a esse eugênico discurso, surge, nessa época, a ideia da democracia racial, difundida principalmente pela obra *Casa Grande e Senzala*, de Gilberto Freyre, que mascarava a existência do racismo e do preconceito sofridos pelos negros após abolição da escravatura. Segundo o referido autor, brancos e negros viviam em harmonia no Brasil, isenta da disseminação do racismo pela junção de diversos povos. Florestan Fernandes desvendou o racismo por trás dessa “democracia racial” que não passava de uma ideologia discriminatória praticada pela burguesia local.

Depois de observadas as vertentes dos conceitos de raça à luz da sociologia pode-se concluir que a própria biologia e o projeto Genoma puderam provar que, entre os seres humanos, não há diferenças genéticas suficientes para distingui-los e classifica-los em raças distintas, assim como se fazem com plantas e animais. Portanto o termo raça nada mais é do que uma criação sociocultural ideológica, usada para conceber, preservar e reproduzir diferenças e privilégios, bem como justificar as práticas abusivas escravistas da época. Entre os homens, num todo, só existe uma raça: a raça humana. Melhor seria o uso do termo etnia, assim como conceituado, se refere à unidade cultural de um grupo de pessoas compreendendo mesmo território, língua, costumes, etc.

Assim, a cultura escravista deixou, após abolição, os ex-cativos às margens da pobreza e da miséria, pois foram substituídos pela mão de obra europeia que, segundo justificativas racistas, possuíam uma mão de obra mais especializada que os negros.

Diante dessa falta de oportunidade, somados ao preconceito e *status* de escravos, bandidos e vadios que eram rotulados, essas situações contribuíram para o desenvolvimento de uma maior desigualdade social entre os brancos e os negros, pois estes foram obrigados a buscar alternativas para sobrevivência, ficando com os piores postos de trabalhos, recebendo as menores remunerações, disseminando ainda mais o preconceito e o racismo, fato este que cerceou e ainda cerceia o acesso dos negros ao mercado de trabalho no Brasil.

Por fim conclui-se que as políticas de combate à discriminação decorrente do processo histórico-social no Brasil, as chamadas ações afirmativas, vieram no sentido de promover uma igualdade de fato aos desiguais e promover a democratização do acesso à educação, dando meios preferencias aos membros de grupos desfavorecidos e promovendo assim uma justiça social para se atingir o bem comum e a paz nas relações sociais.

REFERÊNCIAS

AGNOLIN, Adone. Antropofagia Ritual e Identidade Cultural Entre Os Tupinambás. **Revista de Antropologia da USP**, São Paulo, 2002, v. 45, nº 1, p. 132-185. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/27151/28923>> Acesso em: 08 jul. 2015.

ALBUQUERQUE, Wlamyra R. de; FRAGA FILHO, Walter. **Uma história do negro no Brasil**. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2006.

AUGUSTO, Natalia; ROSELINO, José Eduardo; FERRO, Andrea Rodrigues. A Evolução Recente da Desigualdade entre negros e brancos no mercado de trabalho das regiões metropolitanas do Brasil. **Revista Pesquisa & Debate**, São Paulo, v. 26, n. 2 (48), p. 105-127, set. 2015. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view/23066/17600>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BUENO, Eduardo. **Capitães do Brasil: A Saga dos Primeiros Colonizadores**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999. v. 3 (Terra Brasilis).

COSTA, Hilton. **Horizontes Raciais: A ideia de raça no pensamento social brasileiro**. 1880-1930. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, 2004. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/14074>> Acesso em: 14 jan. 2016.

DOMINGUES, Petrônio José. **Uma História não Contada: Negro, Racismo e Branqueamento em São Paulo no Pós-Abolição**. São Paulo: Senac, 2004. Disponível em: <https://books.google.com.br/books/about/Uma_hist%C3%B3ria_n%C3%A3o_contada.html?hl=pt-BR&id=qao5gp0KjHoC> Acesso em: 08 dez. 2015.

DORE, Rosemary; MOREIRA, Priscila. Raça, classe ou luta pela hegemonia? Algumas dimensões da política, cultura e educação no movimento negro no Brasil. **Educação em Foco**, Juiz de Fora, v. 18, n. 3, p. 147-168, nov./fev. 2014. Disponível em: <<http://www.uff.br/revistaedufoco/files/2015/06/Ed-Foco-v-18-n-3-nov13-fev14.pdf#page=147>> Acesso em: 01 dez. 2015.

FAUSTO, Boris. **História Do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Edusp. 1995.

_____, Boris. **História do Brasil: História do Brasil cobre um período de mais de quinhentos anos, desde as raízes da colonização portuguesa até nossos dias**. São Paulo: Edusp, 1996. Disponível em: <[http://www.intaead.com.br/ebooks/1/livros/hist%F3ria/12.Hist%F3ria%20do%20Brasil%20-%20Boris%20Fausto%20\(Col%F4nia\).pdf](http://www.intaead.com.br/ebooks/1/livros/hist%F3ria/12.Hist%F3ria%20do%20Brasil%20-%20Boris%20Fausto%20(Col%F4nia).pdf)> Acesso em: 26 jun. 2015.

FERNANDES, Antônio Teixeira. Desigualdades e representações sociais. **Sociologia: Revista da Faculdade de Letras**, Porto, série 1, v. 10, p. 203-34, 2000.

FERNANDES, Florestan. **A Integração do Negro na Sociedade de Classes**. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1978.

GATES, E. Nathaniel (Ed.). **The concept of "race" in natural and social science**. New York: Taylor & Francis, 1997. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=n_tgE2BANskC&oi=fnd&pg=PR7&dq#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 14 nov. 2015.

GLASS, R. D. Entendendo raça e racismo: por uma educação racialmente crítica e antirracista. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, Brasília, v. 93, n. 235, p. 883-913, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://emaberto.inep.gov.br/index.php/RBEP/article/viewFile/2045/1871>> Acesso em: 12 set. 2015.

GOMES, Laurentino. **1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. 5. ed. São Paulo: Editora Planeta, 2007.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 1999.

_____, Antônio Sérgio Alfredo. Como trabalhar com "raça" em sociologia. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 93-107, 2003.

_____, Antônio Sérgio Alfredo. Depois da democracia racial. **Tempo social**, São Paulo, [online], vol. 18, n. 2, p. 269-287, nov. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702006000200014&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 08 dez. 2015.

HASENBALG, Carlos Alfredo. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, p. 165, 1979. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=vEJJAAAIAAJ>> Acesso em: 8 jul. 2015.

HERINGER, Rosana. Desigualdades raciais no Brasil: síntese de indicadores e desafios no campo das políticas públicas. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, supl. p. 57-65, Jan. 2002. Disponível em:

<http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2002000700007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 dez. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE FLORESTAS. **Aspectos gerais do Pau-Brasil**. [S.l.]: 2014. Disponível em: <<http://www.ibflorestas.org.br/news/aspectos-gerais-pau-brasil.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2015.

LOPES, Jussara de Cássia Soares; BRITO, Ângela Ernestina C. de. "A Integração do negro na sociedade de classes": Uma análise das discriminações e desigualdades raciais no Brasil. In: III CONGRESSO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL, 2012. Anais: Montes Claros: 2012. Disponível em:

<<http://www.congressods.com.br/segundo/images/trabalhos/eugenia/Jussara%20de%20Cassia%20Soares%20Lopes.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2012.

MARCON, Frank; SUBRINHO, Josué M. dos P. **Ações afirmativas e políticas inclusivas no ensino público superior**: a experiência da Universidade Federal de Sergipe. São Cristóvão: Editora UFS, 2010.

MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. In A. A. P. Brandão (Org.): **Programa de Educação Sobre o Negro na Sociedade Brasileira**. Caderno Penesb 5. Rio de Janeiro, Niterói: Ed. UFF, 2004 p. 15-34.

MUNIZ, Jeronimo O. Sobre o uso da variável raça-cor em estudos quantitativos. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 277-291, 2010.

NEVES, Paulo Sérgio da Costa; LIMA, Marcus Eugênio O. Percepções de justiça social e atitudes de estudantes pré-vestibulandos e universitários sobre as cotas para negros e pardos nas universidades públicas. **Revista Brasileira de Educação**, v. 12, n. 34, p. 17-38, 2007. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbedu/v12n34/a03v1234.pdf> > Acesso em: 15 jan. 2016.

OLIVEIRA, Fátima. Ser negro no Brasil: alcances e limites. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 50, p. 57-60, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100006>. Acesso em: 23 ago. 2015.

PEREIRA, Júlio César Medeiros Da Silva. Revisitando o valongo: mercado de almas, lazareto e cemitério de africanos no portal do atlântico. **Revista de História Comparada**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 218-243, 2013. Disponível em: <<http://www.hcomparada.historia.ufrj.br/revistahc/revistahc.htm>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

PIOVESAN, Flávia et al. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, 2005. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124>> Acesso em: 22 jan. 2016.

RODRIGUES, Raymundo Nina. Os africanos no Brasil. **Centro edelstein de pesquisas sociais**. Rio de Janeiro: 2010. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/mmtct>> Acesso em: 28 de nov. 2015.

SANTOS, Diego Junior da Silva et al. Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar. **Dental Press J. Orthod.**, Maringá, v. 15, n. 3, p. 121-124, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-94512010000300015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 jul. 2015

SCHMIDT, Mário. **Nova História crítica**. São Paulo: Editora Nova Geração Ltda., 2007.

- SCHUCMAN, Lia Vainer. Racismo e antirracismo: a categoria raça em questão. **Revista Psicologia Política**, São Paulo, v. 10, n. 19, p. 41-55, 2010. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2010000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 jul. 2015.
- SCHWARCZ, Lilia Mortiz; QUEIROZ, Renato da Silva (orgs.). **Raça e diversidade**. São Paulo, EDUSP, 1996.
- SILVA FILHO, G. **Oficialato mecânico e escravidão urbana em Minas Gerais no século XVIII**. São Paulo: Scortecci, 2008.
- SILVA, Simone Rezende Da. Quilombos no Brasil: A memória como forma de reinvenção da identidade e territorialidade negra. In: **XII Colóquio Internacional de Geocrítica**, 2012. Anais: Bogotá: 7 a 11 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/coloquio2012/actas/08-S-Rezende.pdf>>. Acessado em: 02 jul. 2015.
- SILVA, Thiago Dantas Da; SANTOS, Maíra Rodrigues Dos. A abolição e a manutenção das injustiças: a luta dos negros na primeira República brasileira. **Cadernos Imbondeiro**, João Pessoa, v. 2, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://www.biblionline.ufpb.br/ojs2/index.php/ci/article/view/14136>> Acesso 7 dez. 2015.
- SILVERIO, Valter Roberto. Ação afirmativa e o combate ao racismo institucional no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, São Carlos, v. 117, n. 2, p. 219-246, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15560>> Acesso em: 23 jan. 2016.
- SOUZA, Gabriel Soares de. **Tratado descritivo do Brasil em 1587**. 3 ed. São Paulo: Nacional, 1938, p. 129.
- SOUZA, Marina de Mello E. **África e Brasil africano**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2005.
- TELES FILHO, Eliardo França. Eusébio de Queiroz e o direito: um discurso sobre a lei n. 581 de 4 de setembro de 1850. **Revista Jurídica**, Brasília, p. 52-60, 2005. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/403>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- VIANA, Nildo; SANTOS, Cleito Pereira Dos. Raça e Etnia. **Capitalismo e questão racial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Corifeu, 2009.
- WADE, Peter. *Race in Latin America*. **Deborah A. Poole, A Companion to Latin American Anthropology**, Malden/Oxford, Blackwell, 2008.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- KAMAKURA, Wagner A.; MAZZON, José Afonso. **Estratificação socioeconômica e consumo no Brasil**. Editora Blucher, 2013. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=lang_pt&id=FykuAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP5&dq=kamakura+e+mazzon+2013&ots=_gu2JXqPTS&sig=DvJ6bk1szIVJ3DcxIR7A8ZoTzeE#v=onepage&q=desigualdade&f=true>. Acesso em: 03 dez. 2015.
- ZEMELLA, Mafalda P. Os ciclos do Pau-Brasil e do açúcar. **Revista de História**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 485-494, 1950.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM KARL LOEWENSTEIN: UMA VISITA AO PENSAMENTO LIBERAL- DEMOCRÁTICO DE UM DOS CONSTITUCIONALISTAS DE MAIOR INFLUÊNCIA NA CONTEMPORANEIDADE

*Taigoara Finardi Martins*³⁰

*Gelson Amaro de Souza*³¹

1 INTRODUÇÃO

“If I have seen further it is by standing on the shoulders of giants”. A metáfora empregada por Isaac Newton em uma de suas cartas, muito além de constituir lição exemplar de humildade, aponta para a chave de construção do conhecimento, em qualquer área da ciência: enxergamos muito mais longe, quando nos apoiamos nos ombros daqueles “gigantes” que, no passado, dedicaram suas vidas ao estudo e à compreensão do tema que, agora, buscamos estudar e compreender.

³⁰ Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, pós-graduado em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC – Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, graduado em Direito pela UEL – Universidade Estadual de Londrina, advogado e professor titular das disciplinas de Direito Constitucional pela FACNOPAR – Faculdade do Norte Novo de Apucarana. (taigoara@hotmail.com).

³¹ Procurador do Estado de São Paulo aposentado. Doutor em Direito das Relações Sociais com Área de Concentração em Direito Processual Civil pela PUC – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela ITE – Instituição Toledo de Ensino de Bauru – SP, graduado em Direito pela Toledo de Presidente Prudente, graduado em Educação pela Escola Superior de Educação da Alta Paulista, atualmente é advogado e professor dos cursos de graduação e pós-graduação pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. (advghelson@yahoo.com.br).

Essa perspectiva é especialmente verdadeira na seara da produção acadêmica que se debruça sobre o constitucionalismo, tendo por cerne os direitos e garantias fundamentais, visto que uma de suas características intrínsecas é, justamente, a historicidade³², a apontar a evolução histórica das noções e conceitos atinentes ao tema, justificando, inclusive, propostas de classificação que os situam em diferentes gerações ou dimensões³³.

Ora, se a própria doutrina contemporânea reconhece que o seu objeto de estudos, neste caso, é fruto de um processo perene e contínuo de transformações e remodelações que plasmam a compreensão teórica daqueles que se dedicam à sua análise, ao longo de décadas e mesmo séculos, parece apenas natural que se busque resgatar as contribuições de autores do passado, a fim de que sirvam de pano de fundo a contextualizar e, em alguns casos, mesmo prestar lastro ao que se diz e escreve atualmente.

Embora devam sempre ser compreendidas dentro do panorama temporal em que foram escritas, obras um pouco mais antigas não raro oferecem um prisma que em muito enriquece a ótica contemporânea sobre a temática dos direitos fundamentais, na medida em que permitem a compreensão contextualizada das distintas dimensões referidas em epígrafe, no momento em que ainda estavam sendo conquistadas. Se hoje temos bem claras e delimitadas as diferenças teóricas que distinguem a primeira da segunda dimensão de direitos fundamentais – e estas duas, ainda, da terceira – e se hoje é pacífica a interação dinâmica das garantias fundamentais, que se desdobram em função da eficácia daquelas disposições declaratórias que chamamos de direitos fundamentais propriamente ditos, é fato que não foi sempre assim, pois houve um momento em que tais conceituações ainda pairavam na forma de discussões e controvérsias, carentes de esquematização e definição metódica.

Quais foram, portanto, os autores e as obras que efetivamente ajudaram a consolidar os preceitos que hoje servem de

³² A respeito das características intrínsecas e extrínsecas dos direitos e garantias fundamentais, cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional, 17ª edição, São Paulo: Ed. Verbatim, 2013, pp. 161-169;

³³ *Ibid.*, pp. 157-161; cf. ainda FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional, 5ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012, pp. 222-229;

solo e âncora às aventuras modernas da doutrina, permitindo o avanço do conhecimento, nessa esfera?

Como dito, é possível atender – ainda que em um recorte extremamente específico, por óbvio – a questão acima, apontando-se a figura de Karl Loewenstein, como um dos pilares da construção contemporânea no arcabouço do constitucionalismo e dos direitos e das garantias fundamentais. A pretensão deste artigo é, desse modo, versar sobre as considerações deste autor acerca do tema proposto, tomando-se por ponto de partida e referência uma de suas obras mais importantes, a saber, *Verfassungslehre* – ou *Teoria da Constituição*.

2 QUEM FOI KARL LOEWENSTEIN?³⁴

No final do século XIX, mais precisamente em novembro de 1891, nascia, em Munique, na Alemanha, Karl Loewenstein. Filho de um metalúrgico e neto de um jurista, as primeiras orientações profissionais de Loewenstein se dirigiram a uma carreira nos negócios; todavia, por volta dos dezenove anos de idade, voltou-se à academia jurídica. Em sua trajetória universitária, freqüentou as Universidades de Munique, Heidelberg, Paris e Berlim, graduando-se em Direito em 1914.

No entanto, com a deflagração da Primeira Guerra Mundial, em 1915, viu-se compelido a servir na infantaria do exército alemão; foi só em 1918 que Loewenstein logrou êxito em retornar à atividade acadêmica, obtendo seu doutorado em Direito Civil e Eclesiástico no ano seguinte.

A década de 1920, marcadamente difícil para a Alemanha – que havia sido derrotada na Primeira Guerra Mundial – trouxe consigo desafios, os quais o ainda jovem Loewenstein enfrentaria dedicando-se à advocacia. Em 1931, o autor, que agora já alcançara relativa maturidade profissional e filosófica, se tornou professor (*Privatdozent*) do curso de Direito da Universidade de Munique, a mesma em que se graduara, quase vinte anos antes. Todavia, a ascensão do Partido

³⁴ As informações e detalhes constantes deste capítulo, em sua maior parte, foram extraídos do arquivo oficial de coleções do *Amherst College* de Massachusetts, e estão disponíveis, no idioma original, para consulta no site https://asteria.fivecolleges.edu/findaids/amherst/ma206_bioghist.html. Acesso em 24/09/2015;

Nazista e a implementação de políticas anti-semitas, que inclusive proibiam “não arianos” de ministrar aulas de cunho jurídico, inviabilizaram a continuidade do exercício de suas funções enquanto professor e advogado, fazendo com que Loewenstein passasse a buscar por uma oportunidade para emigrar. Foi nesse contexto que, com o auxílio do Comitê Emergencial de Apoio a Professores Alemães Deslocados, ele obteve a chance de ocupar a posição de professor temporário, por um período de dois anos, na Universidade de Yale, em Connecticut, nos Estados Unidos, para onde se mudaria, no final de 1933, acompanhado por sua esposa húngara, Piroska Rona, com quem se casara pouco tempo antes.

Meses antes do término de sua estadia bial em Yale, Loewenstein aceitou uma oferta para ocupar uma cadeira junto ao Departamento de Ciência Política no Colégio Amherst, em Massachusetts, que alguns anos depois, em 1940, conferiria a ele o título de *Honorary M.A. (Master of Arts)*, em gratidão pelas valiosas contribuições prestadas, apontando-o definitivamente como Professor de Jurisprudência e Ciência Política.

A esta altura, Loewenstein já havia adquirido o status de cidadão americano, permitindo-lhe entrar e sair do país sem maiores entraves, mesmo diante da forte crise internacional que se instaurava, nos anos que antecederam a Segunda Guerra Mundial. Essa possibilidade se revelaria fundamental, pois em 1941, por intermédio de uma fundação de fomento à pesquisa (*John Simon Guggenheim Memorial Foundation*), o autor se viu diante da oportunidade de visitar a América do Sul, onde permaneceria por meses a fio, colecionando informações a respeito da política contemporânea no contexto latino-americano.

Ao retornar para os Estados Unidos, ele passou a concatenar em suas palestras e conferências públicas, os conhecimentos que adquirira a respeito das tendências na América Latina, com sua vasta experiência quanto ao cenário político e cultural da Europa da época. A repercussão de suas conclusões chamou a atenção do governo norte-americano, em especial do Departamento de Estado e Justiça, que buscava combater a ideologia fascista que ganhava força.

Assim, em 1942, a convite daquela entidade governamental, Loewenstein assumia o posto de assistente especial do Advogado Geral da União, em Washington, D.C.; dentre suas novas responsabilidades, estava a de supervisionar a produção de uma

série de relatórios e memorandos endereçados ao Comitê Consultivo de Emergência para a Defesa Política das Repúblicas americanas, a respeito das atividades e organizações políticas de cunho fascista, na América Latina.

A partir desse envolvimento inicial, a trajetória política de Loewenstein junto ao governo norte-americano ganharia cada vez mais destaque. Ainda durante a Segunda Guerra Mundial, ele teria papel proeminente em um comitê especial do Instituto de Direito Americano, organizado com o intuito de rascunhar o que mais tarde se tornaria a “Declaração dos Direitos Humanos Essenciais”. Já no contexto do Pós-Guerra, o Departamento de Justiça americano solicitou a ele que concedesse seus préstimos junto à Divisão Legal do Governo Militar endereçado à Alemanha, onde, de 1945 a 1946, por meio de sua experiência em Direito alemão e sua familiaridade com a comunidade jurídica local, contribuiu para “desnazificar” (*denazify*), como se dizia a época, a administração da justiça germânica.

No final de 1946, o autor retomaria o ensino e a produção acadêmica como suas atividades principais, mas sem negligenciar, ainda que em caráter secundário, seu trabalho enquanto consultor, em especial para questões afetas ao Direito Constitucional e Internacional.

A partir da década de 1950, o trabalho de Loewenstein já havia surtido repercussões intercontinentais, o que lhe proporcionou oportunidades expressivas. De 1952 a 1954, ele atuou como conselheiro de Adolf Arndt, então líder do Partido Social Democrata Alemão, que encarava o imenso desafio de reconstruir a República Federal da Alemanha, depois da Segunda Guerra Mundial. Anos depois, aceitou o encargo de consultor oficial da Comissão de Reforma Constitucional do Japão, ao mesmo tempo em que ministrava aulas na Universidade de Kyoto.

Karl Loewenstein era um escritor prolífico e um incansável defensor de seu trabalho e de suas ideias. Ainda em seus primeiros anos como professor nos Estados Unidos, palestrou por inúmeras vezes em eventos locais e nacionais. Mais tarde, já desfrutando de maior reconhecimento e notoriedade, chegou a acumular quatorze títulos de professor convidado, em instituições ao redor do mundo, inclusive perante a Universidade de Munique – onde posteriormente se reinstalaria na qualidade de professor titular.

Autor de mais de uma dezena de livros e incontáveis artigos, panfletos, revisões e ensaios, ele escrevia com propriedade sobre uma vasta gama de temas, que incluíam, mas não se limitavam a Direito Constitucional Comparado, História dos Governos, Simbolismo Político, e Relações Internacionais. Em seu trabalho, é possível identificar um viés sociológico que deixa transparecer a influência de Max Weber, com quem Loewenstein tivera contato em Heidelberg, ainda em sua fase estudantil.

Embora fosse fluente e produzisse tanto em inglês quanto em alemão, sua obra mais tardia teve mais impacto na Alemanha do que nos Estados Unidos; sua influência culminou no recebimento, em 1972, da Ordem do Mérito Alemã, pela República Federal da Alemanha, pouco antes da sua morte, que viria no ano seguinte, em julho de 1973, durante uma visita a Heidelberg.

A vida e obra de Lowenstein foi fielmente preservada em uma coleção de documentos que integra o repositório de arquivos especiais da Amherst College, instituição à qual ele dedicou boa parte de seus anos como catedrático. O acervo retrata sua carreira acadêmica com profundidade e riqueza de detalhes, e inclui versões manuscritas de muitos de seus maiores e menores trabalhos, desde rascunhos de suas primeiras publicações, datadas de 1919, até um ensaio não publicado sobre o escândalo de Watergate, de 1973. O período em que ele esteve mais intimamente vinculado a atividades desenvolvidas pelo governo norte-americano também se encontra documentado em relatórios, correspondências e diários mantidos pelo autor.

Existem, ainda, registros que permitem um vislumbre de sua vida pessoal: sua paixão pela música, imortalizada nos mais de mil impressos de programas de musicais e performances teatrais aos quais teria assistido, ao longo de sua vida, e que teve a diligência de guardar, como recordação; trechos e fragmentos de textos de caráter poético ou ficcional de sua autoria, que revelam que ele também se arriscava em áreas menos jurídicas; fotografias, registros financeiros, gravações de programas de rádio, e outras efemeridades que, inobstante, compõem o quadro de sua biografia, deixando transparecer sua intimidade enquanto pessoa. A coleção conta, ainda, com elementos deixados pelos seus pais, Otto e Mathilda, e por sua esposa, Piroška.

A noção, ainda que superficial, das circunstâncias que permearam o trabalho de Karl Loewenstein – em especial, sua inserção na realidade norte-americana – viabilizam uma compreensão holística de sua orientação política, marcadamente liberal e democrática. Em que pese jamais tenha renunciado suas raízes germânicas, o autor se deixou influenciar pelo pensamento que norteava praticamente toda a produção acadêmica jurídica nos Estados Unidos desde o pós-guerra e que, guardadas as devidas proporções, se faz presente e notável até hoje.

Sua obra de maior destaque, indiscutivelmente, substancializa-se em *Political Power and the Governmental Process*, publicada em 1957, pela Universidade de Chicago e reeditada em alemão, sob o título *Verfassungslehre* – ou *Teoria da Constituição* – em 1959. A subsequente tradução do original em alemão para o idioma espanhol, por Alfredo Gallego Anabitarte, intitulada *Teoría de La Constitución*, conferiu maior acessibilidade ao texto, cujas lições passaram a servir de paradigma referencial, em toda a América Latina.

Em que pese a primeira edição do texto remonte há mais de meio século atrás, incrivelmente, as colocações e considerações tecidas por Loewenstein, ainda no contexto da Guerra Fria, mesmo em uma leitura atual, se mostram extremamente sóbrias e relevantes. Se observadas pelo prisma correto, as críticas que o autor edifica, por exemplo, a respeito das dificuldades enfrentadas na tentativa de se conciliar o conceito de propaganda política com um modelo liberal de Estado, sem dar espaço a graves distorções, poderiam muito bem ser dirigidas às últimas eleições, em praticamente qualquer contexto político da América Latina.

Outrossim, a construção histórico-evolutiva das liberdades individuais narrada pelo autor, culminando na dicotomia entre estas e aquelas garantias de cunho social, vislumbradas no plano de sua efetivação pelo Estado, continua servido de ponto de partida a pesquisas que se dignem a lançar um olhar mais aprofundado sobre o tema, ainda hoje.

Sua leitura, através da ótica adequada – que respeite e compreenda as variáveis temporais e históricas nas quais Loewenstein estava inserido – sustenta-se enquanto passo fundamental e obrigatório, na seara dos direitos fundamentais; diante disso, o que se pretende, por ora, é a reconstrução de seu arcabouço

argumentativo, à luz da contemporaneidade, evidenciando a solidez de suas conclusões, que resistem, válidas, ao inexorável teste do tempo.

Para tanto, restou selecionado um fragmento da obra já citada em epígrafe, a saber, o Capítulo XI – GARANTIAS DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS, onde o autor se debruça com maestria sobre o tema em apreço, por meio de uma linguagem clara e simples, que convida o leitor a um passeio pela avenida do constitucionalismo, enquanto aponta, ao longo da caminhada, para os elementos que merecem destaque, discorrendo sobre eles com a segurança e autoridade daqueles que de fato conhecem o assunto.

3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PENSAMENTO LOEWENSTEINIANO

Os esforços iniciais de Loewenstein convergem para a compreensão dos direitos fundamentais, antes de mais nada, como uma esfera de limitações impostas ao Estado; vale lembrar, todavia, que o texto em voga configura, justamente, a vanguarda e o pioneirismo acadêmico no que diz respeito ao estudo pormenorizado dos direitos fundamentais, e que à época, ainda não se cogitava o reconhecimento dos direitos de caráter social enquanto fundamentais. Tal noção constitui pressuposto da compreensão do pensamento do autor, que a todo tempo menciona o arcabouço dos direitos fundamentais, mas se referindo especificamente àqueles de natureza individual. Aliás, mais tarde, no mesmo capítulo, as prestações sociais por parte do Estado serão situadas em contraposição aos direitos fundamentais, lidos como individuais.

A teoria erigida por Loewenstein, como não poderia deixar de ser, encontra respaldo no pensamento Hobbesiano, que se revela de forma mais expressa na conceituação de direitos fundamentais oferecida pelo autor, que a eles se refere enquanto o reconhecimento jurídico de determinados âmbitos de autodeterminação individual nos quais o Leviatã não pode penetrar³⁵, em clara referência à célebre obra do contratualista inglês.

³⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, Trad. ANABITARTE, Alfredo Gallego, 2ª edição, Barcelona: Ed. Ariel, 1979, p. 390;

As garantias fundamentais que instrumentalizariam tais liberdades são compreendidas como o núcleo inviolável do sistema político da democracia constitucional, regendo como princípios superiores ao ordenamento jurídico positivo, mesmo quando não estejam formulados em normas constitucionais expressas.

A ótica pela qual Loewenstein, à sua época, encara os direitos fundamentais, sempre enquanto mecanismos de resistência do particular diante do Estado, constitui verdadeiro baluarte na consagração das disposições e garantias que hoje integram o arcabouço da primeira dimensão das normas fundamentais. Sua edificação teórica serviu de paradigma para a construção da teoria que hoje fundamenta as chamadas “liberdades negativas”.

A ideia de que os direitos fundamentais seriam ferramentas a exigir do Estado uma postura absentéista se evidencia de maneira flagrante no pensamento do autor, quando este as compara a um muro que protege das intervenções de cada um e de todos os detentores do poder, por meio do qual os destinatários do poder podem aspirar a sua felicidade pessoal dentro do pressuposto de que o exercício de seus direitos não viole os direitos dos demais, que estão igualmente dotados do direito de autodeterminar suas vidas³⁶.

A esta compreensão, somaram-se diferentes matizes ao longo da história, na medida em que outras dimensões dos direitos fundamentais foram e têm sido sustentadas pela doutrina. Além da segunda e terceira dimensões – direitos sociais e de solidariedade, respectivamente – cuja aceitação é pacífica, ainda outras surgem e são defendidas, de modo pontual e diversificado. Há quem sustente até mesmo a existência hodierna de uma sexta dimensão dos direitos fundamentais³⁷.

Fato é que a compreensão de autores clássicos como Loewenstein a respeito do tema surtiu profunda influência no pensamento contemporâneo que serve de base à teoria dos direitos fundamentais, e ecoa até hoje nas lições de doutrinadores mais atuais.

No contexto nacional, é possível enxergar uma miríade de autores que, direta ou indiretamente, beberam das fontes que brotam

³⁶ *Ibid.*, p. 392;

³⁷ A esse respeito, cf. FACHIN, Zulmar, DA SILVA, Deise Marcelino. Acesso à Água Potável – Direito Fundamental de Sexta Dimensão, São Paulo: Ed. Millennium;

da obra de Loewenstein, e que propagam os conceitos por ele erigidos, ainda que sob uma nova roupagem. Vale citar, a guisa de exemplo, verdadeiros “oráculos” do Direito Constitucional brasileiro, como Paulo Bonavides e José Afonso da Silva, que discorrem com primazia a respeito das chamadas “liberdades negativas”, em harmonia com a doutrina loewensteiniana.

Bonavides, sobre o tema, ensina:

os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.³⁸

José Afonso da Silva, embora se embrenhe por um viés mais dogmático, buscando encarar os direitos fundamentais sempre pelo prisma de sua positivação constitucional, também faz questão de esclarecer:

De acordo com critério do conteúdo, teremos: (a) direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como direitos individuais, como é de tradição do Direito Constitucional brasileiro (art. 5º), e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia (liberdade, igualdade, segurança, propriedade);³⁹

Também autores que se dispõem a versar especificamente sobre direitos fundamentais se vêem, em maior ou menor escala, orientados pelo legado de Loewenstein, ao menos no que toca à compreensão da natureza essencial das disposições e garantias que integram a primeira dimensão de tais direitos. Flávia Piovesan, talvez um dos maiores expoentes brasileiros da temática dos direitos humanos no plano internacional, não se olvida de citar, na coleção bibliográfica de seus trabalhos, justamente a obra Teoria de la

³⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 9ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. p. 517;

³⁹ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 25ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 183;

Constitución, objeto deste estudo, à semelhança do que também fez o já mencionado José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo.

Vidal Serrano Nunes Júnior, em estudo voltado especificamente para os direitos sociais, de segunda dimensão, também se vale da fundamentação teórica em comento para distingui-los daqueles de primeira dimensão. Afirma que a “denominação ‘direitos individuais’ pretende claramente traduzir a ideia de direitos do indivíduo em face do Estado. Corresponde, em outras palavras, à afirmação de um dever de abstenção do Estado ante o âmbito de projeção das liberdades individuais”⁴⁰.

Estabelecida a conceituação sobre a qual se assenta toda a sua teorização, Loewenstein se aprofunda no tema, estabelecendo uma distinção possível entre categorias díspares, dentro do grande grupo das liberdades fundamentais, de acordo com a natureza de cada uma delas. Nessa senda, vislumbra liberdades de cunho civil, econômico e político, que embora interajam entre si, podem ser compreendidas autonomamente, por sua essência própria, embora as fronteiras entre elas sejam frequentemente flutuantes⁴¹.

As ditas liberdades civis englobam a proteção contra a arbitrária privação da liberdade, em relação direta com o garantia do *habeas corpus*, a inviolabilidade do domicílio, a proteção contra registros e confiscos ilegais, a liberdade e o sigilo de correspondência e de outros meios de comunicação, a liberdade de residência dentro do território nacional e as possibilidades de livre decisão que se deduzem da individualização das relações familiares. A segunda categoria se reporta às liberdades econômicas, dizendo respeito à liberdade da atividade econômica em geral, de eleição profissional, de competência, a livre disposição sobre a propriedade e a liberdade de contrato. Finalmente, a terceira esfera de liberdades se refere à participação do indivíduo no processo político, sendo que as mais importantes dentre estas são aquelas relacionadas com a formação da opinião pública: a liberdade de associação, de reunião e o direito de organização em grupos, o direito de votar e de ser votado, e de ter igual acesso a todos os cargos políticos.

⁴⁰ NUNES Jr., Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, São Paulo: Ed. Verbatim, 2009. p. 44;

⁴¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 391;

O fato de que o reconhecimento e a efetivação das liberdades fundamentais configura o cerne essencial de um sistema democrático constitucional – pois representam o mais importante mecanismo de prevenção à concentração excessiva de poder – se revela importante, uma vez que é possível, por meio da observância de tais liberdades, na prática, distinguir uma democracia real, de um modelo autocrático de organização do Estado.

As democracias constitucionais serão sempre necessariamente marcadas pelo protagonismo das liberdades fundamentais, inclusive e principalmente daquelas de natureza política, permitindo a construção do processo político tomando por ponto de partida a vontade popular, “de baixo para cima”, em direção ao Estado; já as autocracias, por definição, serão identificadas pela concentração de poder na figura do Estado, e pela intolerância a zonas autônomas de autodeterminação individual, pois estas interferem e atrapalham a formação da vontade do povo a partir do poder público, “de cima para baixo”.

Aliás, a análise das liberdades fundamentais, pela perspectiva de Loewenstein, seria a única maneira efetivamente segura de se distinguir entre estes dois sistemas de governo, uma vez que as demais características institucionais extrínsecas de ambos em muitos se assemelham: a existência de uma assembléia legislativa, a realização de eleições, a proteção de partidos políticos, a primazia do método burocrático, etc. Todavia, como dito, a perspectiva pela qual os detentores do poder encaram as liberdades fundamentais se mostra diametralmente oposta, nestes dois regimes, já que a teleologia ideológica de cada um deles também se mostra essencialmente antagônica. Para a democracia constitucional, as liberdades fundamentais seriam a cristalização dos valores supremos do desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade; já o modelo autocrático se nega a reconhecer a legitimidade de tais liberdades, uma vez que poderiam constituir-se como pontos de partida de uma oposição contra o poder estatal monolítico, senão também porque iriam contra a ideologia que planifica a economia coletivizada e a sociedade⁴².

Loewenstein também se dispõe a se debruçar sobre a construção histórica das liberdades fundamentais, preocupando-se, a princípio, em visualizá-las de maneira independente, em relação ao

⁴² *Ibid.*, p. 392;

constitucionalismo, dissolvendo a falsa ideia de que as origens de ambos se confundiriam. O constitucionalismo, na realidade, é muito mais antigo, observável ainda no modelo teocrático hebreu, e nas cidades-estados gregas, milhares de anos antes de Cristo; já as liberdades fundamentais – de natureza individual, ou de primeira dimensão, vale frisar – surgem em momento mais recente, com a filosofia helênica dos estoicos, e com os primeiros cristãos.

E nem poderia ser diferente, pois para os gregos antigos, o ser só existia enquanto indivíduo, dentro da esfera do próprio Estado, em uma relação de integração e subordinação. Pensar no indivíduo fora do Estado, e mais, em oposição ao Estado era algo então inconcebível, que só seria tangenciado muito mais tarde, em um contexto político e filosófico já bem diferente.

As liberdades do cidadão, como as conhecemos em seu sentido atual, fizeram sua primeira aparição na idade média, na Europa, embora tenham fracassado em se perpetuar e se desenvolver, diante da polarização entre cristãos e infiéis, que perdurou por séculos. O conceito só viria a tona novamente com a reforma protestante, iniciada por Martinho Lutero, que ao se insurgir contra o Catolicismo, enquanto instituição, reinaugurava a ideia de que uma pessoa podia pensar, agir e existir enquanto indivíduo, de forma desatrelada da Igreja e, por via de consequência, do Estado.

A partir deste momento histórico, as raízes do constitucionalismo e das garantias fundamentais individuais se entrelaçaram, nascendo de ambas a poderosa árvore do moderno Estado democrático constitucional⁴³. Loewenstein reúne e sintetiza as contribuições de pensadores clássicos como John Locke e Rousseau, que se dedicaram à construção deste modelo, enfocando ora a propriedade, ora a liberdade, enquanto eixos centrais para o desenvolvimento das garantias individuais. Montesquieu, por sua vez, ao idealizar a teoria da separação de poderes – embora de maneira muito distante da qual a conhecemos atualmente – também se esforçou por integrar a liberdade ao processo político que visualizava.

Mais tarde, a independência e a constituição da república americana, e a revolução francesa, no final do século XVIII consolidariam, de maneira pragmática, os ideais erigidos pelos doutrinadores em epígrafe. Conclui Loewenstein que desde então até

⁴³ *Ibid.*, p. 394;

nossos dias, as garantias dos direitos fundamentais pertencem à essência do Estado democrático constitucional e permeiam a ideologia liberal democrática nas constituições dos séculos XIX e XX⁴⁴.

A questão atinente à construção e surgimento das disposições de caráter fundamental é sempre permeada por conquistas, pelo que se pressupõe que também sempre se fazem presentes forças de resistência e oposição a tais pretensões, quer por parte do Estado, quer de segmentos específicos da própria sociedade civil. Nessa mesma senda, mesmo depois de conquistadas e até mesmo positivadas, as garantias fundamentais continuam sujeitas a violações, a respeito das quais também versou Loewenstein, classificando-as em quatro frentes diferentes.

A primeira delas vincula-se às restrições legais às liberdades individuais, ou seja, aos limites impostos pela própria legislação, aos direitos fundamentais de caráter individual.

De início, resta claro que a eficácia prática das garantias fundamentais individuais varia, de acordo com o contexto jurídico de cada Estado. Países como Inglaterra e França não enfrentam maiores problemas nesse sentido, pois esta encara tais direitos enquanto supraconstitucionais – acima da própria Constituição – enquanto aquela sequer conta com uma Constituição formalmente escrita, razão pela qual referidas garantias se enraízam firmemente no *Common Law* britânico, sendo invariavelmente reconhecidas e tuteladas pelo Judiciário. A realidade norte-americana se vê marcada pela garantia incondicional das liberdades individuais na Constituição, independentemente de estipulação específica; a primeira emenda é categórica ao estabelecer que o Congresso não aprovará nenhuma lei que coaja a liberdade de expressão ou de imprensa. Não existem exceções ou reservas⁴⁵.

Em outros países, as liberdades individuais, no entanto, estão garantidas pela Constituição mais formal do que materialmente. Sua validade não é absoluta, mas restrita por cláusulas limitativas, de forma que o seu exercício necessariamente deve se dar dentro dos limites impostos pela legislação, que pode prever exceções – *durchbrechungen*, ou “brechas”, no direito alemão.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 395;

⁴⁵ *Ibid.*, p. 396;

Na visão de Loewenstein, tais concessões feitas pela própria Constituição caracterizam um grave enfraquecimento da proteção das liberdades individuais, uma vez que o legislador infraconstitucional – e com sua autorização, a censura e a polícia – poderia violar garantias fundamentais, de maneira legítima e jurídica. A República de Weimar é assinalada como exemplo.

Em contraposição, a Lei Fundamental de Bonn, enxergando a problemática exposta acima, dedicou-se a tratar dela, em um esforço visando reduzir ao mínimo possível, as limitações que o legislador poderia impor às garantias fundamentais individuais.

No direito brasileiro, podemos nos reportar à classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva, nos lembrando que mesmo dentro das garantias fundamentais individuais petrificadas no artigo 5º da CF/88, existem normas de eficácia contida – ou restringível, nas palavras de Michel Temer – ou seja, que admitem reduções ou restrições, pelo legislador infraconstitucional.

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.⁴⁶

Um bom exemplo seria o inciso XIII do artigo 5º de nossa Constituição Federal de 1988, que ao estabelecer o livre exercício do trabalho, ofício ou profissão, o condiciona ao preenchimento de eventuais requisitos que podem ser estabelecidos pelo legislador infraconstitucional. Ora, ao estabelecer tais condições, o que faz o legislativo é justamente limitar o exercício de uma liberdade individual estabelecida, a princípio, de forma irrestrita.

A imposição de limites aos direitos e garantias fundamentais, como na ilustração em epígrafe, constitui o objeto da primeira crítica de Loewenstein, que encara tal postura enquanto violação, a despeito do fato de que o próprio Poder Constituinte previra tal possibilidade, quando da redação do enunciado original em comento.

⁴⁶ DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 5ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 115;

Vale notar que José Afonso da Silva, de certa forma superando a proposta loewensteiniana, não aponta as normas constitucionais de eficácia contida enquanto violações às liberdades individuais, mas como opção estratégica de positivação adotada pelo Poder Constituinte, por razões compreensíveis e geralmente bem definidas. No exemplo apontado acima, o que pretende o enunciado, ao permitir a criação de requisitos pelo legislador infraconstitucional a fim de regularizar o exercício de determinadas atividades, não é limitar negativamente a liberdade profissional, mas sim garantir-lhe segurança, visando impedir o seu desempenho por aqueles que não possuam capacidade técnica para tanto, por exemplo. Trata-se de uma perspectiva diferente, mas inegavelmente conexa, ainda que dissonante, das conclusões de Loewenstein.

A segunda violação dos direitos e garantias fundamentais de caráter individual vislumbrada pelo autor se relaciona com os direitos sociais, econômicos e culturais, pois tais disposições de segunda dimensão acabariam, muitas vezes, por restringir liberdades individuais.

É importante lembrar que os direitos e garantias de natureza social só receberam o rótulo de fundamentais mais recentemente. Talvez cause estranheza o argumento que contrapõe tais disposições em face das liberdades individuais, apontando aquelas como obstáculos a estas, mas que não se olvide que Loewenstein perfaz tais considerações em um contexto histórico muito específico, cuja conjuntura ideológica é crucial à correta compreensão das conclusões alcançadas pelo autor.

Quando olhamos para a construção evolutiva dos direitos compreendidos como fundamentais, por uma perspectiva histórica, notamos, nas décadas de 1960 e 1970, principalmente, uma polarização profunda entre iniciativas de cunho liberal, e outras de caráter marcadamente social, que caracterizaram o período conhecido como Guerra Fria.

No que se refere aos direitos humanos, referida tensão se materializou, em 1966, na elaboração de dois tratados internacionais sobre o tema, simultâneos, porém com visões diametralmente distintas a respeito das propostas entabuladas. Sobre tais peculiaridades, assim se pronuncia Fábio Konder Comparato:

A elaboração de dois tratados e não de um só, compreendendo o conjunto dos direitos humanos segundo o modelo da Declaração Universal de 1948, foi o resultado de um compromisso diplomático. As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada. Já os países do bloco comunista e os jovens países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos, que têm por objeto políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando na sombra as liberdades individuais.⁴⁷

Não que os direitos sociais já não gozassem de relevante destaque, desde o manifesto comunista de Marx, que reverberou por toda a primeira metade do Século XX, surtindo efeitos nas mais diversas realidades sócio-políticas e culturais – são dignas de nota as Constituições Mexicana e de Weimar, de 1917 e 1919, respectivamente, e de maneira ainda mais acentuada, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, que assinalou o desfecho da Revolução Russa, em 1918. No entanto, para aqueles que se inseriam no contexto norte-americano, a ideologia liberal que permeava todo o modo de pensar da época impulsionava com muito mais vigor a proeminência das liberdades individuais, em detrimento das garantias sociais, enxergando mesmo nestas uma ameaça àquelas, a depender do prisma pelo qual eram observadas.

Loewenstein relembra que com o enfraquecimento da burguesia, diante do fortalecimento das classes coletivas, observou-se o proporcional abalo da construção liberal das garantias individuais, que até então regia a ótica dos direitos fundamentais. A isso, somou-se a pronúncia do socialismo marxista, que servia de combustível aos ataques tentados pela massa trabalhadora emergente.

Foram duas as conquistas principais: a igualdade de direitos políticos, na figura do sufrágio universal; o rompimento do paradigma liberal que regia as relações de mercado e de emprego, culminando na proteção da parte mais fraca, diante da mais forte, concretizada por meio da criação de normas específicas para a tutela dos trabalhadores, frente aos empregadores.

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 168;

Nas palavras do autor, desde a metade do século XX, o resultado disso é que o Estado assumira a função de planificar, regular, dirigir, controlar e supervisionar a vida socioeconômica e as intervenções da autoridade pública na vida privada dos cidadãos se elevaram a um grau máximo, ao invés de se limitarem ao mínimo, como queria o capitalismo clássico da *laissez faire*⁴⁸. Nascia o Estado do Bem Estar Social.

O Estado passara de inimigo – contra quem era necessário proteger as liberdades individuais – a amigo, que se vê obrigado a satisfazer as necessidades coletivas da sociedade.

Nas palavras de Washington Luiz Testa Júnior, em comentário às lições do Prof. Vladimir Brega Filho⁴⁹, sobre os direitos fundamentais que integram a segunda dimensão:

Os direitos humanos fundamentais de segunda dimensão são marcados pela idéia de igualdade, são direitos econômicos, sociais e culturais surgidos no século XX, vez que de acordo com Vladimir Brega Filho, os direitos de liberdade conquistados na dimensão anterior não eram suficientemente exercitáveis, a necessitar de condições concretas para executar suas finalidades. Dessa forma, diversamente do papel negativo imposto ao Estado na primeira dimensão, agora, ao Estado se impõem prestações positivas (dever de agir) a fim de efetivar os direitos do indivíduo.⁵⁰

Com o surgimento dos novos direitos fundamentais, agora de caráter social, e com a nova ótica por meio da qual se enxerga o Estado, as liberdades individuais – para que pudessem justamente coexistir com as garantias sociais, na mesma ordem constitucional – tiveram de sofrer algumas restrições lógicas. A liberdade de contrato, por exemplo, que antes se regia pelo princípio *pacta sunt servanda*, agora sofre forte disciplina do Estado, por meio de leis que dizem o que é ou não é lícito contratar. Da mesma maneira, a propriedade

⁴⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 399;

⁴⁹ A este propósito, cf. BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, São

Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002;

⁵⁰ TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. A Construção dos Direitos Humanos Fundamentais, Revista Argumenta, Jacarezinho – PR, n.º 10, p. 120. Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/129>. Acesso em: 24/09/2015;

privada, embora ainda protegida pelo Estado, deve cumprir com sua função social.

Loewenstein salienta que no momento em que seu reconhecimento universal havia alcançado seu ponto máximo, os direitos fundamentais clássicos (a referir-se às liberdades de cunho individual) encontraram nos direitos sociais, competidores com muito mais ressonância emocional na massa e cuja realização conduz necessariamente a minar e a restringir as clássicas liberdades de propriedade e de contrato⁵¹.

Atualmente, não poucos doutrinadores têm criticado essa perspectiva dicotomista, que situa as diferentes dimensões dos direitos e garantias fundamentais em posições de antagonismo e rivalidade, sustentando a indivisibilidade e unicidade de tais disposições, que interagem de forma dinâmica, e não estática, como pretendiam convencer os autores de outrora.

Essa contemplação dos direitos fundamentais enquanto elementos estanques contidos nesta ou naquela categoria – influenciada, sem dúvidas, pela classificação dos direitos por *status*, desenvolvida por Jellinek – acaba por conduzir à falsa ideia de que as liberdades individuais são, em todos os casos, direitos negativos, e que os direitos sociais e econômicos sempre exigem gastos públicos. Ora, na realidade, todos os direitos e garantias fundamentais revelam afinidades estruturais, a depender da situação fática em análise; por força disso, concretizar qualquer direito fundamental somente se faz possível mediante a adoção de uma gama bastante ampla de posturas, tanto públicas quanto privadas, que interagem entre si e se complementam, e não apenas com a mera abstenção ou prestação por parte do Poder Público.

A terceira causa de violação das liberdades individuais, de acordo com a posição adotada por Loewenstein, seria aquela decorrente dos regimes autocratas. Aqui, novamente, vemos que o embate ideológico entre liberalismo e socialismo constitui tópico muito caro ao Autor, em virtude de seu contexto. Lembra ele que – à época – mais de um terço da população mundial se via debaixo do domínio de autocracias.

Valendo-se da análise dos dois principais regimes autocratas contemporâneos – fascismo e comunismo – Loewenstein aponta de

⁵¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 401;

que maneira tal formatação política acaba por ferir as liberdades individuais.

O fascismo, adotando uma postura antiliberal e anti-intelectual, buscava manter uma elite dominante no poder, por meio da instituição de um partido único – em flagrante violação dos direitos políticos – e da restrição drástica de direitos fundamentais, sob o argumento de que não deve haver zonas de impedimento ao acesso do poder público.

O comunismo, por outro lado, implementado na URSS, por exemplo, depois da revolução russa, previa e praticava a primazia do coletivo sobre o indivíduo. A esse respeito, o autor salienta que a autocracia comunista sustenta que no lugar de serem inalienáveis à natureza humana, os direitos e as liberdades foram primeiro criados e garantidos pela ordem socialista, e serão interpretados como obrigação do Estado frente à massa trabalhadora. Via de conseqüência, sua extensão e o grau de sua realização se medem pelos interesses do partido comunista, e não do indivíduo⁵².

Não se toleram oposições diretas ao regime. Também o sufrágio universal se vê violado, pois o voto deixa de ser uma manifestação de autodeterminação do cidadão, que escolhe seu governante; torna-se, ao invés disso, em mera formalidade visando legitimar politicamente o regime e o partido já instalados no poder.

A conclusão é a de que, frente ao aparato do poder estatal comunista, todos os direitos fundamentais (individuais) proclamados pelas constituições são de natureza puramente semântica.

Finalmente, Loewenstein se dispõe a tratar da crise das liberdades individuais na democracia constitucional, introduzindo, talvez, um dos maiores dilemas do Estado Democrático constitucional: o seu potencial autodestrutivo.

É que a ideia de democracia, por sua própria essência – em especial na cultura norte-americana, na qual se ancora a obra em análise – tem como cerne irrenunciável a liberdade de expressão e de manifestação, que deve ser não apenas respeitada, mas efetivamente garantida pelo Estado, a todo custo.

Todavia, é fato que, mesmo no menor dos contextos, nem todos abraçam os postulados democráticos, havendo sempre aqueles

⁵² *Ibid.*, p. 403;

que defendam propostas tendentes ou explicitamente autoritárias, das mais variadas, em um vasto espectro que vai desde as mais brandas, até as mais absurdas. Em decorrência lógica, atacam diretamente a democracia.

E é na resposta da democracia a tais exageros que reside a perigosa questão: nas palavras de Loewenstein, se se decide usar fogo contra fogo e negar aos agitadores totalitários o uso das liberdades democráticas para evitar a destruição última de toda liberdade, o Estado Democrático constitucional atuará precisamente na contramão dos princípios da liberdade e da igualdade sobre os quais ele mesmo está baseado. Se, por outro lado, se mantém firme em suas verdades fundamentais democráticas, ainda que em benefício de seus inimigos declarados, põe em jogo sua própria existência⁵³.

Diante deste impasse, algumas constituições, sob a bandeira da defesa do estado democrático, deram espaço a limitações aos direitos fundamentais individuais. Trata-se de um paradoxo interessante: para proteger a democracia e os direitos fundamentais individuais, garantindo-lhes a máxima efetividade, é preciso estabelecer-lhes limites.

Se bem que, ao lado da já mencionada historicidade, a limitabilidade tem sido reconhecida, há tempos, como característica intrínseca dos direitos fundamentais, justamente em virtude de situações como a descrita em epígrafe, nas quais dois ou mais direitos entram em rota de colisão, ou ameaçam anular-se reciprocamente. Para que possam coexistir, desfrutando do máximo de eficácia possível em dada situação fática, devem se submeter a algumas restrições, para que não se excluam mutuamente.

Ilustrando tal dilema, Loewenstein cita alguns enunciados da Lei Fundamental alemã (promulgada pouco depois do desfecho da Segunda Guerra Mundial), que sob a égide da defesa da própria democracia e do combate ao autoritarismo – “gato escaldado tem medo de água fria”, faz questão de salientar o autor – estabeleceu limites ao exercício de liberdades individuais, principalmente no que toca a questões partidárias e políticas.⁵⁴

⁵³ *Ibid.*, p. 405;

⁵⁴ Para maiores detalhes a este respeito, cf. o artigo 21 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949;

O artigo 18, aliás, prevê que qualquer que abuse dos direitos fundamentais para combater a ordem fundamental liberal democrática, perderá tais direitos.⁵⁵

Contudo, não se pode confundir democracia com a idéia simplista de que deve prevalecer sempre a opinião da maioria; ao revés, uma sociedade efetivamente democrática será aquela em que o próprio Estado se dispõe a garantir a opinião – ainda que divergente e incômoda – das minorias, e restringir-lhes tal direito fundamental é o mesmo que abrir mão da própria democracia.

Ao contrário do que possa parecer, todavia, existe uma solução para a aparente incompatibilidade entre a liberdade democrática e a própria segurança do Estado, uma vez que é possível separar as meras opiniões e a liberdade de pensamento, daquelas condutas efetivamente adotadas de forma violenta e ilegal, que merecem repressão, inclusive por violarem normas jurídicas democraticamente estabelecidas. Para tanto, é necessário que as autoridades estatais estejam mais comprometidas com o Estado Democrático, do que com seus próprios interesses pessoais; se assim não for, será difícil sequer diferenciar a democracia de uma autocracia velada.

Tecidas tais considerações, o autor passa a uma análise um pouco mais minuciosa da situação dos direitos fundamentais nos países ocidentais⁵⁶, focando-se especialmente na Europa (Inglaterra, França, Itália, Alemanha) e nos Estados Unidos, por sua maior relevância histórica. Em praticamente todos, existem vedações à existência de partidos de caráter comunista, fascista, ou autoritário de qualquer natureza – ainda que a *Supreme Court* americana tenha tratado, sob a batuta de Earl Warren, então presidente daquele órgão,

⁵⁵ O texto integral do artigo 18, em tradução oficial do próprio Parlamento alemão (*Deutscher Bundestag*), é o seguinte: “Artigo 18 [Perda dos direitos fundamentais] Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 §1), da liberdade de ensino (artigo 5 §3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 §2), perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão.” Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 24/09/2015;

⁵⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 408;

de reverter medidas excessivas, e garantir a liberdade de opinião aos seus cidadãos, mesmo aqueles declaradamente comunistas.

Diante do aparente retrocesso das garantias fundamentais de autodeterminação do cidadão frente ao Estado, nota-se que existem causas mais profundas⁵⁷ para tanto, além da mera bipolarização imposta pela Guerra Fria.

Com o crescimento da população nos países – pondo fim à chamada “era dos pioneiros” e ao paraíso do individualismo – a esfera de atuação possível ao indivíduo, sem que este prejudique seu vizinho, se torna cada vez menor, culminando na redução de suas garantias fundamentais individuais. Se as pessoas dependem cada vez mais do Estado, inclusive para a distribuição das riquezas produzidas, é natural que o Estado imponha uma renúncia cada vez maior da liberdade individual de cada um.

É brilhante a conclusão de Loewenstein quanto à realidade das liberdades individuais, em seu tempo, no sentido de que o problema deixara de ser “quanto de solidão (individualidade) tem o homem em uma multidão?”, para se tornar “pode o homem todavia estar só (ser individual) em uma multidão?”⁵⁸.

Se tais conjunturas já se mostravam pertinentes, quase meio século atrás, sua congruência com a realidade dos países só aumentou, ao longo das décadas, visto que, cada vez mais, os Estados se vêem diante da necessidade de limitar a esfera de individualidade do particular, conquistada – talvez de forma exagerada – sob a égide do ultraliberalismo que alcançou seu apogeu nos séculos XVIII e XIX, em prol da implementação de políticas que visem a promoção e efetivação de direitos e garantias sociais.

Esta compreensão é observável, de maneira positivada, nas mais diversas ordens constitucionais modernas, valendo citar, por exemplo, os objetivos da República Federativa do Brasil, elencados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Ao estabelecer a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, o Poder Constituinte Originário, ao lado da liberdade, conscientemente impôs ao Poder Público – e à própria sociedade – a ideia de justiça e solidariedade, enquanto bússola norteadora de suas ações. Concatenar estes três aspectos tem se mostrado um desafio.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 411;

⁵⁸ Trata-se de uma alusão à obra *The Lonely Crowd*, de David Riesman;

Finalmente, Loewenstein volta seus esforços à análise do contraste entre as liberdades políticas e a propaganda – na acepção mais ampla e social do termo. Segundo ele, os sistemas e as instituições políticas só se sustentam pela divulgação e difusão de suas ideologias, e em uma análise histórica, é possível perceber como o avanço da tecnologia – desde a invenção da imprensa, passando pelo rádio e pela televisão – teve enorme impacto sobre esta questão. É por meio de tais meios de comunicação (ou melhor dizendo, divulgação, nestes casos), que os partidos políticos preparam as massas para a sua participação no processo político.

A propaganda política – o termo “propaganda” deve ser aqui compreendido como o uso de pessoas, palavras, objetos, símbolos ou outras técnicas de representação para conduzir aos objetivos dos que a manejam, a mentalidade e a conduta daqueles a que ela se dirige⁵⁹ – existe desde o início da sociedade estatal organizada. Todavia, com a massificação do processo político, a propaganda já não se adequava mais aos moldes pessoais de outrora, e por isso precisou se apropriar, como dito, dos meios de comunicação, também dirigidos às massas.

O autor indica que, nesse contexto, o rádio se tornou mais eficaz do que os veículos impressos, pois a população passara a formar sua opinião a partir daquele, em detrimento de jornais e revistas. Contudo, vale lembrar que o texto em análise foi escrito décadas atrás. Talvez hoje, se pudesse dizer que, mesmo depois da substituição do rádio pela televisão, hoje quem ocupa o lugar de destaque e primazia é a internet, sem dúvidas. A consideração tecida pelo autor, todavia, de que a influência e o impacto de cada um dos meios de divulgação – rádio, televisão, jornais – varia de acordo com o local, com a cultura e com outros aspectos sócio-econômicos, continua válida e atual.

Ademais, outra crítica de precisão cirúrgica tecida por Loewenstein reside na conclusão de que a propaganda política consiste em um intento de influenciar a massa dos destinatários do poder, operando, portanto, mais com efeitos emocionais do que com a persuasão através de argumentos racionais. Para alcançar o público, as idéias e as questões políticas difundidas pela propaganda serão simplificadas, apresentadas superficialmente e até exageradas absurdamente. Dado que está destinada a ser aceita e digerida pela

⁵⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 414;

massa, a propaganda política não apresenta os prós e os contras de uma questão para informar e educar os destinatários do poder permitindo-lhes formar sua própria opinião. A propaganda está preponderantemente condicionada pela emoção e produz, por sua vez, emoção. Ao conseguir-se as reações emocionais perseguidas, o indivíduo é privado de sua autêntica decisão⁶⁰.

Em virtude disso, uma vez percebida a importância e o valor da propaganda, dentro do processo político democrático, esta foi confiada quase que exclusivamente nas mãos de profissionais, que passaram a se valer de uma série de ferramentas nesse sentido, tais como a pesquisa de opinião, que deixou de ser uma mera fonte de informações, para se transformar em verdadeiro mecanismo de manipulação das massas.

Afinal, é esta a função do profissional da propaganda política: transformar a informação inicial em algo consumível, que possa ser “vendido”, como uma espécie de mercadoria, tal qual uma pasta de dentes ou sabão, nas palavras de Loewenstein. Para tanto, o eleitor, agora encarado enquanto consumidor, será estimulado através de incentivos emocionais.

Se a profissionalização da propaganda política teve sua origem nos Estados Unidos, é fato que rapidamente se espalhou ao restante do mundo, alcançando também a Europa, como destaca o autor, por meio de alguns exemplos específicos.

Hodiernamente, é notável como as colocações de Loewenstein continuam aptas a descrever a realidade das eleições políticas em praticamente qualquer contexto com propriedade. Talvez, com ainda mais exatidão do que ele poderia sequer imaginar.

É brilhante sua construção final que resume com excelência a situação até então descrita, na medida em que vislumbra que em uma sociedade pluralista, o Leviatã fala com muitas línguas. Aquele que fale mais alto e por mais tempo, e nas horas apropriadas da televisão e da rádio, terá a segurança de que a sua mensagem será ouvida pelo maior número de consumidores em potencial. Aquele que lambuze o bolo político com o mel mais saboroso, será o que apanhará mais moscas. Ou, parafraseando a “lei” de Harold MacKinder: o que domina os meios de comunicação de massas,

⁶⁰ *Ibid.*, p. 415;

domina o eleitorado; o que domina o eleitorado, domina o processo político⁶¹.

Partindo de tais conclusões, e em retorno ao tema das garantias às liberdades individuais, propõe-se a pergunta lógica e inevitável: que valor se pode atribuir à liberdade da vontade política, quando as informações com que se forma a opinião dos destinatários do poder são filtradas através da propaganda?

Na tentativa de respondê-la, há que se lembrar que tanto os regimes totalitários, quanto os autoritários, sempre se valeram justamente da monopolização dos meios de comunicação, visando à manutenção do poder. Controlando a divulgação de informações, controlam também a massa.

Já nas democracias constitucionais, pressupõe-se o pluralismo, que certamente aponta para a liberdade de propaganda – ou seja, liberdade para os veículos impressos, para a rádio, para as televisões, etc. Essa é a teoria, claro. A questão, no entanto, persiste: a prática corresponde à teoria? É interessante notar a influência que o sistema capitalista exerce sobre a discussão em foco, pois os veículos de comunicação particulares visam em primeiro lugar o lucro, por vezes deixando de lado sua função pública e seu compromisso com a informação. Como dito, a propaganda política, enquanto produto, carece de espaço e tempo de veiculação, que serão vendidos a quem pagar melhor.

O dilema prossegue: em uma ordem social livre, a imprensa não pode ser controlada pelo Estado. Todavia, a imprensa vinculada à iniciativa privada dependerá de anunciantes, que geralmente terão seus próprios interesses políticos. Como alterar este paradigma, sem liquidar a liberdade de imprensa?

Uma sugestão é garantir que os grupos políticos rivais tenham espaço e meios de acesso senão iguais, no mínimo proporcionais, frente aos veículos de comunicação. Desde a época, já era possível apontar algumas estratégias voltadas a este particular. No Brasil, sabe-se que esta preocupação ganhou espaço positivado; a forma de propaganda eleitoral é regulamentada atualmente pela Lei n.º 9.504/97, que em uma análise dogmática, logra êxito em cobrir uma porção considerável de situações. No entanto, nem mesmo as

⁶¹ *Ibid.*, p. 417;

imposições legais relativamente rígidas⁶² impedem que aqueles que detêm maior poderio econômico explorem as lacunas do sistema, a fim de fazer prevalecer seus interesses. Com a exceção de raríssimas exceções, a disputa política invariavelmente converge para a medição de forças entre aqueles que dispõem de recursos financeiros para custear a melhor propaganda.

Por derradeiro, já em conclusão, afirma-se que a liberdade política se encontra, de fato, em uma encruzilhada, ameaçada pela concentração do poder de formar a opinião pública, nas mãos de alguns poucos aptos a pagar o preço necessário. Assim como ocorre no campo da economia, parece que a liberdade política é, por vezes, inversamente proporcional à igualdade política. Nessa toada, Loewenstein já previra que seria inevitável uma certa dose de controle estatal sobre o processo político – *vide* o diploma legal citado em epígrafe, em toda a sua extensão –, no âmbito da democracia constitucional, pois do contrário ela caminharia para a sua autodestruição.

4 CONCLUSÃO

É interessante notar como mesmo Loewenstein, cuja construção teórica se mostra, à toda evidência, marcadamente liberal – a ponto de enxergar nos direitos de natureza social uma ameaça às liberdades individuais, vale lembrar – se vê forçado a reconhecer que o liberalismo exagerado, ou desenfreado, conduz ao seu próprio colapso. Tal conclusão é especialmente flagrante nas discussões travadas ao redor do conflito entre a liberdade de imprensa e a higidez do processo político eleitoral, já exploradas, embora também surja – de forma menos acentuada – em outros pontos de sua obra.

A aceitação de que a interferência do Estado, de maneira direta, regulando a atividade de particulares na esfera da economia, é

⁶² Dentre outras disposições, vale destacar a fixação de limites aos gastos com campanha e a aplicação de sanções àqueles que os extrapolem (arts. 17-A e 18, § 2º); controle e registro quanto às despesas pretendidas e efetivamente realizadas (art. 22 e parágrafos); limitações ao recebimento de doações (arts. 23 e 24); obrigatoriedade de prestação de contas (art. 28 e seguintes); estabelecimento de parâmetros objetivos para a realização de pesquisas (art. 33 e seguintes); fixação de data para o início da veiculação da propaganda eleitoral (art. 36); limitação ao número e tamanho de anúncios (art. 43); restrição de horários e tempo máximo para a veiculação de propaganda eleitoral na televisão e na rádio (art. 44); etc.;

necessária, aponta para a maturidade do autor, que mesmo inserido em um contexto onde a concessão de qualquer tipo de poder ao Estado geralmente era vista como uma aproximação ao comunismo e, logo, extremamente condenável, conseguiu vislumbrar aspectos de progressão sistêmica que hoje, décadas mais tarde, são indiscutivelmente observáveis, na prática, mesmo no contexto norte-americano – ainda que em menor escala, em relação a outras realidades.

Como já dito, a capacidade de Loewenstein de se manter atual, resistindo ao teste do tempo, chancela a sua importância como um referencial dentro da esfera do constitucionalismo, principalmente quanto ao tema dos direitos e das garantias fundamentais, justificando a sua leitura, senão antes, ao menos em paralelo ao arcabouço doutrinário contemporâneo, a fim de melhor compreender os postulados que são hoje lançados muitas vezes sem que haja a preocupação em apontar suas fundamentações e origens teóricas, que possam ancorá-los com propriedade.

É nesse sentido que a retomada de obras clássicas, que serviram e servem como pedra angular a trabalhos e composições atuais, tais quais a que serve de núcleo referencial ao presente artigo, deve ser uma prática constante a permear a atividade acadêmica. Em um retorno à citação que serviu de abertura, no descer das cortinas também vale sublinhar que o convite a subir aos ombros dos gigantes de outrora é, ao mesmo tempo, a melhor forma de encarar os gigantes de hoje, olhos nos olhos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional, 17ª edição, São Paulo: Ed. Verbatim, 2013;

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 9ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2002;

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002;

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, 3ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003;

DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 5ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2001;

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 25ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005;

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional, 5ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012;

FACHIN, Zulmar, DA SILVA, Deise Marcelino. Acesso à Água Potável – Direito Fundamental de Sexta Dimensão, São Paulo: Ed. Millennium;

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, Trad. ANABITARTE, Alfredo Gallego, 2ª edição, Barcelona: Ed. Ariel, 1979;

NUNES Jr., Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988, São Paulo: Ed. Verbatim, 2009;

TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. A Construção dos Direitos Humanos Fundamentais, Revista Argumenta, Jacarezinho – PR, n.º 10, p. 120. Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/129>. Acesso em: 24/09/2015.

A LIVRE INICIATIVA E OS DIREITOS DOS TRABALHADORES

*Fernanda Heloisa Macedo Soares*⁶³

*Elisangela Marcarí*⁶⁴

1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro tem como principal documento normativo a Constituição Federal que foi promulgada em 05 de outubro de 1988. Isso significa que os comandos constitucionais são aqueles que determinam as principais características do Estado e explicita os valores acolhidos pela sociedade. Em assim sendo, é a partir da Constituição Federal que são estabelecidos os contornos jurídicos adotados pelo Estado, e que devem, portanto, ter seus dispositivos materializados por meio das normas, de modo a regularem as relações sociais.

O art. 1º, da Constituição Federal, de 1988, apresenta em seus incisos os fundamentos da República Federativa do Brasil, que são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Logo, tem-se que a elaboração e interpretação das normas devem acontecer à luz de tais fundamentos, pois que esses são considerados a própria base do Estado.

Nessa égide, é de extrema relevância que os fundamentos do Estado brasileiro sejam compreendidos plenamente tanto pelos legisladores, como pelos juristas e também pela sociedade em geral.

⁶³ Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM (2010). Advogada e Docente do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG).

⁶⁴ Mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Advogada e Docente do Curso de Direito da Faculdade de Sinop (FASIP).

Tal assertiva se firma na ideia de que uma sociedade que não tem consciência sequer dos valores e fundamentos que a edificam, não pode exercer seus direitos ou respeitar os direitos dos demais, o que justifica a escolha do tema.

Diante disso, o presente trabalho tem como perspectiva relacionar as ideias da livre iniciativa e a proteção aos direitos dos trabalhadores. Para tanto, o objetivo é compreender o fundamento da República da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho de modo a analisar teologicamente suas raízes e atuais perspectivas., examinando, assim, os fundamentos da República Federativa do Brasil como princípios fundamentais instituídos pela Constituição Federal de 1988; esclarecer a evolução dos direitos dos trabalhadores sob a ótica dos valores sociais do trabalho; relacionar a livre iniciativa aos direitos dos trabalhadores visando identificar as interferências entre si e vislumbrar as perspectivas atuais.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA

Este primeiro capítulo visa esclarecer os fundamentos da República Federativa do Brasil como princípios fundamentais instituídos pela Constituição Federal de 1988, sob uma perspectiva que tem como foco o papel desse documento normativo perante todo o ordenamento jurídico do Estado.

Toda sociedade precisa de regras, normas capazes de estabelecer a paz e a ordem social. Nesse sentido, destacam-se as lições de Duguit (2009, p. 15-16):

Para melhor compreendermos a questão, imaginemos uma sociedade em que não existisse autoridade política nem leis escritas. Numa sociedade assim constituída existiria um direito? E qual seria o fundamento desse direito? A existência de um direito é incontestável e, nesse sentido, até mesmo irremediável, pois não se pode conceber a inexistência de um direito. A concepção de que o direito só pode ser concebido como criação do Estado, restringindo seu surgimento ao dia em que um Estado constituído o formulou ou, pelo menos, o sancionou, disseminou-se (...). Segundo nos parece, essa concepção deve ser energeticamente repudiada. Ainda que não se possa admitir o fundamento do direito anterior à criação do Estado, deve-se reconhecer, “como postulado”, a existência de um direito superior e anterior ao Estado. é imperiosa nos dias de hoje a prevalência de uma

norma de direito que se imponha, rigorosamente, tanto ao Estado, detentor da força, quanto aos indivíduos desse mesmo Estado.

Conforme se observa, a necessidade de regras em uma sociedade se faz presente mesmo antes da formação de um Estado. Ainda que antes da criação do Estado, as regras se fazem presentes numa sociedade, porém, não como Direito, mas como um postulado, de forma a fundamentar, a se tornar as bases para o próprio Direito.

Hobbes (2014, p. 215) apresenta o seguinte entendimento:

Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de leva-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. Não é a união de um pequeno número de homens que é capaz de oferecer essa segurança, porque quando os números são pequenos basta um pequeno aumento de um ou outro lado para tornar a vantagem da força suficientemente grande para garantir a vitória. Mesmo que haja uma grande multidão, se as ações de cada um dos que a compõem forem determinadas segundo o juízo individual e os apetites individuais de cada um, não poderá esperar-se que ela seja capaz de dar defesa e proteção a ninguém, seja contra o inimigo comum, seja contra as injúrias feitas uns aos outros.

Nota-se que a ideia exposta por esse autor acerca da formação do Estado por meio da junção das forças de seus membros, apesar de se consubstanciar na vontade coletiva, não expurga as vontades individuais, visto que interesses, paixões e outros fatores pessoais não deixam simplesmente de existir, fazendo parte da própria natureza humana. Nesse cenário, é indispensável uma força maior que a individual suficientemente capaz de controlar e solucionar os conflitos que surgem, ainda que pela coerção, em prol do coletivo, seja de âmbito externo ou interno. Logo, o Estado deve ser visto como essa força maior, que em nome de todos, atua, coloca a sociedade em movimento e assegura a manutenção da ordem.

Bastos (2004, p. 29) explica sobre as ideias de Hobbes e acrescenta:

A sociedade surge, portanto, da necessidade do homem em proteger-se, defender-se, ou seja, em garantir direitos e seus bens (propriedade), e também pelo desejo de paz e pela atração natural existente entre sexos opostos. A sociedade é formada por um corpo político único, dotado de legislação, de judicatura e da força concentrada da comunidade. Para Locke o principal objetivo da sociedade reside na preservação da propriedade e na proteção da comunidade contra possíveis invasões. O contrato social na visão de Locke é um pacto de consentimento unanime, ou seja, todos os homens concordam livremente em formar uma sociedade com o intuito de proteger e preservar seus direitos. A sociedade transmite ao homem uma sensação de força e precipuamente de igualdade natural.

Abstrai-se da leitura dessa citação que a formação das sociedades, que por fim chegam aos Estados, advém da necessidade que o homem tem em se proteger, ter paz, relacionar-se com outros e ter assegurado os seus direitos, direitos estes, por sinal, estabelecidos pelo próprio Estado. Ocorre que, dentro das funções do Estado está a de definir direitos e deveres de seus membros, que, quando relacionados como indivíduos e não como parte do coletivo, ensejam a satisfação de seus interesses e necessidades individuais. Por certo, vislumbra nesse entendimento, que ao se agregar a uma sociedade, que preze pelo bem da coletividade, o indivíduo continua existindo como pessoa, e, dessa forma, possui necessidades e interesses próprios que se relacionam até mesmo com a própria sobrevivência. O Estado, por sua vez, como ente que é em nome de todos, não pode se afastar do dever de proteger e defender seus membros. Logo, o Estado cria os direitos e os deveres, que devem ocorrer em consonância com os ideais de justiça e igualdade, bem como, regulando as relações sociais a fim de assegurar a ordem.

Nesse contexto, Moraes (2014, p. 03) afirma:

A necessidade de *racionalização* e *humanização* faz com que os textos escritos exijam que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas previsões legais, ou seja, a submissão de todos ao Estado de Direito, como salientado por Maurice Hariou. (grifos do autor).

Observa-se na lição de Moraes apresentada que o papel do Estado em criar um ordenamento jurídico com regras que

proporcionem a ordem dentro da sociedade deve estar pautado em aspectos voltados tanto para a racionalização como a humanização. Em outras palavras, o exercício do Poder dado ao Estado pela coletividade em organizar a sociedade por meio de normas, especialmente quanto à sua Constituição, ocorre na submissão de todos ao Direito, o que não exclui o próprio Estado. por conseguinte, e, tendo em mente de que o Estado é a coletividade, ele é formado por pessoas, e suas leis, que demonstram a sua racionalização, devem constar de humanização. Por outro lado, não se pode esquecer que as leis não inserem apenas direitos aos indivíduos, mas também deveres e obrigações.

Considerando que o ordenamento jurídico de um Estado é composto por normas que visam regular as mais diversas relações sociais em prol da ordem social, é certo que existem algumas delas que são direcionadas a toda coletividade, enquanto outras se destinam a grupos específicos. Nesse sentido, pode-se entender que determinadas normas possuem um valor superior, é o caso das Constituições. Observam-se as seguintes considerações de Carvalho (2012, p. 254):

A Constituição é concebida, por isso mesmo, como ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade. Como ordem fundamental revela sua posição de supremacia, e como ordem material contém, além de normas, uma ordem de valores, que se expressa no conteúdo de direito que não pode ser desatendido pelas normas infraconstitucionais. Considere-se ainda que a Constituição traduz uma ordem aberta, porquanto mantém uma permanente interação com a realidade. Há, desse modo, uma conexão de sentido entre os valores compartilhados e aceitos pela comunidade política e a ordenação fundamental e suprema representada pela Constituição, cujo sentido jurídico somente pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva.

De acordo com tais apontamentos pode-se depreender que a Constituição é a norma suprema de um Estado e demonstra quais os valores adotados pela sociedade com tamanha relevância que o Estado se compromete a protegê-los, a partir de direitos positivados e outras disposições que corroboram para isso. Nessa linha, as normas infraconstitucionais possuem o papel de dar continuidade aos preceitos constitucionais e também traçar regras que os tornem possíveis de materialização e satisfação pelos indivíduos e pela

sociedade em geral. Não obstante, verifica-se na citação em comento que se espera que as disposições constitucionais sejam compatíveis com as realidades que a sociedade vivencia e em plena consonância com a vontade geral.

No mesmo contexto, Bastos (2002, p. 28) assegura que a legitimidade de uma Constituição se encontra “na correspondência entre valores e aspirações de um povo e o constante em seu texto”. Por conseguinte, tem-se que a legitimidade de uma Constituição é verificada quando as disposições constitucionais são convergentes com os valores e objetivos da sociedade, de forma que não se torne um texto abstrato ou disponha disposições que a coletividade não compartilha.

A República Federativa do Brasil foi instituída como um Estado Democrático de Direito na sua Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988. O art. 1º da Constituição de 1988 se apresenta nos seguintes termos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O dispositivo constitucional em comento apresenta os princípios fundamentais que vigoram no Estado brasileiro, abrangendo, inclusive, os princípios democrático e republicano. Nota-se ainda, que foram estabelecidos como fundamentos da República: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e, o pluralismo político, de modo que tais fundamentos podem ser considerados como valores basilares que devem vigorar no Estado brasileiro.

Os princípios fundamentais firmados pela Constituição Federal de 1988 são analisados por Bastos (2002, p. 241-242) da seguinte forma:

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo a densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha com força valorativa a espalhar-se por cima de um sem número de outras normas. O reflexo mais imediato disto é o caráter de sistema que os princípios impõem à Constituição. (...) outra função muito importante dos princípios é servir como critério de interpretação das normas constitucionais, seja ao legislador ordinário, no momento de criação de normas infraconstitucionais, seja aos juizes, no momento da aplicação do direito, seja aos próprios cidadãos, no momento da realização de seus direitos.

Segundo as alusões desse autor, os princípios fundamentais desempenham uma função que vai além da questão normativa, mas alcança um espaço valorativo, pelo qual devem influir em todos os âmbitos jurídicos. Ocorre que enquanto os princípios fundamentais não normatizam situações específicas, sua verdadeira função transcende o fator normativo, pois passam a servir como critério para a formulação, interpretação e aplicação de normas. Isso significa que os princípios fundamentais influem até mesmo na interpretação das demais disposições constitucionais, já que se consubstanciam numa esfera valorativa precípua.

Diante disso, pode-se dizer que os princípios fundamentais são verdadeiros prismas jurídicos que irradiam os valores e a vontade da sociedade sobre como o Estado se configura. Por conseguinte, mais do que sua observância, os princípios fundamentais ensejam que os mesmos sejam perseguidos impreterivelmente tanto pelo Estado como pela própria sociedade.

Carvalho (2012, p. 568) acrescenta:

Os princípios fundamentais da Constituição de 1988 desempenha relevante função no texto Constitucional (função teleológica ou diretiva), por orientar a ação dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), demarcando seus limites e sua atuação. Fala-se, neste ponto, em *Constituição dirigente* (Gomes Canotilho), uma vez que, da criação da lei até a sua aplicação e integração, deve-se observar o conteúdo dos princípios fundamentais emanados da

Constituição que condicionam e determinam o processo legislativo e a aplicação da lei. Daí, inclusive, colocar-se a questão da inconstitucionalidade por violação dos princípios fundamentais, circunstância que acentua ainda mais a sua força jurídica, e não apenas ética ou valorativa. (grifo do autor).

Os princípios fundamentais representam não apenas os valores que a sociedade acolhe e as diretrizes que devem ser priorizadas, mas, podem inclusive ser utilizados como fator de controle de constitucionalidade, ultrapassando as esferas éticas e valorativas. Significa dizer que tais princípios constitucionais vinculam os atos e normas estatais a respeito de seus preceitos, dos quais não podem se esquivar.

Dentre os princípios fundamentais encontram-se os fundamentos da República Federativa do Brasil, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e, o pluralismo político. No que tange ao fundamento da soberania, Silva (2013, p. 106-107) leciona que “ela é fundamento do próprio Estado”, relacionada ao “poder político, supremo e independente”, enquanto sobre a cidadania o autor divaga:

A *cidadania* está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de *soberania popular* (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático. (grifos do autor).

Na citação em análise, Silva demonstra aspectos da cidadania, como fundamento da República Federativa do Brasil, que se relacionam intrinsecamente com a ideia de democracia e com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Tal juízo encontra pilares à luz da compreensão de que o Estado é formado por pessoas humanas, e, por consequência, o Estado deve aos indivíduos o respeito à sua dignidade, a começar por assegurar a sua participação nos processos democráticos que estão dispostos no texto

constitucional, indo, por fim, à materialização dos demais direitos instituídos.

Nesse contexto, cumpre observar a concepção de Araujo e Nunes Júnior (2014, p. 143-144) sobre o fundamento da República da dignidade da pessoa humana:

Com efeito, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem indica que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito”. Nesse sentido, como leciona Pe. Laércio Dias de Moura, a noção de dignidade humana está atrelada à concepção de que “cada ser humano tem, pois, um lugar na sociedade humana. Um lugar que lhe é garantido pelo direito, que é a força organizadora da sociedade. Como sujeito de direitos ele não pode ser excluído da sociedade e como sujeito de obrigações ele não pode prescindir de sua pertinência à sociedade, na qual é chamado a exercer um papel positivo”.

O princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive este como alicerce dos direitos humanos, e previsto como um fundamento da República emana dois reflexos, sobretudo, a partir do reconhecimento da igualdade entre os homens: os direitos e as obrigações que se vinculam a cada indivíduo como pessoa. Se por um lado os indivíduos passam a ter assegurados direitos necessários à concretização de sua dignidade, por outro lado, os mesmos também assumem obrigações perante à sociedade, na qual deve atuar positivamente.

Desse modo, pode-se entender que, por exemplo, no que se refere aos direitos políticos, os cidadãos possuem direitos quanto à participação popular, porém, o exercício de tais direitos também se consubstancia em obrigação, de modo que essa participação não pode ser abstraída.

Quanto ao pluralismo político, Moraes (2014, p. 19) entende que esse fundamento:

demonstra a preocupação do legislador constituinte em afirmar-se a ampla e livre participação popular nos destinos políticos do país, garantindo a liberdade de convicção filosófica e política e, também, a possibilidade de organização e participação em partidos políticos.

Segundo a compreensão do autor supracitado sobre tal fundamento da República, o pluralismo político significa o reconhecimento do Estado de que a participação popular nos processos políticos deve ocorrer de forma ampla e com liberdade de convicção filosófica e política, inclusive, liberdade partidária. Nesse ponto, cumpre salientar que a extensa diversidade e miscigenação que caracteriza a sociedade brasileira, que se estende aos campos políticos e de convicções filosóficas que compõem o Estado. A partir desse fundamento, percebe-se que o legislador constituinte buscou assegurar a todos o direito às próprias opiniões políticas, o que abrange as possibilidades de participação popular de forma satisfatória e realista aos próprios indivíduos.

Com relação ao fundamento da República Federativa do Brasil dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, previsto no art. 1º, IV, da Constituição Federal de 1988, Bastos (2002, p. 249) assegura que “o trabalho deve obrigatoriamente ter seu valor reconhecido”, de forma a alcançar tanto o empregado como o empreendedor. Assim, entende-se que tal fundamento busca a garantia de subsistência e o desenvolvimento do País. Devido à relevância desse fundamento da República para esta pesquisa, o mesmo voltará a ser analisado de maneira mais aprofundada em momento oportuno.

Diante do exposto, percebe-se que os fundamentos da República Federativa do Brasil, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, constituem-se como valores reconhecidos como base do Estado, servindo-se de princípios para a elaboração e aplicação das demais normas. Tais fundamentos representam, assim, os pilares em que o Estado deve se estabelecer, no tipo de sociedade em que se pretende construir.

Dessa forma, para que se compreenda os direitos dos trabalhadores no Estado brasileiro, cumpre analisar, especificamente, a ideia da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho, o que se dá na parte seguinte desta pesquisa.

3 A LIVRE INICIATIVA E OS DIREITOS DOS TRABALHADORES

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, determina como fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Tendo em mente a relevância desses princípios constitucionais, esse item da pesquisa se dedica ao exame do fundamento do Estado relativo aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, com vistas aos direitos dos trabalhadores.

Silva (2013, p. 794) afirma que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são, além de fundamentos da República, fundamentos da ordem econômica nacional, e esclarece:

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).

À luz de tais lições depreende-se o entendimento de que os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa são valores acolhidos constitucionalmente que se encontram lado a lado, tanto como fundamentos da República Federativa do Brasil, como também da ordem econômica que prevalece no Estado. Diante disso, percebe-se que o capitalismo como vetor da ordem econômica se consubstancia no incentivo à livre iniciativa, porém, com vistas aos valores do trabalho humano, ideia pela qual se vislumbra o princípio da dignidade da pessoa humana, também firmado como fundamento do Estado brasileiro.

Moraes (2014, p. 19) analisa o fundamento da República em comento da seguinte forma:

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa: é através do trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalhador (por exemplo: CF, arts. 5º, XIII; 6º; 7º; 8º; 194-204). Como salienta Paolo Barile, a garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado, mas também aquele autônomo e o empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país.

Por certo, ao estabelecer como fundamento do Estado os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, depreende-se da ideia de que o crescimento do país depende do trabalho. Assim, e considerando que o trabalho realizado pelo homem não o desvincula de sua dignidade como ser humano, todos os envolvidos, quais sejam o trabalhador, o autônomo e o empreendedor, carecem de proteção estatal. Essa proteção, no entanto, deve ocorrer proporcionalmente a posição que cada um desses sujeitos ocupa.

Nesse contexto, destacam-se as considerações de Carvalho (2012, p. 597):

A Constituição da Espanha de 1978 estabelece, em seu art. 35, que “todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho”. O texto constitucional brasileiro, se não contém preceito idêntico, reconhece o trabalho como um valor social (art. 1º, IV) que, ao lado da livre iniciativa, constitui fundamento do Estado e da ordem econômica (art. 170). O trabalho pode ser apreciado sob dois ângulos: individual e social. Por dignificar o homem, a Constituição atribui-lhe relevante valor social, colocando-o, assim, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Acrescente-se que o art. 170, VIII, da Constituição, enuncia a busca do pleno emprego como um dos princípios da ordem econômica, o que representa a soma de esforços da iniciativa privada e do Estado para o oferecimento de empregos dignos a todos os brasileiros.

Segundo os apontamentos desse autor, percebe-se que suas alusões ao trabalho se vinculam à materialização da dignidade da pessoa humana. Essa assertiva se funda do entendimento que pressupõe que o homem só alcança a sua dignidade se é capaz de financiar os recursos necessários para a sua subsistência e desenvolvimento a partir de seu trabalho. Por conseguinte, o direito ao trabalho e ao pleno emprego é previsto constitucionalmente, porém, não apenas como um direito ou um princípio, mas como um

fundamento do próprio Estado, o que justifica, inclusive, a intervenção estatal no âmbito econômico.

Acerca da livre iniciativa, Araujo e Nunes Júnior (2014, p. 563) apontam como vertentes a “liberdade de investimento ou acesso”, como “direito à empresa”, a “liberdade de organização” e a “liberdade de contratação”, estes últimos como “liberdade de empresa”, e acrescentam:

É oportuno observar, porém, que o regime jurídico da livre iniciativa não viceja exclusivamente da previsão de seus dois dispositivos específicos de proteção (arts. 1º, IV, e 170, *caput*), mas da conjugação de diversos dispositivos constitucionais, que, de algum modo, com eles se relacionam, como, por exemplo, os que protegem a propriedade privada, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, o livre exercício da profissão e a proteção do trabalho. Não se trata, dessa maneira, de um direito absoluto, sem fronteiras e sem finalidade. Como fundamento da ordem econômica, a livre iniciativa está jungida a seu fim declarado (art. 170, *caput*, parte final): propiciar dignidade a todos, segundo os ditames da justiça social.

Com efeito, a livre iniciativa não pode ser vista como um direito absoluto e tampouco isolado. Sua aplicabilidade se dá na interação com os outros preceitos constitucionais, como a função social da propriedade, o livre exercício profissional e a proteção dos trabalhadores, por exemplo. Isso significa que a livre iniciativa coaduna com outros valores ressaltados constitucionalmente e que, portanto, devem ser analisados em conjunto, em prol do ideal de justiça social.

Não obstante, cumpre destacar a vinculação entre os preceitos instituídos pelos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa com a dignidade da pessoa humana, que também se encontra como um dos fundamentos da República. Nesse cenário, Martins (2012, p. 98-99) tece as seguintes considerações:

Se é verdade que, do ponto de vista normativo, em razão do princípio da unidade da Constituição, todas as normas constitucionais situem-se no mesmo plano, isso não impede que normas de mesma hierarquia tenha funções distintas. Nem mesmo todos os princípios possuem o mesmo raio de atuação; ao contrário, eles variam na amplitude de sua aplicação e influência. Ora, se os valores adentram o ordenamento jurídico pela sua positivação nas regras e princípios e, em especial, nos princípios constitucionais, este processo, todavia, não é mecânico e

muito menos automático, mas fruto de lenta e gradual construção histórica, não se reduzindo, portanto, a um simples apropriar de valores pelo sistema constitucional. Mister, então, respeitar a opção constitucional.

É possível abstrair dessa citação que os fundamentos do Estado brasileiro, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, ocupam uma posição que os vislumbram como valores a serem respeitados pelas demais disposições constitucionais e infraconstitucionais. Ocorre que tais valores não foram colocados na Constituição como um presente do constituinte, mas sim, representando um processo de construção de uma sociedade e que não podem ser desconsiderados. Logo, a livre iniciativa, os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana, engendram na ordem jurídica brasileira como princípios constitucionais acolhidos a partir dos valores que a sociedade eleva.

Nesse contexto, ressalta-se a declaração de Von Jhering (2012, p. 107): “a afirmação dos direitos do indivíduo é um dever dele para com a sociedade”. Pode-se dizer que a vida em sociedade exige limites e restrições, inclusive no âmbito dos direitos de cada indivíduo. Dessa forma, os direitos são estabelecidos e seu exercício se dá na medida em que não interfere nos direitos dos demais membros da sociedade. Ou seja, para que os direitos de um sujeito sejam assegurados, o mesmo sujeito deve respeitar os direitos de terceiros, especialmente, sob a égide dos valores positivados constitucionalmente.

Observam-se as lições de Bonavides (2013, p. 383):

Disse Engels que onde o poder do Estado num determinado país entra em contradição com o desenvolvimento econômico, a luta termina sempre com a derrocada do poder político. Eu direito que no caso específico do Brasil o axioma do colaborador de Marx – substituída a expressão desenvolvimento econômico por desenvolvimento social – cobrará um sentido de dramaticidade e advertência para definir com toda a clareza o momento histórico que o País atravessa. (...) A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra coisa a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e antiestado; a

segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.

Conforme tal entendimento pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 apresenta contornos voltados para o Estado social, especialmente quando os fundamentos e objetivos da República se acentuam numa ordem axiológica. Dessa forma, o individualismo do Estado liberal, que pressupõe o abstencionismo do Estado, é dirimido por preceitos que emanam dos princípios fundamentais apontados. O autor supracitado ainda assevera a mudança de paradigmas de um desenvolvimento econômico por desenvolvimento social, de modo que não se pode esperar um desenvolvimento completo sem que tenham sido resguardados os direitos e valores sociais.

Avultam-se as explanações de Araujo e Nunes Júnior (2014, p. 563-564) na análise da livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil e também da ordem econômica:

Destarte, não se pode considerar uma liberdade pública como as demais, visto que sua preocupação básica não é o indivíduo, mas a coletividade. Trata-se, assim, de uma liberdade atribuída ao indivíduo para o exercício de uma relevante função social. Seguindo essa orientação, estamos em conceituá-la como “liberdade-função” de destinar capital para a exploração de uma atividade econômica específica, segundo critérios subjetivamente definidos de organização da produção e livre disposição negocial, sob regime jurídico híbrido (público e privado), cuja efetividade deva se ter por escopo assegurar existência digna a todos e justiça social.

Nota-se que a livre iniciativa, estabelecida como um dos fundamentos do Estado é tido como uma liberdade pública, não qual o Estado não pode impedir o exercício. Contudo, o exercício desse direito é concebido num contexto que abrange a coletividade, isto é, trata-se de uma faculdade de criar e explorar uma atividade econômica, porém, sem desconstituir outros direitos, como os que se referem aos valores sociais do trabalho, a fim de possibilitar que a justiça social seja materializada, assegurando, assim, a existência digna dos envolvidos.

Dispõe o *caput* do art. 170, da Constituição Federal de 1988: “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”. Carvalho (2012, p. 1326) elucida tais disposições constitucionais:

Dentro do modo capitalista de produção, tais objetivos constituem um desafio, pois tendo o lucro como fator predominante, com a conseqüente acumulação e concentração da riqueza, o sistema capitalista gera gritantes desigualdades sociais, difíceis de serem evitadas sem a intervenção do Estado. Por outro lado, o socialismo radical elimina a propriedade privada e esmaga, a pretexto de promover a igualdade, as liberdades fundamentais. Assim, a operacionalização dos preceitos constitucionais programáticos, por meio da atuação do Executivo e da intervenção legislativa, é que irá propiciar a plena realização dos objetivos a que se propõe a Constituição econômica, devendo-se a todo custo evitar o capitalismo selvagem e o socialismo radical.

Destarte, a ordem econômica apregoada pela Constituição Federal de 1988, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e com vistas à existência digna de todas e à justiça social enseja um equilíbrio entre o capitalismo selvagem e a consecução dos direitos sociais que possam, inclusive, impedir o exercício da própria livre iniciativa. Enquanto por um lado o capitalismo exacerbado, pautado no individualismo e abstencionismo do Estado impede gera as desigualdades sociais, o socialismo radical restringe a livre iniciativa, abrangendo até mesmo o fim da propriedade privada e das liberdades fundamentais. Logo, espera-se que esse equilíbrio deve ser um desafio no qual o Estado deve intervir a fim de garanti-lo, possibilitando, portanto, o desenvolvimento social.

Silva (2013, p. 795) alude:

Assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição de riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados

podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela.

De acordo com as lições supra apresentadas, tem-se que a justiça social é considerada como o vetor de equilíbrio entre a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho, de modo a assegurar a existência digna a todos. Entretanto, o sistema capitalismo, que é por natureza individualista, não se mostra compatível com essa ideia.

Em assim sendo, a Constituição Federal de 1988 dispõe uma série de aprovisionamentos que visam a materialização da justiça social, sobretudo prevendo direitos sociais que possam assegurar condições favoráveis aos valores sociais do trabalho.

Delgado (2014, p. 127-128) afiança:

Ao lado de todos esses aspectos apontados, a Constituição de 5.10.1988 emergiu, também, como a mais significativa Carta de Direitos já escrita na história jurídico-política do país. Não se conduziu, porém, a nova Constituição pela matriz individualista preponderantes em outras constituições não autocráticas (como a de 1946). Nessa linha, superou a equívoca dissociação (propiciada pela Constituição de 46) entre liberdade e igualdade, direitos individuais e direitos coletivos ou sociais. A nova Constituição firmou largo espectro de direitos individuais, cortejados a uma visão e normatização que não perdem a relevância do nível social e coletivo em que grande parte das questões individuais deve ser proposta. Nesse contexto é que ganhou coerência a inscrição que produziu de diversificado painel de direitos sociotrabalhistas, ampliando garantias já existentes na ordem jurídica, a par de criar novas no espectro normativo dominante.

A Constituição Federal de 1988, sob a égide de tais apontamentos, apresenta-se como um marco que configura os direitos sociais e trabalhistas num patamar acima dos interesses econômicos e liberais. Isso porque, apesar das Constituições anteriores já disporem sobre tais direitos, entre liberdade e igualdade, como também entre direitos individuais e direitos coletivos ou sociais se faziam presentes, impedindo a realização da justiça social e existência digna. Consequentemente, a Constituição Federal de 1988 tornou-se um referencial no que tange aos direitos dos trabalhadores e da livre iniciativa numa perspectiva desafiadora ao Estado e à sociedade em prol da justiça social e da existência digna.

Dessa forma, a próxima parte dessa pesquisa se dedica à compreensão dos direitos dos trabalhadores à luz da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho, visando, especialmente, identificar as interferências entre si e vislumbrar as perspectivas atuais no Estado brasileiro sobre o assunto.

4 OS DIREITOS DOS TRABALHADORES NAS PERSPECTIVAS ATUAIS

A partir da noção do que são os fundamentos da República Federativa do Brasil, sobretudo, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, esta parte da pesquisa se volta para a compreensão dos direitos dos trabalhadores num ponto de vista que engloba a evolução dos direitos dos trabalhadores, sob a ótica dos valores sociais do trabalho e relacionar a livre iniciativa aos direitos dos trabalhadores visando identificar as interferências entre si e vislumbrar as perspectivas atuais.

Observam-se as considerações de Araujo e Nunes Júnior (2014, p. 564-565) no que se refere aos valores sociais do trabalho:

O preceito, que também consta no art. 1º, IV, de nossa Constituição, indica que a ordem econômica deve contemplar regras que valorizem o trabalho humano. Celso Bastos e Ives Gandra Martins, a respeito do tema, escrevem: “Cremos que o Texto Constitucional refere-se à valorização do trabalhador humano no sentido também material que a expressão possui. É dizer: o trabalho deve fazer jus a uma contrapartida monetária que o torne materialmente digno...”.

Como se nota, a valoração do trabalho humano como foi inserida na Constituição Federal de 1988 enseja, inclusive, um contexto material que possa nessa ideia ser aderida. Ou seja, o trabalho humano exige uma compensação plausível, porém, também deve levar em conta que como pessoa humana o trabalhador possui necessidades, que vão além do retorno pecuniário pelas atividades prestadas. Nesse contexto, se inserem os direitos dos trabalhadores.

Contudo, é preciso ter em mente que nem sempre os trabalhadores foram destinatários dos direitos que na atualidade lhe pertencem. Nesse sentido, Miguel Reale *apud* Nascimento (2010, p. 31) afiança:

O direito não é um fenômeno estático. É dinâmico. Desenvolve-se no movimento de um processo que obedece a uma forma especial de dialética na qual se implicam, sem que se fundam, os polos de que se compõe. Esses polos mantêm-se irredutíveis. Conservam-se em suas normais dimensões, mas correlacionam-se. De um lado os *fatos* que ocorrem na vida social, portanto a dimensão fática do direito. De outro, os *valores* que presidem a evolução das ideias, portanto, a dimensão axiológica do direito. Fatos e valores exigem-se mutuamente, envolvendo-se num procedimento de intensa atividade que dá origem à formação das *estruturas normativas* , portanto a terceira dimensão do direito. (grifos do autor).

Conforme se percebe, o Direito como conjunto normativo que rege as relações sociais, deve estar em consonância com os fatos sociais e os valores que participam da evolução de ideias de uma dada sociedade. Dessa forma, tem-se que o Direito do Trabalho, que, sobretudo, versa sobre os direitos e deveres nas relações trabalhistas, segue essa mesma linha, sendo, portanto, construído de acordo com as realidades sociais e com os valores que a sociedade acolhe.

Paulo e Alexandrino (2005, p. 02) afirmam que “o trabalho é tão antigo quanto o homem”, de modo que “assumiu, ao longo do tempo, basicamente as seguintes formas: escravidão, servidão, corporações de ofício e emprego”. Logo, a cada época e em cada sociedade o trabalhado é considerado de uma forma diferente, com tratamento jurídico e moral referente às realidades e valores em que se insere.

Barros (2010, p. 85) tece as seguintes considerações acerca da legislação trabalhista no Brasil:

Por longo tempo, a orientação da legislação do trabalho no Brasil e na América Latina, em geral, também caracterizou-se pelo garantismo dispensado pelo Estado, com restrições das relações coletivas, e as modificações havidas foram no sentido de aprofundar essa tendência, em virtude de razões políticas, econômicas e ideológicas. Sob o prisma político, o Estado alia-se ao proletariado que surgia com o deslocamento do poder das oligarquias rurais para as classes médias urbanas. Em favor desse proletariado editou-se uma legislação generosa para a época, com a recomendação de que sua proteção deveria vir do Estado, não dos sindicatos, que eram hostilizados porque não podiam ser controlados pelo poder público. Por outro lado, visando a fomentar a indústria, o Estado ofereceu proteção laboral paralelamente à proteção econômica concedida ao empregador. Associadas a esses fatores, a doutrina social cristã e socialista e as

convenções internacionais da OIT também influenciaram essa legislação garantista, asseguradora de condições mínimas de trabalho.

A partir de tais apontamentos, pode-se dizer que a legislação trabalhista brasileira possui raízes numa ideia pela qual o Estado decide intervir nas relações de trabalho buscando abranger dois aspectos antagônicos: a proteção dos trabalhadores, estabelecendo direitos e garantias, e, a proteção do empregador no que se refere à ordem econômica. Isso porque, antes dessa intervenção estatal, a proteção dos trabalhadores era oferecida pelos sindicatos, nos quais o Estado não possuía poder de controle, estando a mercê dos próprios a própria economia, como também, incapazes de assegurar com plenitude e igualdade os direitos de seus tutelados.

No contexto da vulnerabilidade do empregado perante o empregador e o garantismo jurídico que o Estado passou a oferecer ao lado mais fraco das relações de trabalho, Paulo e Alexandrino (2005, p. 06) explanam:

Observamos que se trata de uma situação em que a realidade social conformou o Direito. O fato subjacente e iniludível foi o enorme abismo econômico existente entre trabalhadores e empregadores. Nessa situação, de imensa superioridade econômica destes últimos sobre aqueles, o Direito produzido pelo Estado incumbiu-se de proteger o lado economicamente mais fraco. Dessa forma, **o Direito do Trabalho surgiu como um instrumento capaz de assegurar uma superioridade jurídica ao empregado, a fim de compensar sua inferioridade econômica**. A função precípua mais evidente do Direito do Trabalho é de proteção. Afirma-se que "o Direito do Trabalho surgiu como uma proteção jurídica àquele que era mais fraco economicamente", visando a compensar essa desigualdade econômica por meio de um correspondente e inversamente proporcional desigualamento jurídico. (grifos do autor).

Pode-se dizer, a partir das lições assinaladas que os direitos dos trabalhadores são fruto do cenário que vislumbra a inferioridade econômica do empregado face ao empregador. Em outras palavras, o Estado chama para si o dever de proteger os trabalhadores, visto a vulnerabilidade destes perante os empregadores, de modo a estabelecer normas garantistas que se firmam no ideal de igualdade e justiça social.

No que tange aos direitos dos trabalhadores estabelecidos na Constituição Federal de 1988, Bastos (1999, p. 204) esclarece:

Esses direitos dizem respeito tão-somente àqueles que mantêm um vínculo de emprego. São os destinados a proteger a relação de trabalho contra uma profunda desigualdade, que resultaria da não-observância de preceitos mínimos destinados a compatibilizar a função laboral com a dignidade e o bem-estar do indivíduo. A Constituição cuida desses direitos mínimos no art. 7º, deixando claro que protegem tanto os empregados urbanos quanto os rurais.

Abstrai-se dessa citação que os direitos dos trabalhadores elencados na Constituição Federal de 1988 derivam do reconhecimento da desigualdade presente nas relações de trabalho, nas quais o empregado, como parte vulnerável dessa relação, passam a ter uma proteção que visa assegurar a sua dignidade e bem-estar.

Com efeito, o poder econômico dos empregadores coloca os empregados numa posição inferior e que impreterivelmente gera ao Estado o dever de tutela. Porém, essa proteção paternalista e garantista que envolve o Direito do Trabalho tem passado por modificações num sentido de ao mesmo tempo em que se proporciona a dignidade do trabalhador, voltada ao bem-estar social, também possa assegurar ao empreendedor condições de se manter no mercado capitalista. Nesse escopo, destacam-se as lições de Barros (2010, p. 86):

A flexibilização no campo do trabalho, historicamente, tem sido uma reivindicação empresarial identificável com uma explícita solicitação de menores custos sociais e maior governabilidade do fator trabalho. Para a realização dessa reivindicação, reclama-se uma flexibilidade normativa, que poderá ser atingida sob o prisma legal, regulamentar e convencional, mas assegurando-se garantias mínimas ao empregado. **A flexibilização** teve dois momentos históricos: **o primeiro** coincide com o chamado “direito do trabalho da emergência” e corresponde a um processo temporário; **o segundo** coincide com a “instalação da crise” e corresponde a reivindicações patronais permanentes. (grifos do autor).

Nota-se que a rigorosidade dos direitos dos trabalhadores, por vezes, passam a engessar o desenvolvimento econômico, pois tais direitos encarecem fortemente os processos que exigem as relações de trabalho. Dessa forma, torna-se uma reivindicação empresarial certa flexibilização do Direito do Trabalho, de modo que

assegure as garantias mínimas do empregado ao mesmo tempo em que torne possível não apenas a manutenção das empresas no mercado, mas também o seu desenvolvimento. Nesse contexto, Barros (2010, p. 87) aponta alguns avanços como flexibilização interna, por exemplo, na mobilidade funcional e geográfica na empresa, a possibilidade do trabalho em regime de tempo parcial e a suspensão do contrato, prevista no art. 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho; na flexibilização externa, tem-se a criação do FGTS, que retira a estabilidade do emprego, os subcontratos, os trabalhos temporários, entre outros.

Com efeito, algumas situações de flexibilização dos direitos dos trabalhadores são encontradas, inclusive, na Constituição Federal de 1988, com o intuito de assegurar a compatibilização entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Nesse sentido, Bastos (1999, p. 133) assevera que “o livre empreendedor, aquele que se arriscou lançando-se no duro jogo do mercado, também tem que ter seu valor reconhecido, não podendo ser massacrado pelas mãos quase sempre pesadas do Estado”.

Paulo e Alexandrino (2005, p. 08-09) analisam a proteção estatal do trabalhador “de cunho paternalista, fortemente intervencionista, impregnado de normas impositivas e indisponíveis” como ultrapassada, inclusive com inovações advindas na Constituição Federal de 1988, como o reconhecimento da negociação coletiva, e afirmam:

O resultado dessa realidade é a inexorável constatação de que não adianta criar-se um sistema trabalhista utópico, em que sejam previstos maravilhosos benefícios aos empregados, fora da realidade mundial, se, com isso, resultar impossibilitada a competitividade das empresas do país em que houver sido adota tal sistema descompassado com a realidade. A consequência para os trabalhadores acabaria sendo o gozo dos inúmeros benefícios previstos nas leis de seu país, mas o desemprego ou a necessidade de submissão a relações informais de trabalho, uma vez que as empresas não suportariam o ônus do emprego formal, que as alijaria do mercado global.

Fato inerente às palavras supra apresentadas é a denominada globalização. Tendo em mente que na atualidade as relações de mercado ultrapassam as fronteiras dos Estados, as condições de competitividade são imprescindíveis para a

sobrevivência das empresas. Desse modo, um País que não admite flexibilizações nos direitos dos trabalhadores corre o risco de incorrer em altas taxas de desemprego, o que reflete em retrocesso social e econômico. Um sistema utópico de direitos trabalhistas, na época atual, é incoerente com a realidade e pode acabar resultado em prejuízos diretos aos próprios trabalhadores.

A ideia em comento também é analisada por Beltran (2009, p. 67) da seguinte forma:

Em escala que chega a surpreender pela rápida evolução dos temas, inúmeras questões antes sequer imaginadas, passaram a frequentar a pauta do Direito do Trabalho. Como é notório, as quadras evolutivas do Direito como um todo, o aprofundamento do estudo das chamadas novas gerações do Direito, atingiram também, como decorrência de outros fatores, o próprio Direito do Trabalho. Em tal contexto concorreram a evolução dos sistemas produtivos; a globalização econômica; a acirrada competição dos mercados integrados; o desenvolvimento tecnológico; a rapidez da comunicação pelos sistemas eletrônicos, por voz e por imagem; o teletrabalho; as diversas formas de trabalho à distância; o trabalho com centro de controle remoto; as novas modalidades de subordinação jurídica; a parassubordinação, etc.

A partir das considerações desse autor é possível constatar que a grande maioria das normas que regem o Direito do Trabalho foi elaborada anteriormente a uma série de novos fatos que se fazem presentes na atualidade. Tais fatos, ou fatores, como anuncia o autor, criam um novo cenário que ensejam ajustes normativos fundamentais no âmbito trabalhista. As inovações tecnológicas, as evoluções nos processos produtivos, a globalização econômica, os desenvolvimentos no campo da comunicação, são apenas exemplos que entram nesse contexto e que torna incompatível a rigidez do Direito do Trabalho.

É de advertir que esta pesquisa não condena os direitos dos trabalhadores, mas sim, procura demonstrar a necessidade de inovações normativas que possam se adequar às novas realidades. Nesse sentido, destacam-se as seguintes informações de Barros (2010, p. 88):

Situa-se aqui a hipótese de redução salarial prevista na Constituição de 1988 (art. 7º, VI), mediante convenção ou acordo coletivo, como também de majoração da jornada de seis horas para turnos ininterruptos de revezamento, sempre mediante negociação coletiva (art. 7º, XIV). **A flexibilização traduz** aqui uma forma de adaptação das normas trabalhistas às grandes modificações verificadas no mercado de trabalho. Até nessa hipótese de **flexibilização**, os limites mínimos previstos nos diplomas constitucionais e internacionais devem ser respeitados, mesmo porque os direitos trabalhistas integram o rol dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. (grifos do autor).

A hipótese de flexibilização das leis trabalhistas apontada por essa autora está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, VI e XIV. A autora ainda ressalta que ainda que possa haver qualquer tipo de flexibilização no Direito do Trabalho, é imprescindível que se obedeça os limites estabelecidos constitucionalmente e também nos diplomas internacionais os quais o Brasil faça parte.

Nesse sentido, é possível denotar a Medida Provisória nº 680, de 06 de julho de 2015, que ao instituir o Programa de Proteção ao Emprego, permite algumas hipóteses de flexibilização das leis trabalhistas, como a redução da jornada de trabalho com a redução proporcional do salário, conforme dispõe seu art. 3º. Destaca-se o art. 1º dessa norma, que se apresenta nos seguintes termos:

Art. 1º Fica instituído o Programa de Proteção ao Emprego - PPE, com os seguintes objetivos:

- I - possibilitar a preservação dos empregos em momentos de retração da atividade econômica;
- II - favorecer a recuperação econômico-financeira das empresas;
- III - sustentar a demanda agregada durante momentos de adversidade, para facilitar a recuperação da economia;
- IV - estimular a produtividade do trabalho por meio do aumento da duração do vínculo empregatício; e
- V - fomentar a negociação coletiva e aperfeiçoar as relações de emprego.

Parágrafo único. O PPE consiste em ação para auxiliar os trabalhadores na preservação do emprego, nos termos do inciso II do caput do art. 2º da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990.

A leitura do dispositivo em comento demonstra que a proteção aos trabalhadores inclui, por vezes, certa retração, sem que, contudo, isso possa ser diagnosticado como um retrocesso. Na verdade, o antagonismo constante entre o capitalismo e o ideal de

bem-estar social exige a implantação de medidas que possam gerar equilíbrio suficiente para assegurar o emprego, a conservação das empresas e, inclusive, condições de desenvolvimento. Desse modo, o Programa de Proteção ao Emprego propõe restrições aos direitos dos trabalhadores, como a redução da jornada e proporcional redução dos salários, fomentando a negociação coletiva, preservando os empregos no momento de crise econômica, favorecendo a recuperação da economia e favorecendo a duração do vínculo empregatício.

Por certo, verifica-se que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa devem caminhar juntos, em prol de um equilíbrio suficiente para assegurar os direitos mínimos dos trabalhadores e condições favoráveis de desenvolvimento econômico e social. Especialmente em momentos de crise econômica, a flexibilização do Direito do Trabalho se faz essencial tanto para o lado dos trabalhadores como para os empreendedores, materializando a proteção estatal advinda dos fundamentos da República dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 é o documento normativo que vigora no Estado brasileiro de maior supremacia. Seus comandos se mostram, portanto, de obediência obrigatória, inclusive o que tange aos princípios constitucionais. Dentre os princípios constitucionais, para esta pesquisa, se destacaram os fundamentos da República federativa do Brasil dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana. Frisa-se que tais fundamentos adentram como princípios da ordem econômica do país.

A partir disso, verificou-se que os fundamentos da República Federativa do Brasil, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, constituem-se como valores reconhecidos como base do Estado, servindo-se de princípios para a elaboração e aplicação das demais normas. Os fundamentos da República representam, assim, os pilares em que o Estado deve se estabelecer, no tipo de sociedade em que se pretende construir.

Constatou-se, nesse contexto, que a livre iniciativa, estabelecida como um dos fundamentos do Estado é tido como uma liberdade pública, não qual o Estado não pode impedir o exercício.

Contudo, o exercício desse direito é concebido num contexto que abrange a coletividade, isto é, trata-se de uma faculdade de criar e explorar atividade econômica, porém, sem desconstituir outros direitos, como os que se referem aos valores sociais do trabalho, a fim de possibilitar que a justiça social seja materializada, assegurando, assim, a existência digna dos envolvidos.

Ademais, pôde-se constatar que as ideias que consubstanciam os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como fundamentos da República e princípios da ordem econômica, não se anulam. Pelo contrário, devem ser considerados e interpretados como vetores a serem aplicados concomitantemente e em busca de um equilíbrio entre a proteção dos direitos dos trabalhadores e a proteção do empreendedorismo, este, por sua vez, essencial para o desenvolvimento do Estado e também do bem-estar social.

Por conseguinte, considerando os fundamentos da República Federativa do Brasil, as ideias da livre iniciativa e dos direitos dos trabalhadores se relacionam de forma direta e inter-relacionada, especialmente, porque suas funções e naturezas são dependentes um do outro. Prova disso, é a necessidade de flexibilização do Direito do Trabalho, sobretudo, em momentos de crise econômica como a que o Brasil vivência na atualidade, como pressuposto para manutenção de empregos e logo, priorizando, a qualidade de vida do trabalhador, porém sem deixar de incentivar o investimento do empreendedor, pois desse investimento poderá surgir novos campos de trabalho. Assim, pode-se denotar que deverá haver uma harmonia entre esses dois institutos para que ocorra um devido crescimento econômico, mas sem descartar direitos primordiais a manutenção da paz social.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. rev. e atual. até a EC 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

_____. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 2012.

BELTRAN, Ari Possidonio. **O Moderno Direito do Trabalho: Novas Questões**. In: O Direito Material e Processual do Trabalho dos Novos Tempos. Coordenadores: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcante; PEREIRA, José Luciano de Castilho; FAVA, Marcos Neves. São Paulo: LTr, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed., atual. (em apêndice texto da Constituição Federal de 1988, com as Emendas Constitucionais até a de nº 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**, de 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20 de Outubro de 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm>. Acesso em 25 de Outubro de 2015.

_____. **Medida Provisória nº 680, de 06 de Julho de 2015**. Institui o Programa de Proteção ao Emprego e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv680.htm>. Acesso em 26 de Outubro de 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição; Direito Constitucional Positivo**. 19. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução: PUGLIESI, Márcio. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: ANDRADE, Jackson Pierre de; RODRIGUES, Ricardo Marcelino Palo. São Paulo: Hunter Books, 2014.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. 1. ed. (ano 2003), 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 76/2013. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do Trabalho**. 6. ed., rev. e atual. de acordo com a EC nº 45/2004. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed., rev. e atual. (até a Emenda Constitucional nº 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros, 2013.

VON JHERING, Rudolph. **A Luta pelo Direito**. Tradução: MAKINS, Dominique. São Paulo: Hunter Books, 2012.

SOBRE A TUTELA INTERNACIONAL DO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

*João Angelo Barbosa Lima*⁶⁵

*Caíque Tomaz Leite da Silva*⁶⁶

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: CONTORNOS GERAIS SOBRE A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Difícil, inflexível, extenuante; porém, triunfante. O destino percorrido até hoje em busca da efetiva igualdade de condições, tratamentos e oportunidades àqueles sujeitos com capacidades incomuns, levou-nos a concepções elevadas sobre a natureza humana. O elevado grau de substância histórica e jurídica que revestiu a conquista e evolução dos direitos humanos nos conduziu a

⁶⁵ Discente do 9º Termo do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente/SP. Aluno-monitor de Teoria Geral do Estado e Ciências Políticas. Membro do Grupo de Estudos “Processo e Sistema Interamericano de Direitos Humanos” e “Estado Democrático de Direito: Aspectos políticos, jurídicos e filosóficos”, ambos vinculados ao Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente/SP. Representante na 21ª Competição Anual de Direitos Humanos da American University College of Law (Washington, EUA). Bolsista no programa institucional de Bolsas de Iniciação Científica PIBIC/CNPQ (Toledo). Email: joaoangelobarbosalima@gmail.com

⁶⁶ Doutorando em Direito Público e pós-graduado em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Banca examinadora da American University (Washington-USA). Investigador do Instituto de Direito Penal Económico Europeu (IDPEE). Bolsista do curso de Direito Internacional Humanitário (IGC). Membro do grupo de trabalho encarregado da elaboração do Manual de direitos humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor convidado da pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. E-mail: caique.thomaz@hotmail.com

embates homéricos, sendo a internacionalização destes direitos basilares o princípio de tudo.

Ao longo dos tempos, muito se discutiu sobre os direitos humanos. O tema interessou, ainda, a filosofia, sociologia, política e tantos outros campos de estudo, sendo que,

Embora as efetivas conquistas em nome dos direitos humanos terem influenciado o comprometimento dos Estados⁶⁷ em defenderem esta categoria de direitos e assegurarem, no plano constitucional, sua efetividade, necessário foi, a criação de órgãos internacionais que assegurassem que os Estados-membros, não rompessem com comprometimento e não agissem conforme os interesses privados, assim contemplando o nascimento e evolução dos direitos humanos.

Neste pequeno ensaio, procurou-se garimpar entendimentos jurídicos que, nos tempos atuais, têm gerado profunda controvérsia em sede doutrinária e jurisprudencial no âmbito internacional, principalmente, a partir da reflexão sobre os conflitos de normas internas dos ordenamentos jurídicos que fazem parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Tratou-se, portanto, dos esclarecimentos sobre os direitos das pessoas com deficiência, sustentadas pelos entendimentos jurisprudenciais da Corte Interamericana a respeito da vulnerabilidade deste grupo, bem como a necessidade de uma proteção especial aos direitos, objeto fundamental abarcado pelo trabalho.

O novo conceito e questões guiados pelos Tratados Internacionais⁶⁸ sobre Pessoas com Deficiência; a defesa da identidade pessoal; duração razoável do processo no âmbito

⁶⁷ A título de mera introdução sobre o instituto, contemplamos que Estado (derivado do latim Status – estar firme) significa a situação permanente de convivência e ligada a sociedade política. Para Sahid Maluf, o Estado pode ser considerado como um agrupamento, humanos, estabelecido em determinado território e submetido a um poder soberano que lhe da unidade orgânica, como também é defendido por Clóvis Bevilacqua. Contudo, para os autores Norte-Americanos, o Estado é uma sociedade de homens unidos para o fim de promover o seu interesse e segurança mútua, por meio da conjugação de todas as suas forças. (Maluf, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25ªed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 21 – 23)

⁶⁸ Os instrumentos internacionais de proteção que operam nos planos tanto global como regional, em suma, se complementam e se reforçam mutuamente, em benefício último dos seres humanos protegidos. (CANÇADO TRINDADE, Antônio. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, p.223).

internacional; direito a um projeto de vida igualitário, dentre outros; se apresentaram como fundamento supremo da pesquisa, enfatizando-se todas as questões pertinentes para uma sustentação concreta das teses expostas.

2 SOBRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: PREMISSAS

Com a internacionalização dos direitos humanos⁶⁹, os sistemas regionais ganharam vitalidade⁷⁰ para propagar sua legitimidade⁷¹ nos continentes, tendo-se em vista que a proteção global só ocorreria de maneira efetiva se fossem compartilhadas, divididas as funções tuteladoras de direitos humanos.

Então, como ponto de partida⁷² sobre o estudo do sistema interamericano, o conhecimento prévio sobre o seu surgimento,

⁶⁹ Celso Lafer lembrando Danièle Locachak, realça que os direitos humanos não traduzem uma história linear, não compõe a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma perda de antemão, mas a história de um combate. (Lafer, Celso. *Prefácio ao Livro Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Flávia Piovesan, São Paulo: Saraiva, 2006, p.22).

⁷⁰ Numa visão mais humanística, João Herkenhoff preleciona que o Direito sirva a pessoa humana, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade mais justa, ao resgato do humanismo num mundo que, sem a nossa consciência e vigilância, será cada dia mais insípido, frio e desumano. (HERKENHOFF, João Baptista. *O direito processual e o regaste*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997, p. 153).

⁷¹ Robert Alexy, num aprofundamento filosófico, utilizando, inclusive, os pensamentos de Habermas, para a legitimação dos Direitos fundamentais, realça: " O argumento do consenso forma um elemento central de fundamentação de um sistema de direitos de Habermas. Este formula o objetivo de sua fundamentação como segue: " Esse sistema deve conter, rigorosamente, os direitos fundamentais que os cidadãos devem conceder-se reciprocamente, se eles querem regular legitimamente sua convivência em comum com os meios do direito positivo. A legitimidade do direito é vinculada, com isso, a aprovação universal. Isso corresponde ao princípio do discurso mencionado no início, que diz rigorosamente, são validas e, por conseguinte, legítimas as normas de atuação, que todos os possivelmente afetados como participantes em discursos racionais poderiam aprovar". Da união desse princípio com a forma do direito devem, segundo Habermas, resultar do princípio democrático e um sistema de direitos como dois lados de uma matéria" (ALEXY, Roberto. *Direito Razão e Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 121).

⁷² HUERTA, Mauricio Ivan del. *La jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en matéria de responsabilidad internacional del Estados por actos legislativos: Un ejemplo de desarrollo jurisprudencial significativo*. In: LEÃO,

desenvolvimento e legitimação perante o mundo jurídico, levando em conta a declaração da responsabilidade internacional dos Estados, garantindo uma consequência, caso resultasse num descumprimento de uma obrigação primária⁷³, sem prejuízo de relevância sobre a questão da soberania⁷⁴, sendo objeto pacificado na doutrina⁷⁵ e na própria Corte Interamericana⁷⁶. Desse modo, após o surgimento dos sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos e a certificação da responsabilização internacional do Estado, bem como outras questões tratadas no decorrer do trabalho, surgiram-se os principais instrumentos que legitimavam os poderes destes, tais quais, no âmbito interamericano a Convenção Americana de Direitos Humanos no continente americano; Convenção Europeia no continente europeu e, por fim, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos no continente africano, sendo que apenas o primeiro sistema regional foi o que nos interessou no momento.

A Corte e a Comissão Interamericana, as quais compõem os principais órgãos do Sistema Regional Interamericano, são responsáveis pela avaliação da efetividade dos compromissos que os Estados-partes pactuaram⁷⁷. O primeiro, por sua vez, possui um

Renato Zerbini (coord.) Os rumos do Direitos Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor. p. 478

⁷³ Neste caso, o autor retratou que, em matéria de direitos humanos, os Estado assumiriam uma obrigação geral de respeito e garantia aos Direitos Humanos

⁷⁴ A respeito, eleva-se a afirmação do Secretário Geral da Nações Unidas, no final de 1992: " Ainda que o respeito pela Soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania. (...) Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional. (Boutros – Ghali. *Empowering the United Nations, Foreign Affairs*, vol.89,1992/1993, p.98-99, apud Henkin et. al., *International Law - Cases and Materials*, p.18)

⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional por violação de direitos humanos: Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.20.

⁷⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1998, série C, n.04, pars.169 e 173.

⁷⁷ Quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de limitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise, perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, torna-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional

caráter jurisdicional, importando na confecção de sentenças contra os Estados-membros que tenham violado alguma norma da Convenção Americana; O segundo órgão, por outro lado, possui a função de promoção dos direitos humanos, através das análises e recebimentos das petições⁷⁸ que contenham supostas violações⁷⁹, sendo incumbida de resolver amistosamente.

Indispensável se fez, para uma segunda apreciação crítica acerca dos aspectos do sistema regional interamericano, o esclarecimento sobre a sua natureza jurídica⁸⁰. Todos os Sistemas Regionais de Direitos Humanos atuam em defesa dos Direitos Humanos⁸¹, de forma que resultem num mecanismo⁸² de monitoramento dos compromissos assumidos pelos Estados-membros⁸³.

dos direitos do homem. (Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 30)

⁷⁸ A partir do caso *Loaysa Tamayo versus Perú*, a Corte Interamericana passou a diferenciar os relatórios emitidos pela Comissão Interamericana, sendo que de dois, o primeiro não seria vinculante por não ser definitivo, e o segundo teria que ser cumprido pelo Estado, com base na boa-fé.

⁷⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Sentença de 02 de fevereiro de 2001, série C, n.72, pars. 189-193

⁸⁰ O Sistema Interamericano possui natureza jurídica de mecanismo (ou sistema) regional suplementar de proteção internacional dos direitos humanos. Portanto, é um mecanismo de monitoramento dos compromissos assumidos pelos Estados-membros da OEA na matéria de direitos humanos. (Teixeira, Jonatas Eduardo Batista Martins. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Um mecanismo regional suplementar de proteção internacional dos direitos humanos*. 2011. p. 143).

⁸¹ O reconhecimento dos direitos humanos deve baixar dos espaços ideais e materializar-se ao res do chão, para que a sua predestinação se faça objetiva e integralmente cumprida, configurando-se em real prestimosidade na proteção do homem perseguido pela injustiça. (Carvalho, Júlio Marino de. *Os Direitos Humanos no tempo e no espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história*. Brasília: Brasília, 1988, p. 326).

⁸² Sikkin asseverava que o Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pela qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados. E ainda acrescenta: " Os direitos individuais básicos não são do domínio exclusivo do Estado, mas constituem uma legítima preocupação da comunidade internacional. (Sikkin, Kathryn. *Human Rights, Principled issue- networks, and Sovereignty in Latin American*, In: *International Organizations, Massachusetts, IO Foundation e Massachusetts Institute of Technology*, 1993, p. 413 e 441).

⁸³ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

Em suma, os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos podem ser compreendidos pelo aspecto regional e suplementar, de maneira que sua atuação esteja limitada ao esgotamento dos recursos internos, bem como o limite continental-geográfico, concebidos, por fim, a promoção e proteção e promoção dos direitos humanos.

3 DA TUTELA JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: LIMITES E POSSIBILIDADES

3.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS CONCERNENTES AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A questão do estudo dos tratados internacionais⁸⁴, sob prisma da tutela jurídica das pessoas com deficiência, serviu, a todo o instante, como porto seguro para qualquer avanço conceitual ou sistemático que foi feito.

Considerando a universalidade dos direitos humanos⁸⁵, cuja mentalidade foi inserida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e reafirmada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993), demonstraram-se frutos da continua batalha pelo

⁸⁴ Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos (REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.38); Numa outra visão, de caráter complementar, compreendeu-se que os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sun servanda*), constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. (PIOVESAN. Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.43)

⁸⁵ Sobre a questão da universalidade dos direitos humanos, ver, entre muitos outros: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 1998, págs. 15 e ss; ANDRADE, Vieira de. *Os Direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1726*, Coimbra, 1983, págs. 10 e ss; C.A. Dushee de Abranches. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, 1964, págs. 13 e segs; SZABO, Imre. Fundamentos históricos e desenvolvimento dos direitos do homem, in: *As dimensões internacionais dos direitos do homem*, UNESCO, 1983, págs. 15 e segs; SUDRE, Frederic. *Droit Interanational et Européen des Droits de l'Homme*, PUF, 1969, págs. 20 e segs; EIDE, Asbjorn, *Protection Internationale des Droits de l'Hoome*, Conselho da Europa, 1989, págs. 7 e segs; E. Garcia de Enterría, E Linde, L.I Ortega e M Sanchez Moron. *El Sistema Europeo de Proteccion de los Derechos Humanos*. 2ª ed., Civitas, Madrid, 1983, págs. 28 e segs.

valor da vida e dignidade da pessoa humana, principalmente no pós – guerra.⁸⁶

Em seguida, caminhando para horizontes clássicos, despertaram-se as Convenções nº111⁸⁷ e 159 que tratavam de questões ligadas a situação da pessoa com deficiência no trabalho, levantando algumas questões delicadas, merecendo uma proteção especial⁸⁸.

A Convenção de Guatemala, ora conhecida como a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência⁸⁹, trouxe um aspecto inverossímil, fundamentador de que as pessoas portavam certo tipo de especialidade incomum.

A despeito, surgiram tantos outros Tratados⁹⁰, como a Declaração das Pessoas com Deficiência Mental (1971); Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (1975); Normas

⁸⁶ Foi neste cenário que se vislumbrou o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. (Piovesan, Flávia. PIOVESAN. Flávia. *A responsabilidade do Estado na consolidação na cidadania*. In: Temas de direitos humanos. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37)

⁸⁷ Convenção da OIT que versa sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, foi um dos primeiros instrumentos que abriram o entendimento de igualdade de condições, independente de características naturais ou potencialidades.

⁸⁸ Cfr. Caso do Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações.

Sentença de 30 de novembro de 2012 Série C No. 259, par. 187.

⁸⁹ O conceito trazido neste documento internacional, com meramente enfoque restritivo sobre a deficiência das pessoas, sendo suas portadoras e, inspirado em Convenções anteriores (como a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965), envolveu toda distinção, exclusão ou restrição baseadas na deficiência, que tenha por efeito ou objetivo, impedir ou obstar o exercício pleno de direitos. (Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37)

⁹⁰ Numa acertada visão de J. A. Lindgren Alves: " Com a adesão aos dois Pactos Internacionais da ONU, assim como o Pacto de São José no âmbito da OEA, em 1992, e havendo anteriormente ratificado todos os instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria, o Brasil já cumpriu praticamente todas as formalidades externas necessárias a sua integração ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Internamente, por outro lado, as garantias aos amplos direitos entronizados na Constituição de 1988, não passíveis de emendas e, ainda, extensivas a outros decorrentes de tratados de que o país seja parte, asseguraram a disposição de Estado democrático brasileiro de conformar-se plenamente as obrigações internacionais por ele contraídas. (*Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Editora Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994, p. 108

de equiparação de oportunidades (1993); Declaração de Salamanca (1994); Carta para o terceiro milênio (1999); Declaração de Washington (1999); Declaração Internacional de Montreal (2001); Declaração de Madri (2002)⁹¹; Declaração de Caracas (2002) e Declaração de Sapporo (2002)⁹².

Mas, foi com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que o tema atingiu seu apogeu⁹³, surgindo como resposta da comunidade internacional ao longo histórico de discriminação⁹⁴, exclusão e desumanização das pessoas com

⁹¹ Instrumento europeu responsável em reafirmar a deficiência como uma questão de Direitos Humanos, salientando o combate à discriminação e a promoção de ações afirmativas, resultantes da inclusão social. Outras questões foram levantadas, como: Pessoas com deficiência querem oportunidades iguais e não uma caridade da sociedade; As barreiras que a sociedade impõe, conduzem a plenitude da discriminação e a exclusão social deste grupo vulnerável, dentre outras questões.

⁹² Importante instrumento internacional que traça vários direcionamentos para a resolução de problemas na tutela jurídica do ordenamento jurídico interno, possuindo um resquício filosófico sobre as pessoas com deficiência.

⁹³ A convenção adotou uma terminologia mais adequada para o tema: Pessoa com deficiência. Contudo nas Constituições anteriores era se utilizado o termo "portadora", se referindo a alguém que carregava consigo alguma coisa, como se a deficiência não fosse algo da pessoa, mas algo que está com a pessoa. Então, a convenção decidiu chamar esse grupo vulnerável de "pessoas com deficiência", ganhando relevância interamericana. Há uma simbologia importante no novo tratamento. A deficiência passa a ser parte da pessoa, integrando-se a ela, e não algo que estava perto em virtude de posse ou portabilidade. Ela não carregava; ela é. Mas, antes de tudo, é uma pessoa. (ARAUJO, Luiz Alberto David. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil. In: Manual dos direitos das pessoas com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p.54)

⁹⁴ A história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência compreende quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência em que a deficiência simbolizava impureza, pecado, ou mesmo um castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma "doença a ser curada", sendo o foco centrado no indivíduo "portador da enfermidade"; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. Isto é, nessa quarta fase, o problema passa a ser a relação do indivíduo e do meio, este assumido como uma construção coletiva. Nesse sentido, esta mudança pragmática aponta aos deveres do Estado para remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e

deficiência. Foi, portanto, inovadora em inúmeros aspectos, tendo sido o documento internacional mais efetivo no campo da negociação internacional com os países do século XXI, reconhecendo, em suma, que todas as pessoas têm o direito de alcançar de forma plena o seu potencial enquanto ser humano.

3.2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA INTERAMERICANO

Não raras vezes, os obstáculos relacionais⁹⁵ consolidados em certas sociedades, seja mediante a ausência de políticas públicas, seja mediante a conservação duradoura da consciência coletiva⁹⁶, podem gerar grave lesão e obstrução ao processo de evolução das pessoas com deficiência.

Cumprе salientar que a definição⁹⁷ trazida pela Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas contras pessoas portadoras de deficiência, se mostrou extremamente insólita⁹⁸, uma vez que a carga conceitual⁹⁹, normativa e tutelatória da Convenção

participação. (Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 277-278)

⁹⁵ De acordo com os entendimentos elencados na Declaração de Madri (2002), as pessoas com deficiência assumem uma condição de cidadãos invisíveis, em razão deste grupo vulnerável serem esquecidos e ignorando, influndo na formação e resultando na perpetuação de barreiras que impeçam a participação destes nas sociedades contemporâneas.

⁹⁶ A conservação da sociedade implica em maiores discriminações e ausências de ações afirmativas relativas aos grupos vulneráveis, tais quais as pessoas com deficiência, eclodindo numa maior dificuldade em se garantir, democraticamente, a partição destes na sociedade e de se auto afirmarem, enquanto a sua identidade como ser social e político.

⁹⁷ A presente convenção define o termo “ deficiência” como uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

⁹⁸ Ricardo Tadeu já alertava que o conceito em questão se demonstrava inapropriado e arcaico, sendo que a Convenção de Guatemala já tinha sinalizado no sentido desse avanço, ao definir pessoa com deficiência utilizando aspectos clínicos e sociais, de forma genérica. (*O novo conceito constitucional da pessoa com deficiência: Um ato de coragem*. In: Manual das pessoas com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20)

⁹⁹ A supracitada convenção traz que as pessoas com deficiência são aquelas que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

sobre o direito das pessoas com deficiência se mostrou mais vigoroso e progressista¹⁰⁰, à medida que inseriu nas sociedades uma nova consciência sobre a proteção das pessoas com deficiência¹⁰¹. Notou-se, pela nova estrutura conceitual, a existência de traços democráticos¹⁰², constitucionais e avançado.

Sob este prisma, a Corte observou que nas supracitadas convenções, tem-se um padrão para atingir uma noção do que seja a pessoa com deficiência, contudo, o ângulo para se atingir a real e precisa noção surge a partir da constatação de que a pessoa com deficiência não pode ser definida, tratada ou estudada, meramente só pela constatação de uma doença, seja ela física, mental, intelectual ou sensorial, mas tão somente quanto a sua interrelação com a sociedade, representada pela superação de barreiras ou limitações que impeçam sua auto afirmação enquanto sujeito de direitos ou obscureçam o brilhoso valor da dignidade humana.¹⁰³

¹⁰⁰ Nas palavras de Cançado Trindade: “ O critério da primazia da norma mais favorável as pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados internacionais de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de “ conflitos” entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados). (...) Contribui, em terceiro lugar, para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção”. (A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos Direitos Humanos. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, jul/dez. 1993, p. 52-53)

¹⁰¹ Nesta diapasão, Flávia Piovesan esclarece que o texto apresenta uma definição inovadora de deficiência, compreendida como toda e qualquer restrição física, mental, intelectual ou sensorial, causada ou agravada por diversas barreiras, que limite a plena e efetiva participação na sociedade. A inovação está no reconhecimento explícito de que o meio ambiente econômico e social pode ser causa ou fato de agravamento de deficiência. A própria convenção reconhece ser deficiência um conceito em estruturação, que resulta da interação de pessoas com restrição e barreiras que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade com os demais. Vale dizer, a deficiência deve ser vista como resultado de interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo.” (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 279).

¹⁰² Nota-se que, pela novo sistema de conceituação, trazido pela Convenção sobre Direitos das pessoas com deficiência, adota-se um caráter eminentemente democrático, a fim de igualar suas condições com as demais pessoas para que possa existir a real e efetiva participação daqueles na sociedade.

¹⁰³ Num foco sobre os efeitos constitucionais da proteção da dignidade da pessoa humana, assentamos que a consagração da dignidade da pessoa humana no texto

Na mesma precisão técnica e valorativa, a Corte julgou no caso *Furlan e familiares versus Argentina*¹⁰⁴, que toda pessoa que se encontre em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é de vital importância para a satisfação das obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. Ademais, a Corte recordou que não basta que os Estados se abstenham de violar as normas de direitos humanos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas¹⁰⁵, determináveis em função das necessidades de proteção aos sujeitos de direito, seja por sua condição social ou pela situação específica em que se encontre.

A hipossuficiência das pessoas com deficiência¹⁰⁶ foi e é alvo de proteção judicial nacional e internacional, como forma de mantimento dos direitos fundamentais deste grupo vulnerável¹⁰⁷, entendimento ressaltado no caso *James e outros versus Trindad e*

constitucional é o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir seu objetivo supremo, sendo que na relação entre indivíduo e Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e da sua personalidade. O indivíduo deve servir de 'limite e fundamento do domínio político da República', pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado. (Novelino, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Método, 2009, p.348)

¹⁰⁴ Cfr. *Caso Furlan e familiares Vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C No. 246, pars. 132, 133 e 134.

¹⁰⁵ Marcelo Labanca, em acertada fundamentação, notou que não há como exercer o direito à participação sem uma garantia de ausência de obstáculo ao exercício de direitos. E a ideia de ausência de obstáculo está relacionada a ideia de liberdade. (*O Direito das pessoas com deficiência à participação na vida pública e política*. In: Manual dos direitos das pessoas com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 196)

¹⁰⁶ Reconhecer e respeitar os direitos das pessoas com deficiência é, em uma última análise, respeitar o próprio direito a ser tal como se é, sem a necessidade de preencher todos os requisitos de normalidade impostos pela cultura dominante. Significa reconhecer o valor da diversidade, que nos diferencia uns dos outros, e da singularidade, que nos faz sermos todos e cada um de nós insubstituíveis. (CERIGNONI, Francisco Nuncio; RODRIGUES, Maria Paula. *Deficiência: Uma questão política?* São Paulo: Paulus, 2002. p.70)

¹⁰⁷ Os direitos fundamentais tem gerado um modo autônomo de proteção substantiva e processual. Isso se deve, em primeiro lugar, a consciência de que, para superar seu simples caráter declaratório, é necessário ressaltar os instrumentos para a sua realização efetiva. Da mesma forma, esses direitos estão vinculados a uma urgência existencial do indivíduo, do grupo e da sociedade, pelo que supõe um tempo próprio e distinto daquele contemplado nas formas tradicionais de ação e de proteção substantiva. (Lorezenti, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 142).

Tobago¹⁰⁸. No Sistema Europeu, o caso *Alajos Kiss versus Hungria*¹⁰⁹, se mostrou altamente eficaz ante ao fundamento exposto, considerando que ficou entendido que em medidas desproporcionais do Estado que repercutam em um grupo vulnerável da sociedade não é legítimo, pois dificulta a transposição de barreiras interrelacionais.¹¹⁰

A Corte Interamericana, no caso *Atalla Rifo e crianças versus Chile*¹¹¹, decidiu que o Direito e o Estado devem auxiliar no avanço social, caso contrário corre-se o risco de não só legitimar, mas como de consolidar, distintas formas de discriminações violadoras dos direitos humanos. Igualmente no caso *Nadege Dorzema versus República Dominicana*¹¹², onde a Corte rememorou que o direito internacional dos direitos humanos não apenas proíbe políticas públicas e práticas deliberadamente discriminatórias, mas também se estende a àquelas cujo impacto seja discriminatório contra certas categorias de pessoas, ainda quando não se possa provar a intenção discriminatória.

¹⁰⁸ No entendimento de Cançado Trindade, cabe ao Estado estabelecer as bases jurídicas para a construção de uma ordem pública interamericana de observância e salvaguarda dos direitos humanos. (Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso James e outros vs. Trinidad e Tobago, Resolução em medidas provisórias*, voto concorrente de Antônio Augusto Cançado Trindade, p. 7 – 8)

¹⁰⁹ Neste caso, a Corte Europeia entendeu, por unanimidade, a proibição absoluta violava o direito a realização de eleições livres, previsto no art. 3 do Protocolo n.1 a Carta Europeia de Direitos Humanos segundo o qual os Estados-partes comprometeram-se a “realizar eleições livres em intervalos razoáveis, por voto secreto, em condições que garantam a livre expressão da opinião do povo na eleição das legislaturas”. Além disso, a corte fez uma importante afirmação dos pressupostos da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Temos, portanto, nessa decisão, um forte precedente a favor da inclusão da pessoa com deficiência mental a sociedade. Temos, mais que isso, a invalidação do estabelecimento genérico da deficiência na lei; desconsiderando o contexto que envolve as pessoas e suas capacidades.

¹¹⁰ Assim, conforme o exposto, a ideia construída de que a participação das pessoas com deficiência não pode ser afastada da teoria dos direitos fundamentais, é conexa com a legitimação da participação na vida privada, pública e política, sendo que apenas haverá o correto exercício destas, se houver meios e acessos capazes de viabilizar o exercício dos direitos de forma livre.

¹¹¹ Cfr. *Caso Atala Rifo e criança versus Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012, série C, n. 239, pars. 119 e 120*

¹¹² No entender da Corte Interamericana, os Estado serão internacionalmente obrigados a adotar as medidas que forem necessárias para se fazerem efetivos os direitos estabelecidos na Convenção Americana, a tal ponto que devem tender, peremptoriamente, a enfrentar manifestações intolerantes e discriminatórias, com o fim de evitar a exclusão ou negação de uma determinada condição.

Por todo o exposto, é obrigação dos Estados promover a inclusão das pessoas com deficiência, por meio da promoção da igualdade de condições, oportunidades e participação em todas as esferas da sociedade, sob a razão e finalidade de garantir que as dificuldades e limitações relacionais sejam superadas. Portanto, é necessário que os Estados promovam práticas de inclusão social e adotem medidas positivas para enfrentar os problemas expostos, pois trata-se de um problema político e não filosófico¹¹³.

Eis o painel da celeuma. Passemos aos fundamentos.

3.2.1 A duração razoável do processo internacional: A situação de reivindicação judicial pelas pessoas com deficiência

Em se tratando da proteção aos direitos humanos das pessoas com deficiência, o estudo da duração razoável do processo internacional se fez questão merecedora de demasiada atenção¹¹⁴, uma vez que a medida processual¹¹⁵ é a ponte que interliga a teoria e a prática. Trata-se, no mais da verdade, de fundamento ligado a situação de reivindicação judicial¹¹⁶ pelas pessoas com deficiência e a necessidade de uma tutela processual efetiva e célere, pilares sustentadores da celeuma.

A Corte aprofundou seus entendimentos a respeito, versando sobre o tratamento e afetação gerada pela vulnerabilidade das partes do processo internacional. O tempo do processo incide,

¹¹³ Bobbio bem relembra que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justifica-los, mas o de protege-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 11)

¹¹⁴ Defendeu-se, nas entrelinhas desta pesquisa, o direito fundamental à duração razoável do processo internacional. A fundamentação gerou entorno dos meios que garantiam a celeridade a sua tramitação, principalmente nos casos de tutela de grupos vulneráveis, onde se necessita de uma resposta efetiva e célere.

¹¹⁵ A ação típica e abstrata apenas poderá constituir um direito capaz de dar efetividade ao direito material, deixando de ser uma mera proclamação retórica, quando permitir ao autor, durante o seu exercício, a utilização de técnicas processuais adequadas à situação concreta. (Marinoni, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2008, p. 288)

¹¹⁶ A temática em questão diz respeito, profundamente, ao direito humano fundamental de ter acesso a justiça, se revelando pela importância de garantir e tutelar outros direitos. (Marinoni, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil constitucional*. In: Didier, Fredie e Jordão, Eduardo Ferreira. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.550)

peremptoriamente, sobre as barreiras interrelacionais, afirmação da identidade pessoal¹¹⁷ e da qualidade da tutela jurídica, a fim de que tudo isso repercuta na participação do indivíduo na sociedade¹¹⁸, dentro do limite da igualdade e justiça.

Tal fundamento é vislumbrado no caso Furlan e familiares versus Argentina¹¹⁹, onde em casos de pessoas com uma situação vulnerável, tal como o é das pessoas com deficiência, necessário se faz tomar as medidas cabíveis, a fim de que se resolve o processo com uma maior eficácia.

3.2.2 O direito a identidade pessoal

No que concerne relativamente aos limites subjetivos, se necessário traçar alguns raciocínios sobre a proteção ao direito a identidade pessoal, posto que as pessoas com deficiência formam um grupo vulnerável, possuindo uma maior dificuldade em se identificarem perante a sociedade, em razão da inexistência de uma conexão efetiva que os interligue com a comunidade social e efetiva.

Sob esse prisma, a Corte decidiu no caso Gelman versus Uruguai¹²⁰, bem como no caso Contreras e outros versus El Salvador¹²¹, que as pessoas têm o direito a uma individualização¹²²

¹¹⁷ Cfr. *Caso González Medina e Familiares Vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito,

Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C No. 240, par. 186; *Caso Gudiel Álvarez ("Diário Militar") Vs. Guatemala*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C No. 253, par. 210, e *Caso Garcia e Familiares Vs. Guatemala*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C No. 258, par. 110.

¹¹⁸ Em uma posição crítica, defendeu-se que o próprio tempo do processo incide na tutela jurídica do grupo vulnerável, a fim de que incida na concretização da transposição das barreiras interrelacionais e discriminações voltadas as pessoas com deficiência. No mais, entendeu-se que o raciocínio, além de *pro homine*, também possui um pano de fundo democrático, a fim de que todos possam decidir os destinos sociais, jurídicos e políticos da sociedade, deixando para trás toda a ideia que leve a uma revolução silenciosa pelos direitos e dignidades das pessoas com deficiência.

¹¹⁹ Cfr. *Caso Furlan e familiares Vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C No. 246, par. 194.

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman versus Uruguay*. Mérito e Reparaciones. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, n. 221, par. 122.

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Contreras e outros versus El Salvador*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de Agosto de 2011. Série C, n. 232, par. 113

na sociedade¹²³, reconhecendo-se que a identidade pessoal está intimamente ligada à pessoa.

A Corte, ainda, reconheceu que este direito é essencial para o desenvolvimento das pessoas, ressaltando-se que a proteção deste, influi substancialmente nos atributos da dignidade humana, se tratando de um direito humano fundamental para as pessoas com deficiência, demonstrando esta proteção um caráter coletivo, que não permite enfoques restritivos.

Isto posto, é de clareza solar que, além da Convenção Americana, os ordenamentos jurídicos internos tutelam o direito a identidade pessoal, ainda mais sobre as pessoas com deficiência, que tem sua identidade ofuscada pelas barreiras interrelacionais, sendo objeto de prévio estudo e análise. Assim, o direito a identidade pessoal é o primeiro passo para a autoafirmação da pessoa com deficiência na comunidade pátria, elevando a sua confiança em transpor tais barreiras e participar ativamente na sociedade.

3.2.3 O direito a um projeto de vida igualitário

A Corte Interamericana, atendendo a necessidade de fornecer fundamentos jurídicos que levassem ao tratamento igualitário das pessoas com deficiência, traçou um panorama jurisprudencial através do caso *Furlan e familiares versus Argentina*¹²⁴, promovendo a promoção integral dos direitos humanos das pessoas com deficiência, considerando suas aptidões, circunstâncias, potencialidades, e aspirações, que lhe permitam estabelecer de uma maneira razoável, certas expectativas de vida.

¹²² Em precisão técnica, Celso Lafer afirma que o individualismo é parte integrante da lógica da modernidade, pois o mundo não é um cosmos – um sistema ordenado – mas sim um agregado de individualidades isoladas que são a base da realidade. (*A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1981, p. 120)

¹²³ Na Declaração de Madri, argumentou-se que as pessoas com deficiência são tratadas como pessoas invisíveis, não possuindo qualquer importância perante o âmbito social ou político. Assim, o direito a identidade pessoal surgiu como uma das ramificações da celeuma, a fim de demonstrar que as pessoas com deficiência não são pessoas invisíveis e possuem uma individualização na sociedade, não sendo encaradas pela sua deficiência em si mesmo, mas sim nas dificuldades relacionais que possuem em razão desta.

¹²⁴ *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de Agosto de 2012. Série C, nº 246, par. 285.

A Corte, afirmou que o dano ao projeto de vida implica numa grave afetação de oportunidades de desenvolvimento pessoal, gerando um tratamento dessemelhante as pessoas com deficiência e violação as normas tutelatórias de direitos humanos, principalmente no que tange ao direito a identidade pessoal.¹²⁵

No caso *Nadege Dorzema e outros versus República Dominicana*¹²⁶, a Corte estimou que uma violação ao direito a igualdade e não discriminação, se produz, também, perante situações e discriminações indiretas, resultados da produção e impacto de normas desproporcionais, bem como ações políticas ou outras medidas que, ainda que pareçam ser neutras em sua essência, produzem efeitos negativos para certos grupos vulneráveis e hipossuficientes¹²⁷.

Em razão da pessoa com deficiência enfrentar barreiras interrelacionais, o dano que afeta o direito a um projeto de vida igualitário, causa reflexos na capacidade de se autoafirmar perante a comunidade, bem como de transpor tais barreiras que impeçam sua evolução, impedindo de evoluir sua relação e gozo de seu próprio entorno pessoal, familiar, social ou político. Assim, a reparação integral do dano que afetou a consciência em ter um projeto de vida igualitário, requer medidas reparatórias que vão além da indenização monetária, direcionando-se ao campo das medidas de reabilitação, satisfação e de não repetição, reconstruindo, por assim dizer, o processo de relacionamento da pessoa com deficiência para com a

¹²⁵ A Corte entendeu que o dano ao projeto de vida pode afetar o desenvolvimento pessoal do sujeito. Transpondo tais raciocínios à prática, é evidente a grave afetação a direito a identidade pessoal, posto que o seu próprio desenvolvimento pessoal seria afetado, eis uma das problemáticas da celeuma, enquanto o processo de tutela das pessoas com deficiência. (*Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de Agosto de 2012. Série C, nº 246, par. 286).

¹²⁶ Cfr. *Caso Nadege Dorzema e outros versus República Dominicana*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de outubro de 2012, série C, nº 251, par. 233

¹²⁷ Deste modo, convém salientar a importância do entendimento exposto, haja visto que mesmo normas, políticas públicas ou medidas que apresentem, em sua essência, como neutras, possam gerar efeitos desproporcionais a certos grupos vulneráveis, podendo até serem consideradas discriminatórias quando não dirigidas especificadamente ao grupo vulnerável, demonstrando, assim, quão delicado é o assunto de políticas públicas, tema que será tratado posteriormente.

sociedade, projetando, por final, a defesa do direito a um projeto de vida igualitário sob o império da lei e da justiça.¹²⁸

A nosso ver, todos possuem um projeto próspero de vida, independentemente de sua condição social, econômica ou política. Contudo, diante da vulnerabilidade das pessoas com deficiência, este direito adquire um destaque pessoal, pois fornece sustento a proteção do direito a identidade pessoal, a preservação da dignidade¹²⁹ das pessoas com deficiência e da celeuma, como forma de legitimar os argumentos expostos.

Eis um aspecto avançado da celeuma e tema sustentador do trabalho, passemos a outros fundamentos.

3.2.4 A importância do caso Damião Ximenes Lopes em matéria de proteção as pessoas com deficiência

A primeira oportunidade da Corte Interamericana de discutir sobre os direitos das pessoas com deficiência, foi no caso Damião Ximenes¹³⁰, o qual constituiu um marco no sistema regional, pois, em sua sentença, inauguraram-se várias diretrizes ao direito à vida, integridade pessoal e dignidade da pessoa deficiente.

O caso se deu no hospital psiquiátrico “ Casa de Repouso de Guararapes”, em Sobral, Ceará. No dia 01 de outubro de 1999, a vítima teria sido internada e, após três dias, foi encontrada morta. A família alegou que Damião foi morto em razão dos maus tratos e

¹²⁸ Cfr. *Caso Almonacid Arellano e Outros versus Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas, Sentença de 26 de Setembro de 2006. Série C. nº 154, parágrafo 124; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penas versus Bolívia*, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de Setembro de 2010, Série C, nº 217, parágrafo 202; *Caso Rosendo Cantú e Outras versus México*, Interpretação da Sentença de Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de maio de 2011. Série C, nº225, parágrafo 219; *Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores versus México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de Novembro de 2010, Série C, nº 220, parágrafo 225.

¹²⁹ Neste direcionamento, numa visão kantiana, percebemos que a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, com um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio dita. (Comparato, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21)

¹³⁰ O caso Damião Ximenes é fruto da denúncia nº 12.237, recebida pela Comissão Interamericana em 22 de novembro de 1999.

agressões que recebeu durante sua internação¹³¹, desrespeitando, deste modo, inúmeros artigos da Convenção Americana.

Isso posto, o Brasil foi acionado perante a Corte Interamericana para prestar contas, sendo, postumamente, condenado no ano de 2007 e as famílias, indenizadas em 29 de junho de 2009, onde houve a condenação dos criminosos, dentre eles médicos e enfermeiros.

O presente caso condenou o Brasil, por não promover recursos que levassem a apuração dos culpados, infringindo, por sua vez, os arts. 4º (direito à vida)¹³², 5º (integridade pessoal)¹³³, 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial). Deste caso, extraiu-se o entendimento de que o direito à vida é um pré-requisito para a existência de outros direitos, não podendo sofrer um enfoque restritivo e devendo o Estado¹³⁴ criar dispositivos que impeçam qualquer ameaça a esses direitos¹³⁵.

Embora o caso Damião Ximenes tenha sido o primeiro a desencadear as discussões sobre a defesa dos direitos das pessoas com deficiência, a política pública ainda está em um avanço lento. Ainda, a obrigação de garantir os direitos humanos não se esgota tão somente com a existência de uma norma dirigida a tal fim, mas

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de outubro de 2006, série C, n. 149, par. 47, 1, "a".

¹³² Cfr. Caso Gudiel Álvarez ("Diário Militar") Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C No. 253, par. 206, e Caso García e Familiares Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C No. 258, par. 107

¹³³ Cfr. Caso González Medina e Familiares Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C No. 240, par. 180; Caso Gudiel Álvarez ("Diário Militar") Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C No. 253, par. 204, e Caso García e Familiares Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C No. 258, par. 106.

¹³⁴ As obrigações erga omnes que tem os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção, e de assegurar a efetividade dos direitos, protegendo seus efeitos para além da relação entre os agentes e as pessoas submetidas a sua jurisdição, pois se manifestam na obrigação positiva de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos nas relações interindividuais. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condicion Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC – 18/03 de 17 de setiembre de 2003, Série A, n. 18, par. 140).

¹³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par. 124, p. 55

também carece de ações governamentais¹³⁶ que assegurem sua observância e o pleno e livre exercício dos direitos humanos.

3.3 AS DIRETRIZES PARA UMA POLÍTICA PÚBLICA INTERNACIONAL POR MEIO DA TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Aspecto prático e de crescimento linear¹³⁷, no que diz respeito às diretrizes para a criação de políticas¹³⁸ públicas. Certo é que essas diretrizes precisam de uma base¹³⁹, uma origem, tais quais se encontram nos direitos humanos.

O fundamento supremo da vertente jurisprudencial da Corte Interamericana, sustentadora de entendimentos mais profundos sobre os direitos humanos, tal qual sobre o direito à vida, em que o Estado não só deve estabelecer normas proibitivas, mas, sobretudo, criar medidas que assegurem a sua observância e reparação, caso haja a violação¹⁴⁰.

¹³⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par.147, p.60

¹³⁷ O renomado ex- ministro do STF, Eros Grau sustentou que as políticas (policies) assemelham-se a uma norma- diretriz e que o contínuo crescimento do Estado-ordenamento e do Estado-aparato induz o surgimento de normas que não definem nem conduta, nem organização, mas resultados diretos que devem ser alcançados por seus destinatários. (GRAU, Eros. *Direitos, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988. p. 130 – 138)

¹³⁸ Para Dworkin, as políticas, são aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado deve ser protegido contra mudanças adversas. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36)

¹³⁹ Em uma atribuição motivadora, Miranda sentencia que: “ O eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurídica dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica. Porém o Estado de Direito acrescenta algo mais, como se sabe. (...) Por definição, os direitos fundamentais, tem de receber, em Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam os direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais ou culturais. (MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais – Introdução geral: Aportamentos das Aulas*. Lisboa: Editado pela universidade de Lisboa, 1999. p. 130)

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par.124, p.55

Na ponderação de Adriana Estigara¹⁴¹ sobre a incidência da decisão do caso Ximenes Lopes nas políticas públicas¹⁴², concomitantemente com a Flávia Piovesan¹⁴³ ao defender as responsabilidades do Estado perante o sujeito de direito.

Foi observado, ainda, que é insuficiente o Estado garantir a não violação do direito à vida, é preciso, pois, adotar medidas necessárias para criar um marco normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida, pressionando o Estado a uma possível condenação internacional, para que, efetivamente, perpetue-se, cada vez mais, o direito absoluto à vida.

Paralelamente ao direito à vida, deu-se um contorno especial às violações à integridade pessoal dos portadores de deficiência, em razão de suas características pessoais¹⁴⁴, aludindo-se que a dor e o sofrimento poderiam se tornar maiores ao serem submetidos a tratamentos humilhantes. Em consonância com os princípios adotados pela ONU¹⁴⁵, todos os pacientes têm direito ao tratamento o menos restrito possível e o mais apropriado à saúde¹⁴⁶, como forma

¹⁴¹ A autora defende que o caso Damião Ximenes é emblemático, a partir do momento em que a Corte Interamericana declara a imprescritibilidade de políticas públicas específicas as pessoas com deficiência mental, reforçando-se o processo de especificação do sujeito de direito em matéria de direitos humanos, um dos componentes essenciais em matéria de responsabilidades do Estado no processo de consolidação da cidadania.

¹⁴² Segundo Maria Paula Dallari política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios a disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (Bucci, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39)

¹⁴³ Segundo a autora, a responsabilidades do Estado, no que tange a cidadania, se atem ao dever jurídico-constitucional de observar, proteger e promover a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos, bem como respeitar o processo de especificação do sujeito de direito. (PIOVESAN, Flávia. *PIOVESAN, Flávia. A responsabilidade do Estado na consolidação na cidadania*. In: Temas de direitos humanos. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 338)

¹⁴⁴ Nesse sentido encontra-se no caso Damião Ximenes vs. Brasil (par.127, p. 56) o entendimento de que em razão da situação excepcional de Damião afetar a percepção da realidade, aumentava-se muito mais o sofrimento deste ao ser submetido a humilhação em certos tratamentos, tornando-os ainda mais dolorosos.

¹⁴⁵ ONU. Assembleia Geral. Princípios para a proteção dos Doentes mentais e melhoramento da atenção à saúde mental, p. 189.

¹⁴⁶ No caso Damião Ximenes (2006, par.108) a Corte entendeu que: “ (...) que todo tratamento de pessoas que sofram de deficiência mental deve ser voltado para o

de respeito à autonomia do portador de deficiência e à dignidade da pessoa humana¹⁴⁷.

Sob esse prisma, para a Corte IDH¹⁴⁸ nasce uma obrigação geral do Estado de garantir o direito à vida e de garantir o direito a integridade pessoal dos portadores de deficiência, sendo deveres especiais de proteção e prevenção, o dever de cuidar e de regular¹⁴⁹. O primeiro, o dever de cuidar¹⁵⁰, compreendido pela posição do Estado em ser responsável pelas pessoas que estão sob sua custódia, devendo-lhes garantir condições necessárias para uma existência digna¹⁵¹.

Por outro lado, o dever de prevenção exige do Estado um planejamento para que não faltem mecanismos de fiscalização e monitoramento no setor da saúde, sendo que no caso de violação, o Estado esteja preparado para oferecer respostas e soluções rápidas,

melhor interesse do paciente, deve ter como objetivo preservar sua dignidade e autonomia, reduzir o impacto da doença e melhorar a sua qualidade de vida”.

¹⁴⁷ Segundo a precisão técnica de Paulo Otero: “ A dignidade da pessoa humana é hoje um dogma de confluência da consciência jurídica universal, uma síntese da ordem de valores historicamente geradora da civilização ocidental e, por essa vida, um princípio de *jus cogens* dotado de valor de força jurídica supraconstitucional: Não é a Constituição que impõe o respeito à dignidade da pessoa humana ao sistema jurídico, ao Poder Político e aos membros da sociedade, antes é a dignidade da pessoa humana que, autonomamente, se impõe a constituição, hetero-subordinando-a, vinculando o sistema jurídico, a vontade do poder e dos membros da sociedade. (*Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 37)

¹⁴⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*, Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n.149, par. 138, p. 59

¹⁴⁹ Corte interamericana de Direitos Humanos, *Caso Paniagua Morales e outros (Caso Panel Blanca)*, sentença de 8 de março de 1988, par. 91; *Caso Villagrán Morales e outros (Niños de la calle) versus Guatemala*, sentença de 19 de novembro de 1999, par. 75

¹⁵⁰ Nada obstante, o dever de proteção ganha uma forma especial em relação aos portadores de deficiência mental, ao possuir a obrigação de providenciar tratamento de saúde que melhore suas condições físicas e mentais, incrementando substancialmente a responsabilidade do Estado de fornecer medidas necessárias a melhoria do que aquele que está sendo tratado.

¹⁵¹ Neste sentido, temos o *caso Ivcher Bronstein vs. Peru*, sentença de 6 de fevereiro de 2001, par.186 e *Caso Aguirre Roca, Rey Terry e Revoredo Marsano vs. Peru*, sentença de 31 de janeiro de 2001, par. 123, que aludem a obrigação do Estado em combater a impunidade, devendo este conter um aparato de investigação, persecução para punir os responsáveis pela violação dos direitos contidos na Convenção Americana. Assim, vemos que o Estado tem o dever de garantir uma efetiva tutela jurídica.

tornando-se mais seguro a prestação da tutela jurídica¹⁵² aos portadores de deficiência.¹⁵³

Em suma, aqui reside um dos importantes fundamentos jurídicos sobre a tutela jurídica sob os direitos dos portadores com deficiência.

3.4 O DIREITO ÀS GARANTIAS E A PROTEÇÃO JUDICIAL

O tópico em pauta consubstancia-se em direitos processuais¹⁵⁴. A Corte reiterou sua posição a respeito de que o artigo 8.1 da Convenção Americana, através do caso *Barbani Duarte e Outros versus Uruguai*¹⁵⁵, que as autoridades públicas não podem adotar decisões arbitrárias que incidam sobre algum direito¹⁵⁶. Assim, o Estado, além de emitir uma decisão não arbitrária sobre qualquer direito, deve, também, fornecer subsídios necessários para se investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações¹⁵⁷.

¹⁵² Aliás, imensa é a perplexidade sobre o assunto, que é elucidado pela realidade brasileira: " Entre destroços humanos e institucionais que ficam pelo caminho do sistema penal, entende-se que, através do ideário de reduzir danos, é possível minimizar o sofrimento produzido pelas mais diversas fontes de arbitrariedade do poder institucional, e se valorizará o que há de vital e construtivo sob a aparência de desumanidade". (AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo*. 1º Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 123)

¹⁵³ A despeito, é conveniente o emprego de um estudo rápido da Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, aprovada em Guatemala, em 7 de junho de 1999.

¹⁵⁴ Comumente são os artigos 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana que, na maioria dos casos de violação, são unidos com o artigo 1.1 (obrigação de respeitar direitos) da mesma.

¹⁵⁵ *Caso Barbani Duarte e Outros versus Uruguai*. Mérito, Reparações e custas. Sentença de 13 de Outubro de 2011, Série C, nº234, parágrafo 119.

¹⁵⁶ Deste modo, tal entendimento incidirá no âmbito de proteção material que implicará ao Estado, garantias sobre a decisão, de tal maneira que estas se produzam através de procedimento legítimo, satisfazendo o fim para o qual foi concebido.

¹⁵⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso do Tribunal Constitucional versus Perú*. Competência, sentença de 24 de Setembro de 1999; *Caso Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentença de 25 de Novembro de 2000, par. 98; *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*, sentença de 21 de junho de 2002, par. 66; *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par. 170, p. 67.

Por lógica, as garantias judiciais¹⁵⁸ devem se dar em um prazo razoável e oferecer aos familiares da vítima um recurso efetivo, que garanta, por assim dizer, o acesso à justiça¹⁵⁹. Na maioria das vezes, a problemática das garantias judiciais está contida no próprio ordenamento jurídico interno¹⁶⁰.

Ademais, sob égide do artigo 25.1 da Convenção Americana, o Estado tem a obrigação de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição, recurso que sejam efetivos na proteção de direitos fundamentais. No entendimento da Corte Interamericana¹⁶¹, não basta a mera existência formal destes recursos, é necessário que estes produzam, efetivamente, resultados positivos ao combate das violações dos direitos contemplados na Convenção Americana, respeitando as normas do devido processo legal, fomentando a ampla participação nos processos e o direito de pleitear uma reparação.

No caso *Barbani Duarte e outro versus Uruguai*¹⁶², a Corte decidiu que o direito a ser ouvido amolda-se, por um lado, num âmbito formal e processual, conexos com as garantias processuais e judiciais, sendo que, por outra face, esse direito abrange um âmbito de proteção material, onde o Estado garante a produção de uma decisão através do procedimento legítimo, satisfazendo a finalidade para a qual foi concebida.

¹⁵⁸ Os direitos fundamentais distinguem-se das garantias. Certo, porém, que o direito, embora tenha caráter essencialmente declaratório, pode conter, implícita, a garantia e está, o direito. (AMARAL, José de Campos. *Direitos e Garantias Fundamentais (Doutrina e Jurisprudência)*. Brasília: Editoria Brasília Jurídica, 2007. p. 15)

¹⁵⁹ Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. Todavia, mesmo os sujeitos apátridas são protegidos pelos instrumentos internacionais e pela convenção americana, gozando os sujeitos, inclusive das garantias judiciais e proteção, como uma forma de se garantir um acesso à justiça, mesmo que este não tenha uma cidadania, por assim dizer.

¹⁶⁰ Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como os tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mudo estranho." (CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 24).

¹⁶¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de Julho de 2006, série C, n.149, par. 193, p. 72.

¹⁶² Corte Interamericana. Caso *Barbani Duarte e outros versus Uruguai*. Mérito, Reparações e custas. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C, n.234, par. 122.

Desta forma, a primeira postura do Estado a ser incorporada é a de providenciar uma investigação específica para esclarecimento dos fatos, sanção dos responsáveis e reparação da família da vítima. Essa visão assume um relevo ainda mais importante ao se vislumbrar que a morosidade em fornecer um aparato investigativo, contribui, invariavelmente, para o benefício daqueles que violaram os direitos e mais propício, para que a devida punição seja mais branda ou se caia no esquecimento.

Nota-se, ainda, que a importância das garantias judiciais e proteção revela um importante desdobramento no devido processo: Conduzir as partes na busca da verdade, sob a finalidade de buscar diminuir a repetição dos casos em razão daquela punição. Estes fundamentos, por lógica, asseguram, outro ângulo da dignidade humana.

3.5 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A SEGURANÇA JUDICIAL DO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS

O tema em questão¹⁶³, é qualificado como indispensável para o estudo da concretização de direitos e garantia adotados nos tratados, ganhou maiores proporções quando se começa a analisar o status em que as normas de direitos humanos adentram no ordenamento jurídico interno e o controle de convencionalidade. Foi no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*¹⁶⁴, que a Corte Interamericana, em referida decisão, aludiu que o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹⁶⁵.

¹⁶³ O tema em pauta, foi tratado pela primeira vez na tese de doutoramento de Valério Mazzuoli onde conceituava o controle de convencionalidade como uma forma de compatibilização entre as normas de direito interno e tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2 ed., rev., ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011. p. 73)

¹⁶⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006, par. 124.

¹⁶⁵ A Corte Interamericana no caso *Damião Ximenes* (2006, par.98) entendeu que os Estados tem a obrigação de consagrar e adotar em seu ordenamento jurídico interno, todas as medidas necessárias para que o estabelecido na Convenção seja cumprido e posto em prática, e que a legislação não se transforme em uma mera formalidade, distante da realidade.

O fundamento da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, rege a maioria das relações internacionais. Contudo, no âmbito interno brasileiro¹⁶⁶, até o advento da emenda n. 45/2004, discutiam-se se os tratados internacionais teriam uma qualidade, valor constitucional ou ainda, de norma infraconstitucional, sendo este último adotado pelos constitucionalistas¹⁶⁷.

Logo após, desperta-se para o mundo jurídico pátrio, a referida emenda constitucional inovou a discussão¹⁶⁸, trazendo novas ideias à luz da constituição¹⁶⁹.

Na legítima posição do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁰, entendeu-se que, atualmente, os tratados poderiam ter um valor ou carga normativa supralegal, constitucional ou de lei ordinária.

¹⁶⁶ “ (...) caberia ao Legislativo proceder uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, na qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social da época. Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria a lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança ao tráfico jurídico; e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes. (SARMENTO. *Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 200)

¹⁶⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 312 -320.

¹⁶⁸ A referida emenda constitucional trouxe o entendimento de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que sejam aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, mediante três quintos dos votos dos respectivos membros da mesma, possuirão carga normativa de emenda constitucional.

¹⁶⁹ Noutra sede, Eduardo Cambi contextualiza que em países de modernidade tardia, como o Brasil, onde os direitos fundamentais sociais não foram minimamente concretizados, o papel do Estado, como instituição capaz de promover a efetivação desses direitos, indispensáveis à transformação social, depende da observância rigorosa da Constituição. A expressiva desigualdade social, incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige firmeza do Poder Judiciário no cumprimento de tais disposições democráticas contidas na Constituição Federal de 1988. (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessoalismo*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 181)

¹⁷⁰ A renomada posição do Supremo adveio do julgamento do Recurso Extraordinário (R.E) 466.434 – SP, de 03 de Dezembro de 2008, onde foi abolida a prisão civil do depositário infiel, estabelecendo-se que os tratados internacionais aprovados pelo quórum de semelhante a de lei ordinária, são supraleais.

Conforme atentou Sérgio Tibiriçá e Jonatas Teixeira¹⁷¹, o STF adotou certa sistematização quanto à entrada de tratados que versem ou não da matéria de direitos humanos e qual carga normativa conterà, a depender da matéria que verse.

Salientam-se que, as normas da Convenção americana, segundo o entendimento do STF, possuem um valor/hierarquia supralegal, ocasionando a revogação de todo o dispositivo infraconstitucional que conflite com ela, tal qual o caso supracitado.

Assim sendo, concebeu-se que o controle de convencionalidade é um dos principais meios de afirmar, no ordenamento jurídico interno, normas de direitos humanos que, junto com as orientações dos órgãos interamericanos, dão sustentabilidade para a responsabilização dos Estados em casos de violações a estas normas.

4 CONCLUSÕES

A tutela jurídica das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano é profícuo, demonstrando-se eficaz para o avanço social e jurídico dos Estados. Em apoio, alguns fundamentos.

a) Em razão das profundas mudanças e estudos, escoltadas pelos tratados internacionais sobre as pessoas com deficiência, constatou-se um novo paradigma: O tratamento jurídico para com as pessoas portadoras de deficiência não deve se proceder mediante a investigação da deficiência em si, mas do seu ambiente e condicionamento interrelacional para com sua família e sociedade.

b) O novo paradigma que guia a tutela jurídica das pessoas com deficiência possui respaldo na Democracia, com o fim de obstruir todas as barreiras e violações que impeçam a participação da pessoa com deficiência na sociedade política, conforme atesta os julgados pela Corte Interamericana.

¹⁷¹ O autores sustentam, em consonância com o entendimento exposto pelo STF, que: " Se o tratado não for relativo a direitos humanos (de direito comercial, por exemplo), ele entrará no ordenamento jurídico pátrio tendo valor de lei ordinária, desde que, é claro, seja aprovado por decreto legislativo no Congresso Nacional, e promulgado por decreto presidencial. Tratando-se de tratado que verse sobre direitos humanos, duas são as possibilidades segundo o Supremo Tribunal Federal (supra legal ou status constitucional)."

c) Por tratar de um grupo vulnerável, o Estado deve fornecer meios eficazes para a inclusão das pessoas com deficiência, a fim de criar condições iguais, adotando medidas positivas e não discriminatórias, auxiliando este grupo a alcançar suas potencialidades humanas.

d) Há reflexos importantíssimos na duração do processo internacional e nacional que visem a tutela das pessoas com deficiência, visando a sua razoabilidade para conceber uma plena proteção aos direitos humanos.

e) A importância das pessoas com deficiência criarem uma identidade que facilite sua interação e participação na sociedade, é uma constante que se afirma no plano do trabalho, a fim de contemplar soluções estáveis para o combate e violação dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

f) A garantia a proteção judicial e o controle de convencionalidade se mostram como medidas jurídicas que interligam o plano da tutela jurídica internacional as medidas de políticas públicas a serem incorporadas nos Estados, efetivando, assim, a segurança da tutela jurídica das pessoas com deficiência.

Ao que parece, estes elementos possibilitam de um estudo analítico sobre a tutela jurídica das pessoas com deficiência, onde foi salientado todas (ou, senão, a maioria) das ressalvas que possam guiar os ordenamentos jurídicos ao combate dos dados problemáticos, de maneira que possam promover a igualdade entre os grupos vulneráveis e todo o resto da coletividade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALVES, J. A. Lindgren. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Editora Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

AMARAL, José de Campos. *Direitos e Garantias Fundamentais (Doutrina e Jurisprudência)*. Brasília: Editoria Brasília Jurídica, 2007.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo*. 1º Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ANDRADE, Vieira de. *Os Direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1726*, Coimbra, 1983.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOUTROS, Ghali. *Empowering the United Nations, Foreign Affairs*, vol.89,1992/1993.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- C.A. Dushee de Abranches. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, 1964.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A. *A proteção internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris,2003.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO, Júlio Marino de. *Os direitos humanos no tempo e no espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história*. Brasília: Brasília 1998.
- CERIGNONI, Francisco Nuncio; RODRIGUES, Maria Paula. *Deficiência: Uma questão política?*. São Paulo: Paulus, 2002.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Almonacid Arellano e Outros versus Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas, Sentença de 26 de Setembro de 2006. Série C. nº 154.
- _____. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinion Consultiva OC – 18/03 de 17 de setiembre de 2003, Série A, n. 18.
- _____. *Caso Aguirre Roca, Rey Terry e Revoredo Marsano vs. Peru*. Sentença de 31 de janeiro de 2001.
- _____. *Caso Bámaca Velásquez versus Guatemala*. Sentença de 25 de novembro de 2000.
- _____. *Caso Damião Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 04 de Julho de 2006, Série C, n.149.
- _____. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penas versu Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de Setembro de 2010, Série C, nº 217.
- _____. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001.
- _____. *Caso Furlan e Familiares versus Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C, n. 246.
- _____. *Caso García e Familiares Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C No. 258, par. 110.

_____. *Caso Gelman versus Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, n. 221

_____. *Caso González Medina e Familiares Vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C No. 240.

_____. *Caso Gudiel Álvarez (“Diário Militar”) Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C No. 253.

_____. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Sentença de 21 de junho de 2002.

_____. *Caso do Tribunal Constitucional versus Perú*. Competência, sentença de 24 de Setembro de 1999.

_____. *Caso Paniagua Morales e outros (Caso Panel Blanca) versus Guatemala*. Sentença de 8 de março de 1988.

_____. *Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1998, série C, n.04.

_____. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C, n. 63.

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

EIDE, Asbjorn, *Protection Internationale des Droits de l’Hoome*, Conselho da Europa, 1989.

E. Garcia de Enterria, E Linde, L.I Ortega e M Sanchez Moron. *El Sistema Europeo de Proteccion de los Derechos Humanos*. 2º ed., Civitas, Madrid, 1983

ESTIGARA, Adriana. *O dever de adotar políticas públicas*. In: Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

FERRAZ, Carolina Valencia; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; *Manual dos direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros. *Direitos, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.

HERKENHOFF, João Baptista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. 1º ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997.

HUERTA, Mauricio Ivan del. *La jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en matéria de responsabilidad internacional del Estados por actos legislativos: Un ejemplo de desarrollo jurisprudencial significativo*. In: LEÃO, Renato Zerbini (coord.) Os rumos do Direitos Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor.

LAFER, Celso. *Prefácio ao Livro Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Flávia Piovesan, São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1981.

LOREZENTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil constitucional*. In: Didier, Fredie e Jordão, Eduardo Ferreira. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25ªed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2 ed., rev., ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais – Introdução geral: Apontamentos das Aulas*. Lisboa: Editado pela universidade de Lisboa, 1999.

_____. *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 1998.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2010.

Organização das Nações Unidas (ONU). *Princípios para a proteção dos Doentes mentais e melhoria da atenção à saúde mental*. Assembleia Geral das Nações Unidas, 17 de Dezembro de 1991.

PIOVESAN, Flávia. *A responsabilidade do Estado na consolidação na cidadania*. In: *Temas de direitos humanos*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

SUDRE, Frederic. *Droit Interanational et Européen des Droits de l'Homme*, PUF, 1969.

SZABO, Imre. *Fundamentos históricos e desenvolvimento dos direitos do homem, in: As dimensões internacionais dos direitos do homem*, UNESCO, 1983.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos Direitos Fundamentais na Relações Privadas*. Editora Sergio Antônio Fabris: Porto Alegre, 2004.

A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

*Roberlei Aldo Queiroz*¹⁷²

*Juarez Ribas Teixeira Junior*¹⁷³

1 INTRODUÇÃO

Não pretende estas poucas palavras impor qualquer verdade, mas sim fomentar o debate sobre a estrutura das decisões judiciais que objetivam a implantação de políticas públicas, iniciar tal diálogo e formular perguntas sobre as condutas que detém suas marcas. Portanto, nada se quer provar além de “querer o menos possível e conhecer o mais possível”. (SCHOPENHAUER, 2014, p. 3).

O tema lançado tende a se especializar muito em suas categorias durante uma reflexão mais profunda, diminuindo seu referente e paradigmas de pesquisa, visto que o tratamento do assunto assim exige, principalmente diante da necessidade do que será encontrado. Contudo, o corte doutrinário já realizado denota para onde o olhar será levado.

¹⁷²Roberlei Aldo Queiroz, Mestre (stricto sensu) em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba/PR), membro do Grupo de Pesquisas da UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP/PR) e Direito Administrativo pela Uniderp, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Membro da Comissão de Direito de Trânsito da OAB/PR e da Comissão de Direito Ambiental da OAB/PR. Advogado e Consultor na seara do Direito Público. Professor, Pesquisador e Palestrante de temas relacionados com as disciplinas do eixo do Direito Público, além da Ética no Direito, na Política e na Administração Pública. (roberlei@qlt.adv.br)

¹⁷³Juarez Ribas Teixeira Junior. Mestre (stricto sensu) em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba/PR). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professor de sociologia e antropologia jurídica. (juarezribas@gmail.com)

Conforme disposto acima, o fenômeno a ser comentado é a efetiva interpretação e aplicação das normas constitucionais que, direta ou indiretamente, norteiam as políticas públicas. Apesar da pesquisa analisar as bases legais das Constituições Brasileiras, principalmente a de 1988, pretende-se demonstrar a necessidade da transnacionalidade, uma vez que deve imperar na atualidade uma visão sistêmica e integrativa do direito nacional com as normas internacionais que o influenciam e que por muitas vezes tratam dos temas com grande eficácia.

A busca por soluções interdisciplinares é medida que se impõe em um mundo globalizado não somente geograficamente, mas também etnicamente, impedindo um olhar meramente positivista, impossível de permitir soluções efetivas que diminuam a cultura da invisibilidade e coisificação do ser humano.

A visão de que vivemos na *casa comum* (FRANCISCO, 2015, p. 1) deve ser encarada de forma definitiva, evitando que as diferenças de quaisquer espécies sejam consideradas para desamparar a esperada igualdade material, tão buscada nas democracias onde impera não somente um Estado Constitucional, tampouco um Estado Constitucional de Direito, mas sim um Estado de Direito Democrático-Constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 97), pois o termo vai além da simples lógica de um Estado que possui uma constituição legal. No caso brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 cita trinta e três vezes a palavra *política* e na grande maioria das vezes pretende ligá-la à categoria de *políticas públicas*, termo que se verifica por completo no Texto Legal apenas por duas vezes.

Não existem representantes sem representados e nem política sem relacionamento e para entender este debate deve ser compreendida em qual sociedade se vive hoje, em verdade uma sociedade de risco - [...] a modernização – seguindo uma comparação de Max Weber – não é um bonde, do qual se pode saltar em qualquer esquina quando bem se entenda [...] (BECK, 2013, p. 182) - pois é para os dias atuais, não obstante os ensinamentos dos anteriores, que se pretende dedicar.

Fala-se isso porque sempre o homem buscou conceitos que o levassem à verdade, mas deve ser compreendido que “a diversidade de nossas opiniões não resulta de umas serem mais razoáveis do que as outras, mas somente de conduzirmos nossos pensamentos

por diversas vias, e de não considerarmos as mesmas coisas” (DESCARTES, 2005, p. 42). Assim, a verdade deve hoje ser interpretada como a união de todos os conceitos e sentimentos para se compreender as diferenças e se chegar à igualdade, fazendo com que o ser humano viva ao invés de ficar à procura de objetivos vazios que nunca deveriam ser perseguidos, a exemplo da sociedade de consumo e da busca do *ter* antes do *ser*.

Por isso o homem deve se politizar sem perder a essência do homem da natureza, para conviver em harmonia e igualdade com seus semelhantes, bem como com o meio ambiente em sua volta, evitando que se torne mais uma vítima do mito da brasilidade e da falsa ideia de que todos estamos no mesmo barco. (SOUZA, 2009, p. 12).

Quando se fala em política neste texto, pretende-se abordar a política verdadeira, ética e representativa e deixar caminhos menos árduos para que o povo seja cada vez mais representado, sem mentiras, sem enganações. O que se quer, é demonstrar a possibilidade de representar os interesses reais e essenciais de uma comunidade para seu desenvolvimento e que o principal momento deste está em buscar de forma incessante políticas públicas voltadas para todos, elevando o bem-estar comum dentro do que eles esperam que seja feito e não somente pelo que entende a Administração e seu agente administrador, seja um político, um servidor ou qualquer outro na função do interesse público. Enquanto estes não compreenderem que não existem sozinhos, mas sim que devem ser um espelho da vontade do outro como resultado do melhor espírito de alteridade que se possa exprimir não ocorrerão todas as melhorias que efetivamente se espera na comunidade. O sentimento deve ser amparado no humanismo do outro. (DERRIDA, 2013, p. 17)

É dessa política pública que trata este breve estudo e embora o texto defenda uma opinião, está desprovido de qualquer ambição em convencer a todos, pois o que se pretende é simplesmente conhecer e perguntar, procurando as respostas. É preciso ter humildade científica: “A ausência de Humildade Científica costuma atrair o excesso de orgulho e, como adverte Fernando Pessoa, “...o orgulho é prejudicial à exata imparcialidade da precisão científica”. (PASOLD, 2011, p. 19-20).

O que se busca em uma verdadeira democracia é ter um Estado onde o desenvolvimento possa ser visto e estampado nas

políticas públicas e nos direitos sociais tão qualitativamente dispostos na Constituição da República de 1988, certamente uma das melhores da sua Era, embora não aplicada ainda concretamente.

No que tange ao desenvolvimento, Hachem (2013, p. 154) pontuou sua importância na Constituição Brasileira, a qual afastou de tal conceito a limitação quanto aos índices econômicos, permitindo verdadeiro prisma de dimensões que culminam na transformação social e integradora de uma sociedade livre, justa e solidária, o que ocorre também na lei infraconstitucional de forma luzente, a exemplo da alteração do artigo 3.º da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos com a Administração Pública) trazida pela Lei 12.349/2010.

Atualmente fala-se muito em uma análise econômica quase como uma forma de medir o desenvolvimento, o que embora importante (pois a eficiência econômica deve ser um dos objetivos de qualquer programa que tenha custeio público) está longe de ser o único critério, pois é fácil pelo confronto das externalidades econômicas, positivas e negativas, verificar que nas contratações públicas, por exemplo, pode haver mais prejuízos que benefícios, isso sem falar nas externalidades de sustentabilidade, como as relacionadas ao meio ambiente.

Assim, muito mais que a eficiência econômica, surge a necessidade de dar mais efetividade jurídica para as políticas públicas, pois a Constituição Brasileira, dentre outras normas, já traz a possibilidade de interpretar o desenvolvimento com os diversos ângulos que este deve ser visto. (FOLLONI, 2014, p. 74)

Desde a dicotomia entre Lassalle e Hesse defende-se que uma Constituição deve refletir o momento em que se vive (LASSALE, 2001, p. 19) e isso deve ser perseguido tanto por representantes quanto por representados para que seu cumprimento seja o mais natural possível, pois na realidade nada mais é que a vontade de todos positivada, evitando que a lei seja o resultado somente dos que possuem maior poder econômico. O Estado deve lutar para que a Constituição seja cumprida, evitando defeitos congêneres tão enraizados, como a imensa desigualdade social e financeira, além do total desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. É necessária verdadeira atividade de inclusão definitiva em todas as veias da Sociedade.

É nesse contexto que surge a importância de se obter também a efetividade jurídica de tais normas, pois existe verdadeiro

abismo entre a realidade dos processos e procedimentos administrativos e das decisões judiciais, impedindo que a maioria de suas decisões sejam cumpridas, permanecendo a Sociedade na mesma condição anterior, sem que seu direito ao desenvolvimento seja realizado. (BUCCI, 2013, p. 13)

Nesse sentido, há verdadeira urgência em adequar a processualidade das decisões do Estado sobre o cumprimento das normas que pretendem fazer imperar condutas de desenvolvimento, diminuindo os brutais e inoperantes descompassos entre suas interpretações.

Quando se fala em análise econômica do direito nas políticas públicas, balancear a melhoria de Pareto com a de Kaldor-Hicks deve ser algo que o poder judiciário deve compreender, sob pena da decisão jurídica não ter qualquer efetividade! Isso ocorre, por exemplo, nas determinações judiciais de construção de creches, de compra de remédios para tratamentos individuais, nos custos de prevenção de danos ambientais, dentre outros casos onde podem haver externalidades positivas para uns em detrimento de outros, mas que podem compensar se analisados os preceitos do desenvolvimento.

Um exemplo simples de ser compreendido é a necessidade de se promover a sustentabilidade local com a contratação de empresas locais, as quais nem sempre são mais baratas que grandes multinacionais enraizadas na mundialização do capital (CHESNAIS, 1996), o que, em tese, iria contra a legislação das contratações públicas. Não são raras as interpretações erradas do Judiciário, podendo entender como atos de diminuição de competitividade ou de direcionamento. O mesmo ocorre com micro e pequenas empresas e assim por diante, onde na verdade o que se busca é a sustentabilidade local, a igualdade material e a inclusão empresarial. Atitudes estas louváveis para a administração pública local, mas que podem ser rechaçadas por magistrados ou promotores que não estejam ambientados com tais princípios. (FERREIRA, 2012)

Não se está aqui falando somente em controle judicial de políticas públicas, tampouco em efetividade de acesso ao poder judiciário para se fazer valer tais direitos, o que traria a discussão sobre o estado mínimo ou máximo e a intervenção entre os poderes. O que se pretende é tratar de algo não menos temerário e real e, de conhecimento notório dos servidores que atuam na administração

(principalmente nas prefeituras), ou seja, a ineficácia e impossibilidade de cumprimento das decisões, sejam administrativas hierarquicamente superiores e/ou judiciais. A falta de alinhamento das regras e procedimentos administrativos em especial com as normas e atuais interpretações constitucionais represa o desenvolvimento, sendo imprescindível que haja maior efetividade jurídica para que as determinações (principalmente judiciais) alcancem seu resultado, permitindo que o direito e a Constituição possam realmente serem reflexivos e permitam que as conquistas sociais sejam vistas no dia-a-dia da Sociedade.

2 CAMINHOS PARA UMA MAIOR EFETIVIDADE JURÍDICA

Durkheim (2005, p. 73) traz como a primeira regra para a direção do espírito que “os estudos devem ter por finalidade a orientação do espírito, para que possamos formular juízos firmes e verdadeiros sobre todas as coisas que se lhe apresentam”. Assim, a compreensão de que este texto foca o desenvolvimento através de políticas públicas é essencial para se evitar a perda dos olhares ao seu Norte, pois ao se adentrar na seara do dinheiro público, outros podem ser os paradigmas, não limitando abordagens similares no mercado privado. O enquadramento do tema não só é jurídico, mas sim também econômico e social, demonstrando sua pertinência com a atualidade.

O objetivo geral está em defender a hipótese de que uma melhor interpretação das normas de políticas públicas propicia um maior desenvolvimento, trazendo maior efetividade para as decisões que a ordenam. A correta compreensão do tema em países ainda em desenvolvimento como o Brasil é imprescindível para o avanço da sociedade democrática, em especial na luta contra a desigualdade.

Seguindo as teorias de Dworkin, o direito é fruto da interpretação que deve ser realizada para se alcançar o maior valor que ela representa a exemplo de uma obra artística, retirando dela não somente seu valor histórico, mas também sua tradição e seu propósito. Deve haver um percurso jurídico e evolutivo que permita o avanço da sociedade e não a incorreta permanência na ociosidade. A interpretação da norma não deve voltar ao passado ou ao futuro, mas sim realizar a prática jurídica contemporânea dentro de um contexto de um direito como integridade. (DWORKIN, 2007, p. 271)

Vários são os objetivos secundários ao analisarmos o tema, sendo que o maior deles é uma melhor compreensão sobre as necessidades locais de desenvolvimento e sustentabilidade, evitando o enquadramento incorreto das questões pelo poder judiciário. Em um exercício de dialética entre o direito, a sociologia e a economia, surgem outros objetivos, como a necessidade de compreender melhor os ensinamentos de Alexy (2008) e sua teoria do sopesamento dos princípios, pois não há como haver efetividade jurídica sem a orientação principiológica correta, já que muitas vezes vários princípios constitucionais estarão se colidindo.

Ao se compreender melhor as necessidades da sociedade e as decisões judiciais, percebe-se que existem razões para que a eficiência econômica seja aplicada, mas também que pode ser preterida por externalidades que gerem maiores benefícios para a coletividade e bem-estar social, a exemplo do movimento de transnacionalidade das normas, pois em matéria de desenvolvimento os tratados e demais regras internacionais são de extrema importância, comprovando que a integração e analogia são veículos indispensáveis para uma correta visão dos casos concretos. Compreender o direito em sua forma autopoiética é necessário para desenvolver a dialética transnacional. As nações devem estar preparadas para esse novo interesse público, interno e externo ao mesmo tempo.

A correta compreensão de uma política com ética surge claramente como um dos tópicos de qualquer análise do que é público, pois a correta interpretação da representatividade do eleitor é um dos maiores combustíveis para o fomento da escolha das políticas públicas de desenvolvimento. Seguindo os termos de um contrato social moderno, o eleitor ao se desprender de parte de sua liberdade em troca da tutela do Estado deve ter a certeza de que suas falas serão ouvidas. Essa linha de representação de vontade deve ser tão fidedigna ao ponto do cidadão, eleitor ou não, se sentir como se fosse o próprio governo! (ROUSSEAU, 2011, p. 113)

Por fim e não menos importante que os demais objetivos, tem-se a tônica do humanismo do outro. O humanismo da alteridade traz o máximo da representatividade do homem, levando este ao outro de forma umbilical e inseparável. O simples ato de se colocar no lugar do outro impede todas as mazelas da sociedade e permite a prática de soluções possíveis para o bem-estar comum. (LÉVINAS, 2012, p. 63)

Os interesses locais devem sempre embasar as decisões e o caminho a ser seguido pelo representante e suas políticas públicas, o qual não se pode furtar de sopesar os interesses partidários e globais com os verdadeiramente públicos e comunitários. Não se fala isso como uma defesa do mandato imperativo, tampouco da unanimidade de opinião, como já explicado em demasia na doutrina, mas sim em respeito aos cidadãos que realmente necessitam de mudanças, de melhorias. O foco deve estar nas urgências reais e atuais e quanto maior for sua atenção, maior chance de sucesso terão as soluções a serem aplicadas.

Como já visto, a proposta do texto é abordar a efetividade da interpretação das normas constitucionais de políticas públicas. Problematicar a pesquisa é traçar um paradigma ainda mais específico para seu Referente. É trazer ao pesquisador o Norte de sua inquietação, que no presente caso, mesmo ciente das alterações que a pesquisa pode trazer, repousa seu problema principal no seguinte enunciado: “A interpretação da norma constitucional tem o poder de alterar a efetividade da aplicação das políticas públicas?”

Interpretar a norma constitucional de forma a valorar a política pública em questão e todos os fatores que norteiam o caso concreto, gerará uma decisão judicial mais efetiva ao ponto de propiciar maior desenvolvimento local sustentável e melhores condições de igualdade material?

É certo que a norma constitucional deve ser interpretada na aplicação das políticas públicas, pois somente sua positivação não assegura sua efetividade, uma vez que as localidades e situações são as mais diversas e carecem de apontamos para o caso concreto, exigindo, inclusive, o sopesamento entre princípio e regras de igual poder hierárquico e sua incorreta interpretação irá gerar sua inoperância, visto que não pode ser visualizada como mera sanção ou norteamento, mais sim como casos especiais que precisam de atenção diferenciada.

Partindo da hipótese levantada no problema principal, nasce outro enunciado a ser respondido: “A decisão judicial que ordena a implementação de uma política pública deve antever a operacionalidade do processo administrativo da administração ou somente se preocupar em dar impulso ao ordenamento legal já interpretado?”

A decisão judicial que busca garantir a aplicabilidade de uma política pública disposta no ordenamento legal deve se equalizar com o caso concreto e os limites da administração local, evitando que ocorra a impossibilidade de sua eficácia?

As decisões judiciais, principalmente em países em desenvolvimento, podem tornar-se inoperantes diante da impossibilidade de seu cumprimento pela administração pública mesmo quando aplicadas sanções, pois deve o poder judiciário e a administração pública caminharem juntos para a correta interpretação da norma, sopesando os princípios envolvidos e criando mecanismos operacionais que propiciem sua aplicação com a menor número de externalidades negativas.

O caminho sugerido para iniciar a solucionar tais problemas pode ser:

a) Demonstrar a necessidade de uma interpretação diferenciada das normas constitucionais quando se tratar de aplicabilidade de políticas públicas.

b) Comprovar a maior efetividade da decisão judicial referente ao cumprimento de políticas públicas quando existe atuação harmônica entre o poder judiciário e a administração pública.

c) Identificar os pontos legislativos já existentes que possam propiciar melhorias nos procedimentos de comunicabilidade entre o poder judiciário e a administração pública no que tange às políticas públicas de desenvolvimento local sustentável.

d) Propor alterações legislativas com a finalidade de corrigir eventuais conflitos entre o poder judiciário e a administração pública, que geram barreiras para o cumprimento das decisões pertinentes às políticas públicas.

e) Sopesar os princípios envolvidos em toda decisão judicial que ordene política pública, principalmente diante de interesses pessoais e coletivos.

Os princípios alcançaram a força de norma constitucional não por acaso, mas sim como resultado do que o Mundo passou nas últimas décadas. O cidadão moderno não admite mais o convívio com a violência e falta de liberdade, em todos os sentidos. Canotilho (2003, p. 1162) abraçou a teoria, citando:

A existência de regras e princípios, tal como se acaba a expor, permite a descodificação, em termos de um constitucionalismo adequado (Alexy: germssigte Konstitutionalismus), da estrutura sistêmica, isto é,

possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios.

Para Alexy, embora com igual força normativa, existe diferença gradual e qualitativa entre regras e princípios: “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização.” (ALEXY, 2008, p.90)¹⁷⁴

Como resultado da imposição dos princípios, os juristas convivem diariamente com a colisão entre eles e as regras positivadas¹⁷⁵, bem como com os entraves dentre eles próprios. Como resolver tal questão? Como é possível solucionar um caso concreto tendo de um lado regras e do outro, princípios? E se de ambos os lados existem princípios? Muitos são os estudiosos que buscam respostas para tais questões, mas o melhor caminho atualmente é o *sopesamento* de Robert Alexy.

¹⁷⁴ Existem críticas ao pensamento de ALEXY: “Apesar de sua aparente consistência, a teoria dos princípios como mandatos de otimização, defendida por Alexy, será objeto de críticas pelos autores ligados à Ética do Discurso e às análises pragmáticas da comunicação humana, o que dará origem à terceira teoria, que identifica os *princípios com normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas*. Essa terceira corrente marca-se por críticas a concepção adotada por Alexy. Uma das principais críticas elaboradas contra sua teoria é assim descrita por Marcelo Galuppo: “Para esses autores, Alexy esvazia o caráter normativo dos princípios, entrando em contradição com a compreensão deontológica que pretende defender. Por trás dessa questão, há um pressuposto da teoria desenvolvida por Alexy, que renuncia implicitamente à questão da justiça envolvida pelos princípios em favor da segurança do direito, por meio da adoção de um procedimento ligado estritamente à *metodologia* do direito. Assim ao esvaziar o caráter normativo dos princípios Alexy teria adotado a hierarquização de valores, vez que “uma fundamentação axiológica implica sempre uma hierarquização relativa a uma comunidade, pois aquilo que é o melhor para uma comunidade não é necessariamente o melhor para outra”. (MARCELO GALUPPO, 2011, p. 197).

¹⁷⁵ “Foi a partir do século XIX que os princípios gerais de direito foram recepcionados pelos códigos de diversos países, embora utilizando expressões diversas. O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-Lei n. 4.657/42, cuja ementa foi alterada pela Lei nº 12.376 de 2010), refere-se expressamente aos princípios gerais do direito na hipótese de lacuna no ordenamento jurídico: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (MARINA SOARES, 2013, p. 6).

Todo caso é um caso, como se fosse um *hard case* de Dworkin. Existem características únicas daquele momento que não poderão ser preenchidas por paradigmas de situações, em tese, similares.

A pobreza e exclusão social alcançaram espaços no rol das prioridades como antes não se visualizava, embora estivesse nas atenções das políticas públicas¹⁷⁶. Certamente não há como o cidadão aceitar a *invisibilidade* e conviver diariamente com as desigualdades nas ruas das cidades e até mesmo nos campos. Nestes últimos o fenômeno é mais raro, mas já existe, visto que não são mais *privilégios negativos* das grandes massas.

Não existe interesse público maior a ser atendido atualmente que extirpar de vez a fome, certamente a pior de todas as doenças sociais. Os países onde não existe política pública séria de combate à fome certamente são vistos com maus olhos por todo o globo, que traçará o raciocínio lógico de que o motivo de tal ausência administrativa não é incompetência e o despreparo, mas sim a manutenção de uma política assistencialista mínima que não permite a melhoria do bem-estar social, o desenvolvimento de ideias e o bem-estar comum. A pretensão é manter o povo com fome para que não tenha como ter forças sequer para reclamar por mudanças.

Quem tem fome, não estuda, não cresce, não evolui, não sorri, mas vota! Schwartzman (2004, p. 13) conta sua experiência pessoal:

Quando a TV ainda engatinhava em Belo Horizonte, participei de um programa ao vivo com uma senhora da tradicional família mineira e organizadora de bailes beneficentes. Fiquei chocado quando percebi que não conseguiria convencer o apresentador, e muito menos o público, de que o que ela fazia era cínico e nocivo, mantendo os pobres iludidos pelas migalhas que sobravam das festas da alta sociedade. Como ousava aquele garoto, de mineiridade incerta, duvidar do espírito caridoso da elegante dama? Falar com os pobres não adiantava muito.

¹⁷⁶ “Até há 20 ou 30 anos, os temas que preocupavam os cientistas sociais eram referentes ao desenvolvimento econômico, à modernização, à participação política, à democracia e à mobilidade social. Hoje, o tema dominante é o da pobreza e da exclusão social. Não é que os temas da pobreza e da exclusão não estivessem presentes no passado, mas eles eram vistos como uma decorrência de problemas, deficiências ou desajustes na ordem econômica, política e social que seriam resolvidos e superados na medida em que esses problemas, deficiências e desajustes fossem sendo equacionados.” (SCHWARTZMAN, 2004, p. 7)

Ao visitar um barraco de favela, comentei com o morador as péssimas condições em que ele vivia, tentando estimular sua consciência de classe. A resposta foi de indignação. Ele era pobre, sim, mas tinha orgulho de seu barraco limpo e arrumado. Que direito tinha eu de dizer que ele levava uma vida miserável?

É forte a presença do já citado mito da brasilidade de Souza (2009), sendo que sequer é percebido pelo pobre o quanto ele é explorado, inclusive como base de uma propaganda enganosa de caridade e assistencialismo da classe mais favorecida, que em verdade não pretende ajudar em nada, mas sim manter aquele evento social como mais uma das formas de diversão e de cumprimento virtual de dever. Possivelmente após um ato miserável como o citado, o qual em absolutamente nada se diferencia da esmola nos sinaleiros, os nobres conseguem dormir tranquilos em seus travesseiros de plumas de ganso.

3 BREVES CONCLUSÕES

O homem não deve deixar de evoluir, de pensar em como melhorar suas atitudes como parte do avanço da sociedade, mas deve ter cautela, como traz Bauman (2013, p. 27) ao falar que “o progresso, em suma, passou do discurso da melhoria compartilhada da existência para o discurso da sobrevivência pessoal. [...] pensamos em “progresso” não no contexto de elevar nosso status, mas de evitar o fracasso.”

A permanência na inércia é a mais fácil das atitudes e se tomar em um mundo que precisa de mudanças. Quem somente reclama e não age (somente vota), está impedido de exigir mudanças. Isso serve desde o cidadão mais impúbere de direitos ao mais completo de deveres.

Por todos os motivos citados, os olhos devem ser voltados mais para a efetividade das normas de políticas públicas e menos para a vontade do poder judiciário em determinar seu cumprimento a qualquer preço, visando a harmonia entre os poderes quando o interesse público está envolvido, certamente sem isentar de culpa a administração quanto aos seus descasos na vontade desta em cumprir sua obrigação para com a coletividade.

O fim dos abusos passa pela prevenção, fiscalização e punição dos excessos praticados.

Isso tudo, *mutatis mutandis*, deve ser transferido para as políticas públicas, pois estão nelas as maiores possibilidades dessa realidade ser alterada. Primeiro, devem ser combatidas com todas as forças a *fome* e a falta de *saúde* da população. Praticamente no mesmo diapasão e não menos importante¹⁷⁷ deve ser focada a educação do povo. Sem fome, com saúde e educação qualquer país melhorará em todos os aspectos. Aprender com os erros e acertos de políticas públicas (e não tão públicas assim) antigas parece um bom começo para se dizer que o atual representante está agindo com ética.

Amartya Sen¹⁷⁸ já ensinou que o desenvolvimento somente impera quando não existem amarras de privação de liberdade. Trabalhar, somar riquezas, adquirir conhecimentos, aumentar os relacionamentos e tudo mais que se possa ter na vida somente se faz útil se for para a manutenção da liberdade. Além disso, busca-se longevidade saudável, digna e sustentável. A fuga desses objetivos para qualquer Nação importa em alguma forma de escravagismo, mesmo que oculto, mesmo que não seja internamente dentre as pessoas, mas sim externamente, em consideração a outros Países.

O Brasil¹⁷⁹ é gigantesco e por isso dotado de características únicas! População enorme, geografias e culturas diversificadas. São

¹⁷⁷ A educação aqui é colocada em segundo plano por motivos simples: não existe como estudar com fome e doente! Assim, a política de não exclusão da fome e de manutenção de uma saúde pública pouco acessível faz com a população não tenha forças para se dedicar e se preocupar com outras necessidades, principalmente os estudos. É certo que o emprego também comparece neste momento como imprescindível, pois a dignidade somente é alcançada mediante uma remuneração suficiente para um pai de família, o que vai propiciar que este incentive a manutenção de seus filhos na escola. Contudo, absolutamente nada disso existe sem antes extinguir-se a fome e a falta de saúde.

¹⁷⁸ “O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.” (AMARTYA SEN, 2010, p. 29)

¹⁷⁹ Uma coisa é certa: O Poder Público será ainda por muitos e muitos anos o maior e melhor meio de crescimento aonde os investimentos de empresas privadas não chegam, seja por conta do baixo índice de renda da população, seja pela dificuldade de acesso aos insumos industriais, ocasionados, dentre outros fatores, pela falta de infraestrutura.

diferentes suas prioridades, suas valorizações, suas verdades! Falar em desenvolvimento hoje sem agir localmente não trará qualquer resultado concreto e durável. Em algumas cidades se precisa de absolutamente tudo, como água (nem se fala tratamento ainda), enquanto regiões inteiras de outro lado clamam por investimentos para socorrer aos danos causados pela chuva. A desertificação de algumas áreas no Brasil é uma realidade, mas ao mesmo tempo se verifica que atitudes localizadas, com absoluta certeza através de uma forma de biopolítica, mudam o cenário.

Sempre tivemos um país difícil, onde até mesmo os menos favorecidos quando enriquecem de alguma forma se esquecem rapidamente das origens e entram em uma autotutela de classe absurda aos olhos de qualquer realeza verdadeira. A maioria dos ricos do terceiro mundo é preconceituosa ao máximo e não pensa em melhorar a vida de todos, mas sim de manter o estilo escravagista herdado pelo passado. Devemos mudar o sentido das coisas, pois não podemos viver mais achando que o importante é o lucro das empresas e o próprio em detrimento dos outros brasileiros, nossos irmãos. Isso deve ser o norte dos políticos com ética ao incentivar o trabalho, produções locais e microempresas.

Darcy Ribeiro (2006, p. 404) ao escrever sobre o povo brasileiro fala do passado como se estivesse falando do presente:

Essa primazia do lucro sobre a necessidade gera um sistema econômico acionado por um ritmo acelerado de produção do que o mercado externo dela exigia, com base numa força de trabalho afundada no atraso, famélica, porque nenhuma atenção se dava à produção e reprodução das suas condições de existência. Em consequência, coexistiram sempre uma prosperidade empresarial, que às vezes chegava a ser a maior do mundo, e uma penúria generalizada da população local.

Precisamos dar a atenção necessária ao interesse público como o que irá salvar a Nação do atraso e buscar a efetividade das

Por conta disso, qualquer alteração na legislação vise melhorar o sistema de política pública é bem-vinda. Avanços não podem permanecer somente nos grandes centros e para as finalidades originais de sua implantação, mas sim deve ser a alavanca para o início de revisão de todo o arcabouço das normas brasileiras, pois somente assim será difundido para todos os cantos do Brasil.

normais de política pública é um dos caminhos mais velozes para esse desenvolvimento.

Podemos estar longe de alcançar o bem-estar que talvez pensemos em nosso mundo ideal, mas momentos de felicidade podem existir cada vez mais e a soma destes é o que deve ser buscada em um mundo de tantas diferenças, as quais não se deseja de forma alguma extinguir, mas sim premiá-las, desde que todos vivam cada vez mais próximos do que entendem ser a luz da verdade, cada um com a sua.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. Tradução de Silvana Foa. São Paulo: Xamã, 1996.

DERRIDA, Jacques. **Adeus a Emmanuel Lévinas**. Tradução de Fábio Landa. São Paulo: Perspectiva, 2013.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Regras para a direção do Espírito. São Paulo: Martin Claret, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FOLLONI, André. **A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema**. Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO. Impresso), v. 41, p. 63-91, 2014. http://www.andrefolloni.com.br/fotos/1426543042_863-3210-1-PB.pdf. Acesso em 26 set 2015.

FRANCISCO. **Carta Encíclica Laudato Si**. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Acesso em 15 set 2015

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito**: ensaio sobre o seu modo de aplicação. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, nº 143, julho/setembro 1999. Apud SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. O modelo de regras e princípios em Robert Alexy. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10552. Acesso em: 25 out. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico**: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. A&C– Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. Acesso em 25 set 2015.

LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do Outro Homem**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (1712-1778). **Do contrato Social**. Tradução de Antonio P Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de conhecer a si mesmo**. 1. ed. Tradução de Jair Barbosa e Silvana Cobucci. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SOARES, Marina: **Princípios: a regra do sopesamento de Robert Alexy como método de delimitação da competência legislativa do município no caso concreto**. Ed. 153, Revista Jurídica DEBATE VIRTUAL: UNIFACS: 2013. p. 6 (disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2488>). Acesso em 20 de outubro de 2014.



Instituto Memória
Centro de Estudos da Contemporaneidade

www.institutomemoria.com.br

CONSELHO CIENTÍFICO-EDITORIAL

PROF. DR. CARLOS ROBERTO ANTUNES DOS SANTOS (In Memoriam – Presidente de Honra). Pós-Doutorado em História da América Latina pela Universidade de Paris III, França. Doutor em História pela Universidade de Paris X - Nanterre, França, Mestre em História do Brasil pela UFPR - Universidade Federal do Paraná, Professor da UFPR - Universidade Federal do Paraná. Reitor da UFPR - Universidade Federal do Paraná, (1998/2002). Membro do Conselho Nacional de Educação (2003/2004) e do Conselho Superior da CAPES (2003/2004).

PROFA. DRA. ALICE FÁTIMA MARTINS.

Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (2004). Mestrado em Educação - área de Magistério: Formação e Trabalho Pedagógico, pela Universidade de Brasília (1997). Licenciatura em Educação Artística, habilitação em Artes Visuais, pela Universidade de Brasília (1983). Atualmente é Professor Adjunto II na Faculdade de Artes Visuais da Universidade Federal de Goiás, onde coordena o Curso de Pós-Graduação em Cultura Visual.

PROF. DR. DOMINGO CÉSAR MANUEL IGHINA.

Doutorado em Letras Modernas pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC-Argentina). Diretor da Escola de Letras da Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade Nacional de Córdoba. Professor da cátedra de Pensamento latino-americano da Escola de Letras da Universidade Nacional de Córdoba. Membro do Conselho Editorial da Revista Silabário.

PROF. DR. DEMETRIUS NICHELE MACEI.

Pós-doutor pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP (2015), Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012), Mestre em Direito Econômico e Social (2004) e Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). Professor de Direito Tributário da graduação, especialização e mestrado da Faculdade de Direito Curitiba (UNICURITIBA). Professor convidado no *Curso de Posgrado en Derecho Tributario* na *Universidad Austral de Buenos Aires/Argentina* e ex-professor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2006-2007) e da PUC/PR (2000-2006/2011-2013). Ocupou os cargos de Diretor e Gerente Jurídico em empresas de grande porte na área de Auditoria e Indústria alimentícia no Brasil e no Exterior. Realizou Curso de Extensão em Direito Norte-Americano pela *Fordham University*, em Nova Iorque/EUA (2010). Publicou os livros "Tributação do Ato Cooperativo" e "A Verdade Material no Direito Tributário". Participa do Conselho Temático de Assuntos Tributários da Federação das Indústrias do Paraná (FIEP), é associado do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), é membro efetivo do Conselho Fiscal de Três Companhias listadas na BOVESPA e ainda é membro titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) do Ministério da Fazenda.

PROF. DR. EDUARDO BIACCHI GOMES.

Pós-Doutor em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Faculdade de Dret. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor-pesquisador em Direito da Integração e Direito Internacional da UniBrasil, Graduação e Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Membro do Grupo Pátrias, UniBrasil, vinculado ao Cnpq. Professor de Direito Internacional da PUCPR, Consultor do MERCOSUL para a livre Circulação de Trabalhadores (2005/2006). Foi Editor Chefe da Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil, Qualis B1, desde a sua fundação e atualmente exerce as funções de Editor Adjunto.

PROFA. DRA. ELAINE RODRIGUES.

Doutorado em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho (2002). Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Maringá (1994). Graduada em Pedagogia pela Universidade Estadual de Maringá (1987). Atualmente é professora Adjunta do departamento de Fundamentos da Educação e do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Maringá.

PROF. DR. FERNANDO ARAUJO.

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor (em 1998) em Ciências Jurídico-Econômicas, Mestre (em 1990) em Ciências Histórico-Jurídicas, Licenciado em Direito (em 1982). É atualmente docente no Curso de Licenciatura e no Curso de Mestrado e Doutorado.

PROF. DR. FERNANDO KNOERR.

Doutor, Mestre em Direito do Estado e Bacharel pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). É Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Foi Professor da Universidade Federal do Paraná, Coordenador do Escritório de Prática Jurídica do Curso de Direito e Vice-Procurador-Geral da mesma Universidade. É Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, do Instituto Catarinense de Estudos Jurídicos, do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral e do Instituto dos Advogados do Paraná. É Professor Benemérito da Faculdade de Direito UNIFOZ e Patrono Acadêmico do Instituto Brasileiro de Direito Político.

PROFA. DRA. GISELA MARIA BESTER.

Possui graduação em Direito pela Universidade de Ijuí (1991), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996), na Linha de Pesquisa Instituições Jurídico-Políticas, e Doutorado em Direito (2002) pela Universidade Federal de Santa Catarina - Área de Concentração Direito, Estado e Sociedade, na Linha de Pesquisa Constituição, Cidadania e Direitos Humanos -, com um ano de pesquisas desenvolvidas na Universidad Complutense de Madrid e na Università degli Studi di Roma La Sapienza (modalidade Doutorado Sanduíche, 1999). É pós-doutoranda em Direito Público na Universidade de Lisboa. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. É associada ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e avaliadora de artigos científicos para seus eventos. Ex-pesquisadora do CNPq e Conselheira Titular do Ministério da Justiça (2008-2012), no CNPCP - Conselho Nacional de Política

Criminal e Penitenciária. Associada ao NELB - Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

PROF. DR. GUIDO RODRÍGUEZ ALCALÁ.

Doutorado em Filosofia, na Diusburg Universität (1983), com bolsa da Konrad Adenauer Stiftung. Mestre em Literatura, na Ohio University e The University of New México, com bolsa de estudos da Fulbright-Hays Scholarship. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Assunção (Paraguai). Autor de numerosos livros de poesia, narrativa e ensaio, tendo já sido publicado no Brasil a novela Caballero (tché!, 1994) e o ensaio Ideologia Autoritária (Funag, 2005).

PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA.

Possui doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010), Pós Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento) mestrado em Direito pela PUC-SP (2002), mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO (2001) graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP (1996), graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG (1981), Especialização em Administração Financeira pela Alvares Penteado, Especialização em Mercados Futuros pela BMF - USP, Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Avaliador de curso e institucional pelo INEP MEC. Atualmente é advogado responsável - Segpraxis Advocacia, professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP no mestrado e graduação. Foi Diretor Superintendente de Planejamento e Controles do Banco Antonio de Queiroz e Banco Crefisul, Membro do Conselho Fiscal e Diretor do Curso de Direito da Universidade Ibirapuera UNIB, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anchieta de SBC. Atualmente é Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico, Vice Presidente da Comissão de Estágio (triênio 2013 a 2015) e membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP todas estaduais. Tem experiência na área de Direito atuando principalmente nos seguintes temas: direito, educação, ensino, direito Constitucional, direito Administrativo, direito do Trabalho, direito Empresarial, administração, finanças, seguros, gestão e avaliação.

PROFA. DRA. JALUSA PRESTES ABAIDE.

Pós-Doutorado na Université de Saint Esprit de Kaslik, Líbano (2006). Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha (2000). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). É professora adjunta da Universidade Federal de Santa Maria. Integra o Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental.

PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI.

Professor. Advogado. Professor no UNIVEM e Professor na PUC/SP. Chefe de Gabinete na PUC/SP. Coordenador do Mestrado em Direito no UNIVEM. Possui graduação (1986), Mestrado (1994) e Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorado pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO (UNIVEM) e da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP. Sócio fundador da AJUCASP. Avaliador para cursos de direito ? INEP/MEC. Foi membro do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. Sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo.

PROF. DR. LUC CAPDEVILA.

Pós-Doutorado, Professor Titular da Universidade de Rennes 2 (França), em História Contemporânea e História da América Latina e Diretor do Mestrado de História das Relações Internacionais. Membro do Conselho Científico da Universidade de Rennes 2 e do Conselho Editorial de várias revistas científicas (CLIO Histoire, Femmes, Sociétés; Nuevo Mundo Mundos Nuevos; Diálogos; Takwa). Especialista em História Cultural sobre conflitos sociais contemporâneos, dirige atualmente um programa de investigação multidisciplinar sobre a Guerra do Chaco.

PROF. DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER.

Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em História pela Universidade Federal do Paraná. Leciona em cursos da Graduação do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Desembargador Federal do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, TRT-PR, Brasil.

PROF. DR. LUIZ FELIPE VIEL MOREIRA.

Pós-Doutorado pela Universidade Nacional de Córdoba, U.N.C., Argentina. Doutor em História Social pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestre em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. Professor Associado do Departamento de História e do Programa de Pós-graduação em História da Universidade Estadual de Maringá, UEM, Brasil, com pesquisas em História da América Latina.

PROF. DR. MATEUS BERTONCINI.

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Leciona Direito Administrativo e Processo Administrativo em cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito de Curitiba e na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. É autor de obras e artigos jurídicos. É líder do grupo de pesquisa Ética, Direitos Fundamentais e Responsabilidade Social. Atualmente, vem desenvolvendo pesquisa nas áreas de Direitos Fundamentais, Princípios Constitucionais da Ordem Econômica e Responsabilidade Social Empresarial. Procurador de Justiça no Paraná.

PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE.

Possui mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998) e doutorado em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza (2001), revalidado pela UFSC e é Pós-Doutor na Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata. É coordenador - Curso de Espec. em Dir. do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (IBCJS). Vice-Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL CESARINO JÚNIOR. Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná, Membro de Comissões da Ordem dos Advogados do Brasil - Paraná, Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina, Membro do Centro de Letras do Paraná, Professor do UNINTER. Diretor do Departamento de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Internacional.

PROF. DR. OCTAVIO CAMPOS FISCHER.

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Desde julho de 2013) Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999) Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). É professor de Direito Tributário do Mestrado, da Especialização e da Graduação nas Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil). Foi professor colaborador do programa de mestrado em direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF) em 2012 e 2013. Foi Vice-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil (2010-2011). Foi Conselheiro Titular da 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf (2003-2005). Foi Conselheiro Estadual da OAB/PR. Foi Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná/PR até junho de 2013.

PROF. DR. PAULO ROBERTO CIMÓ QUEIROZ.

Doutorado em História Econômica pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestre em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil. Professor da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, UFMS, Brasil.

PROF. DR. PAULO OPUSZKA.

É Bacharel em Direito (2000) pelo Centro Universitário Curitiba. Mestre em Direito (2006) e Doutor em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. É Professor de Direito e Processo do Trabalho da Universidade Federal de Santa Maria. É Professor Convocado do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Foi Professor de Direito Econômico na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor convidado da Especialização em Direito do Trabalho, Processo e Mercado do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. É professor licenciado de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade Campo Real de Guarapuava/PR. Superintendente do Instituto Municipal de Administração Pública do Município de Curitiba de 2013-2015

PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI.

Doutor em Direito pela UFPR. Professor titular de Direito Penal da UFPR. Professor de Direito Processual Penal no curso de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Vice-Presidente do Comitê Científico da Associação Internacional de Direito Penal. Presidente Honorário do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP – Brasil). Presidente da Comissão Nacional de Defesa da República e da Democracia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Presidente de Honra para o Brasil do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Membro da Sociedade Mexicana de Criminologia. Co-autor do anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei n.º 7.209, de 11.07.1984). Co-autor do anteprojeto da Lei de Execução Penal do Brasil (Lei n.º 7.210, de 11.07.1984). Relator do anteprojeto de nova lei de imprensa (Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil. Publicado no Diário do Congresso Nacional, n.º 103, seção II, de 14.08.1991). Membro da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal (Portaria n.º 581, de 10.12.1992, do Ministro da Justiça). Membro da Comissão instituída pela Escola Nacional da Magistratura para a reforma do Código de Processo Penal. Membro da Comissão instituída pelo Ministro da Justiça para promover estudos e propor soluções com vista à simplificação da Lei de Execução Penal. Ex-membro do Conselho Diretor do Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. Ex-

Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ex-Magistrado do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Ex-Secretário de Estado da Cultura.

PROF. DR. SERGIO ODILON NADALIN.

Possui graduação em História (Licenciatura) pela Universidade Federal do Paraná (1966), mestrado em História pela Universidade Federal do Paraná (1975) e doutorado em História e Geografia das Populações - Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1978). Professor do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Paraná, membro da Associação Paranaense de História, da Associação Nacional de História, da Asociación Latinoamericana de Población, da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, da Societe de Demographie Historique e da Union Internationale pour Etude Scientifique de la Population. Pesquisador cadastrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) desde 1979 e membro fundador do Centro de Documentação e Pesquisa dos Domínios Portugueses (CEDOPE), do Departamento de História da UFPR; Lidera um grupo de pesquisa junto ao CNPq intitulado "Demografia & História".

PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÉA LEÃO JÚNIOR.

Vice-coordenador do Mestrado (2013), Professor do Mestrado (2012), Professor da Graduação (1999) e Graduado (1996) no UNIVEM (Centro Universitário "Eurípedes Soares da Rocha" de Marília-SP), mestre pela PUC (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2001) e doutor pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru em 2012). Advoga desde 1996.

PROFA. DRA. VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR.

Doutora em Direito do Estado e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCAMP. Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

PROF. DR. WAGNER MENEZES.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP - no programa de graduação e pós-graduação em Direito. Mestre (PUCPR), Doutor (USP), Pós-doutor (UNIVERSIDADE DE PÁDOVA -ITALIA) e Livre-Docente (USP). Realizou pesquisa e estágio junto ao Tribunal Internacional Sobre Direito do Mar - Hamburgo, Alemanha - ITLOS (2007). Atualmente é árbitro do Tribunal do Mercosul (Protocolo de Olivos) - Presidente da ABDI - Academia Brasileira de Direito internacional; Coordenador do Congresso Brasileiro de Direito Internacional; Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional - Diretor executivo da Sociedade Latino Americana de Direito Internacional (SLADI). Editor-Chefe do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (Revista jurídica fundada em 1915) e dirige junto a Universidade de São Paulo o Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais - NETI.

ISBN 978-85-5523-087-5



9 788555 230875 >