

IURISPRUDENTIA



IURISPRUDENTIA

Revista Semestral da Faculdade de Direito da Ajes
Juína/MT • Ano 1 • n. 1 • Jan/Jun • 2012

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editor

Maurício Zanotelli

Revisão

Dr. Cláudio Silveira Maia

Diagramação

Gráfica Gerdan

Bibliotecário Responsável

Salatiel José Gonçalves Blanco
CRB1 – 2528

Capa

Imagem - Julgamento de Galileu Galilei

Projeto Gráfico

Gráfica Gerdan

Ficha Catalográfica

Prof. Romualdo Duarte Gomes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R361 Iurisprudentia – Revista da Faculdade de Direito da AJES
Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do
Juruena / AJES – v. 1 n. 1 - Juína
Juína – MT: Gerdan, 2013, pág. 140

v. 1, n. 1 (jan./jun. 2012)

Semestral

ISSN 2237-8154

1. Direito – Jurisprudência. 2. Produção científica. 3. Juína –
MT. I. AJES – Faculdade de Administração e Ciências
Contábeis do Vale do Juruena

CDU 34

Catalogação na fonte: Bibliotecário Salatiel J. G. Blanco - CRB1- 2528

Submissões de trabalhos

www.revistaiurisprudentia.com.br

Email para contato:

coordenacao@revistaiurisprudentia.com.br



IURISPRUDENTIA

Revista Semestral Interdisciplinar da Faculdade
de Direito da AJES-MT

EXPEDIENTE

Diretor Geral	Coordenação do Curso	Coordenação Editorial
Clódís Antônio Menegaz	Alcione Adame	Maurício Zanotelli

Conselho Editorial

Interno

Alcione Adame
Cláudio Silveira Maia
Cristiane Splicido
Julieta Beatriz Ramos Desaunier
Luis Fernando Moraes Mello
Marina Silveira Lopes
Vilmar Martins de Moura Guarany

Externo Nacional

Elisabete Maniglia (UNESP)
Flávia Piovesan (PUC/SP – PUC/PR)
Luiz Gonzaga Silva Adolfo (UNISC/
RS – ULBRA/RS)
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC/RS)
Vicente de Paulo Barretto (UERJ –
UNESA/RJ)

Externo Internacional

Ana Fernanda Neves (Universidade de
Lisboa - Portugal)
Cinzia Gamba (Università degli Studi
di Pavia – Itália)
Hugo Enrique Ortiz Pilares
(Universidad de Alicante – España)
Pamela Juliana Aguirre Castro
(Universidad Andina Simón Bolívar/
Universidad Espíritu Santo - Ecuador)
Paulo Ferreira da Cunha
(Universidade do Porto - Portugal)
Maria João Estorninho (Universidade
de Lisboa - Portugal)
Martín Vivanco Lira (Escuela Libre
de Derecho – México)

Nota Editorial

A Revista Iurisprudencia tem por lisonja apresentar esta edição, composta por artigos científicos de renomados pesquisadores, brasileiros e estrangeiro, que foram selecionados visando assegurar uma produção, no Direito, com prudência: eis a iurisprudencia.

A constituição no e do Direito há de abandonar aquelas fórmulas prontas que desde sempre já vêm sendo aplicadas como “solucionadoras” dos questionamentos hodiernos, mas que, no entanto, acabam por gerar uma série de outros problemas reflexos, pela distância temporal que elas estão frente aos paradoxos da sociedade plural do século XXI. A compreensão no e do Direito há de constituir, a partir de uma aplicabilidade da Constituição da República Federativa do Brasil, dos Direitos Humanos - em regras, valores e princípios - a sua própria fortaleza à produção jurídica do Estado Democrático de Direito, pela análise dos casos concretos particulares. Uma vez que, um novo direito surgirá a cada instante, fazendo-nos retomar pela circularidade das pesquisas em um caminho mesmo, porém ao rumo doutro horizonte, limitado pela própria garantia de direitos que o assegurou, conduzindo-nos para uma resposta de anseios sociais, para um perguntar pelo seu acontecer de sentido.

A construção do Direito com prudência é a finalidade dos nossos estudos que estamos apresentando, com muita honra, neste número.

Uma próspera leitura...

Prof. Me. Maurício Zanotelli

Sumário

Nota Editorial.....	05
---------------------	----

DOCTRINA NACIONAL

Ativismo do Poder Judiciário, Direito Ambiental e o Direito de Águas <i>Alcione Adame.....</i>	11
--	----

A Democracia Representativa em crise e a Gestão Pública Compartida <i>Camila Ferrareze; Paulo Ferrareze Filho.....</i>	33
--	----

O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana face aos requisitos exigidos para a Concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada <i>Christiane Splicido.....</i>	45
--	----

A Eficácia dos Direitos Sociais e Fundamentais frente às Novas Tecnologias nas Relações de Trabalho <i>Guilherme Augusto Pinto da Silva.....</i>	67
--	----

A Filosofia Hermenêutica e o Operador do Direito <i>Maurício Zanotelli.....</i>	87
---	----

Direitos Humanos Sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização social <i>Oswaldo Ferreira de Carvalho.....</i>	101
---	-----

Habermas e a Construção Discursivo-Procedimental de uma Comunidade Jurídica (Democraticamente) Autônoma <i>Paulo Roberto Ramos Alves.....</i>	125
---	-----

DOCTRINA ESTRANGEIRA

A Revogação dos Actos Administrativos Constitutivos de Direitos por alteração da Situação de Facto <i>Eduardo André Galante Alves.....</i>	141
--	-----



AJES - Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena
Instituto Superior de Educação do Vale do Juruena

Avenida Gabriel Müller, 1065 - Módulo 01 - Juína - Mato Grosso

ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO, DIREITO AMBIENTAL E O DIREITO DE ÁGUAS

Alcione Adame¹

RESUMO: a postura proativa adotada pelos tribunais enquanto instrumento, não de criação do direito, mas resultado da criatividade do intérprete na aplicação da norma jurídica é tema de constantes críticas, principalmente no Brasil atual, onde a adoção de métodos hermenêuticos abertos tem colocado os órgãos jurisdicionais como protagonistas do processo jurídico-político. E base de todas essas regras, necessárias para o convívio social, está pautada na Constituição de cada país. E o que acontece é que muitas vezes a legislação não consegue acompanhar as transformações vividas no dia a dia, principalmente quando nos deparamos com as questões sócio-ambientais, onde a ação humana, a cada dia, cria novas nuances que fazem com que a atividade jurisdicional tenha que se amoldar tendo em vista a impossibilidade de se legislar a cada nova mutação social.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Ativismo Jurídico. Meio Ambiente e Águas.

ABSTRACT: The proactive approach adopted by the courts as a tool, not create law, but the result of creativity of the interpreter in the application of the rule of law is the subject of constant criticism, especially in Brazil today, where the adoption of open hermeneutical methods have placed the courts as protagonists of the legal process-political. E basis of all these rules are necessary for social life, is based in the Constitution of each country. And what often happens is that the legislation fails to follow the transformations experienced in everyday life, especially when faced with socio-environmental issues, where human action, every day, creating new nuances that make the activity court has to in order to conform to the impossibility of legislating every new social change.

KEYWORDS: The Federal Constitution. Legal Activism. The environment and water.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Pré-compreensão sobre a teoria moderna do Direito Constitucional; 3 Ativismo Judicial, 3.1 Judicialização da Política e o Ativismo Judicial, 3.2 Ativismo Judicial e Separação de Poderes, 3.3 Os limites da Ação Ativista do Poder Judicial; 4 Ativismo Judicial e Meio Ambiente, 4.1 Ativismo Judicial e Águas; 5 Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

¹Bacharel em Turismo e em Direito pela PUC - MG, Especialista em Direito Processual pela PUC- MG, Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos, Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Advogada e Coordenadora do Curso de Direito da AJES.

1 INTRODUÇÃO

Os estudiosos do direito, em especial os de Direito Constitucional, consideram de crucial importância, o profundo entendimento da matéria referente à interpretação e regras hermenêuticas, uma vez que é grande a dificuldade em lidar com seus aportes e fundamentos e também pela necessidade do estudo, nomeadamente no que tange a sistematização de padrões interpretativos mais adequados.

A possibilidade de abertura interpretativa torna-se extensa e controversa, principalmente quando trata-se da interpretação constitucional clássica e tradicional. Porém, essa linha de pensamento vem ganhando adeptos. Peter Häberle, defende a ideia de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” onde os atores sociais participam ativamente do processo interpretativo da Constituição, promovendo a partir desse pluralismo de ideias, a “democratização da interpretação constitucional”².

Entretanto, o alcance da interpretação constitucional, varia conforme os métodos hermenêuticos adotados pelos intérpretes da norma, de modo que o enunciado linguístico da norma, embora único, pode gerar sentidos diversos a partir do alcance que se pretende conferir a ele.

Esse alcance pode fixar-se na literalidade da norma, se interpretado de forma restritiva, ou alargar-se a um conteúdo aberto que, por vezes, pode perder a própria referência com a norma originária, se interpretado sob a forma criativa – método utilizado pelos defensores do ativismo judiciário.

O ativismo judiciário, entendido como fenômeno de intensificação da ação do Poder Judiciário voltado para a concretização de direitos e demandas sociais através da interpretação principiológica, mostra-se como uma “evolução natural” das democracias modernas.

Uma das teorias surgidas para a explicação de tal fenômeno é que, o que está definido no texto constitucional, são finalidade e princípios que não garantem de todo sua efetividade, uma vez que essas normas são programáticas, e dependem de uma legislação infraconstitucional. As normas que possuem aplicabilidade direta como é o caso dos “direitos, liberdades e garantias”, são passíveis ainda, de uma maior atividade interpretativa e criativa do Poder Judiciário³.

A estas causas do ativismo judiciário pode ainda ser acrescida a descrença dos cidadãos nos poderes Legislativo e Executivo, que pleiteiam no Judiciário o controle dos atos emanados daquelas esferas de poder.

Diante disso, a atuação do Poder Judiciário para a proteção dos direitos

²Cf. Peter Häberle. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.

³Na Constituição dirigente, na visão de Canotilho, a programaticidade de seu texto vincularia a atividade do legislador, a quem competiria definir “o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais” (Cf. J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 11). Ocorre que a inércia legislativa na regulamentação das normas constitucionais programáticas, abriu margem para a atividade jurisdicional, passando ao Poder Judiciário a definição do alcance do programa trazido pela Constituição, tarefa que, a princípio, competiria ao órgão legiferante no caso de criação legislativa ou mesmo do executivo na definição das políticas públicas.

constitucionalmente garantidos mostra-se como uma forma de ajuste da democracia representativa com o Estado Constitucional de Direito, fazendo prevalecer a Constituição em sua essência⁴.

Para tanto, há autores que censuram a postura criativa do Poder Judiciário, seja por vê-la como um “apoderamento” de poder, ou ainda por entenderem que as decisões judiciais não possuem legitimação democrática para torná-las aptas a “substituírem as leis”.

No entanto, a maioria da doutrina reconhece a impossibilidade de ausência criativa no exercício interpretativo jurisdicional, pois este decorre de um esforço hermenêutico indispensável⁵.

Contudo, diante dessa premissa, algumas questões surgem, questões essas que demandam atenção e reflexão, tais como:

Existem limites interpretativos para a Constituição dentro dessa “nova” ordem jurídica? E se existem, quais são eles? O ativismo judicial fere a esfera de competência da separação dos três poderes? Uma interpretação contrária pode ferir a integridade do texto Constitucional, enquanto fonte primária? Sendo o direito de águas um direito fundamental, como esse deve ou vêm sendo interpretado?

2 PRÉ-COMPREENSÃO SOBRE A TEORIA MODERNA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Não se pretende aqui fazer uma retórica sobre as diversas fases passadas pelo direito ao longo da história, uma vez que para a presente análise faz-se necessário o entendimento acerca do “neo - constitucionalismo”, e, para tanto, situamo-nos a partir do final do século XX.

Com o fim de um milênio e início de outro, há sempre a ideia de coisas novas e mudanças, assim também o é no direito, uma nova fase, com um rótulo genérico que abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. É a era da velocidade. Vive-se a angústia do que não pode ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras⁶. Uma época aparentemente “pós-tudo”: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana, pós-positivista, pós-moderna⁷.

⁴Para Alexy, a participação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos se mostra essencial num Estado constitucional democrático, visto que, se “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional (representante do Poder Judiciário para as questões constitucionais) o representa argumentativamente”. Robert Alexy. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*.

⁵J. J. Gomes Canotilho, ao tratar da aplicação das regras de hermenêutica aos sistemas constitucionais abertos, destaca que “a interpretação implica sempre um mais no processo de conhecimento’, que a ‘interpretação é sempre aplicação’ e que ‘aplicação do direito é sempre uma actividade produtiva criadora”’. Cf. J. J. Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 62.

⁶Cf. Luís Roberto Barroso, *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 2-3.

⁷A pós-modernidade é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores

O Direito já não cabia mais no positivismo jurídico, no entanto, seus operadores não desejam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução positivista, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade.

Essa nova era demanda novos conhecimentos, a interdisciplinaridade com outras ciências, o tecnicismo do direito é contraposto, uma nova corrente de pensadores jurídicos, de base constitucionalista surge, dando ao Direito, nomeadamente ao Direito Constitucional uma abertura no âmbito de atuação⁸.

Peter Häberle parte da noção de que “a Constituição é um texto mutável” e, portanto, “sua interpretação deve ser alterada para atender às demandas do momento”. Para Häberle, os intérpretes diretos da Constituição devem reconhecer a Constituição como um ponto de partida, e não como um fim em si mesma. A Constituição não é estática, pois faz parte da dinâmica da sociedade e sua interpretação deve ser feita no seu tempo e assente à realidade que a cerca.

Essa abstração do Direito Constitucional serve como pressuposto de sua adaptabilidade, de sua evolução, criando uma “Constituição viva”, que acompanha o desenvolvimento da própria sociedade. Deste modo, não haveria mais como diferenciar a dogmática jurídica constitucional da sociologia, da filosofia, da antropologia, da ciência política.

Percebe-se, portanto, uma abertura das normas constitucionais que possibilita a evolução do Texto da Constituição, o acompanhamento do desenvolvimento da realidade, oxigenando assim o texto da Constituição, ao mesmo tempo em que possibilita não só a participação formal dos diversos atores sociais, enquanto intérprete da Constituição, mas também uma participação material nos julgamentos das causas que lhes interessem.

Vivencia-se, com isso, no plano constitucional, um momento sem precedentes, de vertiginosa ascensão científica e política. Os estudos que se desenvolveram ao longo dessa transição procuraram investigar os antecedentes teóricos e filosóficos desse novo direito constitucional, identificar seus principais adversários e acenar com algumas ideias para o presente e para o futuro.

O Direito Constitucional ganha status de “super ciência” abarcando quase todas as áreas da vida social, política e jurídica. Vivencia-se, num primeiro momento, uma onda de constitucionalização do direito. A Constituição passa a ser vista não mais como uma “ordenação fundamental dum Estado, que define os

européus denominaram este momento de rompimento (Umbruch), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado.” Cf. Cláudia Lima Marques, *A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*, Revista Cidadania e Justiça, n° 6, 1999.

⁸Um dos maiores expoentes dessa corrente doutrinária é, sem sombra de dúvidas, o jurista alemão Peter Häberle, autor da célebre obra *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*, que propõe a seguinte tese: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição. (...) A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta.” Peter Häberle, *ob. cit.*, p. 13.

titulares do poder público, enuncia os órgãos políticos e a sua competência, indica os fins supremos da comunidade e, normalmente, assegura um elenco de garantias dos particulares⁹, mas também como um conjunto de orientações programáticas ou uma ordem principiológica, sem força normativa, que visa construir um norte, uma meta a ser seguida pelos entes Estatais.

O neoconstitucionalismo¹⁰ surge da complexidade das relações sociais atuais, fundadas na proeminência do princípio da dignidade da pessoa humana, que tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que os instrumentos internacionais e, principalmente as constituições modernas passaram a ofertar solenemente aos indivíduos e às coletividades¹¹.

Como dogmática jurídica, o neoconstitucionalismo se propõe a descrever as transformações dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos, consistentes na configuração de uma Constituição viva e mutável, fundada na onipresença de princípios e regras e na existência de peculiaridades na interpretação e aplicação das leis a partir da incidência da Constituição.

Utilizando-se do papel da interpretação da constituição como instrumento de busca da efetividade de suas normas, a teoria neoconstitucional reforça a ideia de que a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica, por isso tal circunstância passa a ser vista com força normativa, onde é claro o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras.

Um texto constitucional nasce com um propósito de continuidade. Não se pensa ao criar uma Constituição na sua mutabilidade material, ou mesmo no esgotamento ou na falta de aplicabilidade de suas normas. Daí a tendência principiológica das normas constitucionais de modo a permitir a sua oxigenação com uma mínima intervenção no seu texto¹². Mais uma vez o papel do intérprete é de fundamental importância, pois a ele compete não só manter viva e atualizada a Constituição face ao acompanhamento das relações contemporâneas, como evitar a

⁹Cf. conceituação de Rogério E. Soares, Constituição, in “*Dicionário Jurídico da Administração Pública*”, p. 671.

¹⁰Inicia-se aí o neoconstitucionalismo. O sentido do prefixo “neo” presume-se considerar algo que é novo ou que ainda não foi desvendado, que está em desenvolvimento, determinando certo avanço em relação ao estado anterior. É dentro dessa premissa que nasce o neoconstitucionalismo, ou seja, no sentido de visualizar o constitucionalismo contemporâneo, e sinalizar para um “constitucionalismo do por vir”

Cf. André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, (2002)

¹¹Cf. Carlos Roberto Siqueira Castro, *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*, p. 15.

¹²Um exemplo clássico desse pragmatismo constitucional é a Constituição Norte-Americana (1787) que lida com a ideia de uma Constituição da continuidade, visando a sua atualização, reafirmando a sua progressão e não o desfalecimento, tal como leciona o Professor José Luiz Quadro de Magalhães: “A história constitucional norte-americana reforça a ideia de uma Constituição dinâmica, viva, que se reconstrói diariamente diante da complexidade das sociedades contemporâneas. Uma Constituição presente em cada momento da vida. Uma Constituição que é interpretação, e não texto. A experiência norte-americana nos revela uma nova dimensão da jurisdição constitucional, presente em toda a manifestação do Direito. É tarefa do agente do Direito, nas suas mais diversas funções, dizer a Constituição no caso concreto e promover leituras constitucionalmente adequadas de todas as normas e fatos. A vida é interpretação, não há texto que não seja interpretado. A interpretação do mundo, dos fatos, das normas é inafastável”. Cf. José Luiz Quadros de Magalhães. *Constitucionalismo e interpretação: um certo olhar histórico*. In: “Revista Brasileira de Direito Constitucional”. Vol. 6, jul./dez. 2005, p. 208.

sua mutação material ou desnaturação.

Deve, por fim, ser a Constituição integracionista e universal. A Lei Fundamental deve refletir uma integração ética, moral, espiritual e institucional, tendo em vista o desenvolvimento de funções com fins comuns. Universalista no sentido de conferir uma maior proteção aos direitos fundamentais, cujo fim maior será propiciar a todos uma existência digna.

3 ATIVISMO JUDICIAL

A inoperância, muitas vezes, dos Poderes Legislativo e Executivo tem transferido para a Justiça institucionalizada pelo Estado a implementação dos anseios sociais veiculados em demandas individuais e coletivas, forçando os Tribunais a serem artífices na defesa da vida digna no difícil caminhar da sociedade¹³. Daí advém o ativismo Judicial¹⁴. Serve-se o magistrado, portanto, nas suas sentenças, dos Princípios do Estado de Direito despontando a criatividade judicial fundamentada não somente na regra expressa, mas também nos princípios, como forma de dar efetividade aos direitos constitucionalmente garantidos.

Luís Roberto Barroso acentua que a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes – Legislativo e Executivo – ressaltando que, a postura ativista, se manifesta por meio de diferentes condutas.

Em consequência disso, mostram-se inevitáveis os conflitos com as demais funções do Estado e o debate político de projeto de futuro retoma o seu curso, impulsionando o Poder Judicial às forças sociais, estas muitas vezes paralisadas por questões políticas. Esse aspecto pedagógico da decisão judicial permite, contudo, uma maior coordenação entre os Poderes do Estado no sentido da promoção do bem social, desígnio primeiro da Constituição de um Estado.

¹³Em discurso, na posse do Ministro Gilmar Ferreira Mendes à Presidência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso Mello assim se manifestou contra as censuras feitas pelo “eventual ativismo judicial” exercido pelo STF, afirmando que: “Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.”

¹⁴O termo “Ativismo Judicial”, contudo, não se traduz num conceito unívoco. Se nos pautarmos para a sua conceituação no Direito no norte-americano, berço do seu surgimento, evidencia-se que, já de origem, o termo não encontra consenso. O Merriam-Websters’s Dictionary of Law define judicial activism como “(...) the practice in the judiciary of protecting or expanding individual rights through decisions that depart from established precedent or are independent of or in opposition to supposed constitutional or legislative intent (...)”. Já para o Black’s Law Dictionary constitui “(...) a philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions, usu. with the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent”.

É certo que são vários os questionamentos acerca da sobrecarga imposta ao Poder Judiciário, todavia um consenso poderoso se impõe: não há progresso humano de uma sociedade, sem a presença de uma justiça forte e pronta para dar resposta imediata em defesa da dignidade do ser humano.

O problema surge quando, quando o modo de preservar a Constituição ou de interpretá-la, o juiz extrapola seus poderes e passa a formular políticas públicas (ou cancelá-las), ou mesmo legislar, às vezes impondo suas preferências pessoais¹⁵.

Nesse sentido, o “ativismo judicial” passa a ser visto como um ato de “ignorar o pleno significado da Constituição em favor da visão pessoal do juiz”¹⁶, ou mesmo como a substituição dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário na formulação e execução de políticas públicas. Nesse contexto, pode significar a alienação da soberania popular, expressa através dos mandatários eleitos pelo sufrágio universal, transferindo-a a um corpo técnico não eleito. Porém, não é essa a ideia de ativismo judicial aqui tratada.

Esse debate torna-se necessário para o próprio fortalecimento da legitimidade do Judiciário. Muitas das ações que lhe têm sido submetidas buscam pronunciamentos que, em verdade, são da responsabilidade dos outros Poderes. E, com isso, desvia-se o Judiciário das suas reais atribuições, em desserviço ao seu nobre papel de garantidor do Estado democrático de Direito.

Por outro lado, há situações em que a ineficácia ou inércia dos outros órgãos de Poder transferem ao Judiciário uma responsabilidade não pela regulamentação de uma determinada ação ou a definição ou cancelamento de uma política pública, mas uma responsabilidade pela preservação e efetividade das normas constitucionais.

O Poder Judiciário é a instância de poder responsável pela garantia da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos valores democráticos por ela consagrados, inclusive em face dos outros Poderes.

O ativismo judicial, dentro do sentido aqui adotado, tem sido parte da solução, e não do problema, no plano institucional. Mas ele é um remédio muito poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado¹⁷.

3.1 Judicialização da Política e o Ativismo Judicial

As relações entre o sistema judicial e o sistema político atravessam nos tempos atuais um momento de tensão sem precedentes cuja natureza se pode resumir numa frase: “a judicialização da política conduz à politização da justiça”¹⁸.

¹⁵Ressalta-se, todavia, que a ideia de ativismo judicial pode ser vista sob dois prismas: referir-se ao desenvolvimento legítimo da Constituição, feito pelos Tribunais, que possuem competência constitucional, na intenção de garantir-lhe efetividade – sentido esse utilizado na presente tese –, ou levar a uma conotação pejorativa de um ativismo judiciário para lá dos limites que se impõem a uma jurisdição, voltado para o a realização das satisfações e intenções pessoais do magistrado o que, de plano deve ser rechaçado.

¹⁶Kermit Roosevelt III, *The Myth of Judicial Activism* (2006).

¹⁷Luís Roberto Barroso, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, p. 19.

¹⁸Cf. Boaventura de Sousa Santos, *A Judicialização da Política*, artigo eletrônico disponível em <http://www.>

A judicialização da política implica na transferência para os órgãos Poder Judiciário das decisões sobre questões de larga repercussão política ou social, que antes eram resolvidas única e exclusivamente pelas instâncias políticas tradicionais: os Poderes Legislativo e Executivo. Há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política.

A politização da justiça, a seu turno, consiste num tipo de questionamento dos órgãos do Poder Judiciário que põe em causa, não só a sua funcionalidade, como também a sua credibilidade, ao atribuir-lhe desígnios que violam regras básicas da organização do Estado entre as quais a da separação dos poderes. É uma forma de empregar à justiça as vicissitudes da vida política, ou seja, dar visibilidade política a um órgão que tem competência jurídica. A politização da justiça coloca o sistema judicial numa situação de instabilidade institucional que, dependendo da forma como a gerir, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força a depender da sua forma de agir diante das situações de conflitos colocadas sob sua apreciação.

Apesar de se reconhecer a existência de um caráter político no exercício da função jurisdicional ordinária, é no plano da Jurisdição Constitucional que este fenómeno assume maiores contornos. Dado que a Constituição se afigura como um vínculo entre a Política e o Direito, a Justiça Constitucional, ao ser responsável pela defesa da Lei Maior, está mais suscetível às demandas do sistema político.

A Justiça Constitucional torna-se, assim, uma nova “arena” para a discussão de temas que afetam diversos setores da sociedade. Assim, as escolhas políticas feitas pelo legislador ou mesmo pelo administrador, democraticamente eleitos, são rediscutidas no âmbito da Justiça constitucional. É essa, em síntese, uma das facetas que levaram à judicialização da política e que acabaram por conduzir à politização da Justiça, que, quando associadas à Justiça constitucional, assumem um relevo mais expressivo.

Assim, questiona-se até que ponto as políticas públicas destinadas a concretizar os comandos constitucionais podem ser controladas judicialmente¹⁹.

De uma auto-limitação a um ativismo judicial, a Justiça constitucional oscila no desempenho e na defesa da Constituição. Em países que ainda não atingiram graus satisfatórios de fruição de direitos sociais básicos, frente ao leque de garantias previstas

ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php. De igual forma assevera Alberto Dalla Via que “En los últimos años comenzó ha hablarse de la ‘judicialización de la política’ y de ‘politización de la justicia’ como expresiones de un fenómeno de relaciones mutuas en los que los poderes políticos se inmiscuyen en el ámbito de lo judicial y, viceversa, la justicia exhibe un marcado activismo hacia en control de los problemas propios de la política. Expresiones de esos fenómenos han sido, por ejemplo, el llamado operativo ‘mani pulite’ (manos limpias) en Italia, donde una fuerte actuación de los jueces logró desbaratar importantes redes de corrupción; tema que también se verificó en otros países. Cf. Alberto Dalla Via, Los jueces frente a la política, p. 27.

¹⁹No constitucionalismo norte-americano vige o princípio da judicial self-restraint princípio segundo a qual as decisões judiciais que afastam as opções políticas do legislativo e do executivo, só se legitimam na medida em que se amarram firmemente na Constituição. Toda vez que o julgador sob o pretexto de dar cumprimento a Constituição, substituir o mérito administrativo do ato do legislador, pelo seu, ficará comprometida a própria legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

no texto da Constituição, como é o caso do Brasil, é comum exigir-se uma postura mais ativa da Justiça constitucional na tentativa de diminuir o fosso que separa a realidade (mundo do “ser”) da normatividade constitucional (mundo do “dever-ser”) e daí surge o panorama que envolve a judicialização da política.

A Justiça constitucional, dado que ela possui o poder de dar a última palavra em termos de interpretação da Constituição, passaria a demarcar as zonas de competência dos demais poderes, a partir dos limites que ela própria impuser a sua competência. Com isso, emerge a discussão acerca dos próprios limites de atuação da Justiça constitucional em razão de sua elevada discricionariedade proporcionada pela textura aberta das normas constitucionais nos Estados contemporâneos.

A judicialização da política e o ativismo judicial são traços marcantes da realidade jurídica de muitos países nos últimos tempos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização da política decorre, muitas das vezes, do modelo de Constituição adotado, cuja amplitude de garantias não concretizadas nas esferas legislativas e executivas permite que discussões de largo alcance político sejam trazidas sob a forma de ações judiciais²⁰.

O ativismo judicial expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas dando-lhe efetividade. Trata-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, atenuam-se na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular²¹.

²⁰Vale dizer que a judicialização da política não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do legislador constituinte, pois esse lhe abriu tal possibilidade ao conferir-lhe competência para a proteção jurídica da Constituição. Diferentemente do ativismo judicial, que decorre de um protagonismo imposto pelo próprio Judiciário na definição de ações não implementadas nas esferas políticas do poder.

²¹Para Robert Alexy o princípio fundamental de que “todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o Tribunal Constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo Tribunal Constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o Tribunal Constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e Tribunal Constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão

É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluida o poder criativo do intérprete judicial expande-se a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém a competência constitucional para legislar.

Os riscos da politização da justiça, sobretudo da Justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o Poder Constituinte em Poder Constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política.

Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos constitucionalmente garantidos, mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo próprio ordenamento jurídico, principalmente pela Constituição.

3.2 Ativismo Judicial e Separação de Poderes

Um dos principais pontos concernentes a uma concepção estatal pautada em base democrático-republicana é o da separação dos poderes. O princípio da separação dos poderes é tão importante na estrutura do estado democrático que os revolucionários de 1789 vieram a proclamá-lo característica essencial e decisiva do conceito de constituição²².

A ideia mais elementar contida nesse princípio consiste em distribuir as funções públicas por diferentes órgãos, independentes e autônomos entre si, de forma que “a suprema auctoritas não apareça total e exclusivamente hipostasiada em nenhum deles nem em qualquer das suas singulares manifestações”²³.

Para Montesquieu – idealizador final do princípio – a única maneira de liminar o poder da autoridade suprema é dividindo-o em diversos poderes que se condicionem, que se limitem reciprocamente no chamado “sistema de freios e contrapesos” – checks and balances. “Para que ninguém possa abusar do poder é preciso que, pelas disposições das coisas, o poder limite o poder” (il faut que le pouvoir arrête le pouvoir)²⁴.

reconciliados.” Cf. Robert Alexy, *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Grifei.

²²O artigo 16º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789) estabelece que: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution”.

²³Cf. Barbosa de Melo, *Democracia e Utopia*, p. 42.

²⁴Ver nesse sentido Montesquieu, *De L'Esprit des Lois*, Livro XI, Cap. VI; Jorge Miranda, *Ciência Política. Formas de Governo*. p. 97-98; Nuno Piçarra, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio*

A tripartição funcional do poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) seria então essa forma de limitá-lo. Assim, cada um exerceria uma determinada função dentro da estrutura do Estado, o que, além de dar mais eficiência à máquina estatal – na medida em que a divisão de atribuições e competências torna cada órgão especializado em determinada função – garantiria, ainda, uma maior liberdade aos indivíduos²⁵.

Nos moldes de uma concepção jurídico-formalista, os Poderes Executivo e Legislativo sobrepõem-se ao Poder Judiciário na formação de políticas públicas e na própria condução do Estado, não cabendo ao Judiciário a participação – legítima e democrática – em decisões públicas²⁶.

O próprio Montesquieu reconhecia no Judiciário um poder técnico, passivo, sem relevância política, distinguindo-o dos Poderes Legislativo e Executivo a quem conferia competências positivas e negativas no sentido de agir na execução das suas funções próprias e de servir como freio para o exercício das funções alheias.

Não obstante a concepção clássica do princípio, a realidade hoje vivida se mostra diferenciada em alguns Estados. Dada a complexidade do mundo contemporâneo, exige-se um Judiciário mais participativo, capaz de decidir conflitos dos mais diversos matizes que surgem na sociedade fazendo assim com que inúmeras questões de índole estritamente política sejam trazidas ao exame do Poder Judiciário.

Em face dessa realidade, alteram-se as funções clássicas dos juízes²⁷, que se tornam também responsáveis pelas políticas de outros poderes estatais, passando a orientar as suas atuações de forma a assegurar a integridade da Constituição e dos direitos dos cidadãos nas democracias contemporâneas.

Muito se questiona, porém, acerca da legitimidade da atuação do Judiciário em questões que envolvam matérias relacionadas às outras esferas de poder do Estado. Essa expansão dos poderes do Judiciário sobre as políticas legislativas ou executivas do Estado, só tem lugar porque o sistema democrático permite tal atuação sobre os atos dos outros poderes, e decorre, como já visto, do fenômeno da judicialização da política²⁸.

O fundamento da judicialização da política reside, assim, no primado da supremacia da Constituição. Destarte, o Judiciário, quando atua no âmbito político, não invade a esfera de competência dos outros poderes, mas apenas garante a

Constitucional, p. 90; Vital Moreira, *Sebenta de Ciência Política*, p. 26.

²⁵De destacar que a liberdade para Montesquieu estava diretamente ligada ao conceito de legalidade. (“Numa sociedade em que há leis, a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”). Cf. Montesquieu, *De L’Esprit des Lois*.

²⁶Cf. Mauro Cappelletti, *Juízes legisladores?*, p. 43.

²⁷A teoria de Montesquieu representou o marco de uma sólida divisão de poderes na formação do Estado, na qual a função dos juízes não ultrapassava aquela de mera pronúncia do texto legal, sem a possibilidade de qualquer interferência construtiva na aplicação da lei. Segundo ele, “não há liberdade política onde se misturam as funções próprias de cada órgão estatal”. Cf. Montesquieu, *De L’Esprit des Lois*.

²⁸No sentido constitucional, a judicialização refere-se a superação do modelo clássico de separação dos poderes do Estado, que levaria a ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política. Fábio Konder Comparato defende a tese de que o Judiciário possui competência, apesar do princípio da separação dos poderes, para julgar questões políticas. Sobre o assunto, ver: Fábio Konder Comparato, *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, p. 46 e ss.

respeitabilidade a Constituição²⁹.

Nesse sentido, o Judiciário não está fazendo nada mais que assumir o seu papel enquanto Poder do Estado, equiparando-se, em igualdade de condição, peso e representatividade, aos Poderes Legislativo e Executivo.

Relembrando aqui o ensinamento de Robert Alexy, mencionado alhures – no que tange a equiparação do Tribunal Constitucional ao Parlamento quanto à sua legitimidade no trato das questões de cunho político em função da sua representação popular – se o Parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal Constitucional o representa argumentativamente.

A jurisdição constitucional tornou-se universal, nos dias atuais, tendo-se transformado num elemento tão bem-sucedido quanto o “Estado Constitucional Democrático”. Esse reforço cauteloso do poder jurídico-constitucional deve ser saudado. Mas é claro que quando um Tribunal Constitucional invade com ousadia exagerada a esfera política do Estado, ele pode pôr em risco a sua própria autoridade.

Atualmente os Poderes do Estado somente se definem sob o ponto de vista formal ou orgânico, pela estruturação e competência que lhes tenha dado determinada organização constitucional, não podendo se falar mais numa separação estanque de poderes conforme idealizada por Montesquieu³⁰.

Nessa perspectiva é fundamental que haja sensibilidade do julgador. Os Tribunais podem e devem atuar no âmbito da esfera política do Estado, mas essa atuação tem que se pautar no consenso básico de uma Ordem Constituição vigente. A Constituição é sempre o limite da ação do julgador, e de todas as esferas de poder do Estado. Agir pautado pela norma constitucional não é afastar-se de enfrentar questões políticas por respeito à separação dos poderes, mas sim fazer valer a Constituição em toda a sua essência, dando eficácia e efetividade às orientações políticas definidas pelo Legislador Constituinte originário, quando essas não forem efetivadas dentro de um período razoável pelos demais poderes e houver esgotadas as possibilidades e enfrentá-las por outro modo.

3.3 Os limites da Ação Ativista do Poder Judicial

A questão dos limites da interpretação não é um problema próprio

²⁹A título de exemplo, traz-se a previsão do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição brasileira que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de direito.” Reforça-se, ainda pela previsão do artigo 102 da mesma Carta Constitucional que confere ao Supremo Tribunal Constitucional “a guarda da Constituição”. Grifei

³⁰A verdade é que a linha de separação entre os Poderes torna-se cada vez mais tênue, tanto que as atribuições muitas vezes se confundem. É questão apenas de bem ordenar essa combinação de forças, de modo a que não haja hipertrofia de nenhum dos Poderes. Se tomar como exemplo o sistema brasileiro, percebe-se que o Poder Legislativo instaura comissões parlamentares de inquérito, aprova tratados, embaixadores, ministros de tribunais superiores, elabora leis interpretativas, concede anistia e faz julgamentos políticos. O Poder Executivo tem atribuições legislativas: iniciativa de leis, sanção ou veto, poder regulamentar, medidas provisórias e também julga administrativamente e perdoa. O Poder Judiciário age na esfera legislativa no controle da constitucionalidade das leis e vai até a formulação da norma em hipótese, pelo mandado de injunção.

da hermenêutica jurídica, nem muito menos da interpretação especificamente constitucional, antes se colocando em todos os domínios da comunicação humana.

No âmbito jurídico, em geral, a ideia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação deriva, imediatamente, dos princípios da certeza e da segurança jurídica, que estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, principalmente em matéria constitucional, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça.

Embora se reconheça que os textos legais comportem, em princípio, mais de uma interpretação, é necessária a existência de critérios que permitam verificar a sensatez dessas interpretações excluindo-se aquelas que se mostrem inaceitáveis ou menos adequadas diante da ordem jurídica em que estiverem inseridas. Afinal, o intérprete não pode pretender um resultado que só a ele satisfaça, até porque a interpretação jurídica é essencialmente um fenômeno social e, assim, deve alcançar um nível de aceitabilidade geral.

A obra do intérprete é difícil e delicada; pressupõe tato, felicidade de intuição, critério e o “sabor de experiência feito”. Cumpre evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbram no texto idéias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairando por aversões e pendoros, entusiasmos e preconceitos. “A interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, mas sempre respeitadora da lei”, principalmente da lei maior que é a Constituição.³¹

As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz, de forma especial, potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos³².

³¹Cf. Francesco Ferrara, in.: *Trattato di Diritto Civile Italiano*, p. 206, citado em, Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 84-85.

³²Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, (2005). Ver também: Neil Maccormick, *Legal reasoning and legal theory*, (1978) que sistematiza como requisitos justificadores de uma decisão: a) o requisito da universalidade; b) o requisito da coerência e da consistência; c) o requisito consequencialista, que diz respeito aos efeitos prejudiciais ou benéficos por ela produzidos no mundo. Sobre princípio da coerência, ver Marina Gaensly, *O princípio da coerência: Reflexões de teoria geral do direito contemporâneo*, (2005), dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito Público da UERJ.

Assim, embora admita-se e defenda-se a possibilidade dos juízes atuarem para além da literalidade da lei, construindo normas capazes de atenderem aos anseios e a vontade estabelecida pelo legislador constituinte é importante fixar limites mínimos para a criatividade dos intérpretes da Constituição.

Afinal, como lembra Mauro Cappelletti³³, uma coisa é a inevitável criação judicial do direito – no âmbito das causas e controvérsias em que se travam os conflitos de interpretação (e é nesse contexto que se insere o ativismo judicial aqui defendido) – e outra, bem diversa, é aceitar que os juízes atuem como autênticos legisladores, particularmente quando a atividade legislativa é bem representada pelo respectivo órgão de poder.

O novo constitucionalismo que se desenha atualmente, tem mudado o paradigma tradicional da interpretação jurídica, possibilitando uma maior participação do Poder Judiciário na esfera das questões política o que faz com que busquemos meios de se impedir maiores conflitos institucionais e maiores interferência entre os diversos órgãos de Poder.

Diante desse quadro, a atuação judicial no âmbito das políticas públicas, na regulamentação das omissões legislativas, no afastamento de decisões políticas contrárias à Constituição, entre outras ações judiciais de interferência nas esferas do Poder Político, deve limitar-se a um controle de procedimentos e de razoabilidade na definição de prioridades distributivas, na regulamentação legal de caráter precário e transitório (até que se crie a norma pelo órgão competente), bem como dos meios de garantir a efetividade dos direitos mínimos previstos pela Constituição. Dentro desse âmbito mais restrito, o Judiciário pode e deve exercer um papel mais efetivo.

4 ATIVISMO JUDICIAL E MEIO AMBIENTE

Na legislação ambiental brasileira, o conceito de meio ambiente é amplo, pois protege a vida em todas as suas formas, englobando, também, a proteção dos bens materiais e imateriais, sempre visando garantir uma boa qualidade de vida das gerações presentes e futuras³⁴.

Em observância a tais premissas, notadamente percebemos que o indivíduo não existe por si só, portanto, seria errôneo ter uma visão antropocêntrica do meio ambiente, e é nesse sentido que vem à tona princípios de extrema importância em matéria ambiental, como por exemplo: o princípio da precaução que detêm em seu núcleo o direcionamento fundamental consistente no comportamento efetuado com o intuito de afastar o risco ambiental. Antecipam-se medidas para impedir agressões ao meio ambiente³⁵. Também o princípio do desenvolvimento sustentável, que

³³Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?*, p. 73-107.

³⁴É o que demonstram os artigos 23, incisos VI, VII, XI; 170, inciso VI; e 225, caput da nossa Carta Magna.

³⁵Sua importância está diretamente relacionada ao fato de que, se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstrução é praticamente impossível. O mesmo ecossistema jamais pode ser revivido. Uma espécie extinta é um dano irreparável. Uma floresta desmatada causa uma lesão irreversível, pela impossibilidade

encontra-se previsto implicitamente, no artigo 225, caput, e § 4º da Constituição Federal brasileira³⁶. O princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje a nossa disposição.

Inferese, portanto, de tais princípios, que seu escopo é harmonizar, ou seja, encontrar um ponto de equilíbrio entre atividade econômica e uso adequado, racional e responsável dos recursos naturais, respeitando-os e preservando-os para as gerações atuais e futuras.

Em suma, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é fundamental para a sobrevivência de todas as formas de vidas, em especial da vida humana, portanto, quando se fala de bens fundamentais, não se pode ter uma visão limitada do direito constitucional, espelhada unicamente no desdobramento do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988.

Dentro dessa perspectiva, o ativismo judicial no que atine à questão ambiental se insere no contexto, quando o meio ambiente está sendo agredido, dentro de preceitos constitucionais, que reforçam como fundamental, o direito à vida, que não existe sem o substrato ambiental mínimo.

A relação entre a espécie humana e o meio ambiente, e o resultado do comportamento proativo dos órgãos jurisdicionais, tudo isso se fez possível graças à evolução dos direitos humanos de terceira dimensão que dá especial proteção às questões ambientais.

No sistema jurídico brasileiro, é a partir dele que o Direito Ambiental é definido e é indicada a rede de normas constitucionais e infraconstitucionais que dão o substrato legal à defesa do meio ambiente³⁷. São indicados os princípios para a interpretação e aplicação das normas ambientais³⁸. É examinada a função do Poder Judiciário, a relação com os demais Poderes e demonstrada a essencialidade da sua participação nas questões ambientais, sob o ponto de vista do ativismo judicial e suas possibilidades na prática.

A mudança de paradigma para o desenvolvimento de um comportamento ativo e criativo pelo juiz ante as novas e complexas questões, que envolvem a

de reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam”. Nesse sentido: Marcelo Abelha Rodrigues. *Elementos de direito ambiental*, p. 203.

³⁶No entanto, a sua disposição expressa, decorre do Princípio nº. 04, da *Declaração RIO/92*, que contém o seguinte conteúdo: “Para se alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente em relação a ele”.

³⁷CF: Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

³⁸O Professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo defensor da visão constitucionalista do direito ambiental, explanou que seria essencial interpretar os dispositivos constitucionais em matéria ambiental, fixando-se o denominado piso vital mínimo. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro*, p. 14.

dimensão coletiva do direito, cria desconforto nos demais Poderes, mas com potencial possibilidade de mutação dessa relação, que terá como resultado o enriquecimento da função jurisdicional.

Os limites do magistrado ao julgar uma lide em que o meio ambiente está sendo degradado, irão até a aplicação dos princípios constitucionais na condição de norma cogente no contexto do ativismo judicial e de acordo com a vontade do Poder Constituinte.

Isso visa possibilitar a manutenção do direito fundamental à vida em um substrato ambiental natural, onde a espécie humana e os demais seres possam viver de forma digna. A aplicação ideológica do direito pelo magistrado como guardião dos direitos e garantias constitucionais fundamentais dá prioridade aos princípios da efetividade, da dignidade humana e ao inquisitivo.

O papel ativo do magistrado nas questões ambientais indica que este deve romper de forma criativa e fundamentada todos os elos das correntes normativas que o escravizam à forma, com objetivo claro de defesa do meio ambiente.

Nesse contexto, não só é relevante o papel proativo dos órgãos jurisdicionais, mas também o papel desempenhado pelo Ministério Público na defesa do Meio Ambiente.

A ordem constitucional brasileira de 1988 confere ao Ministério Público competências e atribuições quase equiparáveis aos demais órgãos de soberania³⁹. No que atine ao meio ambiente, o Ministério Público é um dos órgãos protagonistas de sua defesa, decorrente, inclusive de um comando expresso na Constituição de 1988⁴⁰.

Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente das Defensorias Públicas, fortalecendo e expandindo a demanda por justiça na sociedade.

4.1 Ativismo Judicial e Águas

Ultimamente, vem se consolidando na doutrina a teoria da justiciabilidade das políticas públicas, ou seja, a possibilidade de se levar às vias jurisdicionais questões de natureza política. É o que também se chama de judicialização da política, já tratado alhures.

A judicialização das políticas públicas encontra seu fundamento na supremacia da Constituição, norma de caráter fundamental e superior a todos os poderes estatais. Ao efetuar o juízo de constitucionalidade de políticas públicas,

³⁹CF: Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁴⁰Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

o Judiciário acaba por desempenhar sua função precípua, qual seja: garantir a prevalência da Constituição.

O judiciário brasileiro tem se deparado constantemente com ações judiciais que envolvem questões de natureza política e, não raras vezes, no plano do direito ambiental. De forma mais precisa, irá se tratar aqui de decisões que envolvem, especificamente, questões hídricas, posto que a água é elemento básico de crescimento e sobrevivência para seres humanos, animais e vegetais, sendo, também, patrimônio de interesse comum dos povos e nações, e sua escassez um fator limitante do desenvolvimento econômico.

A gestão dos recursos hídricos é uma necessidade premente e que tem o objetivo de acomodar as demandas econômicas, sociais e ambientais por água em patamares sustentáveis, de modo a permitir a convivência dos usos atuais e futuros da água, sem conflitos.

Dentro desse contexto o papel do Poder Judiciário na proteção desse recurso se mostra necessário, imprescindível e eficaz, posto que tem sido em sede judicial que muitas questões atinentes à proteção da água têm encontrado solução.

A título de exemplo, podemos citar uma decisão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de apelação cível em Ação Civil Pública, promovida pelo Ministério Público paulista, com o objetivo de obrigar determinado ente municipal à construção de sistema de saneamento básico. Segundo o Tribunal de Justiça paulista a “saúde coletiva é, por sua natureza, prioritária; a respeito, não há discricionariedade do Poder Público: sem água cujos padrões de pureza se encontrem dentro das classes legais de aproveitamento [...] a própria vida não é possível, como bem primeiro!”.

É vasto o número de decisões nesse sentido e a ação proativa do Poder Judiciário no sentido de preservar os recursos hídricos e garantir a efetividade dos direitos humanos e ambientais amparados pela Constituição.

Não se pode deixar de frisar aqui também o papel de fundamental importância desenvolvido pelo Ministério Público.

Sendo o Poder Judiciário inerte, as demandas só chegam ao Judiciário pela via de ação e, na grande maioria das vezes, se dá por meio da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Ambiental, instituição responsável pela proteção e defesa do meio ambiente.

Nesse sentido traz-se à colação os seguintes arestos:

Voto nº 10.206.

Apelação com Revisão nº 794.061.5/2-00 - Itapetininga.

Apelante: Prefeitura Municipal de Itapetininga.

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL - POLUIÇÃO AMBIENTAL
DESPEJOS DE EFLUENTES DOMÉSTICOS - RIBEIRÃO DO CHÁ**

É indiscutível a responsabilidade ambiental da Municipalidade, porquanto deveria ter fiscalizado adequadamente a implantação de residências na região do Ribeirão do Chá, exigindo instalação hidráulica, fossas sépticas e demais beneficiamentos tendentes a evitar o lançamento do esgoto “in natura” no solo, nos terrenos vizinhos ou nas águas do mencionado Ribeirão, mostrando-se

inadmissível que algumas moradias tenham obtido o habite-se mesmo tendo apresentado projetos falhos nestes quesitos.

Voto nº 14.755

Apelação Cível nº 772.747-5/2-00 – Barretos

Apelantes: Comitê da Bacia Hidrográfica do Baixo Pardo Grande e Fazenda do Estado

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPRESENTAÇÃO DA COMUNIDADE EM COMITÊ DE BACIA HIDROGRÁFICA. ALEGADA VULNERAÇÃO AO FEDERALISMO. DESCABIMENTO. BACIA DE RIO QUE ATRAVESSA MAIS DE UM ESTADO DA FEDERAÇÃO. INCIDÊNCIA INEQUÍVOCA DA LEI FEDERAL. PARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PRIVILEGIA O ESTADO EM DETRIMENTO DA POPULAÇÃO. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELOS DO COMITÊ E DA FAZENDA DO ESTADO DESPROVIDOS PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE EM COMITÊ GESTOR DE BACIA HIDROGRÁFICA. Constitui explícita opção do constituinte de 1988 converter a superada democracia representativa em democracia participativa. Isso se faz mediante efetiva implementação de maior parcela de responsabilidade a integrantes da população em colegiados previstos no ordenamento. Atender a fundamentos constitucionais é mais relevante do que preservar rígida aplicação de normas procedimentais, sempre instrumentais em relação ao verdadeiro direito. Apelos desprovidos.

Recurso: Embargos de Declaração em Agravo nº 873.650 5/8-01

Natureza: Ação Civil Pública Ambiental – nº 2338/2008

Comarca: Mairinque – 1º Ofício

Embte(s): SABESP Cia. de Saneamento Básico de São Paulo

Embo(s): Ministério Público do Estado de São Paulo

Ação civil pública visando à regularização da captação e tratamento de esgoto. Obrigação da SABESP decorrente de contrato de concessão. Antecipação da tutela. Inexistência de irregularidade processual. Intervenção legítima do Poder Judiciário. Presença dos requisitos legais. Adequação do prazo concedido. Redução do valor da multa. Agravo de instrumento provido em parte. Inexistência de omissão ou contradição no acórdão. Embargos de declaração rejeitados.

Recurso: Apelação com Revisão N 550 226 5/6-00

Natureza: Ação Civil Pública Ambiental- 1ª Inst nº 966/2000

Comarca: Pereira Barreto – 2º Ofício

Apte(S): CESP – Cia Energética de São Paulo e Outra

Apdo(S): Prefeitura Municipal de Pereira Barreto e Outra

Ação civil pública ambiental movida por Prefeitura. Obrigação de fazer implantação de unidade de conservação. Pedido decorrente da formação de reservatório de hidrelétrica. Sentença de procedência. Reconhecimento da obrigação pela requerida, embora não na extensão da sentença. Critério administrativo que não se subtrai ao controle de legalidade. Aplicação das normas constitucionais e legais pertinentes. Prova de insuficiência das medidas admitidas. Apelações não providas.

Os presentes julgados demonstram com clareza que o Poder Judiciário não tem se prestado a mero espectador das questões que envolvem as políticas de meio ambiente, em especial no que atine às questões hídricas, mas tem se mostrado como um componente essencial para a prevalência dos ditames da Constituição nessa seara.

É muitas vezes no âmbito do Poder Judiciário, por meio do seu acionamento

via Ministério Público que tais questões encontram solução jurídica adequada.

É fundamental, que as iniquidades sócio-ambientais sejam identificadas e aniquiladas em conformidade com espírito da Constituição, seja por intermédio da fiscalização e da aplicação das leis, seja pela atuação do membro do Ministério Público como parte nos processos de sua competência, ou com sua eficaz atuação no campo administrativo, e ainda, na ação proativa dos Órgãos Jurisdicionais, fazendo falar os ditames constitucionais.

Todavia, a ausência desse Estado devidamente organizado, forte e respeitado, capaz de suprir, ainda que minimamente, as demandas socioambientais que lhe compete, fazendo com que os conflitos sociais não se avolumam a cada dia e que o meio ambiente seja visto como um meio de sobrevivência das futuras gerações, exigindo do Ministério Público desenvoltura intensa, seja jurídica, administrativa ou mesmo de assistência social, de modo a tornar mínimo o caos que se instala.

Portanto, estamos hoje a caminho de superar com o apoio incondicional do Ministério Público, a democracia participativa, onde a existência de representantes eleitos não exclui a participação dos cidadãos em geral, isoladamente ou em grupos, para que tenhamos uma sociedade mais justa e igualitária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A chamada interpretação criativa decorre da criatividade interpretativa; o intérprete utilizando de regras hermenêuticas válidas atribui, criativamente, significados ou sentidos às regras de direito emanadas pelo legislador, diferente daquela até então admitidas pelo senso jurídico comum.

Mas quando se fala em interpretação criativa, em buscar dentro do próprio ordenamento jurídico criado pelo legislador, entendimentos que sejam capazes de garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais, seja na omissão legislativa, seja no caso de conflitos de normas, isto é, em situações excepcionais, não estamos na esfera da criação jurisprudencial, posto que o comando que irá servir de fundamento para a decisão judicial encontra seu amparo dentro do próprio ordenamento jurídico do Estado aprovado pelo órgão legislativo.

O papel dos juízes, nessas situações, não é assumir a função de legislador ou mesmo substituir a sua vontade, e sim, garantir a efetividade do ordenamento jurídico e, principalmente, o cumprimento da Constituição⁴¹.

O ativismo judicial, nesse sentido, não é incompatível com o sistema jurídico do Estado, e nem contrário ao regime democrático, por muitos questionados no sentido em que quem não tem votos não tem legitimidade para emitir comandos que complementem ou modifiquem o sentido da lei.

⁴¹É de destacar, nesse sentido, a lição de J.J. Gomes Canotilho de que “o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais, nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental.” J. J. Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, p. 63.

A interpretação criativa é uma atividade legítima do órgão jurisdicional no curso do processo de aplicação e reconhecimento do direito e não deve ser visto como um procedimento espúrio, situado à margem da lei, nem aplicado segundo uma vontade subjetiva e individualizada do intérprete.

As sociedades vêm sofrendo mutações cada vez mais rápidas, a todo instante aparecem questões novas onde é necessária a intervenção jurídica para sua solução, uma vez que o direito é a ciência responsável pelas regras sociais.

E base de todas essas regras, necessárias para o convívio social, está pautada na Constituição de cada país. E o que acontece é que muitas vezes a legislação não consegue acompanhar as transformações vividas no dia a dia, principalmente quando nos deparamos com as questões sócio-ambientais, onde a ação humana, a cada dia, cria novos nuances que fazem com que a atividade jurisdicional tenha que se amoldar tendo em vista a impossibilidade de se legislar a cada nova mutação social.

Nesse diapasão, além do ativismo do Poder Judiciário, o papel proativo do Ministério Público é fundamental para a proteção do meio ambiente, posto que além de incitar o estado de inércia judicial, a ele foi conferida pela Constituição o papel de defesa do meio ambiente, devendo utilizar de todos os meios juridicamente possíveis no exercício desse seu múnus.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*. In “Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho”, n.º 1 (oct./1994), p. 37-49. Trad. Pablo Larrañaga.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: “Revista de Direito Administrativo”, n.º 217, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55-66.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In “A nova interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas”. 2ª ed. Rio de Janeiro/BR: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Artigo eletrônico acessado em 22/04/2009, às 17:35 horas. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, in. “Boletim da FDUC”, Vol. LXXXI, 2005, p. 233-289.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais*. 2ª ed. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2001.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra/PT: Editora Almedina, 2003.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. Porto Alegre/BR: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro/BR: Forense, 2005.
- CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia*. Alceu, vol. 05, n.º 09, jul-dez 2004, p.105/113.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Brasília/BR: Revista de Informação Legislativa. Ano 35, n.º 138, abr/jun 1998, p. 39-48.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Sobre a legitimidade das Constituições*. Boletim da FDUC – LXXX, 2004, p. 185-230.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 4ª ed. Coimbra/PT: Armênio Amado Editor, 1987 (Coleção Studium: Temas Filosóficos, Jurídicos e Sociais)
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Max Limonad. 1999.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. Título no original: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Constitucionalismo e interpretação: um certo olhar histórico*. In: “Revista Brasileira de Direito Constitucional”. Vol. 6, jul./dez. 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima. *A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*. Revista Cidadania e Justiça, n.º 6, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Ciência Política: Formas de Governo*. Lisboa/PT: Editora Lisboa, 1992.
- MONTESQUIEU, Charles. *De l’Esprit des Lois*. Livro XI, Cap. VI. Paris/FR: Gallimard, 1995.
- MOREIRA, Vital. *Sebentas de Ciência Política*. Coimbra/PT: FLUC, 2005/2006.
- PIÇARRA, Nuno. *Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 1989.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*. Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Judicialização da Política*. Artigo eletrônico acessado em 20/04/2009, às 16:24 horas. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php>.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da Razão Indolente*. Contra o desperdício da experiência. 2ª ed. São Paulo/BR: Cortez, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social*. São Paulo/BR: Boitempo Editorial, 2007.
- SOARES, Rogério Ehrhardt. *Constituição*. In: Dicionário Jurídico de Administração

Pública. Volume II. Lisboa/PT, 1972.

TAVARES. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo/BR: Saraiva, 2007.

VIA, Alberto Dalla. *Los jueces frente a la política*. In "Isonomia: Revista de Teoria y Filosofía del Derecho", n.º 22 – abr/2005, p. 19-38.

A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EM CRISE E A GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA

Camila Ferrareze¹

Paulo Ferrareze Filho²

RESUMO: o presente artigo tem objetivo de refletir sobre os limites e possibilidades acerca da gestão pública compartilhada e os desafios enfrentados por esta em relação ao paradigma democrático. O escopo central é a problemática acerca da crise da democracia representativa pela qual passam os Estados modernos, mais especificamente o Brasil, e a transição para uma gestão democrática que dê atenção à uma efetiva participação do cidadão na tomada de decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia Representativa. Gestão Pública.

RESUMEN: el presente artículo tiene por objetivo la reflexión sobre los límites y posibilidades de una gestión pública compartida y los desafíos enfrentados por esa, en relación con el paradigma democrático. El objetivo central es la problemática acerca de la crisis de la democracia representativa por la cual pasan los Estados modernos, especialmente el Brasil, y la transición para una gestión democrática que este atenta a una efectiva participación del ciudadano en la tomada de decisiones.

PALABRAS-LLAVE: Democracia Representativa. Gestión Pública.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Anotações sobre a democracia; 3 A democracia no Brasil: do golpe militar de 1964 à Constituição Cidadã; 4 O sistema da representação política; 5 Considerações Finais: a gestão pública compartilhada como ponto de partida?; Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da democracia tem suscitado importantes estudos em torno de seu significado, seja na perspectiva de estabelecer um pacto conceitual, seja na preocupação de lhe dar o melhor sentido no contexto da modernidade.

Certamente um dos desafios da sociedade civil organizada no Brasil, hoje, é a necessidade de transição do modelo de democracia representativa para uma efetiva democracia participativa. Claro está o esgotamento do modelo político em que a

¹Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora na Universidade de Passo Fundo – UPF.

²Advogado. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Professor na Faculdade AVANTIS/SC.

sociedade transfere a seus representantes o direito de gerir o Estado e administrar os seus interesses.

A atualidade do assunto é manifesta na medida em que os regimes políticos ocidentais têm na democracia a expressão da “vontade do povo”, malgrado não tenha sido capaz de oferecer respostas satisfatórias para assuntos como a desigualdade material e as tensões sociais. Assim, necessário se faz a assunção de um novo paradigma para a fundamentação do Direito e para a democracia. Paulo Bonavides, assim avalia a democracia brasileira:

Temos visto reiteradas manifestações de descrença no tocante à possibilidade de instaurarmos no Brasil uma ordem democrática firme, definitiva e estável. As invocações feitas em geral a esse respeito entendem com a ausência de educação política da sociedade brasileira, com o imenso atraso do País, onde se acumulam e se superpõe distintos níveis sociais de renda e letras, com uma massa informe de cerca de vinte milhões de analfabetos que escurecem o quadro da cidadania e atualizam com mais força o argumento mediante o qual se desacreditou a democracia grega, por insuficiência de participação e excesso de exclusão [...].

Um desafio muito claro está na necessidade de democratizar o que no senso comum ainda é aceito como democracia, ou seja, desenvolver mecanismos que possam fazer com que a democracia representativa, vítima do marketing, da concentração econômica e da opinião pública possa ser mais democrática em face dos horizontes da sociedade moderna.

2 ANOTAÇÕES SOBRE A DEMOCRACIA

A raiz etimológica da palavra “democracia” centra-se nos vocábulos *demos* (povo) e *kratos* (governo), significando, na acepção mais corrente, o governo do povo.

O termo referido e a clássica concepção do governo democrático têm sua gênese na Antiguidade Clássica, berço da civilização ocidental e, mais especificamente, na Grécia Antiga. Noticia Paulo Bonavides que “a Grécia foi o berço da democracia direta, mormente Atenas, onde o povo, reunido no *Ágora*, para o exercício direto e imediato do poder político, transformava a praça pública no grande recinto da nação. [...] O *Ágora*, na cidade grega, fazia pois o papel do Parlamento nos tempos modernos”³.

No famoso “Discurso de Gettysburg”⁴, Abraham Lincoln exaltava as

³BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 323.

⁴O Discurso de Gettysburg é o mais famoso discurso do Presidente dos Estados Unidos da América, Abraham Lincoln. Foi proferido na cerimônia de dedicação do Cemitério Nacional de Gettysburg, na tarde do dia 19 de Novembro de 1863, quatro meses depois da vitória na batalha de Gettysburg, decisiva para o resultado da Guerra de Secessão. Em apenas 269 palavras, ditas em menos de dois minutos, Lincoln, invocando os princípios de igualitarismo da Declaração de Independência e definiu a Guerra Civil como um novo nascimento da Liberdade que iria trazer a igualdade entre todos os cidadãos, criando uma nação unificada em que os poderes dos estados não se sobrepusessem ao “Governo do Povo, Pelo Povo e para o

virtudes do que chamou o “governo do Povo, pelo Povo e para o Povo”. Proclamava “governo do Povo” no sentido do governo em que participa a população como ente coletivo, capaz de governar a si própria. Acentuava, por outro lado, o “governo para o Povo”, na máxima que pertine até os dias atuais de que a finalidade do governo é o interesse público e que esse deve ser exercido em benefício do povo, de uma forma direta ou indireta.

A democracia, como lembra Rogério Gesta Leal, tornou-se unanimidade no campo da teoria política como tipo ideal de regime de governo, asseverando que “durante o período das revoluções modernas – Francesa e Americana – a preocupação existente entre os pensadores é a de demarcar quais os mecanismos (procedimentos e processos) que permitirão aproximar a democracia à idéia original de governo do povo⁵”.

O conteúdo material do regime democrático pode sofrer variações de acordo com o tipo de Estado que o opera, como bem leciona Paulo Bonavides⁶

O emprego correto do conceito poderá explicar a variação havida nas distintas modalidades de democracia, que correspondem, por exemplo, à concepção democrática de Estado liberal (democracia individualista) ou à concepção democrática do Estado social (democracia de forte pendor coletivista). O conteúdo democrático fica, pois, explicitado pelo conteúdo ideológico, ou seja, por um sistema coerente de idéias e crenças.

A democracia, como refere Paulo Bonavides, traz consigo uma carga importante de valor à sociedade, eis que “reflete nos cidadãos a confiança depositada nos governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais⁷”.

Nessa esteira, avalia Rogério Gesta Leal⁸:

A idéia de Estado Democrático de Direito está associada, necessariamente, à existência de uma Sociedade Democrática de Direito, o que de certa forma resgata a tese de que o conteúdo do conceito de democracia aqui se assenta na soberania popular (poder emanado do povo) e na participação popular, tanto na sua forma direta como indireta, configurando o que podemos chamar de princípio participativo [...].

Imperioso referir que o conceito de democracia não é estático, mas sim, dinâmico. Com efeito, trata-se de uma idéia ainda em formação e é um dos aspectos da revisão geral de valores que se processa nas discussões contemporâneas. Pelas palavras verossímeis de Bonavides, “a palavra democracia domina com tal força a

Povo”(DISCURSO DE GETTYSBURG. Disponível em :<http://pt.wikipedia.org/wiki/Discurso_de_Gettysburg. Acesso em 09 de jun. de 2008).

⁵LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: Cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p.145.

⁶BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 251.

⁷Ibidem, p. 251.

⁸LEAL, Rogério Gesta. *Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos*. In: _____ (Org.). *Administração Pública e Participação Social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 390.

linguagem política deste século, que raro o governo, a sociedade ou o Estado que não se proclamem democráticos”.

Em que pese a dificuldade de se chegar à hegemonia conceitual do termo, quer na sua acepção política, quer na sua acepção jurídica, certo é que se trata de uma conquista do cidadão e da civilização moderna, um bem de grande valia, já incorporado ao patrimônio individual do ser humano. Nesse passo, Paulo Bonavides assinala que “democracia e Estado de Direito, sem embargo das escamoteações teóricas habituais, representam duas noções que o povo, melhor do que juristas e filósofos, sabe sentir e compreender, embora não possa explicá-las com a limpidez da razão nem com a solidez das teorizações compactas¹⁰”.

3 A DEMOCRACIA NO BRASIL: DO GOLPE MILITAR DE 1964 À CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Após o Golpe Militar que depôs o presidente João Goulart em 1964, instalou-se no Brasil um regime autoritário ditatorial que perdurou por vinte e um anos. Buscando apontar as possíveis causas que deram ensejo ao golpe, avalia Cezar Saldanha Souza Junior¹¹:

A falência da democracia populista acarretou esse efeito nefasto: reacendeu nos espíritos militares e entre determinadas lideranças civis a desconfiança quanto à “capacidade” do povo e do parlamento para, democraticamente, desenvolverem as políticas necessárias ao desenvolvimento do Brasil. Uma fase política autoritária, de caráter transitório, seria indispensável enquanto se criassem as condições econômicas e sociais para o regime democrático.

Como é cediço, os regimes não democráticos possuem como traço característico a não prevalência da vontade popular na formação do governo. O que se verificou, no caso da ditadura brasileira, foi a imposição de uma série de restrições aos cidadãos corroboradas por seguidos Atos Institucionais que ignoravam e cancelavam a validade da Constituição Brasileira, criando verdadeiro Estado de exceção e a consequente suspensão da democracia.

Os cientistas políticos asseveram que o processo de democratização do Brasil foi lento e gradual, haja vista ter demandado onze anos para que os civis retomassem o poder e outros cinco anos para que o presidente da República fosse eleito por voto popular. O último processo de abertura política no Brasil foi iniciado em 1974, sob o comando do presidente Ernesto Geisel. Relata Cezar Saldanha Souza Junior¹² os importantes avanços experimentados nesse período:

⁹BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, p. 321.

¹⁰Id. *Teoria do Estado*, p. 252.

¹¹SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e Constitucionalismo no Brasil*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002, p. 136.

¹²Ibidem, 138.

[...] preservação regular das eleições parlamentares federais e no âmbito dos Estados; revogação do A.I. nº 5 e dos demais instrumentos de exceção; anistia; restabelecimento total das garantias às liberdades públicas na esfera política; plena vigência das franquias democráticas; assunção e exercício regular do poder político, pelas oposições, nos governos estaduais, etc. Entretanto, apesar disso tudo, ainda não havia se generalizado, em 1984, entre todas as forças válidas da comunidade, a crença sobre a existência, no Brasil, da plenitude democrática a que se pode aspirar.

Nesse processo merece destaque a fase inaugurada em 1985, que intensificou a democratização com a revogação de todas as medidas que limitavam o direito de voto e de organização política e, acima de tudo, a com refundação da estrutura constitucional brasileira com a promulgação da Carta Política de 1988.

A tão festejada Constituição Cidadã, acolheu no seu artigo 1º, parágrafo único¹³, o denominado princípio democrático que exprime, fundamentalmente, a exigência da integral participação de todos e de cada um na vida do país.

Canotilho e Moreira¹⁴ destacam o alcance do princípio democrático, afirmando que:

A articulação das duas dimensões do princípio democrático justifica a sua compreensão como um princípio normativo multiforme. Tal como a organização da economia aponta, no plano constitucional, para um sistema econômico complexo, também a conformação do princípio democrático se caracteriza tendo em conta a sua estrutura pluridimensional. Primeiramente, a democracia surge como um *processo de democratização*, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural. Depois, o princípio democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antitéticas: por um lado, acolhe os mais importantes elementos da *teoria democrática-representativa* (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação dos poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fundamentais da *teoria participativa* (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, incorporação da participação popular directa, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática, etc.).

Tem-se, portanto, uma democracia incipiente, ainda imatura que começa a dar os primeiros passos na direção da maioridade – em outubro deste ano festejar-se-ão os vinte anos de promulgação da Constituição Federal Brasileira. Nesse passo, avalia Boaventura de Sousa Santos¹⁵:

O Brasil é uma sociedade com longa tradição de política autoritária. A predominância de um modelo de dominação oligárquico, patrimonialista e burocrático resultou em uma formação de Estado, um sistema político e

¹³Art. 1º, parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁴CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 195.

¹⁵SANTOS, Boaventura de Sousa. *Orçamento Participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva*. In: _____ (Org.). *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003, p.458.

uma cultura caracterizados pelos seguinte aspectos: a marginalização, política e social, das classes populares, ou a sua integração através do populismo e do clientelismo; a restrição da esfera pública e sua privatização pelas elites patrimonialistas; a “artificialidade” do jogo democrático e da ideologia liberal, originando uma imensa discrepância entre o “país legal” e o “país real”.

Se por um lado o país saiu do estado de apatia em que se encontrava nos anos da ditadura militar, logrando êxito ao constitucionalizar suas reivindicações, por outro, não consegue deixar no passado suas cicatrizes culturais oriundas da colonização que sempre remetem às desigualdades sociais teratológicas e ao desinteresse da população pelos assuntos de dimensão nacional.

É com pesar que se observa que os efeitos da democracia, tão queridos e conclamados durante a transição democrática – mormente no movimento “Diretas-Já” – verificam-se muito mais como desafios do que como realidade auferida. Estão muito mais presentes no imaginário dos idealistas e no discurso dos cientistas políticos do que na vida diária dos cidadãos, esses muito mais preocupados em despender energia na luta pela sobrevivência diária. Os resultados efetivos da democracia consubstanciam-se em esperanças sempre retardadas para um tempo futuro.

4 O SISTEMA DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Desde que constatada a inviabilidade prática de se conduzir o Estado pela via da democracia direta como faziam os gregos, “[...] por diversas justificativas – entre as quais, que as sociedades, com o passar do tempo, vão crescendo quantitativamente, tornando-se complexas para permitir a participação de todos [...]”¹⁶ as democracias modernas, necessariamente, teriam que ser representativas, isto é, o povo não mais decide diretamente acerca das coisas públicas, mas sim por meio de representantes eleitos por ele.

O regime representativo, ou a democracia representativa é, pois, o sistema usual de governo dos Estados modernos. A tentativa de justificar a natureza da representação política tem ocupado lugar no pensamento dos cientistas políticos, como acontece com Marilena Chaui¹⁷:

[...] representação significa estar no lugar de. Justamente essa passagem da coisa-em-pessoa à sua presença em imagem ou em idéia tornou-se um dos pontos intermináveis da discussão filosófica moderna (a partir do século XVII) acerca do valor objetivo das representações, da adequação da representação ao real representado, dos critérios para garantir a verdade da representação, um vez que a exterioridade da coisa e a interioridade do ato de conhecer são heterogêneos, cabendo determinar o que permite passar de uma à outra.

¹⁶LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: Cidadania e poder político na modernidade*, p. 145.

¹⁷CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia*. São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 286.

Na lição de Paulo Bonavides¹⁸:

O homem moderno, via de regra, “homem massa”, precisa prover, de imediato, às necessidades materiais de sua existência. Ao contrário do cidadão livre ateniense, não se pode volver ele de todo para a análise dos problemas de governo, para a faina penosa das questões administrativas, para o exame e interpretação dos complicados temas relativos à organização política e jurídica da sociedade. Evidentemente, só há pois uma saída possível, solução única para o poder consentido dentro do Estado moderno: um governo democrático de bases representativas.

De outra banda, Rogério Gesta Leal¹⁹ enumera de forma clara e sucinta os pressupostos fundadores e organizacionais da representação política, a saber:

- a) as decisões que reclamam a administração do Estado e da própria sociedade, cada vez maiores e mais detalhadas, não podem ser tomadas por todos os cidadãos, diretamente, considerando o tempo que isto demandaria e a complexidade do processo;
- b) o Parlamento é o instituto jurídico e político criado para que se tomem as decisões sobre a administração da sociedade, e onde, teoricamente, se dão os debates e estudos para o estabelecimento das prioridades públicas;
- c) no Parlamento podem participar os Partidos Políticos, que, por sua vez, caracterizam-se e se diferenciam pelos programas de governo que possuem, bem como são criados em razão das identidades e projetos que possuem seus filiados;
- d) os eleitores, que são os cidadãos, que são indivíduos existentes em determinado território autorizados a votar, indicam os membros do Parlamento e do Executivo conforme o programa e proposta de organização social que irão cumprir.

Cumpre referir que o sistema de representação política vem sendo alvo, modernamente, de diversos estudos promovidos tanto por cientistas políticos e sociólogos quanto por juristas. Tais estudos, desenvolvidos com rigor crítico, assentam-se no fato de que a participação dos cidadãos no âmbito dos assuntos que dizem respeito ao interesse geral se resume ao ato de votar para escolher os governantes. Analisando o aspecto trazido à baila, refere Rogério Gesta Leal²⁰:

[...] a experiência política e constitucional moderna traz a representação popular, via sufrágio universal, livre e secreto, como forma de regime democrático de governo e Estado. [...] O que se percebe, diante destas noções de representação política, principalmente liberal, é que, fora do processo eleitoral, o povo tem um controle assombrosamente pequeno sobre o que seus representantes fazem em seu nome, tendo de suportar, em tese, a representação, de qualquer forma como se dê, até o fim do mandato.

¹⁸BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, p. 321.

¹⁹LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: Cidadania e poder político na modernidade*, p. 147-148.

²⁰*Ibidem*, p. 146.

Corroborar para a verificação do fenômeno referido uma série de fatores apontados por Rogério Gesta Leal²¹:

[...] o que a realidade aponta é que os pressupostos dos quais parte o modelo liberal são falsos, pois: a) a maior parte dos cidadãos são privados de informações e conhecimento sobre atores, estruturas, processos e programas políticos, para que possam, ao menos, aferir a efetiva relação existente entre estes e suas reais demandas; b) os cidadãos que mantêm contatos com seus representantes são poucos, até em razão da distância física e intelectual que se forja entre eles; c) por uma questão cultural-casuista, grande parte da cidadania não se interessa pelas pautas políticas enfrentadas pelo país e debatidas pelo Parlamento; d) poucos cidadãos têm noção de que estão exprimindo demandas ou escolhas políticas quando votam, o que tornam o sufrágio uma prática meramente quantitativa no fenômeno político, pois se dá sem reflexão qualitativa.

Nesse contexto, faz-se imperioso avaliar a influência que os partidos políticos exercem na sociedade e na formação da consciência política dos cidadãos. Para Marilena Chaui²²,

[...] é possível observar que os partidos políticos são capazes de grandes mobilizações esporádica, sobretudo nos períodos eleitorais, mas essa mobilização decorre de um fenômeno muito mais profundo que permanece dissimulado sob a agitação mobilizadora: a despolitização que os partidos estão encarregados de produzir. [...] O vínculo interno entre partidos e indústria política talvez seja um dos melhores sinais dessa adequação.

A autora aponta uma das causas de desvirtuamento de sentido e do papel dos partidos políticos quando menciona que os mesmos cedem a todo instante aos apelos do que chama de “mercado político”. Assim avalia²³:

Tomando a atividade política como se fosse homogênea ou mesmo idêntica às práticas de mercado, a indústria política fala em marketing político para referir-se a programas e plataformas partidário-eleitorais que responderiam à demanda do mercado político, entendido como negociação e barganha entre grupos que concorrem junto às massas na competição pelos postos de governo ou no interior do Estado.

Todas essas questões acabam por macular a essência da democracia representativa, transformando-a num mero jogo de cena que serve, tão somente, para legitimar os atos e decisões tomadas pelos representantes. A participação do cidadão se resume à chancela das decisões alheias, desvirtuando a democracia do seu intento verdadeiro de representar genuinamente a vontade do povo.

É preciso noticiar que a Constituição Federal de 1988 adotou uma forma de democracia representativa denominada «semi-direta», que altera as formas clássicas da democracia representativa buscando aproximá-la da democracia direta.

Cuida-se de um sistema misto, que ganha as linhas gerais do regime

²¹LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: Cidadania e poder político na modernidade*, p. 148.

²²CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia*. São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 298-299.

²³Ibidem, p. 299.

representativo, porque o povo não se governa diretamente, mas tem o poder de intervir, às vezes, diretamente na elaboração das leis e em outros momentos decisivos do funcionamento dos órgãos estatais.

Para isso, a Constituição Federal de 1988²⁴ proclamou institutos que permitem a participação mais efetiva da população na tomada de decisões que dizem respeito aos interesses gerais, quais sejam: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. A respeito de tais institutos não se comentará por não fazerem parte do núcleo da pesquisa, importando, tão somente, relatar sua existência como formas de participação popular na tomada de decisões. Assim aponta Rogério Gesta Leal²⁵:

[...] o exercício direto do poder de decisão por parte dos cidadãos não é incompatível com o exercício indireto através de representantes eleitos, como demonstra a experiência das constituições e instituições modernas e contemporâneas, tal qual a brasileira vigente - que prevê o instituto do plebiscito e do referendun popular -, onde tanto a democracia direta quanto a indireta descendem do mesmo princípio da soberania popular, apesar de se distinguirem pelas modalidades e pelas formas com que essa soberania é exercida [...].

Constata-se, pelo que foi exposto, que o regime da democracia participativa de um modo geral - seja pela via representativa ou semi-direta - encontra-se em crise, uma vez que não reflete na prática a intenção do legislador constituinte de agregar às decisões políticas e ao próprio poder político a outorga da participação efetiva da população, o exercício efetivo da cidadania, fazendo com que tais decisões careçam de legitimidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA COMO PONTO DE PARTIDA?

Na perspectiva de Rogério Gesta Leal²⁶, a Gestão Pública Compartida estriba-se sobre três bases epistemológicas, quais sejam, um novo conceito de sociedade, um novo conceito de Estado e um novo conceito de interlocução entre ambos.

Essas bases estão inter-relacionadas, possuindo vínculos necessários. A administração dos interesses comunitários não diz respeito somente ao Estado; a sociedade deve participar ativamente desse processo, até mesmo para conferir-lhe legitimidade.

²⁴Art. 14. S soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

²⁵LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p.21.

²⁶Ibidem, p. 37-56.

Essa idéia remete ao novo paradigma de cultura social que passa pelo reconhecimento da responsabilidade social. Vale dizer que os direitos assegurados às pessoas estão relacionados com os deveres atribuídos a elas. A cidadania, ao mesmo tempo em que têm direitos, tem deveres de participação.

A democracia participativa não se presta a responder esses impasses porquanto é totalmente antagônica a esse novo paradigma, uma vez que vê a participação como direito, enquanto, para a gestão pública compartilhada, é um dever. Cuida-se do que se chama de direito de cidadania ativa, que evoca uma maior participação popular. A sociedade precisa ser gestora de seus direitos e deveres, gestora de demandas infinitas em face da finitude dos recursos.

O novo conceito de sociedade, para Rogério Gesta Leal²⁷, é tido como

O conjunto de pessoas espacial e temporalmente identificadas como conformadoras de uma comunidade política, de início, agregada em um território de circunscrição nacional-estatal, constituída de múltiplas e polissêmicas culturas e práticas de vida coletiva, norteadas, porém, pelo mesmo plexo axiológico de prerrogativas e deveres individuais e coletivos (dentre os quais, os Direitos Humanos e Fundamentais).

No que tange ao novo conceito de Estado, a sociologia detectou que o que mudou efetivamente foi sua morfologia. Se a figura do Estado era o resultado do trabalho de seus ministérios, secretarias, órgãos e administração pública, descentralizada, hoje se vê em cada um desses elementos a presença da sociedade civil – não como mais um elemento do Estado, mas presença em cada organização que compõe o Estado. Em relação ao novo conceito de Estado, afirma Rogério Gesta Leal²⁸:

[...] é espaço de comunicação e explicitação de um mundo da vida ordenado por marcos normativos fundantes, vetores axiológicos positivos que estabelecem as regras do jogo democrático, a partir do qual se tem, tão-somente, um mínimo existencial assegurado, um plexo de prerrogativas e garantias que se postam como conquista histórica da humanidade em seu envolver.

Em relação ao novo conceito de interlocução entre Estado e Sociedade, verifica-se que as técnicas de comunicação desenvolvidas pelo Estado são muito singelas, resumindo-se no processo legislativo e no controle externo dos Poderes. Assim, o autor apresenta os pressupostos da comunicação democrática²⁹:

[...] a terceira base epistemológica que informa nossa perspectiva de gestão pública compartilhada: a interlocução política de todos os autores que são afetados pela Administração, resgatando o seu lugar histórico neste âmbito. Estamos falando da abertura de um campo de interlocução entre a sociedade civil organizada e as tradicionais instituições existentes, como por exemplo, os Conselhos Populares que proliferaram desde a Constituição de 1988 no país; os Conselhos Regionais de Desenvolvimento, estes devendo auxiliar o Poder

²⁷LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 51.

²⁸Ibidem, p.53.

²⁹Ibidem, p. 54.

Executivo na Administração dos interesses dos Municípios, dos Estados-Membros e da União; as comissões temáticas, no âmbito do Poder Legislativo, contribuindo para ampliar debates de interesse social, a iniciativa popular para projetos de lei; os juizados especiais, a mediação e arbitragem, no âmbito do Poder Judiciário.

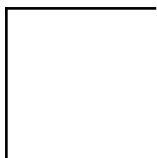
À guisa de conclusão, pode-se dizer que o processo de representação política é insuficiente no plano democrático moderno.

Nesse contexto, a gestão pública compartilhada afigura-se como um caminho viável para os problemas de legitimação de decisões públicas que não mais podem ser compreendidos pela lógica da democracia representativa, pelas razões postas ao longo dessa breve pesquisa.

A construção de uma gestão pública compartilhada, incentivando a criação de instrumentos de co-participação na administração dos interesses públicos, pode configurar uma alternativa possível à crise da democracia representativa.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 251.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 195.
- CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia*. São Paulo: Cortez Editora, 2000.
- LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: Cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.
- _____. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: _____ (Org.). *Administração Pública e Participação Social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.
- _____. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Orçamento Participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva*. In: _____ (Org.). *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e Constitucionalismo no Brasil*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.



O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FACE AOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Christiane Splicido¹

RESUMO: O presente estudo tem como objeto as questões polêmicas que envolvem o benefício de prestação continuada, tendo como respaldo o princípio da dignidade da pessoa humana. O benefício de prestação continuada é um benefício assistencial garantido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 203, inciso V e regulamentado pela Lei nº. 8.742/93, também conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social. De acordo com o artigo 1º, inciso V, da referida Lei, faz jus ao recebimento de tal benefício, a pessoa portadora de deficiência ou idosa (sessenta e cinco) anos, que comprove não possuir meios de prover a sua própria subsistência ou tê-la provida por sua família. Este benefício é devido pelo Instituto Nacional do Seguro Social e o que se observa é que tal benefício tem natureza não-contributiva, diferentemente dos demais benefícios previdenciários. Basta apenas a comprovação dos requisitos exigidos em lei, quais sejam ser pessoa portadora de deficiência ou idosa e comprovar não possuir meios de prover a própria subsistência ou tê-la provida pela família. O que num primeiro momento pode parecer simples torna-se burocrático, quando da análise dos requisitos para a concessão do benefício surgem inúmeras questões que geram polêmicas, questões estas não previstas pelos legisladores no momento da elaboração da norma, mas que devem ser observadas no momento da avaliação sobre o direito ou não ao recebimento do benefício. Para tanto, utiliza-se o princípio da dignidade da pessoa humana, tido como fundamento da Constituição Federal de 1988, como norma-princípio.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Orgânica da Assistência Social. Princípio da dignidade da pessoa humana. Requisitos. Benefício de Prestação Continuada. Questões polêmicas.

ABSTRACT: The present study it has as object the questions controversies relative the benefit of continued installment having as endorsement the beginning of the dignity of the person human being. The benefit of continued installment is a assistencial benefit guaranteed by the Federal Constitution of 1988, in its article 203, interpolated proposition V and regulated by the Law nº. 8.742/93, also known as Organic Law of Assistência Social. In accordance with article 1º, interpolated proposition V, of the related Law, makes jus to the act of receiving of such benefit, the carrying person of aged deficiency or (sixty and five) years, that it proves not to

¹A Autora é graduada em Direito pela FEMA. Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura no Paraná e em Direito Previdenciário pela UNIDERP-Anhanguera em convênio com a rede de Ensino LFG. Advogada e Mestre em Teoria do Direito e do Estado.

possess ways to provide its proper subsistence or to have provided it for its family. This benefit must be by the National Institute of Social Insurance and what it is observed it is that such benefit has not-tax-paying nature, differently of the too much providence benefits. The evidence of the requirements demanded in law is enough only, which is to be carrying person of aged deficiency or and to prove not to possess ways to provide the proper subsistence or to have provided it for the family. What at a first moment it can seem simple, one becomes bureaucratic, when of the analysis of the requirements for the concession of the benefit, innumerable questions appear that generate controversies, questions these not foreseen by the legislators at the moment of the elaboration of the norm, but that they must be observed at the moment of the evaluation on the right or not to the act of receiving of the benefit. For in such a way, human being uses itself the beginning of the dignity of the person, had as bedding of the Federal Constitution of 1988, as norm-principles.

KEYWORDS: Organic law of the Social Assistance. Principle of the dignity of the person human being. Questions controversies.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, 2.1 Conceituação dos Princípios, 2.1.1 Distinção entre Princípios e Regras, 2.2 Breve estudo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, 2.2.1 Conceito de dignidade, 2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 3 Lei Orgânica da Assistência Social, 3.1 Assistência Social, 3.2 Requisitos para a concessão do benefício assistencial; 4 Propostas de alteração no texto legal no que tange aos requisitos para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, 4.1 Critério etário, 4.2 Renda per capita, 4.3 Conceito de família; 4 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Benefício de Prestação Continuada é uma prestação oferecida pela Assistência Social, que encontra previsão legal no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, sendo que foi regulamentado pela Lei n.º 8.743/1993, também conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social.

Este benefício tem como objetivo garantir o recebimento mensal de um salário mínimo às pessoas que se enquadrem nas condições descritas no art. 20 da Lei Assistencial, ou seja, ser portador de alguma deficiência ou idoso com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos e, ainda, não ter condições de prover com sua própria subsistência.

O benefício assistencial tem natureza não-contributiva e de caráter assistencial, ou seja, diferente dos benefícios previdenciários que exigem uma contraprestação para fazerem jus ao auxílio. Nota-se, portanto, que o legislador teve intenção de proteger as pessoas hipossuficientes que, constantemente, não possuem condições de auferir uma vida digna, deixando de ter efetivados os direitos sociais,

que são expressamente previstos pela Constituição Federal.

Para tanto, é necessário o cumprimento de certos requisitos exigidos pela Lei Assistencial, estes que geram algumas questões polêmicas oriundas da análise dos requisitos necessários para a concessão do Benefício de Prestação Continuada Assistencial, e na presente pesquisa será dada especial atenção a algumas dessas questões.

Sendo assim, num primeiro momento abordar-se-á o Princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da Constituição Federal, bem como origem e evolução da expressão “dignidade humana” e, ainda, uma conceituação e análise filosófica acerca da diferenciação entre regras e princípios.

Após, é necessário tratar da Assistência Social, que faz parte da Seguridade Social e está prevista na Constituição Federal, mais especificamente, no artigo 203. Abordará o Benefício de Prestação Continuada, conceito e requisitos para sua concessão.

Por fim, abordar-se-á as questões polêmicas oriundas dos requisitos necessários para o recebimento do benefício assistencial, procurando apresentar propostas para o texto legal.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 Conceituação dos princípios

Ao se tratar de princípios, necessário se faz denominar a terminologia enfocada, em razão da polissemia da expressão “princípio”, que é derivada do latim principium (origem, começo). Em sentido vulgar, quer exprimir o começo da vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começaram a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou origem de qualquer coisa.

No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda ação jurídica, traçando, dessa forma, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica.

Desse modo, exprimem sentido, mostrando a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em axiomas, e, por outro lado, possivelmente o mais importante, é em virtude da condição elevada que assumem os princípios jurídicos para o conhecimento e aplicação do direito².

Os princípios jurídicos são os pontos básicos, os quais servem de apoio para o início da aplicação dos dispositivos jurídicos, pois são a base do Direito. E, nesse raciocínio, incluem-se os fundamentos da Ciência Jurídica, em que se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, as quais traçam as noções em que

²SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. V.III. Rio de Janeiro: Forense. 1989. p.433.

se estrutura a própria ciência. Assim, são considerados como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.

Para Miguel Reale³ os “princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais”, os quais constituem alicerce a fim de garantir a concretude de um conjunto de preceitos, o que nada mais é do que um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Há, ainda, princípios que não são explícitos, que não resultam de evidências, mas nem por isso deixam de ter validade dentro do ordenamento.

Nesta mesma linha de pensamento, com o intuito de ratificar, pode-se citar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ de que

princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Atualmente, não há que se falar em aplicação auxiliar dos princípios, sendo eles dotados de juridicidade. Muito embora os princípios possuam certa vagueza e generalidade, o que permite que sejam aplicados a vários casos distintos ou correlatos, eles possuem significados determinados, o que não significa que sejam imprecisos.

Por serem os princípios de natureza aberta, ampla, acompanham a evolução social, adequando-se às inúmeras situações práticas. O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um princípio com *status* de garantia constitucional. Poder-se-ia, então, dizer que tal princípio é um princípio fundamental? Tal resposta comporta certa subjetividade, pois depende do que o operador do sistema de princípios e fundamentos entende por dignidade da pessoa humana, servindo como fonte de resolução jurídica.

Para alguns autores brasileiros, princípios jurídicos fundamentais carregam uma carga axiológica, bem como política, a fim de estruturar o Estado e suas decisões. Com isso, os princípios jurídicos fundamentais, enquanto valor, foram positivados na Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, devido à importância que os princípios apresentam para o ordenamento jurídico, necessário se faz distingui-los das regras, para então adentrar no campo fértil da dignidade da pessoa humana.

³REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 60.

⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. p.230.

2.1.1 Distinção entre princípios e regras

Relevante mencionar que os princípios distinguem-se das demais regras em diversos aspectos, podendo ser pelo conteúdo, em que os princípios incorporam primeira e diretamente os valores ditos fundamentais, enquanto as regras destes se ocupam mediatamente, num segundo momento, como também pela apresentação ou forma enunciativa, que é vaga, ampla, aberta dos princípios, contra uma maior especificidade das regras.

Os princípios incidem sempre, porém, normalmente mediado por regras, sem excluir outros princípios concorrentes e sem desconsiderar outros princípios divergentes, que podem conjugar-se ou ser afastados apenas para o caso concreto.

Assim, se por sua vez as regras incidem direta e exclusivamente, constituindo aplicação integral, porém não exaustiva, conclui-se que princípios e regras traduzem expressões distintas ou variedades de um mesmo gênero: normas jurídicas.

Segundo a lição de Juarez Freitas⁵, os princípios distinguem-se das regras, como argumenta em sua obra, não propriamente por generalidades, mas por qualidade argumentativa superior, de modo que, havendo colisão, deve ser realizada uma interpretação em conformidade com os princípios (dada à fundamentalidade dos mesmos), sem que as regras, por supostamente apresentarem fundamentos definitivos, devam preponderar.

Ainda, segundo a referida distinção pode-se dizer que as regras obrigam, proíbem ou permitem alguma coisa, enquanto que os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”⁶.

Assim, por princípios se depreende espécies de norma, que são, lógica e qualitativamente, diferentes das regras, ainda que ambos possuam igual positividade. São, numa palavra, princípios expressos constitucionalmente, princípios positivos.

Ensina Herbert Hart⁷ que, na busca sobre a natureza do Direito, há certas questões principais recorrentes e uma delas refere-se a que o sistema jurídico consiste, em geral, em regras. Ele mesmo constrói um modelo complexo, o Direito como a união entre regras primárias e regras secundárias, que é, assim, “a chave para a ciência do direito”. Regra esta que, enquanto padrão de comportamento, “um guia de conduta da vida social” não é, de forma alguma, uma ideia simples. Há, por conseguinte, necessidade de assinalar os diferentes tipos. Assim, distinguem-se as regras primárias e as regras secundárias. Aquelas determinam que as pessoas façam ou se abstenham de fazer certas ações; estas asseguram às pessoas a possibilidade de criar, extinguir, modificar, julgar as regras primárias. Segundo as palavras de Hart⁸ “as regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, público ou privado”.

⁵FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. Malheiros: São Paulo. p.56.

⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 1988. p.1123.

⁷HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 91.

⁸Ibidem, p. 91.

Por sua vez, as regras secundárias são de três tipos, a saber⁹:

a) de reconhecimento (rule of recognition), permitem definir quais as regras que pertencem ao ordenamento, tendo por escopo eliminar as incertezas quanto às regras primárias; b) de alteração (rules of change), que conferem poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias e eliminar as antigas, impedindo, assim, que sejam estáticas; c) de julgamento ou de adjudicação (rule of adjudication), dão poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, num caso concreto, foi violada uma regra primária.

Por sua vez, o jusfilósofo norteamericano Ronald Dworkin¹⁰, sucessor de Herbert Hart na Cattedra de Jurisprudence na Universidade de Oxford, objetiva apresentar as insuficiências seja do positivismo seja do utilitarismo. Para tanto, valer-se-á, sobretudo, da diferença, de caráter lógico, entre princípio e regra. O direito é, pois, para ele um sistema de regras e princípios.

Por meio dos chamados casos-limites ou hard cases, Dworkin mostra que quando os juristas debatem e decidem em termos de direitos e obrigações jurídicas, eles utilizam standards que não funcionam como regras, mas trabalham com princípios, política e outros gêneros de standards.

Dessa forma, para Dworkin os princípios são exigências de justiça, de equidade ou de qualquer outra dimensão da moral. Consequentemente, “a validade de um direito depende não de uma determinada regra positiva, mas de complexos problemas morais”¹¹, inexistindo a dicotomia entre questões de direito e questões de justiça, em que se supera a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo.

Afirmar que os juristas empregam princípios e não regras é admitir que são duas espécies de norma, cuja diferença é de caráter lógico. Embora orientem para decisões específicas sobre questões de obrigações jurídicas, diferem pela feição da orientação que sugerem. Assim, as regras indicam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando ocorrem as condições previstas.

Um princípio não estabelece as condições que tornam sua aplicação necessária. Ao contrário, determina uma razão que impulsiona o intérprete numa direção, mas que não demanda uma decisão específica, única. Assim, pode acontecer que um princípio, numa certa circunstância, e frente a outro princípio, não prevaleça, o que não significa que ele perca a sua condição de princípio, muito menos que deixe de pertencer ao sistema jurídico.

Já as regras, ao contrário dos princípios, são aplicáveis em todo seu conteúdo literal. Aos elementos por elas estabelecidos, verificar-se-á se a regra é válida, aceitando a consequência aplicável ou, então, a regra é inválida e, em tal caso, não influi sobre a decisão.

Conclui-se, assim, que os princípios possuem uma proporção de

⁹Ibidem, p. 102 e ss.

¹⁰DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2010. pp. 33 e ss.

¹¹CHUERI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e modernidade*. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM editora, 1995, p. 85.

importância que as regras não têm, pois quando os princípios entram em conflito, para resolvê-lo é necessário ter em consideração a proporção relativa de cada um. Necessário valorar todos os princípios concorrentes e controversos que ele traz consigo, a fim de encontrar uma conciliação entre eles.

As regras não possuem esta proporção. Contudo, não se pode atribuir maior valor a uma regra do que a outra dentro do sistema jurídico, no sentido de que, se duas regras colidem, uma prevalece sobre a outra em virtude de sua maior dimensão.

Cabe salientar, portanto, que se duas regras colidem, então uma delas não pode ser válida, conseqüentemente, cada sistema jurídico possuirá meios que possibilitem regular e decidir tais conflitos. A esses conflitos a doutrina denomina antinomias, que são resolvidas pelos critérios: cronológico, hierárquico, da especialidade.

O pensamento de Ronald Dworkin é retomado, dentro do sistema da *civil law*, pelo constitucionalista alemão Robert Alexy¹², que, considerando o modelo do jusfilósofo americano *demasiado simple* busca formular *un modelo más diferenciado*.

A teoria dos princípios de Robert Alexy¹³, bem como a distinção entre princípios e regras, constitui o marco de uma teoria normativa-material dos direitos fundamentais e, com ela, o ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito destes direitos, tornando-se a base da fundamentação jusfundamental e a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Assim, sem uma perfeita compreensão desta distinção, própria da estrutura das normas de direito fundamental, é impossível formular-se uma teoria adequada dos limites dos direitos fundamentais, quanto à colisão entre estes e uma teoria suficiente acerca do papel que eles desempenham no sistema jurídico.

Para Robert Alexy, princípios são mandados de otimização, isto é, são normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, e que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Este é o ponto decisivo para distinção das regras¹⁴.

Por sua vez, as regras, guias de conduta, são normas que somente podem ser cumpridas ou não, as quais contém determinações fáticas e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, e não apenas de grau.

Entretanto, a distinção entre regras e princípios se mostra mais claramente nas colisões de princípios e nos conflitos de regras. Embora apresentem um aspecto em comum, diferenciam-se, fundamentalmente, na forma como se soluciona o conflito.

¹²ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 99.

¹³Ibidem, p. 81.

¹⁴Ibidem, p. 86.

Assim, os conflitos de regras se resolvem na dimensão de validade, ou seja, somente podem ser solucionados introduzindo-se uma regra de exceção, debilitando o seu caráter definitivo, ou declarando-se inválida uma das regras. Com efeito, uma norma vale ou não juridicamente e, se ela vale e é aplicável a um caso, significa que vale também sua consequência jurídica¹⁵.

Então, o conflito entre duas regras há de ser solucionado por outras regras, pelos critérios cronológico e hierárquico, concluindo Alexy¹⁶ que *lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez*¹⁷.

De sua banda, a colisão de princípios se resolve pela proporção, tal como o expressa Ronald Dworkin. Quando dois princípios entram em colisão, um dos dois tem que ceder frente ao outro, porquanto um limita a possibilidade jurídica do outro. O que não implica que o princípio desprezado seja inválido, pois a colisão de princípios se dá apenas entre princípios válidos.

2.2 Breve estudo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana

Para se tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, é útil referendar acerca do que vem a ser dignidade, antes de adentrar ao princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da Constituição Federal de 1988.

2.2.1 Conceito de dignidade

O conceito em questão partiu do latim *dignitas* e foi construído ao longo dos anos, chegando ao século XXI com valor supremo, estruturado a partir da razão jurídica.

A dignidade é garantida por um princípio, sendo, portanto, plena. Como já acerca dos princípios, a dignidade também deve passar ilesa pelas conturbações que atingem a sociedade, sendo invariável.

Com isso, é imprescindível apontar a dignidade da pessoa humana como intangível, sendo obrigação de todo o poder público respeitá-la e protegê-la. Nota-se, portanto, que a dignidade nasce com a pessoa, “que exactamente nesta pureza da sua origem reside a sua dignidade para nos servirem de princípios práticos supremos”¹⁸, sendo inerente a sua essência e definida a partir das experiências históricas. “O ser

¹⁵ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88.

¹⁶Ibidem, p. 88.

¹⁷A expressão no idioma espanhol significa “que o fundamental é que a decisão seja uma decisão válida”.

¹⁸KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Edições 70. Lisboa, 1997. p. 46.

humano é digno porque é”¹⁹.

E como desde os primórdios, o homem não vive sozinho, mas sim no meio social, a preocupação com sua dignidade aumenta, pois

chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade –, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade.²⁰

Toda pessoa humana traz consigo a dignidade, independente de sua situação social, pelo simples fato de existir, como já se referia Kant que “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo”²¹. E é justamente pelo fato do homem existir e coexistir em sociedade que a dignidade pode aumentar ou diminuir, devendo-se acrescer um limite social à garantia desta, isto é, haverá dignidade ilimitada desde que não se viole outra ou a de outrem. Aqui vale lembrar que nem a própria dignidade é permitida a violação, cabendo ao Estado o dever de preservar quaisquer situações que coloquem em risco a dignidade humana.

Continuando com o pensamento kantiniano

Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chama coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo arbítrio.

Esse raciocínio explica a autonomia da dignidade, sendo esta reproduzida pela capacidade racional do ser humano, de pensamento. Com isso, Kant aponta que a autonomia da vontade é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, pois,

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando um coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.

O entendimento de Kant parece ser o ser o mais adequado quando concilia a dimensão axiológica com a noção de autonomia, racionalidade e moralidade concebidas como fundamento e conteúdo da dignidade, pois justifica os direitos humanos fundamentais.

Dessa forma, o pensamento kantiniano e as demais teorias que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana, privilegiando esta acima de outras espécies em função do racionalismo, sofre muitas críticas por conta do antropocentrismo. A começar por Hegel, que considera um ser humano com

¹⁹NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op. Cit. p.49.

²⁰NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op. Cit. p.49.

²¹KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Edições 70. Lisboa, 1997. p. 68.

dignidade a partir do momento em que este se torna um cidadão, o que não significa que seja desde o seu nascimento, conforme afirma Kant.

Com Hegel vislumbra-se o reconhecimento da capacidade jurídica, isto é, a competência do ser humano em ser sujeito de direitos, estendendo-se a todas as pessoas. O pensamento de Hegel demonstra a atribuição de direitos no sentido da noção de personalidade jurídica e não mero objeto de direitos a própria nota distintiva da dignidade da pessoa humana.

Com isso, Hegel se distancia do pensamento de Kant, o qual é o predominante deste estudo, bem como da maioria dos autores estudiosos sobre o tema. E, mesmo assim, a dignidade da pessoa humana, mantém-se ocupando lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, o que explica a sua qualificação como valor fundamental da ordem jurídica.

Encontra-se, ainda, o termo dignidade na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual foi aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela ONU, fundamentando-se nos princípios dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos há o “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana”²², bem como a reafirmação da fé dos povos das Nações Unidas na dignidade e no valor da pessoa humana.

No século XVIII, em que se presenciava o jusnaturalismo, tem-se como pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. A ideia de que o homem, por sua mera natureza humana, é titular de direitos, que justamente possibilitou o reconhecimento dos direitos humanos e a proteção também dos fracos e excluídos, e não apenas dos que foram contemplados com direitos pela lei, por contratos, em virtude de sua posição social e econômica.

E, por meio do pensamento cristão e humanista, o entendimento humanista de Jacques Maritain precedeu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual afirma que “a filosofia dos direitos humanos repousa sobre a ideia da lei natural”²³, apresentando deveres e direitos fundamentais e princípios de boa conduta.

Para Maritain a base dos direitos humanos está em sua natureza, expressão da lei natural, fundados na dignidade da pessoa humana, colocando em evidência o ser humano enquanto pessoa.

Nessa mesma linha de raciocínio, Sarlet ressalta que “a ideia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão”²⁴. Logo, a religião cristã traz, exclusivamente, no que tange ao conceito de dignidade da pessoa humana, referências de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus.

Por fim, partindo do pensamento do cristianismo conclui-se que todo ser humano, e não apenas os cristãos, possui um valor que lhe é próprio. Nota-se,

²²POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito. Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil*. Edições Loyola. São Paulo, 2001. p.123.

²³Ibidem. p. 129.

²⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8.ed. ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 32

portanto, que não há na Bíblia um conceito puro acerca do que vem a ser dignidade, mas sim uma concepção do ser humano, a qual perdura nos dias atuais.

2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal atual é um dispositivo que assegura o básico necessário, a fim de que os cidadãos, independentemente de contribuição junto ao INSS, possam ter uma vida digna. Ela contempla a dignidade da pessoa humana com *status* de princípio constitucional, que é um elevado postulado constitucional, e, por meio dele, se dá efetividade processual.

Para Ingo Wolfgang Sarlet²⁵ entende-se por dignidade da pessoa humana

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Com esse raciocínio, pode concluir-se que a Constituição Federal de 1988 concede à dignidade da pessoa humana o caráter de principal direito fundamental constitucionalmente garantido, agindo como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas pelo ordenamento jurídico.

Quando da abordagem do conceito de dignidade, necessário foi tratar da evolução histórica do termo e seus estudiosos, mas aqui, juridicamente observando, não há como vincular o princípio à religião, sob pena de ser um “obstáculo à própria universalização e – nesse sentido – um fator impeditivo de uma globalização da dignidade num contexto multicultural”²⁶.

Assim, para assegurar a validade intercultural do princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte a alcançar vinculatividade mundial, o próprio conteúdo e significado do princípio deve ser necessariamente compreendido como interculturalmente válido e secularizado, portanto, mediante renúncia a qualquer concepção religiosa.

A aplicação concreta do princípio da dignidade da pessoa humana é um dever social, em que o operador do Direito se vê obrigado a gerir sua atuação social pautado em tal princípio estampado na Carta Magna.

Nos dizeres de Rizzatto Nunes²⁷

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8.ed. ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 70.

²⁶Ibidem. p. 46.

²⁷NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op. Cit. p.51.

é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em *nenhum* ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

Nota-se que o referido princípio é válido em qualquer contexto, a se pautar, por exemplo, no respeito dos direitos sociais que a Constituição Federal de 1988 traz no artigo 6º vinculado ao *caput* do art. 225, atribuindo direitos mínimos a uma vida digna ao cidadão e, que somado aos direitos fundamentais, pode-se dizer que a Constituição Federal está a caminho da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

No tópico acerca dos princípios tratou-se sobre estes como fundamentais e, após a explanação sobre dignidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se que este “enquanto expressão positiva do valor fonte do ordenamento constitucional brasileiro (...) o valor que ele traduz será chamado a conformar, orientar e limitar a opção realizada”²⁸.

Contudo, nessa esfera poderia se considerar o princípio da dignidade da pessoa humana como absoluto, ainda que correndo o risco de relativizar os outros diversos princípios que são tão importantes quanto este. Entretanto, há que se explicar que tal princípio é absoluto em seu conteúdo axiológico, portanto, seu valor é absoluto. Diferente de seu conteúdo normativo que deve observar os limites de sua incidência. Ademais, sempre será difícil estabelecer o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, pois muito embora haja um caso em concreto a ser aplicado, há o lado da normatividade e o entendimento axiológico, momento em que se analisa o papel do intérprete na construção do conceito e na aplicação de sua extensão.

Em análise do termo dignidade no tópico acima, nota-se que é valor intrínseco ligado à pessoa humana, o qual nasce com o homem e o acompanha até a sua morte. Neste porte, pode-se falar em natureza absoluta do princípio da dignidade da pessoa humana, pois a Constituição Federal a colocou em seu mais elevado patamar axiológico, como condição humana, que identifica o homem como ser único e especial.

Assim, apesar das críticas feitas ao princípio em questão no sentido de ser absoluto, partindo-se do pressuposto que a dignidade é inerente ao homem, que nasce e morre com ele, tem conteúdo axiológico, logo conclui-se ser um princípio fundamental absoluto.

3 LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

3.1 Assistência Social

²⁸MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: Princípio constitucional fundamental*. 5ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010. p. 108.

Assistência Social faz parte da Seguridade Social, que, segundo o art. 194, da Constituição Federal de 1988 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.

Assim, com os demais benefícios previstos pela Assistência, tal espécie da Seguridade Social estabelece o oferecimento de serviços destinados a crianças e adolescentes hipossuficientes, bem como aos idosos e deficientes.

Necessário se faz salientar que a Lei n° 8.742/93 regulamentou a Assistência Social dispondo sobre sua organização, definindo-a em seu art. 1° como

A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Ainda, no mesmo sentido, Martinez²⁹ denomina a Assistência Social como sendo

O conjunto de atividades particulares e estatais direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações. Não só complementa os serviços da Previdência Social, como a amplia, em razão da natureza da clientela e das necessidades providas.

Tem-se um Estado Democrático de Direito em que prevalecem, ainda, desigualdades sociais, ficando o questionamento de até onde o Estado deve interferir. Ora, o Estado tem o dever de oferecer por meio da Assistência Social benefícios aos cidadãos hipossuficientes da sociedade, para que haja a inclusão social e não exclusão, a fim de que se efetivem os direitos sociais garantidos pela Constituição Federal.

Dessa forma, seu principal propósito é assistir às pessoas que não tem a mínima condição de contribuir primeiro para o sistema e, posteriormente, ter garantido algum tipo de benefício.

Aliás, este é o ponto que a difere da Previdência Social, na qual a pessoa contribui antecipadamente para o sistema, para que, posteriormente, num momento de contingência, tenha garantido o benefício previdenciário.

A respeito desta diferença, dispõe Martins³⁰ que:

Diferencia-se, assim, da Previdência Social, pois nesta há necessidade de contribuição para obter seus benefícios. Está, portanto, a Assistência mais próxima da ideia da Seguridade Social, em que não se necessita pagar contribuição para obter um benefício ou serviço. Os benefícios assistenciais serão, porém, aqueles previstos em lei e não outros.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 203, elenca como sendo

²⁹MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 1997, p.220.

³⁰MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 478.

objetivos da Assistência Social:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;
III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;
IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Da leitura do artigo supra, verifica-se claramente a intenção do legislador de prover um meio de garantir um padrão social mínimo ao cidadão, que sozinho não tenha condições de fazê-lo, para que este tenha garantido os direitos sociais a que faz jus pelo texto constitucional.

Há de ressaltar que a natureza e a essência do benefício e/ou assistência social é a de beneficiar a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, garantindo o valor de 01 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispõe a Lei Maior em seu art. 203 da CF/88.

3.2 Requisitos para a concessão do benefício assistencial

Para que um cidadão faça jus ao recebimento de um salário mínimo a título de benefício assistencial de prestação continuada, é necessário preencher e comprovar alguns requisitos. Tais requisitos são: ser pessoa idosa ou deficiente, além de não possuir meios de prover a sua subsistência ou tê-la provida por sua família.

No que tange à idade, nos dias de hoje, é estabelecida uma idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos, em decorrência do disposto no art. 34, do Estatuto do Idoso, assim podem pleitear o benefício aquelas pessoas que contem com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais.

Ao longo dos anos a idade mínima para o recebimento do benefício passou por algumas alterações e, em relação a tal ponto, encontra-se na obra de Ibrahim

I – no período de 1º de janeiro de 1996 a 31 de dezembro de 1997, vigência da redação original do art. 38 da Lei nº 8.742, de 1993, a idade mínima para o idoso era de 70 (setenta anos);

II – no período de 1º de janeiro de 1998 a 31 de dezembro de 2003, a idade mínima para o idoso passou de a ser de 67 (sessenta e sete anos), em razão da Lei nº 9.270/98;

III – a partir de 1º de janeiro de 2004, com o Estatuto do Idoso (art. 34 c/c art. 118, ambos da Lei nº 10.741/03), a idade passou para 65 (sessenta e cinco) anos. Apesar da Lei nº 10.741/03 fixar a idade de 60 anos como paradigma para a qualificação da pessoa como idosa, o benefício assistencial restou limitado aos

Em se tratando do requisito da deficiência, o parágrafo 2º, do art. 20, da Lei Orgânica da Assistência Social, prevê que “para efeito de concessão deste benefício a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”.

Note-se que a deficiência que dá direito ao recebimento do benefício é aquela que incapacita a pessoa tanto para a vida independente quanto para o trabalho, e esta não pode apenas ser alegada, mas deve ser comprovada por meio de perícia médica, assim como o reza o parágrafo 6º, da Lei Assistencial, que diz que “a concessão do benefício ficará sujeita a exame médico pericial e laudo realizados pelos serviços de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS”.

Por outro lado, a comprovação da idade não demanda maiores esforços em comparação à prova da deficiência. Basta ter 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que o requisito já está preenchido. Contudo, muitos tribunais além da comprovação da idade exigem a prova pericial médica, variando os entendimentos.

Por fim, como último requisito, é necessário que o deficiente ou o idoso comprove que não tem condições de prover a sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família. Entretanto, o parágrafo 1º da Lei nº. 8.742/93, considera como família o conjunto de pessoas que estão elencadas no art. 16 da Lei nº. 8.213/91, desde que vivam sob o mesmo teto.

Conforme o art. 16, da Lei 8.213/91:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II – os pais;

III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Sendo assim, as pessoas elencadas no artigo acima mencionado são as consideradas para fins de conceituar o termo “família”, referido no *caput* do art. 20, da Lei Orgânica da Assistência Social.

Nos dizeres de Martins³²

Entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes. Unidade mononuclear compreende o cônjuge, o companheiro(a), filho(a) menor de 21 anos, pais, irmãos menores de 21 anos.

Com relação à incapacidade de prover a subsistência ou tê-la provida pela família, o parágrafo 3º, do art. 20, da LOAS dispõe que “considera-se incapaz de

³¹IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p.14.

³²MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 489.

prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo”. Ou seja, para que uma pessoa, seja ela deficiente ou idosa, adquira o direito de receber a renda, é necessário que cada pessoa que compoñha o mesmo núcleo familiar do “pretendente a beneficiário” tenha uma renda mensal inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Sendo assim, nos dias de hoje, considera-se que a pessoa não tem condições de subsistência se a renda *per capita* de sua família for inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, que, atualmente, corresponde ao valor de R\$ 127,50 (cento e vinte e sete reais e cinquenta centavos) e, a partir de março de 2011, será de R\$ 136,25 (cento e trinta e seis reais e vinte e cinco centavos), pois o salário mínimo foi elevado a R\$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais).

O Estatuto do Idoso, no parágrafo único, do art. 34, dispõe que “o benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS”.

Essa ressalva é feita somente em relação ao idoso, ou seja, caso outro membro da família de um idoso já receba o auxílio assistencial, este valor não irá contar no cálculo da renda *per capita* da família para concessão do novo benefício.

4 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO NO TEXTO LEGAL NO QUE TANGE AOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Neste último item serão analisadas algumas das questões polêmicas geradas a partir da aferição dos requisitos necessários para a concessão do benefício de prestação continuada.

O art. 20, da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social) estabeleceu alguns critérios para identificar quais pessoas viriam a ter direito ao benefício de prestação continuada e passariam a receber um salário mínimo a título de renda mensal.

Sendo assim, na prática, muitas são as questões polêmicas geradas a partir da fixação dos critérios³³ para a concessão deste benefício, sendo que o presente estudo tem importância no sentido de explanar tais pontos controvertidos e verificar possíveis irregularidades e deficiências presentes na legislação quando em confronto com a realidade social.

³³O Ministro Gilmar Mendes retrata que “Os inúmeros casos concretos que são objeto do conhecimento dos juízes e tribunais por todo o país, e chegam a este Tribunal pela via da reclamação ou do recurso extraordinário, têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.742/93 são insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Constatada tal insuficiência, os juízes e tribunais nada mais têm feito do que comprovar a condição de miserabilidade do indivíduo que pleiteia o benefício por outros meios de prova. Não se declara a inconstitucionalidade do art. 20, § 3o, da Lei nº 8.742/93, mas apenas se reconhece a possibilidade de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de penúria do cidadão (...).” Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6268/Beneficio-de-prestacao-continuada-LOAS> Acesso em: 20 de maio de 2011.

Portanto, nos tópicos abaixo, analisar-se-á algumas dessas questões polêmicas e possíveis propostas de alteração no texto legal.

4.1 Critério etário

Ao contemplar o Estatuto do Idoso, o legislador fez duas distinções: a primeira no que diz respeito ao conceito de pessoa idosa, considerando aquela que tem sessenta anos ou mais (nos termos do artigo 1º) e a segunda no que tange à concessão do benefício assistencial, na qual prevaleceu a idade de sessenta e cinco anos ou mais (conforme artigo 34).

Assim, nota-se que tal manutenção na idade para a concessão do benefício pode ter gerado prejuízos aos idosos de hoje, uma vez que da mesma forma que muitos idosos de sessenta anos estão em pleno vigor físico e mental, por outro lado depara-se com a realidade em que muitos idosos de sessenta anos parecem contar com noventa anos, por terem iniciado em atividades laborativas ainda com tenra idade.

E, com isso, o operador do direito fica à mercê de dois conceitos. Quando aplicá-los? Em que caso concreto? Deve-se observar o conjunto probatório para então deferir o benefício? Muitas indagações são feitas, não bastando comprovar que tem apenas sessenta e cinco anos, mas sim, por que o legislador não unificou as idades, gerando um único conceito?

Dessa forma, entende-se que essa separação de denominações afeta diretamente a população brasileira, a qual já é carente e necessitada, e ainda terá que esperar os sessenta e cinco anos para conseguir viver dignamente.

Por essa razão, há um contexto social em que clama pela necessidade de alteração do texto do artigo 34 da Lei nº. 10.741/03, o qual se aplica apenas aos idosos com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos para conceder o benefício assistencial de prestação continuada, adequando-a, dessa forma, aos novos e mais abrangentes diplomas legais, bem como à realidade.

4.2 Renda *per capita*

Renda *per capita* pode-se convencionar como sendo o valor que cada integrante do clã familiar traz para casa com seu trabalho e, em termos assistenciais, essa renda deverá ser de 1/4 (um quarto) do salário mínimo, conforme prevista no artigo 20, § 3º, da Lei nº. 8.742/93.

E para quem já ganha tão pouco, dividir seu rendimento por quatro para fazer jus ao benefício assistencial, não seria demais tendo em vista leis que prevêm renda familiar inferior a meio salário mínimo? Isso seria mais uma referência para colocar à margem os desamparados.

Assim, em números, tomando por base o atual salário mínimo (R\$545,00

– quinhentos e quarenta e cinco reais), faria jus ao benefício assistencial aquele idoso ou deficiente físico, cuja renda familiar quando dividida por quatro não ultrapasse, cada um, de R\$ 136,25 (cento e trinta e seis reais e vinte e cinco centavos). Um idoso ou deficiente físico que requer cuidados especiais e necessitam muitas vezes de vários medicamentos conseguiria sobreviver com tal quantia? Por que não elevar esse mínimo a R\$ 272,50 (duzentos e setenta e dois reais e cinquenta centavos), e ter uma renda *per capita* dividida por dois, valor ainda tão ínfimo frente às necessidades sociais?

Como já enfrentado, os beneficiários da prestação assistencial continuada são pessoas que por si só já representam, perante a sociedade, uma categoria especial, carentes de tratamento diferenciado. E, com isso, pode-se dizer que o salário mínimo não é parâmetro para basear a renda familiar para a concessão do benefício assistencial, sendo que dependendo da deficiência ou da idade essa quantia é gasta em apenas um dia com medicações, fraudas (geriátricas ou para recém-nascidos), internações, bombas de oxigênio, uma infinidade de aparelhos que tais destinatários necessitam.

De tal sorte, os debates sobre tal assunto passam por um constante dinamismo, sendo de suma importância acompanhar tais alterações junto aos julgados como o que segue

PREVIDENCIÁRIO – ASSISTÊNCIA SOCIAL – BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – ART. 20. DA LEI 8.742/93 – AUTOR IDOSO – RENDA MENSAL PER CAPTA SUPERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO – APLICAÇÃO DA LEI 10.741/03 – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO AO CÔNJUGE NÃO DEVE SER COMPUTADO PARA FINS DE CÁLCULO DA RENDA MENSAL FAMILIAR – PRECEDENTES DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO – INCIDENTE CONHECIDO E PROVIDO. 1) O Supremo Tribunal Federal, em recentes reclamações ajuizadas pelo INSS, tem ressaltado que sua jurisprudência tem caminhado no sentido de se admitir que o critério objetivo estabelecido pela Lei 8.742/93 pode ser conjugado com outros fatores indicativos da miserabilidade do indivíduo e de sua família, para a concessão do benefício assistencial previsto no inciso I do art. 203 da Constituição. Esta Turma Nacional de Uniformização, da mesma forma, tem manifestado entendimento, em diversos julgados, no mesmo sentido, ressaltando que além de ser possível se aferir a miserabilidade do idoso ou deficiente por meio de outros fatores que possibilitem comprovar a insuficiência da renda mensal familiar, deve-se ainda, excluir da referida renda mensal, para efeito de aferição da renda *per capita*, o benefício de valor mínimo percebido pelo idoso, seja ele de natureza beneficiária ou assistencial, o que demonstra a existência de divergência e, conseqüentemente, acarreta a admissibilidade do presente incidente de uniformização. 2) Quanto ao mérito, deve ser adotada uma interpretação literal no sentido de que somente pode ser excluído o valor de benefício assistencial e não de benefício previdenciário para fins de percepção de benefício previsto na LOAS (Lei Orgânica de Assistência Social), teríamos uma situação absolutamente paradoxal, ou seja, aquele que nunca contribuiu para a Previdência Social e recebe o benefício assistencial tem seu valor excluído para fins de percepção do mesmo benefício assistencial por outro idoso da família, mas aquele que contribuiu para o INSS e percebe, na velhice, aposentadoria de um salário mínimo, não teria tal possibilidade. Tal situação, além de violar o princípio constitucional da igualdade, infringe, ainda, os limites da razoabilidade, conforme já decidi em precedentes semelhantes ao presente. 3) A autora conta com 74 anos de idade e seu cônjuge, único membro componente do grupo familiar,

também idoso, percebe benefício previdenciário no valor mínimo, conforme constado tanto pelo juízo a quo quanto pela Turma Recursal de Tocantins, pelo que faz jus a recorrente ao benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei 8.742/93 c/c art. 34 da Lei 10.741/03, eis que preenchidos todos os requisitos legais. Pedido de Uniformização de Jurisprudência conhecido e provido.³⁴

No entanto, é de extrema urgência que o benefício previsto pela Lei Orgânica da Assistência Social seja aumentado, a fim de amparar os idosos e pessoas com deficiência hipossuficientes, principalmente a ampliação do critério de 1/4 (um quarto) do salário-mínimo para 1/2 (meio) salário mínimo.

A título de conhecimento e de embasamento, existem duas leis a nº. 9.533, de 10 de dezembro de 1997, e nº. 10.689, de 13 de junho de 2003 que tratam da renda familiar como essencial para uma vida digna, ou menos indigna.

A Lei nº. 9.533/97 trata sobre o programa federal de garantia de renda mínima, em seus artigos 1º e 5º, inciso I, dispondo

Art 1º. Fica autorizado o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a programas de garantia de renda mínima instituídos por Municípios que não disponham de recursos financeiros suficientes para financiar integralmente a sua implementação.

Art 5º. Observadas as condições definidas nos arts. 1º e 2º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros, cumulativamente:

I - renda familiar *per capita* inferior a meio salário mínimo.

Já o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA) do qual dispõe a Lei nº. 10.689/03, tem por escopo o combate à fome e à promoção da segurança alimentar e nutricional, que em seu artigo 2º, § 2º e § 3º, dispõem

Art. 2º. (...)

§ 2º. Os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal *per capita* inferior a meio salário mínimo.

§ 3º. Para efeito desta Lei, considera-se família a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e mantendo sua economia pela contribuição de seus membros.

Assim, observa-se que já existem posicionamentos nesse sentido, apresentando como intuito a dignidade humana e, que, portanto, a Lei Orgânica da Assistência Social, bem como o Estatuto do Idoso poderiam, por analogia, pautarem-se em tais leis a fim de reduzir o critério da renda mensal *per capita*, sendo esta inferior a meio salário mínimo.

4.3 Conceito de família

³⁴Disponível em <https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/pdfs/inteiroteor/200770630008975280509.pdf>
Acesso em: 12 de abr. de 2011.

O conceito de família tratado no contexto da Lei nº. 8.742/93 é muito restrito, pois, atualmente, encontram-se facilmente famílias com mais de quatro ou cinco integrantes, em que pelo menos um destes não se encaixa na denominação de família que trata a Lei Assistencial.

Isso porque tal restrição do conceito de família está no artigo o artigo 20, §1º da Lei, a qual considera família

ao cônjuge, à companheira, ao companheiro, ao filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, aos pais e ao irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, é demasiadamente limitado e pouco inclusivo, ficando bem aquém daquele subliminarmente preconizado em diversos momentos do Texto Constitucional.

Esse dispositivo gera inúmeras injustiças sociais, uma vez que impede a consecução de certos objetivos da Lei Orgânica da Assistência Social.

Com o mesmo foco, tem-se a iniciativa do Projeto de Lei nº. 3.077/2008112, cujo relator é o Deputado Federal Raimundo Gomes de Matos (PSDB/CE), o qual foi proposto pelo Governo Federal, juntamente encaminhado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, pelo Ministro Patrus Ananias de Sousa.

Esse projeto altera significativamente o conceito de família disposto na Lei nº. 8.742/03. Caso seja aprovado o Projeto de Lei sob comento, o artigo 20, §1º da Lei Assistencial, o qual adere o conceito de família formulado no artigo 16, da Lei nº. 8.213/91, alterada pela Lei nº. 9.720/98, passaria a ter a seguinte redação:

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

§ 1º. Para os fins do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

O conceito trazido pelo Projeto de Lei é abrangente, considerando como família não apenas os consaguíneos, mas também os que se ligam afetivamente. Vale destacar, que o legislador incluiu a expressão “vivam sob o mesmo teto”. Isso é muito importante quando do cálculo da renda *per capita*, tratada no item 3.2.

Por tais motivos, a alteração do texto legal traria a inclusão social daqueles requerem o benefício assistencial, no entanto, não preenchem todos os requisitos legais, principalmente no que tange ao clã familiar para fins de concessão do benefício em estudo.

Por outro lado, a matéria envolve orçamentos e responsabilidades, por isso, atualmente, o PL SUAS nº. 3.077/2008 está em tramitação na Comissão de Finanças e Tributação (CFT). Só após aprovação da Comissão de Finanças e Tributação, o Projeto de Lei deverá ser aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados e Senado Federal, para então ser vetado ou sancionado pelo Presidente da República.

5 CONCLUSÃO

Com este estudo sobre a Lei Orgânica da Assistência Social e seus requisitos para concessão do benefício assistencial em face ao princípio da dignidade da pessoa humana, cabe esclarecer que o intuito não foi o de exaurir o assunto, mas sim de tirar algumas conclusões e apontar certas alterações no texto legal.

A Assistência Social, mais do que qualquer outro segmento da Seguridade Social, tem o objetivo de amparar àqueles que necessitam do apoio estatal para manter condições dignas de vida.

Os destinatários do benefício assistencial contemplados pela Lei nº. 8.742/93 são o idoso com idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos, por força do que dispõe o art. 34 da Lei nº. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e a pessoa portadora de deficiência.

O critério de renda *per capita* estabelecido no art. 20, § 3º, da Lei nº. 8.742/93 (um quarto do salário mínimo), deve ser considerado como presunção absoluta de miserabilidade e, tendo em vista o contexto social de hoje, tal critério seria melhor aplicado se reduzido de $\frac{1}{4}$ para $\frac{1}{2}$ do salário mínimo para efeitos da concessão do benefício assistencial de prestação continuada, com o escopo de efetivar a dignidade humana, deferindo o benefício a pessoas não enquadradas dentro do critério objetivo de renda fixado pelo legislador ordinário.

Para tanto, o art. 20, § 3º, da Lei nº. 8.742/93 foi revogado pelas Leis nº. 9.533/97 (art. 5º, I) e 10.689/2003 (art. 2º, § 2º), de forma que deve ser considerado como parâmetro objetivo de renda per capita para a concessão do benefício de prestação continuada o limite de meio salário mínimo.

Feitas essas considerações, entende-se que os dispositivos ressaltados devem ser necessariamente modificados o quanto antes, uma vez que ante uma questão social, sem dúvida, de suma importância, se faz necessário estabelecer prioridades, pois não se trata de benefício material, mas sim de prestação alimentar destinada aos mais vulneráveis, visando extinguir a pobreza e garantir a efetividade dos direitos sociais expostos pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição Coimbra*: Almedina. 1988.
- CHUERI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e modernidade*. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM editora, 1995.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2010.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. Malheiros: São Paulo.

- HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbelkian.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Edições 70. Lisboa, 1997.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: Princípio constitucional fundamental*. 5ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil. Edições Loyola. São Paulo, 2001.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva. 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8.ed. ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. V.III. Rio de Janeiro: Forense. 1989.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E FUNDAMENTAIS FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Guilherme Augusto Pinto da Silva¹

RESUMO: a sociedade contemporânea, induzida pelo infindável avanço tecnológico, está vivenciando um processo de quebra de paradigmas. No âmbito das relações de trabalho é que essas vivências das novas tecnologias tem demonstrado maior impacto, do ponto de vista jurídico-científico. Isso porque o uso das tecnologias, dentre outros incontáveis benefícios, acaba por romper barreiras tidas como invioláveis, a exemplo da privacidade, correspondência e domicílio. Dessa perspectiva, o direito ao trabalho e demais direitos sociais experimentam verdadeira mitigação, permitindo abusos do poder de direção do empregador e restrições ilegítimas dos direitos fundamentais dos empregados. A jurisprudência é cambaleante e a doutrina incipiente é controvertida, sem que se vislumbrem critérios objetivos para solução da problemática, longe do caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Novas tecnologias. Direito ao Trabalho. Direitos da Personalidade. Eficácia de Direitos Fundamentais. Restrições de Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: contemporary society, driven by boundless technological advance, is experiencing a process of breaking paradigms. In the context of labor relations experience is that these new technologies have shown the greatest impact in terms of legal and scientific. This is because the use of technology, among countless other benefits, just to break barriers taken as being inviolate, like privacy, domicile and correspondence. Accordingly, the right to work and other social experience true mitigation, permitting abuses of power direction of the employer and illegitimate restrictions of fundamental rights of employees. The case is staggering and the incipient doctrine is controverted, with no objective criteria be devised to solve the problem, far from the concret case.

KEYWORDS: New technologies. Right to Work. Personality Rights. Efficacy of Fundamental Rights. Restrictions on Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O direito ao trabalho, 2.2 Direitos sociais e sua (in) eficácia frente às novas tecnologias; 3 Os direitos da personalidade, 3.1 O direito à intimidade e à vida privada; 4. Poder de direção; 5 Direitos da personalidade e Poder de Direção, 5.1 Revista Íntima, 5.2 Câmeras de Monitoramento, 5.3 Correio eletrônico, 5.4 Possíveis critérios para restrição de direitos fundamentais do trabalhador; 6 Conclusão; Referências.

¹Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente ensaio se traduz na análise e identificação das possíveis violações a direitos e garantias de empregados e empregadores, por conta da utilização das novas tecnologias no ambiente de trabalho. Não há pretensão alguma de exaurir a temática, senão realizar uma simplória e genérica abordagem das situações triviais de violação de direitos fundamentais a partir do uso das novas tecnologias, em uma leitura crítica e propositada a instigar o debate acadêmico.

Dessa perspectiva, abordar-se-á a temática das novas tecnologias, direito ao trabalho, bem como das possíveis intervenções da máquina na substituição das tarefas do trabalhador. Também será objeto de apontamento a expansão das modalidades de controle e os abusos do poder de direção do empregador proporcionado pelas tecnologias, frente ao direito à privacidade e intimidade dos empregados. Por fim, propõe-se a construção de uma leitura adequada da garantia constitucional do direito ao trabalho, modulando sua eficácia e efetividade frente ao uso das novas tecnologias.

2 O DIREITO AO TRABALHO

O direito a um posto de trabalho condignamente remunerado, constitui sustentáculo ao projeto espiritual² do homem, conferindo-lhe dignidade plena. É dizer que sem o direito ao trabalho, o indivíduo encontraria dificuldades em prover sua subsistência, o que acabaria por atingir o direito à própria vida. Como corolário, percebe-se uma íntima relação entre os direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão³, pois os direitos fundamentais de primeira dimensão, em sua pretensão positiva, concorrem para a concretização dos chamados direitos de segunda dimensão.

Dessa perspectiva, o direito ao trabalho apresentou significativo avanço dogmático, encontrando dicção constitucional no art. 7º, que além da despedida arbitrária ou sem justa causa, consagra a proteção de “outros direitos”⁴ já na parte final do primeiro inciso. Essa redação remete o intérprete aos direitos de primeira

²MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *A dignidade do homem*. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, p. 41-43. Mirandola defende a racionalidade como critério objetivo da dignidade da pessoa humana, pois a partir dela, seria possível ao homem arquitetar sua existência através do livre-arbítrio.

³O termo é perflhado pelo Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, pois “não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra(...)”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 45.

⁴Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;(...).

dimensão, que em sua incipiência eram utilizados como instrumento de defesa frente ao Estado. Posteriormente – e ainda sendo objeto de discussão doutrinária⁵ – percebeu-se que era possível invocar os direitos fundamentais frente aos particulares, e por que não dizer, nas relações de trabalho.

A vulnerabilidade do empregado na relação de trabalho sempre foi característica marcante, de modo que essa hipossuficiência restou em parte sanada pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Todavia, com o desenvolvimento das novas tecnologias, utilizadas em geral como instrumento facilitador da prestação laboral, ressurgiu a problemática acerca da proteção do trabalhador, agora frente ao uso das novas tecnologias e os abusos do poder de direção que a modernidade proporciona e, via de regra, acaba por ofender direitos da personalidade dos empregados.

A chamada desregulamentação ou flexibilização⁶ dos direitos trabalhistas, acaba por despertar reflexões, pois atenuam a rigidez dos contratos de trabalho para uma adequação ao novo modelo econômico e globalizado, o que, por óbvio, se reverte em prejuízo ao trabalhador. Nesse sentido, a garantia constitucional do direito ao trabalho e demais direitos sociais, acaba mitigada em face da implementação das novas tecnologias, seja como instrumento facilitador da prestação laboral, ou de controle.

Isso se deve à carência de regulamentação no âmbito da implementação das novas tecnologias, visto que a legislação não acompanhou o avanço tecnológico impondo um desafio aos juristas, exigindo a (trans)formação do operador em intérprete. Por isso revela-se importante analisar algumas pontuais consequências decorrentes do impacto das novas tecnologias nas relações de trabalho.

2.1 Direitos sociais e sua (in)eficácia frente às novas tecnologias

A tecnologia proporciona um leque imenso de operacionalidades múltiplas prestadas de um só local, de modo a facilitar qualquer que seja a atividade desenvolvida por este meio, mormente as relacionadas ao trabalho. Atentas às modalidades de produção otimizadas, as empresas têm investido cada vez mais em tecnologia, principalmente aquelas que utilizam a Internet⁷. Todavia, da mesma forma que as tecnologias são utilizadas para facilitar a prestação laboral, também se tornam instrumento de controle por parte do empregador, no exercício do poder diretivo.

Em outras situações, como no teletrabalho, a tecnologia rompe a

⁵Acerca dos limites dos direitos fundamentais entre os particulares, com a análise minuciosa acerca das teorias que rondam o tema, inclusive à luz da boa-fé, que permeia os contratos de trabalho, ver: CRUZ, Rafael Naranjo de la. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

⁶LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1998. p. 139.

⁷BARBOSA, Alexandre. *Cuidado, a internet está viva!*: os incríveis cenários para o futuro desse fenômeno. 1 ed. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2005, p. 67 e ss.

barreira do chamado “ambiente de trabalho”, pois é possível que os trabalhadores realizem suas atividades de qualquer lugar, bastando que estejam conectados a um computador. Verifica-se, então, uma manifesta tolerância à mitigação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, inclusive o direito à saúde, pois em alguns casos a constatação das condições de trabalho do indivíduo resta obstaculizada.

Outrossim, a implementação das tecnologias de automação e robótica, acabam por substituir o trabalho do homem pela máquina, passando a exigir uma qualificação técnica cada vez maior do trabalhador, criando novos postos de trabalho, novas vagas, mas, ao mesmo tempo, expurgando do mercado de trabalho os indivíduos que antes realizavam atividades simplórias e artesanais. Exemplo claro desta constante implementação diz respeito à coleta de lixo na capital do Rio Grande do Sul, que recentemente passou a operar através de contêineres automatizados. O trabalho extremamente insalubre, arriscado, e por que não dizer indigno, de recolher o lixo pondo-se a correr atrás do caminhão que realiza a coleta, antes feitos pelos “gari”, agora é realizado pelas máquinas. E o trabalho do “gari”, que nada mais sabe fazer senão desempenhar sua atividade simplória, agora extinta pela máquina?

Aqui novamente o direito ao trabalho se vê mitigado em face das tecnologias de automação e robótica, pois assim como serão criados inúmeros outros postos de trabalho, seja para fabricação ou manutenção de contêineres, os trabalhadores que foram substituídos pelas máquinas terão de encontrar uma nova função, sob pena de comporem as estatísticas de desemprego. Resta a indagação: qual a eficácia do direito ao trabalho frente às novas tecnologias? Estaria o trabalhador “a salvo” das intervenções tecnológicas? Resta claro, pois que:

É preciso preservar o trabalho. Não somente o trabalho visto como interação com a natureza, mediante a qual a pessoa garante o acesso a bens que necessita, mas principalmente o trabalho abstrato, produtivo, material ou imaterial, produtor de mais-valia, resultado da opção pelo modo de produção capitalista, sem cair na armadilha da tomada de um pelo outro⁸.

Não por outro motivo, a Constituição Federal proclamou o trabalho como bem jurídico fundante do Estado Democrático de Direito, estabelecendo que a ordem econômica deve ser estruturada na valorização do trabalho⁹. Desta perspectiva, a função do Estado de fiscalização, incentivo e planejamento com a finalidade de assegurar o conteúdo axiológico das normas de direito fundamental, deve servir de norte para o setor privado.

Das chamadas novas tecnologias, decorrem inúmeras outras situações problematizadas como o “direito à desconexão” oriundo da doutrina francesa; o direito à intimidade e à vida privada frente ao poder de direção do empregador, nos casos de violação do correio eletrônico pessoal ou corporativo; revista íntima¹⁰;

⁸COUTINHO, Aldacy Rachid. *A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 170.

⁹MUNARO, Franciel. *A dignidade da Pessoa Humana e Direito do Trabalho, à luz da Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo. n.º 1. 2010. p. 87.

¹⁰MUNARO, Franciel. *A dignidade da Pessoa Humana e Direito do Trabalho, à luz da Constituição Federal de*

vigilância através de câmeras ocultas; exigência de exames médicos. Em síntese, além da problemática de eficácia do direito ao trabalho e demais direitos sociais, agora mitigada em face da implementação de novas tecnologias, experimenta-se a tolerância à violação de direitos da personalidade dos empregados, dada à ausência de regulamentação quanto às formas de controle, bem como a vagueza jurídica e amplitude dada ao poder de direção do empregador.

Destarte, verificada a mitigação do direito ao trabalho e demais direitos sociais e a problemática decorrente, cumpre analisar o tratamento dispendido aos direitos da personalidade do trabalhador enquanto participe do empreendimento econômico dirigido pelo empregador.

3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Poucos temas revelaram tanta polêmica quando do seu surgimento, como os direitos da personalidade¹¹. O infindável avanço tecnológico – e também sociológico – há tempos estagnou juridicamente o ordenamento, de modo que as mais variadas e complexas relações que se estabelecem na sociedade não encontram correspondência na legislação ou mesmo no apelo aos costumes: tudo é muito recente e as transformações são aceleradas.

De um lado temos uma sociedade que apresenta a cada dia uma nova situação de fato que não encontra correspondência jurídica na letra fria da lei, seja pela omissão legislativa, seja pela inovação que sugere. De outro, temos a doutrina e a jurisprudência resgatando conceitos já superados, para encontrar fundamentos que abarquem novas situações. Abordar os direitos da personalidade em sua completude exigiria, portanto, uma pesquisa específica e dirigida, razão pela qual será feita uma análise superficial das questões mais polêmicas que rondam a temática.

A construção teórica acerca dos direitos da personalidade é relativamente recente. Remonta a elaborações doutrinárias germânicas e francesas da segunda metade do século XIX. Nem mesmo o direito romano, que sempre foi avesso a teorias¹², tratou dos direitos da personalidade nos moldes em que hoje é compreendido¹³.

Após imbróglis doutrinários quanto à própria existência dos direitos da personalidade, mais precisamente a partir dos anos cinquenta, é que restou admitida a existência dos direitos da personalidade. Todavia, esse reconhecimento

1988. Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo. nº 1. 2010. p. 176.

¹¹TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.23.

¹²ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Considerações sobre o Desenvolvimento dos Direitos da Personalidade e sua Aplicação às Relações de Trabalho*. In: Direitos fundamentais e justiça. Porto Alegre, v.3. n. 6, 2009, p. 165.

¹³Tepedino constata que: “o direito romano não tratou dos direitos da personalidade aos moldes hoje conhecidos. Concebeu apenas a actio injuriarum, ação contra a injúria que, no espírito prático dos romanos, abrangia qualquer “atentado à pessoa física ou moral do cidadão”, hoje associado à tutela da personalidade humana.”TEPEDINO, Gustavo. op. cit. p. 24.

se dava sempre a partir da noção de propriedade¹⁴¹⁵. Posteriormente, ressentiu-se a preocupação doutrinária em buscar um objeto de direito que fosse externo ao sujeito, tendo em conta a dogmática dos direitos patrimoniais.

Restou pacífico, então, que a pessoa deve ser vista em toda sua dimensão ontológica e não como sujeito abstrato de uma relação jurídica, ou mesmo de titular de direitos. Por isso, defende-se que a tutela dos direitos da personalidade encontra-se atrelada, no mínimo, à promoção do princípio da dignidade da pessoa humana – núcleo duro da personalidade do indivíduo.

No que diz respeito à produção legislativa acerca dos direitos da personalidade no âmbito das relações de trabalho, enfatiza-se que até a presente data não existe legislação específica e dirigida. A Consolidação das Leis Trabalhistas nada disse sobre os direitos da personalidade dos trabalhadores, estampando no art. 7º uma abertura necessária e bastante clara. Em síntese, servem o direito comum (leia-se direito civil) e o direito comparado (e diga-se que direito comparado e direito estrangeiro não são a mesma coisa), como fontes subsidiárias da legislação trabalhista.

E neste mister o Código Civil de 1916 igualmente silenciou sobre os direitos da personalidade. Somente após o advento da Constituição Federal de 1988, é que se incorporou uma proteção clara à pessoa humana, alçada como fundamento da república, e aos direitos da personalidade, agora estampados no art. 5º, inciso X, em tutela ostensiva, pois “invioláveis”.

Consagrados no âmbito da doutrina e reafirmados pelo Código Civil de 2002, com capítulo específico servindo de chave de leitura aos demais dispositivos, passou-se a estabelecer a classificação dos direitos da personalidade. Em síntese, são: inatos (originários); absolutos; irrenunciáveis; extrapatrimoniais; intransmissíveis; imprescritíveis; impenhoráveis; vitalícios; necessários; oponíveis erga omnes¹⁶. À presente pesquisa, evidencia-se o fato de serem irrenunciáveis, indisponíveis e absolutos.

A irrenunciabilidade por que retrata a impossibilidade de a pessoa abdicar de algum dos direitos da personalidade, mesmo que não os exercite, uma vez que ele é inseparável da personalidade humana¹⁷. Por serem indisponíveis, outrossim, identificam-se com os bens mais preciosos da pessoa, situando-se em um patamar que, em princípio, impossibilita a transação.

No entanto, não é raro percebermos pessoas autorizando situações limites, de privacidade, ou da própria integridade física, como é recorrente em reality shows e programas televisivos assemelhados. É claro que nesses casos, os indivíduos “vendem”

¹⁴Destaca-se que a índole patrimonialista antes tida como essencial à tutela dos direitos da personalidade, restou superada a partir do fenômeno da constitucionalização do direito privado, quando a pessoa humana e suas emanções foi alçada ao centro da preocupação privatista. Essa concepção se faz primordial à compreensão da problemática dos direitos da personalidade no âmbito das relações de trabalho, pois enquanto o poder diretivo do empregado encontra fundamento no direito de propriedade, os direitos da personalidade constituem sustentáculo da defesa e promoção a dignidade da pessoa humana, ou seja, do trabalhador que não perde a condição de destinatário do texto constitucional.

¹⁵Ibidem. p.29.

¹⁶BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.15.

¹⁷Ibidem.

seus direitos, em tese indisponíveis. A limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade, porém, não implica na perda desses direitos pelo seu titular, de modo que a qualquer momento – outra característica é a imprescritibilidade – é possível revogar essa autorização concedida e, sendo o caso de ofensa à própria dignidade, pleitear a indenização correspondente, conforme prevê a Constituição Federal.

Na hipótese cogitada, porém, quando o indivíduo aceita a restrição a um direito fundamental, encontra-se no mesmo patamar de igualdade com a parte com a qual vai contratar. Vale dizer que nesses casos, o indivíduo pode autodelimitar – sem que atinja o núcleo essencial, portanto não renunciar – seus direitos até o limite de sua própria dignidade. Nas relações de trabalho, porém, a desigualdade dos sujeitos é latente, e admitir sem escrúpulos,¹⁸ restrições ou limitações de direitos fundamentais dos trabalhadores, significa abrir uma porta ao abuso e ao arbítrio, pois:

Apesar de todo o discurso em torno da construção da subjetividade de um novo trabalhador reconhecido como pessoa humana e, por conseguinte, dotado de direitos fundamentais intangíveis, uma série de abusos, humilhações e violência simbólicas ou abusos morais vem ocorrendo no local de trabalho, desencadeando patologias psíquicas que são relatadas simultaneamente em distintos países¹⁹.

Isso significa, portanto, que apesar de absolutos, os direitos da personalidade não são irrestringíveis ou ilimitáveis, existindo a necessidade de conjugação com outros direitos fundamentais, como o direito à propriedade, enquanto fundamento do poder diretivo do empregador. O caráter absoluto dos direitos da personalidade, portanto, não pode significar uma liberdade arbitrária ao titular, devendo, dessa forma, ser limitado pela própria lei que os institui e pela leitura do ordenamento enquanto sistema, em face das conjugações possíveis com outras situações igualmente tuteladas e protegidas pelo direito. As limitações devem ser valoradas, objetivamente, seguindo os interesses e fins sociais da ordem jurídica – em uma leitura constitucional.

3.1 O direito à intimidade e à vida privada

A discussão acadêmica acerca do direito à privacidade foi introduzida pelos advogados Warren e Brandeis²⁰, através de artigo célebre da literatura jurídica *The Right to Privacy*. Naquela feita os autores interpretaram o direito à privacidade como um direito à “não intrusão”, trazendo como característica marcante a ideia de isolamento e reserva: *the right to be let alone*. Posteriormente, a própria *privacy* foi

¹⁸Não significa que sejam irrestringíveis, desde que se estabeleçam critérios que legitimem a restrição, pois como adverte o Prof. Ingo Sarlet: “não basta somente identificar os valores em jogo, mas construir e lançar mão de critérios que permitam aplicá-los racionalmente, cabendo, portanto, ao intérprete/aplicador dos direitos fundamentais conferir importância distinta aos valores por eles densificados, sempre atento às hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 394.

¹⁹COUTINHO, Aldacy Rachid. op. cit. p. 175.

²⁰WARREN, Samuel. BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*, in Harvard Law Review, 1890.

objeto de inúmeras interpretações, sendo que mesmo nos dias de hoje, permanece controversa sua interpretação.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal²¹ e o Código Civil²² determinam que a vida privada – e intimidade²³ – são invioláveis. Mas a multiplicação da capacidade de percepção dos acontecimentos no mundo pelo homem sugere um passo para um processo revolucionário que poderá resultar no ostracismo da privacidade²⁴, mesmo após os árduos anos de luta para que pudesse ser reconhecido este direito. É que em tempos de evasão da privacidade, principalmente através do uso das novas tecnologias, fica cada vez mais difícil se defender das modalidades de invasão da privacidade.

Nesse sentido importa estabelecer a distinção entre o direito à vida privada e à intimidade, pois se fossem sinônimos²⁵ a redação constitucional seria inócua. No que se refere ao direito à intimidade, a própria terminologia da palavra confere este significado: íntimo é proveniente do latim *intimus*, que é superlativo de interior. O direito à intimidade, portanto, está relacionado com episódios mais restritos da vida do indivíduo, envolvendo relações familiares, amizades próximas e mesmo a esfera do segredo.

Inúmeros foram os autores que esboçaram uma definição do chamado direito à privacidade. De modo geral, existe um consenso em que o direito à privacidade consiste na pretensão de estar separado de grupos, mantendo o indivíduo livre de ingerências externas e da observação de outras pessoas, pois “no âmago do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo.”²⁶

O direito à privacidade abarca, também, a inviolabilidade do domicílio e a vida doméstica, o sigilo da correspondência e das comunicações convencionais ou eletrônicas, e os dados pessoais, porquanto representam, na maioria das vezes, uma extensão da vida privada (ou mesmo íntima) da pessoa. Procura-se, pois, delimitar a ingerência da sociedade, eis que a ordem jurídica reconhece e resguarda a todos uma área personalíssima e intocável da pessoa, em nítida consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Toda e qualquer investida sobre tal área de proteção é ilegítima, seja na investigação do lixo do vizinho, escuta clandestina de conversas, ou mesmo

²¹Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

²²Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

²³Embora a jurisprudência e vários autores não distingam intimidade de privacidade, entendemos que há uma distinção. A própria terminologia da palavra confere este significado: íntimo é proveniente do latim *intimus*, que é superlativo de interior. O direito à intimidade, portanto, está relacionado com episódios mais restritos da vida do indivíduo, envolvendo relações familiares, amizades próximas e mesmo a esfera do segredo.

²⁴BENDA, ERNST. *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, in: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Wener; VOGEL, Hans-Joehen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (Org.). *Manual del derecho constitucional*. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p.131.

²⁵Embora sejam minoritários na doutrina, existem posicionamentos que defendem a inexistência de uma diferenciação entre o direito à intimidade e à vida privada. Dentre estes: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 206.

²⁶MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.379.

na monitoração de e-mails²⁷. A noção de vida privada, portanto, engloba formas exclusivas de (con)vivência e de troca de informações, as quais devem ser excluídas de terceiros²⁸. Apesar de um contexto temporal diverso, esta foi a mesma conclusão de Warren e Brandeis:

O direito deve servir para proteger aquelas pessoas cujos assuntos não dizem respeito a uma preocupação legítima da comunidade, que não quer ser arrastada a uma publicidade indesejável e indesejada, e para proteger toda pessoa, qualquer que seja a sua posição social ou status, de ver tornado público, contra sua vontade, assuntos que prefere manter em reserva. A injustificada invasão à privacidade individual é que é censurada e, tanto quanto possível, preservada.^{29 30}

A exata compreensão dos direitos da personalidade, em especial os nominados direito à privacidade e à intimidade, é de fundamental relevância à compreensão da problemática de violação dos direitos da personalidade nas relações de trabalho. É que o poder de direção do empregador, da forma como interpretado pela jurisprudência trabalhista, pode sugerir a existência de uma diferenciação ontológica na eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores³¹, que não perdem a condição de destinatários do texto constitucional por se encontrarem regidos pelo vínculo da subordinação.

Em outras palavras, é ressabido que o ordenamento jurídico se volta à proteção a pessoa humana e suas emanções, e o trabalhador, enquanto sujeito da relação de trabalho, não perde a condição de pessoa humana³². Portanto, merece tratamento igualitário. Abordada a questão dos direitos da personalidade do

²⁷GONZALES, Douglas Camarinha. *O direito à privacidade e à comunicação eletrônica*. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre, n. 01, out. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/douglas_gonzales.htm> Acesso em: 17 jun. 2010.

²⁸MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. *A proteção constitucional da vida privada*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p.81.

²⁹WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. Harvard Law Review, n. 5, vol. IV, dezembro 1890, p. 214, apud CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006, p.80-81.

³⁰Na tradução do original: “The design of the Law must be to protect those persons with whose affairs the community has no legitimate concern, from being dragged into an undesirable and undesired publicity and to protect all persons, whatsoever, their position or station, from having matters which they may properly prefer to keep private, made public against their will. It is the unwarranted invasion of individual privacy which is reprehended, and to be, so far as possible, prevented”.

³¹Bruno Lewicki ao justificar a titulação de sua obra: “Este é outro motivo pelo qual o título não usa a palavra “trabalhador”: além de, como já visto, “pessoa humana” ser a expressão empregada pela Carta Constitucional, sua invocação poderia sugerir a existência de uma privacidade para o trabalhador ontologicamente diversa daquela que se reclama, com cada vez maior intensidade, para o consumidor ou para o cidadão – como se não se tratasse da mesma pessoa, vista sob diferentes ângulos ou em diferentes momentos de sua atuação na sociedade”. LEWICK, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003. p.25.

³²“El punto de partida es que el contrato del trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en ámbito de una organización privada, aunque esa inserción modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración constitucional”. MIGUEL, Carlos Ruiz. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Editorial Tecnos. 1995. p. 185.

trabalhador, importa analisar o poder de direção do empregador, que será objeto de análise das situações de colisão de direitos, a seguir.

4 PODER DE DIREÇÃO

O poder de direção do empregador não encontra permissivo legal expresso, sendo extraído da interpretação do artigo 2º³³ da CLT, pois exerce o poder de direção aquele que “assumindo os riscos da atividade econômica”, “dirige a prestação pessoal do serviço”. A literatura jurídica estabelece que o poder diretivo do empregador³⁴ consiste na capacidade, oriunda do direito subjetivo que lhe assiste, ou então da capacidade de organização do empreendimento econômico que dirige, para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando a realização das finalidades estabelecidas³⁵. Segundo Amauri Mascaro Nascimento³⁶, o poder diretivo desdobra-se em: poder de organização; poder de controle; e poder disciplinar.

Em síntese, o poder de organização diz com a distribuição de cargos e salários, o poder disciplinar com a imposição de advertências e penalidades, e o poder de controle, que será objeto de análise mais detida, com a faculdade de fiscalizar o desenvolvimento das atividades dos empregados.

O poder de controle sempre existiu. As mais primitivas oficinas artesanais contavam com a o controle pessoal, modalidade em que um indivíduo tinha a função de vigiar os demais, distribuindo recompensas e punições pelos comportamentos que aprovava ou queria reprimir.

Com a revolução industrial e o surgimento das grandes fábricas, percebeu-se que o modelo de controle pessoal não era mais suficiente para atender a demanda de uma disciplina fiscalizatória das atividades dos trabalhadores. Surgiu então o modelo de *controle técnico*, baseado nas inovações tayloristas e fordistas, cujo objetivo era alcançar níveis astronômicos de produtividade e rendimento³⁷.

³³Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

³⁴Importante a ressalva de que não somente o empregador é titular do poder diretivo. Também são titulares os prepostos aos quais o empregador delega parte – ou o todo - desse poder, cuja intensidade varia de acordo com a natureza do emprego.

³⁵MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. Saraiva. 1982. p.94.

³⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 562.

³⁷LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar,

Já no período pós-industrial³⁸, o que para muitos pode ser considerado um novo modelo produtivo, exige-se dos trabalhadores não só o aumento da produtividade, mas também uma propensão à aceitação da política de regras da empresa. Em outras palavras, as opiniões e aspirações do empregado devem se igualar, ou mesmo se confundir, com aquelas expressas pelo empregador. Essa seria, portanto, a modalidade de controle total, na qual se pretende ter sob o comando “o trabalhador perfeito”³⁹, este que:

“não perde tempo navegando na internet ou mandando mensagens pessoais de e-mail, tampouco utiliza o telefone da empresa para falar com pessoas estranhas ao serviço; não mantém relacionamentos amorosos com colegas, o que também poderia desviar sua atenção desnecessariamente; não bebe nem usa drogas, comportamentos que poderia debilitar sua saúde e provocar futuras quedas de produtividade; pelo mesmo motivo não deve ter uma probabilidade alta e comprovada de vir a desenvolver determinadas patologias, nem obviamente ser portador de moléstias como a AIDS, ainda que sem manifestações exteriores da doença; é heterossexual, o que, numa visão tradicional (e discriminatória) traduz uma personalidade mais “estável” e “conformista”; não abraça causas políticas, religiosas ou filosóficas desviantes da maioria, o que pode denotar um caráter rebelde ou arredoio; aceita ser revistado ou filmado durante a jornada de trabalho, pois entende que os interesses da empresa justificam esse tipo de conduta.”⁴⁰

A partir das palavras de Bruno Lewicki, não é difícil supor os incontáveis conflitos decorrentes do exercício (abusivo ou não) do poder de direção do empregador, frente aos direitos da personalidade dos empregados. Vale dizer que o fundamento do poder de direção do empregador, é o direito de propriedade. Portanto, “tudo mais que se quiser dizer ou escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar.”⁴¹ Essa constatação vem a ser de aquilatada relevância quando analisadas as hipóteses de conflito com outros direitos, e aplicado o princípio da proporcionalidade em seus níveis de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

5 DIREITOS DA PERSONALIDADE E PODER DE DIREÇÃO

Percorrido o caminho do direito ao trabalho e demais direitos sociais e sua eficácia, direitos da personalidade - em especial o direito à intimidade e à vida privada -, poder de direção e seus desdobramentos, importa analisar as hipóteses em que a coexistência dos direitos de empregados e empregador irão conflitar. As situações doravante nominadas não são únicas nem exclusivas, tampouco inovadoras,

2003. p. 20.

³⁸DEMASI, Domenico. O futuro do trabalho. p. 136.

³⁹LEWICKI, Bruno. op. cit. 21.

⁴⁰Ibidem. p.22.

⁴¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 563

mas refletem as principais e mais recorrentes dificuldades encontradas no plano da praxis jurídica.

5.1 Revista íntima

O artigo 373-A da CLT é um dos poucos a oferecer uma proteção tacanha à personalidade do empregado, em especial ao direito à intimidade. Dispõe que é vedado ao empregador ou seus prepostos realizar revista íntima em suas funcionárias. Como a Constituição de 1988 não apresentou distinção entre homens e mulheres, a interpretação tem sido no sentido de aplicar a vedação de revista íntima também aos funcionários.

A questão apresenta limites delicados. Em síntese, a jurisprudência há muitos anos inclina-se pela possibilidade da revista pessoal, com fundamento no direito do empregador de salvaguarda de seu patrimônio. A insurgência do empregado, por sua vez, permite a suposição de que a revista viria a comprovar suspeita que se instaurou contra sua pessoa, justificando o reconhecimento da justa causa. Por outro lado, a recusa de se submeter à revista será legítima quando envolver circunstâncias que atentem contra a dignidade humana⁴².

Em sede de casos concretos, a Segunda Turma do TST⁴³ não conheceu recurso onde uma ex-auxiliar de tesouraria pleiteava reparação por violação do direito à intimidade, pela utilização da revista íntima pelo empregador. Conforme restou demonstrado, a revista se dava por intermédio de uma guarita blindada, em espaço reservado e privativo, sem qualquer espécie de contato físico ou exposição vexatória da recorrente.

Já a 8ª Turma do TST⁴⁴, condenou distribuidora farmacêutica à reparação pecuniária por exigir que os funcionários se despissem ou retirasse peças de roupas, ficando apenas com peças íntimas, para inibir furto de materiais e coibir o comércio ilícito. Como se vê, não existem critérios objetivos traçados pela jurisprudência no julgamento destes casos. Não há qualquer raciocínio dogmático que pondere hipóteses de restrição do direito fundamental à intimidade e à vida privada, ou submeta à situação ao teste do princípio da proporcionalidade.

A doutrina, porém, indica a revista íntima como último recurso a ser utilizado em defesa do patrimônio do empregador, sempre apontando situações concretas e utilizando critérios objetivos como - sorteio, numeração, todos integrantes de um turno ou setor, dentre outros. O ajuste prévio com a entidade sindical responsável ou com o próprio empregado na falta daquela, também é válido desde que com máximo respeito aos direitos da personalidade⁴⁵. Vale dizer que qualquer renúncia⁴⁶ do empregado a seus direitos de personalidade é nula de pleno direito.

⁴²BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregador*. São Paulo: LTr, 1997. p. 73-74.

⁴³RR 1.395/2005-016-09-00.7.

⁴⁴Proc. nº 411/2004-058-15-85.5

⁴⁵BARROS, Alice Monteiro de op. cit. p. 74

⁴⁶Vale lembrar a dicção do art. 11 do Código Civil: "Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei,

5.2 Câmeras de Monitoramento

Ao abordar o poder de direção e as modalidades de controle, falou-se que as primeiras oficinas de trabalhos artesanais utilizavam-se da modalidade de controle pessoal. Um controle horizontal, que, posteriormente, mostrou-se insuficiente para atender os anseios dos empregadores, já que não era possível uma fiscalização do modo em que pretendia o empregador.

Com o surgimento das novas tecnologias, passou-se a utilizar o sistema do monitoramento por câmeras de vídeo, em locais de considerável periculosidade, principalmente por questões de segurança. Posteriormente, percebeu-se que a câmera poderia ser um instrumento de controle muito eficaz para fiscalização das atividades dos empregados no ambiente de trabalho. A problemática surge quando se questiona, novamente, os limites do uso desta tecnologia.

Em um primeiro plano, há de se defender a utilização das tecnologias de monitoramento, justamente nas hipóteses em que a fiscalização das atividades desenvolvidas pelo empregado, se confunda com sua própria segurança e integridade física ou psicológica. Existe quem defenda que o monitoramento por câmera, somente pode adentrar ao espaço físico que o fiscal, enquanto funcionário designado pelo empregador poderia ocupar exercendo a função de controle.

Ainda, existem espaços que mesmo no ambiente de trabalho, de propriedade do empregador, são privados, não podendo existir ingerência externa com finalidade de fiscalização através da captura de imagens. Sanitários, cantinas, espaços destinados ao repouso dos funcionários e vestiários não podem, igualmente, estarem sob a vigília incessante das pupilas tecnológicas.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, ao julgar dissídio coletivo que restringiu o uso de câmeras de monitoramento em vestiários⁴⁷, concluiu que *“desde que não cause constrangimento ou intimidação, é legítimo o empregador utilizar-se de câmeras e outros meios de vigilância, não só para a proteção do patrimônio, mas, de forma auxiliar, visando à segurança dos empregados”*. Em face da dicção constitucional acerca da defesa do direito à intimidade e à vida privada: *“a instalação desses aparatos em vestiários certamente exporá a intimidade do empregado, devendo ser coibida, como objetiva a reivindicação”*.

Em verdade, a vigília incessante e incansável do ambiente de trabalho pelo empregador, como forma de controle total, é manifestamente incompatível com o paradigma de sociedade da informação e das novas tecnologias atual, onde a valorização do trabalho criativo em detrimento das atividades artesanais é cada vez maior. Basta conferir a leitura do italiano Domenico De Masi⁴⁸ sobre o assunto,

os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. No mesmo sentido: GEIDIEL, José Antônio Peres. *A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

⁴⁷RODC - 310100-61.2007.5.04.0000

⁴⁸DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*: entrevista a Maria Serena Palieri; tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

associando suas ideias ao ambiente de trabalho das grandes empresas da atualidade, dentre as quais podemos citar Google Groups⁴⁹, Network Appliance, Cisco Systems, Yahoo! e Microsoft. A ausência da fiscalização ostensiva é característica marcante nessas empresas, e não é forçoso supor que seja a receita para o sucesso e valorização de seus atributos intelectuais.

5.3 Correio eletrônico

De todas as formas de exercício do poder diretivo, a mais intrigante é a que diz respeito ao controle dos e-mails dos empregados. Isso se deve pela forte e expressa tutela constitucional, dizendo ser inviolável a privacidade (art. 5, X) bem como as comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5, XII), ressalvadas as hipóteses de autorização judicial para a última modalidade. Vale dizer que o e-mail, para todos os fins, equivale a uma correspondência eletrônica. Em outras palavras, possui a mesma natureza jurídica de uma carta comum⁵⁰, sendo plenamente aplicável a inviolabilidade de correspondência também à forma eletrônica.

Mas a questão ainda possui outros desdobramentos. Primeiro deles diz respeito à peculiaridade que norteia o caminho percorrido pela correspondência eletrônica até que chegue ao seu destino. O e-mail, então, seria correspondência fechada (como cartas comuns) gozando de inviolabilidade plena, ou aberta (como um cartão postal) a que todos teriam acesso? O segundo desdobramento diz respeito ao endereço eletrônico utilizado: se pessoal (do empregado) ou corporativo (disponibilizado pelo empregador). Ambos estariam ao abrigo da proteção constitucional da inviolabilidade? E mais - o fato do empregador comunicar que irá realizar o monitoramento do correio eletrônico por si só legitima a violação da correspondência e mitigação do direito à privacidade?

Como se vê, são inúmeras as questões que se avizinham do problema do monitoramento dos e-mails. Em síntese, é possível afirmar que o e-mail corresponde a uma correspondência fechada, pouco importando ser de uso pessoal ou corporativo, eis que é feito o uso de uma senha, pessoal e intransferível para acesso. A senha é a mais cristalina manifestação do direito à privacidade, pois através dela pretende-se excluir do conhecimento de outrem aquilo que não é desejável publicizar. Em contexto temporal diverso, embora ainda atual, vale conferir as lições de Pontes de Miranda:

[...] o direito ao sigilo da correspondência fechada, ainda quando não resulta de intimização (confidencialidade), existe como direito absoluto. O escrito, a carta,

⁴⁹Sobre o ambiente de trabalho da Google no Brasil, ver reportagem em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0YRprjIEpsU>>. Acesso em 19 abril. 2010.

⁵⁰O direito espanhol, por exemplo, equiparou a correspondência postal à correspondência eletrônica, ao menos para o fim de tutela penal, como é possível perceber pela leitura do art. 197.1 do Código Penal Espanhol que tipifica como crime o agir daquele que, sem o devido consentimento, se apodere de mensagens de correio eletrônico.

ou a obra, se está em sobrecarta, ainda não se separou suficientemente da pessoa ou não se concebeu como separável, de modo que se tem como irradiação da personalidade; e está “*in transitu*” para outra pessoa. É direito de personalidade: não pode ser alienado, nem é renunciável⁵¹.

A questão da irrenunciabilidade é outro ponto de destaque nessas situações. A jurisprudência, com amparo na abertura conferida pelo art. 8º da CLT, buscou fundamentos no direito inglês para legitimar a ingerência no e-mail corporativo do empregado, quando lhe for dada plena ciência acerca do monitoramento realizado, pois assim não poderia ostentar uma “razoável expectativa de privacidade”, em conformidade com o ideário do direito inglês.

Todavia, o argumento da forma como posto pela jurisprudência, possui dois equívocos. O primeiro é confundir direito comparado (art. 8º da CLT), com a transplantação de uma experiência do direito estrangeiro. Não é realizada nenhuma comparação com o ordenamento brasileiro, que veda expressamente a renúncia aos direitos da personalidade através do consentimento⁵². O segundo é um vício pernicioso contido no argumento. Ora, se basta dar ciência ao empregado para que se legitime a violação da privacidade, pois o sujeito não teria uma “expectativa de privacidade”, então bastaria um aviso inequívoco, através de políticas claras, nos sanitários das empresas para que se legitimasse a instalação de câmeras de monitoramento.

Com efeito, o direito à vida privada, à intimidade e ao sigilo de correspondência, são normas que, além de estampadas na Constituição, encontram-se dispostas também em tratados internacionais. Nas relações de trabalho a regra mencionada, enquanto direito fundamental, possui aplicabilidade imediata⁵³. Exprime a garantia formal de que ninguém acessará o conteúdo das mensagens alheias, independentemente do conteúdo (material).

Sem contemplar a existência da tecnologia, como quis Bruno Lewicki⁵⁴, o Superior Tribunal de Justiça⁵⁵ deu interpretação que, em face das conclusões desta

⁵¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. 3.ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970-1973, Tomo VII, p.129.

⁵²Vide art. 11, Código Civil.

⁵³SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. Ed. Rev. Atual. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2011. p. 261.

⁵⁴LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 116

⁵⁵O Recurso Especial nº 1.025.104, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, diz respeito à ação de compensação por danos morais movida pelo empregado em face do ex-empregador, haja vista a violação de correspondência destinada ao empregado, endereçada ao empregador. O conteúdo da correspondência, consistente no extrato da conta de seu fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS), foi utilizado pelo ex-empregador para instrução de defesa nos autos da reclamação trabalhista movida pelo então empregado. No entender do autor da ação, além da violação da correspondência, houve publicidade indevida do conteúdo, ofendendo seu direito à privacidade.

Em contestação, o ex-empregador sustentou que as informações contidas na correspondência não eram sigilosas, pois de domínio público, fornecidas pela Caixa Econômica Federal. Sustentou que a correspondência provavelmente teria sido violada por um de seus diversos funcionários.

Sobreveio sentença de improcedência em sede de primeiro grau, onde o julgador entendeu que inexistiu prejuízo de parte do então empregado, que justificasse a indenização pleiteada. Com apelo do autor, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entendeu que a simples violação da correspondência com a posterior juntada à reclamação trabalhista, não tem o condão de, por si só, demonstrar o dano moral

pesquisa, julgamos mais próxima do ideal. No caso em comento, mesmo que o ex-empregador pudesse ter acesso ao conteúdo do extrato do FGTS do ex-empregado, a violação da correspondência foi considerada ato ilícito configurando, também, afronta à garantia constitucional do sigilo da correspondência e ofensa a direito da personalidade.

Portanto, as hipóteses de restrições ao exercício de direitos fundamentais, mesmo nas relações de trabalho, não podem fugir do crivo da proporcionalidade, ponderação e interpretação conforme a Constituição, sob as luzes do art. 8º da CLT e considerando toda a importância da disciplina dos direitos da personalidade desenvolvida e discutida pela doutrina civil-constitucional.

5.4 Possíveis critérios para restrição de direitos fundamentais do trabalhador

De toda problemática até então evidenciada, ao fim e ao cabo resta um conflito evidente: o direito de propriedade do empregador – enquanto fundamento do poder de direção – e direitos da personalidade do empregado, em especial intimidade e vida privada. Vale dizer que apesar da doutrina repisar serem absolutos estes direitos, é ponto pacífico que estão sujeitos a restrições tanto na esfera subjetiva quanto na objetiva.

Neste aspecto, “afirmam-se possíveis limitações decorrentes da colisão de um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais, o que legitima o estabelecimento de restrições, ainda que não expressamente autorizadas pelas Constituição⁵⁶.” A partir dessa constatação, utiliza-se do princípio da proporcionalidade como critério de controle da legitimidade de medidas restritivas de direitos fundamentais, que costuma ser desdobrado em três momentos: (i) adequação; (ii) necessidade; (iii) proporcionalidade em sentido estrito^{57,58}, aplicados ao caso concreto.

Na primeira fase de aplicação do princípio da proporcionalidade – que não se confunde com razoabilidade –, cumpre verificar se a medida adotada para restringir o direito fundamental à privacidade do empregado se mostra adequada para atingir o desiderato perseguido pelo empregador. À guisa de exemplificação concreta,

alegado.

Após interposição de Agravo de Instrumento, por intermédio do Tribunal de origem, foi dado seguimento ao Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça, o qual delimitou a controvérsia para estabelecer se é devida a indenização por se violar correspondência destinada ao recorrente, então ex-empregado, consubstanciada pelo extrato da conta de seu fundo de garantia por tempo de serviço – FGTS. O documento violado foi enviado à sede da recorrida, então ex-empregadora do recorrente, após o término do contrato de trabalho. Posteriormente, a recorrida promoveu a juntada do extrato indevidamente aberto nos autos de reclamação trabalhista na qual contendem as mesmas partes. Restou incontroverso que ocorreu a violação da correspondência do recorrente e que esse fato configura ato ilícito.

⁵⁶Ibidem. p. 393.

⁵⁷Ibidem. p. 397-398.

⁵⁸JIMÉNEZ, Carmen Algar. *El Derecho Laboral ante el reto de las Nuevas Tecnologías*. Grupo Difusión: Madrid. 2007. p. 45.

significa admitir como método adequado o monitoramento do correio eletrônico para controle da produtividade, pois atinge o objetivo perseguido pelo empregador: controlar a produtividade e períodos de ócio do empregado. Configurada a adequação do método utilizado para restrição do direito fundamental, passa-se à fase seguinte.

Cumpra, então, perseguir o juízo de necessidade. Nesse aspecto, adota-se a opção pelo meio restritivo menos gravoso, através do “exame da igualdade de adequação dos meios⁵⁹”, a fim de verificar se outros meios perseguem igualmente o fim, bem como se não existem meios alternativos que restringem em menor medida o direito fundamental objeto da restrição. Aqui se encontra a problemática da restrição do direito à intimidade e à vida privada no âmbito das relações de trabalho, que não subsiste a um juízo de necessidade.

Novamente em exemplificação concreta, no caso do monitoramento de e-mails, existem inúmeras outras modalidades de controle da produtividade que não importariam em violação do direito à privacidade, tais como o estabelecimento de metas de produção, ou mesmo o controle formal, sem que se realize o controle material (de conteúdo) dos e-mails. Diferente seria admitir que a casa da moeda não contasse com câmeras de monitoramento por obstar o exercício do direito fundamental à privacidade de seus funcionários, porque não existe outro instrumento à disposição do empregador que atinja o mesmo fim que a câmera.

Como última fase, persegue-se a proporcionalidade em sentido estrito, também denominada razoabilidade ou justa medida. Isto é, a manutenção de um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins perseguidos.

Longe do caso concreto, o juízo de necessidade parece ser o de mais dificultosa aplicação prática, pois

O que de fato ocorre, e a jurisprudência brasileira bem o atesta, é que em muitos casos, por não ser aplicada a análise trifásica exigida pela proporcionalidade, a ponderação ocorre essencialmente no plano da “mera” razoabilidade, o que justamente constitui prova evidente de que, a despeito do importante elo comum (razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito) não se trata de grandezas idênticas em toda sua extensão⁶⁰.

O certo é que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal adota essa precisão técnica ao tratar de limites e restrições de direitos fundamentais. A jurisprudência trabalhista, no mesmo sentido, acaba por construir decisões com argumentos retóricos e imprecisão técnica, desprovidos de critérios objetivos que possam nortear a construção de decisões conforme a Constituição.

⁵⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. Ed. Rev. Atual. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2011.

⁶⁰LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 401.

6 CONCLUSÃO

A problemática da eficácia do direito ao trabalho e demais direitos sociais frente às novas tecnologias ainda carecem de estudos mais aprofundados. Viu-se que os principais direitos sociais dos trabalhadores experimentam verdadeira mitigação para que as novas tecnologias possam se acomodar no ambiente de trabalho. Por isso, é latente a necessidade de uma releitura do direito ao trabalho à luz das novas tecnologias, colocando o trabalhador “a salvo” dessas novas modalidades de trabalho.

Acerca dos impactos das novas tecnologias, em especial às hipóteses de coexistência de direitos fundamentais de empregados e empregadores, viu-se que a jurisprudência está longe de encontrar critérios que apontem nortes objetivos de solução das questões reflexionadas. É possível identificar a ausência de precisão técnica e o abuso da retórica na argumentação das decisões, o que demonstra a importância, desde sempre, da dogmática séria e criteriosa da aplicação do princípio da proporcionalidade. Ademais, a (re)leitura do direito à propriedade do empregador, deve ser feita de forma distinta, ou seja – a propriedade do empregador deve ser vista como estrutura à ordem econômica, que tem como finalidade a garantia de dignidade a todos os indivíduos⁶¹.

Também nessa trilha, os direitos à privacidade e intimidade, enquanto direitos da personalidade, encontram-se atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois é certo que há um mínimo inatingível de resguardo conferido ao indivíduo. Constatou-se que os direitos fundamentais possuem incidência e aplicabilidade imediata, mesmo nas relações de trabalho. Nesta perspectiva, a partir de uma hipotética ponderação e da compreensão do fenômeno da constitucionalização do direito privado, entende-se que os direitos da personalidade do empregado possuem maior importância, ocasionando a relativização do poder diretivo e o direito de propriedade do empregador.

Ao final desta pesquisa, portanto, é possível concluir que o direito à privacidade do empregado constitui óbice intransponível, como regra, ao poder diretivo do empregador, somente sendo possível tolerar excepcionais restrições a partir da (correta) aplicação do princípio da proporcionalidade, em suas fases. Interpretar de maneira diversa significa conceber a mais cristalina manifestação de desinteresse pelo direito à privacidade e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, pois “o caminho que faz do homem uma barata não tem volta⁶²”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Considerações sobre o Desenvolvimento*

⁶¹GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica e a constituição de 1988*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 197

⁶²LEWICKI, Bruno. op. cit. p. 225.

- dos Direitos da Personalidade e sua Aplicação às Relações de Trabalho*. In: Direitos fundamentais e justiça. Porto Alegre, v.3. n. 6, 2009.
- BARBOSA, Alexandre. *Cuidado, a internet está viva!*: os incríveis cenários para o futuro desse fenômeno. 1 ed. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregador*. São Paulo: LTr, 1997.
- BENDA, ERNST. *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, in: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Wener; VOGEL, Hans-Joehen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (Org.). *Manual del derecho constitucional*. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. *A autonomia privada*: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- CRUZ, Rafael Naranjo de la. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: la buena fe. Madrid: Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*: entrevista a Maria Serena Palieri: tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.
- GEIDIEL, José Antônio Peres. *A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GONZALES, Douglas Camarinha. *O direito à privacidade e à comunicação eletrônica*. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre, n. 01, out. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/douglas_gonzales.htm Acesso em: 17 jun. 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica e a constituição de 1988*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- JIMÉNEZ, Carmen Algar. *El Derecho Laboral ante el reto de las Nuevas Tecnologías*. Grupo Difusión: Madrid. 2007.
- LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1998.
- LEWICK, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. Saraiva. 1982.
- MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIGUEL, Carlos Ruiz. *La configuracion constitucional del derecho a la intimidad*. Editorial Tecnos. 1995.
- MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. *A proteção constitucional da vida privada*. São Paulo: Editora de Direito, 1996.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *A dignidade do homem*. Trad. Luiz Feracine.

São Paulo: Escala.

MUNARO, Franciel. *A dignidade da Pessoa Humana e Direito do Trabalho, à luz da Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo. nº 1. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3.ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970-1973, Tomo VII.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WARREN, Samuel. BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*, in Harvard Law Review, 1890.

A FILOSOFIA HERMENÊUTICA E O *OPERADOR* DO DIREITO

*Maurício Zanotelli*¹

RESUMO: A busca da superação do paradigma metafísico provoca reflexões que, para os fins desta pesquisa, faz-se nas limitações da Constituição Federal. A manutenção do paradigma metafísico acaba por objetificar o arcabouço principiológico do texto constitucional, confirmando a viciosidade de se operar o Direito. A filosofia hermenêutica heideggeriana promove a viragem ontológico-lingüística, estruturando o paradigma da compreensão. Esse novo paradigma é complementado pela categoria da tradição na filosofia gadameriana, por meio da qual se instaura a noção de intérprete, dotado de historicidade e faticidade. Essa conjugação de pensamentos é fundamental para a superação da figura do operador do Direito (paradigma metafísico) e para a inauguração, já tardia, de um intérprete capaz de constituir histórica e linguisticamente respostas hermeneuticamente adequadas à principiológica constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Hermenêutica. Superação da metafísica.

RESUMEN: La búsqueda de la superación del paradigma metafísico provocó una reflexión, para los fines de esa pesquisa, en los límites de la Constitución Federal. La mantención del paradigma metafísico acaba por objetificar los principios del texto constitucional, confirmando la viciosidad de se operar el derecho. La filosofía hermenéutica heideggeriana promueve la vuelta ontológico-lingüística, moldando el paradigma de la comprensión. Ese nuevo paradigma es complementado por la categoría de la tradición en la filosofía gadameriana, por medio de la cual se inaugura la noción de intérprete, dotado de historicidad y faticidad. Esa conjugación de pensamientos es fundamental para la superación de la figura del operador del Derecho y para a inauguración, ya tardía, de un intérprete capaz de constituir histórica y lingüísticamente respuestas hermeneuticamente adecuadas a la principiológica constitucional.

PALABRAS LLAVE: Constitución Federal. Hermenéutica. Superación de la metafísica

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O operador do Direito em des-velamento: uma análise crítica; 3 A Constituição Federal e a busca pelo intérprete: por uma condição de possibilidade (trans)formadora; 4 Conclusão; Referências.

¹Professor Titular do Curso de Direito das Faculdades do Vale do Juruena – AJES/MT. Doutorando pela Universidade de Lisboa.

1 INTRODUÇÃO

O momento jurídico clama por revisões teóricas capazes de estabelecer, dentro da afirmação do Estado de Direito de cariz democrático, como os antigos postulados positivistas, arraigados pela metafísica objetificante do modelo racionalista, devem ser manuseados em tempos de neoconstitucionalismo.

Com a viragem ontológica (linguistic turn) promovida por Heidegger e a recuperação do ser através do pensamento pré-socrático, a linguagem se coloca como paradigma da pós-modernidade, obnubilando a monarquia da razão instaurada na modernidade. A linguagem torna-se, pois, o pressuposto para qualquer manifestação racional e não se coloca mais como uma terceira coisa entre a dicotomia sujeito-objeto. A consciência/percepção de sua autoridade e anterioridade (pressuposto das próprias pré-compreensões gadamerianas), ao mesmo tempo em que eleva a linguagem ao patamar de novo paradigma, subjugua a razão e a faz perder a supremacia outrora concedida por todo invólucro da ciência com a metódica cartesiana. A razão, nesse sentido, não é mais - como instaurou Descartes - um instrumento capaz de encontrar a verdade das coisas através da utilização de um método que estaria colocado entre um sujeito (solipsista) e um objeto com uma (pretensa) essência ou verdade acessível por meio da razão.

Essas considerações preliminares são importantes porque denotam o atraso paradigmático que o Direito sofre em função da manutenção da metafísica racionalista moderna e do domínio da técnica no Direito por meio de um positivismo jurídico dogmático formatado através de um sistema fechado de regras abstratas com aplicação lógico-dedutiva. Nietzsche, vivendo em meio ao furor da modernidade, já denunciava a idealização da sistematicidade: “desconfio de todos os sistemáticos e me afasto de seus caminhos. A vontade de sistema é uma falta de retidão”, e a vontade de segurança é uma “múmia conceitual” revelada em uma linguagem “mímica dos coveiros”².

A limitação desta pesquisa não tem, obviamente, o desiderato de esgotamento temático. Objetiva apenas um provocamento ao jurista - *lato sensu* - a partir de uma problematização que se foca no posicionamento daquele responsável por dizer topicamente o Direito. Colocar o julgador no prelo em relação a estruturação do processo compreensivo constitucional para responder a sua especificidade: *operador* ou *intérprete*? Esse é o nó górdio a ser desatado na presente pesquisa.

A Constituição Federal simboliza uma conquista em todos os campos, sendo as conjunturas de seu texto, de enorme valia ao Poder Judiciário, ao jurista e ao cidadão como célula da sociedade. Assim, a relevância da sua aplicação, ou melhor, de sua adequada aplicação, torna-se fulcral para a afirmação do Estado de Direito e para a saúde das relações sociais. Sociedade que, em constante mutação, clama por resultados, por eficiência e pela confirmação das expectativas democráticas lançadas no texto constitucional. Para isso, o texto há de se transformar em Direito - um trilha longo e árduo que não raras vezes transforma as expectativas em embates doutrinários esvaziados de sentido e de infundável resolução.

²NIETZSCHE, Friedrich. Crepúsculo dos Ídolos. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 13-28.

Com efeito, o texto constitucional resta escravizado à dogmática jurídica. Dessa forma, a missão do ‘Operador do Direito’ emerge como mágica à concretização do Direito. Para que esse mesmo Direito possa se livrar dos grilhões dogmáticos, a Filosofia Hermenêutica é eleita na primeira seção do presente artigo como privilegiada matriz a ostentar a temporalidade no Direito, de forma a estabelecer a diferenciação ontológica do ser do ente (Heidegger).

Na segunda seção, disserta-se sobre a evolução e transposição da Filosofia Hermenêutica à Hermenêutica Filosófica, amparado-se na teorização de Gadamer, para construir uma circularidade que possa permitir uma applicatio constitucional em conformidade com o paradigma da linguagem e que tenha em vista, também, a superação da metafísica racionalista como dito alhures. Com essa construção teórica se buscará, derradeiramente, demonstrar a necessidade de que o mediador entre o texto constitucional e as decisões possíveis a partir deste mesmo texto, possa se revestir com nova roupagem e nomenclatura: de operador técnico à intérprete atento à intersubjetividade.

Essa necessidade não é nova e dela faminto se sento o Direito. O “constituir a Constituição” para a construção de uma civilização coligada com os nortes constitucionais parece um caminho oportuno, em tempo já mais que oportuno. Para que esse aprimoramento hermenêutico seja possível, deve o julgador lançar olhar para seus próprios pré-juízos para que deixe a historicidade falar. Com isso estará a estruturar seu processo compreensivo que, nem deve ficar preso em linhas objetivas, tampouco subjetivas, mas formatar um dizer hermeneuticamente adequado em relação ao material constitucional que tem em mãos, para que possa – como alude Gadamer – fundir seu próprio horizonte de sentido para conferir uma interpretação autêntica daquilo que lhe é colocado à prova.

Destarte, o que se percebe é um distanciamento ontológico e temporal entre texto e intérprete, ou, aquele que deveria interpretar o texto. A construção dessa ponte entre texto, tradição e tempo é tarefa posta à hermenêutica. Para tanto, a linguagem é colocada como condição de possibilidade para o des-ocultamento de sentido da norma constitucional e para o nascimento de novos horizontes a partir dos diálogos com a tradição e da auto especulação que deve ser feita pelo julgador em relação aos seus próprios pré-juízos.

2 O ‘OPERADOR DO DIREITO’ EM DES-VELAMENTO: UMA NÁLISE CRÍTICA

O conhecimento e todas as problemáticas daí decorrentes e a ânsia do homem pelas verdades científicas, são, historicamente, desafios desde a aurora da humanidade. Essa angústia, logicamente, é transportada para o Direito e se robustece quando somada às suas inerentes complexidades. Tendo essa tensão como pano de fundo, a Filosofia Hermenêutica surge como campo privilegiado de investigação no Direito para estruturar um novo modo de ser enquanto essência. Esse poderoso braço da filosofia supera a própria existência – um modo de conhecimento – pois, ser-no-

mundo se constitui como uma propriedade da existência humana.

Nessa aproximação de Heidegger entre o ser e a essencialidade, emerge um novo modo de construção do conhecimento. A compreensão como parte da expressão do conhecimento se configura como um modo de ser, a essência da existência. A consequência dessa percepção faz-se em definir a problematização que os mistérios da compreensão produzem não como epistemológicos, e, sim, como ontológicos.³

Heidegger ao explorar o mistério da compreensão, deposita sua esperança em uma existência que não esteja contaminada por uma falsa filosofia, e, outrossim, uma consciência não contaminada pela existência. Por conseguinte, ser-no-mundo é próprio da existência humana – não podendo ser revelada nenhuma faticidade à pessoa que se aparte de seu mundo.⁴

Ressalta-se que a problematização do conhecimento, produto da segunda metade do século XX, conquanto haja superado os formalismos da Hermenêutica Técnica, não deve ser confundida com a Hermenêutica Filosófica⁵ – e, nenhuma, apresentando-se com condão de realismo, idealismo ou relativismo.⁶

Observa-se que a produção no Direito é, deveras, uma reprodução de sentido e de busca de uma verdade perdida, fruto das crenças modernas e de sua tentativa de fazer valer o esquema sujeito-objeto. Mesmo sem esquecer dos valores culturais legados pela modernidade, mantemo-nos dogmatistas, engessando os sentidos do Direito e do conteúdo histórico-principiológico presente no texto constitucional. Com essa “mecânica” instrumentalista, olvida-se da necessidade de dialogar com o dogma e aplicar sobre ele um discurso de viés reflexivo e, não mais, um discurso em que os sentidos estejam petrificados no tempo em distanciamento com a faticidade.

Heidegger⁷ no decorrer de sua obra mantém viva a interrogação crítica a respeito do conceito de ser elaborado através do desenvolvimento da trajetória filosófica ocidental. Interroga, em síntese, se a concepção de verdade tal como aparece na filosofia e nos discursos da ciência e do cotidiano vivido, correspondem ao conceito tal como originalmente os gregos lhe atribuíram. Procura esclarecer que a verdade, ao contrário do que a tradição filosófica sustenta, não se identifica com a proposição, já que, primeiramente, toda proposição implica um enunciado predicativo, isto é, todo enunciado expresso numa proposição é acompanhado de um

³BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p.143-144. Assevera o autor que, dessa forma, a compreensão se torna um problema no mundo. Por isso, as definições absolutas de verdades e compreensões só podem compor um mundo de imaginários, já que no nosso mundo, as verdades absolutas e compreensões absolutas não podem existir.

⁴Ibidem, p.144-147.

⁵Destaca Stein que no âmbito da hermenêutica técnica situam-se os instrumentos de caráter formal com que abordamos o universo de tudo aquilo que pode ser chamado texto. Na hermenêutica filosófica abre-se espaço, na segunda metade do século XX, ao problema do conhecimento, com pretensão de universalidade semelhante ao conceito de dialética de outros tempos. Por seu turno, a filosofia hermenêutica, produto típico do século XX, vai além dos aspectos da primeira, dos aspectos gnosiológicos da segunda e introduz um novo ponto de partida para a filosofia. In: STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipurs, 1996. p. 38 e ss.

⁶Ver in: STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997, p. 147-148.

⁷HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. SP: Martins Fontes, 2008, p. 71-127.

predicado atribuído pelo sujeito. Para ele, há uma “essência originária da verdade” que não pode ser identificada com o enunciado, muito embora a verdade já se manifeste mesmo que de forma trivial ou superficial no seu aparecimento no ente: “se com certo direito, a verdade já é atribuída à proposição enquanto enunciado, então a verdade se funda em algo mais originário que não possui o caráter enunciativo. Trata-se, então, do propósito de procurar compreender a “essência originária da própria verdade” e, a partir do enunciado, revelar o ser que nele se encontra, na medida em que toda relação enunciativa representa uma relação do enunciado com o predicado, entendendo-se essa relação como “permanência do ser no ente”. O enunciado de uma proposição manifesta-se sempre como relação sujeito-objeto, o que não quer dizer que tal relação seja constituída no enunciado, mas que aquilo que é enunciado pelo sujeito movimenta-se no próprio interior dessa relação, indicando “nossa permanência junto” com as coisas no mundo. Completa o autor:

Nada de consciência, alma, ou mesmo apenas representações, imagens de coisas, mas somente nós mesmos, tal como nos conhecemos, estamos relacionados com o giz, nosso ser junto a um ente por si subsistente em sentido maximamente amplo. [...] A dificuldade não está no fato de que teríamos deixado de ver esse “relacionar-se” com objetos, de que o teríamos deixado faltar, mas no fato de que sempre tomamos de maneira muito aligeirada sua trivialidade – por exemplo, com a argumentação habitual que faz com que mesmo o realismo se deixe intimidar e com isso incorra em equívocos principais – e de que passamos rápido demais adiante na busca por explicações. O que de certa maneira constatamos - o ser junto a – não conquistou absolutamente o seu direito e foi logo coberto por teorias.

À evidência, o verdadeiro conhecimento “no depende de presuposiciones, que las pasiones terrenales ciegan la mente investigadora, que relacionarlo com otras cosas que el conocimiento puro puede dar como resultado sólo la distorsión de la verdad”⁸

Na Filosofia, o linguistic turn (invasão da filosofia pela linguagem) operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica – o sentido passa a se dar na e pela linguagem (pós-metafísica) – pois, na metafísica clássica os sentidos ‘estavam’ nas coisas, na metafísica moderna na mente, na relação entre sujeito e um objeto. A revolução está na linguagem (condição de possibilidade de todo o processo compreensivo) como possível forma de superação do pensamento metafísico.⁹

⁸BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 147-148. Indica o autor que um exemplo de que o conhecimento puro, apartado do terreno existencial não pode por si só contribuir significativamente aos questionamentos essenciais da existência humana é a ciência. Esta, presa a seus assuntos práticos altamente especializados, mas desprezada da existencialidade, não podem oferecer soluções de primazia – haja vista ser o homem sua condição de existencialidade e não o registrador do mundo.

⁹STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo*. In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 154. Refere Streck que o século XX foi generoso com o direito e a filosofia – em análise o direito, o segundo pós-guerra incorporou a terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Assim, no Estado Democrático

Assim, a consciência e a natureza externa estão contrapostas na tradição filosófica, estão fundidas uma à outra e agem em co-participação em suas relações, acabando por fundar um fenômeno único, abarcador em sua totalidade, de nosso ser-no-mundo. O elo de interação com os outros, determinado pela comunicação, faz-se uma condição de existência, pois, ser-no-mundo é desde o princípio estar-com e não um mistério.¹⁰ Por isso, ocultamo-nos e não conseguimos superar as bases da concepção liberal-individualista-positivista (modelo dogmático-formalista) do Direito, traduzidas pela crise de paradigma objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), que obstaculiza a concretização da Constituição.¹¹

Por isso, para Heidegger, a existência é a condição ôntica da possibilidade dos seres se revelarem, sendo a diferença entre sujeito e objeto, uma diferença de fins teóricos, a qual só vislumbrar-se-á em segundo momento e se restar estabelecida. Dessa forma, o conhecimento teórico faz-se secundário em relação ao ser-no-mundo já que pressuposta é sua análise.¹²

Com efeito, basta ser para situar (encontrar) o 'mundo', para situar o contexto da compreensão que traz esse poder-ser de possibilidades através da existência; a essência do *dasein* está em sua existência¹³. Completa Heidegger, afirmando que o sentido carece de uma perspectiva prévia do projeto em sua estrutura:

O caráter projetivo da compreensão constitui o ser-no-mundo no tocante à abertura do seu pré, enquanto pré de um poder-ser de fato. E na condição de lançada, a pre-sença se lança no modo de ser do projeto. O projetar-se nada tem a ver com um possível relacionamento frente a um plano previamente concebido, segundo o qual a pre-sença instalaria o seu ser. Ao contrário, como pre-sença, ela já sempre se projetou e só é na medida em que se projete. Na medida em que é, a pre-sença já se compreendeu e sempre se compreenderá a partir de possibilidades.¹⁴

Nesse contexto, o destino é a compreensão. O significado primado pela compreensão é de tratar as possibilidades como possibilidades – uma vez que sua consistência se figura como projeção. Dessa forma, seu começo faz-se a partir da produção de uma forma particular de distanciamento, ou seja, quando se produz um

de Direito o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países com modernidade tardia como o Brasil. p. 154.

¹⁰BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p.149. Ainda Cf. Bauman: *Das-In-der-Welt ist gleich, ursprünglich das Mitsein und Mitdasein* (Estar-en-el-mundo es, desde un principio, estar-con y existir-con) in Heidegger, *Sein und Zeit*, p. 24.

¹¹STRECK, Lenio Luiz. *A hermenéutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo*. In *Constituição, sistemas sociais e hermenéutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes ... [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 180.

¹²BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 153-156.

¹³HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1. p. 77.

¹⁴*Ibidem*, p. 201.

espaço entre minha faticidade, meu modo de ser e a esfera de minhas possibilidades.

Ademais, não se pode tratar a compreensão como um ato intelectual puro, pelo simples fato de que a essência da existência humana está na faticidade. A história que me valho para determinada elucidação é a minha história, ou seja, a história na qual busco compreender é minha existência. Essa existência “pessoal” é que é capaz de incorporar a compreensão. Logo, a compreensão é sempre uma compreensão da história, a qual se está incessantemente almejando, em um processo sem fim, de movimento circular.¹⁵

É o “dar-se conta” da influência do conhecimento histórico para uma constante fusão de horizontes o mote da hermenêutica gadameriana. Essa legitimidade conferida ao intérprete pela retenção da historicidade e da tradição, obviamente, não considera a historicidade de forma dogmática – já vituperada por Nietzsche e, mais tarde, também vencida pela fenomenologia de Heidegger –, mas uma consciência histórica em que o essencial não se encontra apenas no processo de retenção ou esquecimento, mas na tensão interna [...] que nos permite situar ante o passado como algo que (queiramos ou não, pensemos ou não) nos é próprio, nos constitui e nos lança em direção ao futuro. Ante a enfermidade historicista que aceticamente dissocia o intérprete de sua história, a hermenêutica pensa ambos conjuntamente, uma vez que, ao se constituir como um pensar rememorante, como dialética do perguntar, busca esclarecer as possibilidades e os limites tanto da realidade pessoal como dos acontecimentos humanos em sua singularidade histórica.¹⁶

Está-se, pois, perante uma possibilidade dada que sempre espera ser descoberta. À espera da abertura de uma possibilidade a ser des-velada, aguardando a diferenciação ontológica, a superação dos dualismos objetificáveis (metafísicos), a superação da linguagem como terceira coisa atribuída ao sujeito-objeto (mero veículo de conceitos). Não havendo essa abertura, não haverá des-velamento.¹⁷

Consoante Heidegger, a dificuldade da metafísica reside na procura do ser do ente a partir do significado imediato do próprio ente, independente da compreensão que o ser-á atribui ao ser enquanto ser-no-mundo. Esta abordagem produz um resultado, qual seja, a entificação à manifestação do ente. Conquanto a palavra ser seja indeterminada, determinado, ele, far-se-á, haja vista sua compreensão ser inconfundível, ser única – sempre através do ente.¹⁸

¹⁵BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 159-162

¹⁶GADAMER, Hans-Georg. *O problema da Consciência Histórica*. Org. Pierre Fruchon. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 14-18.

¹⁷A des-ocultação do ser do ente, materializado pelo ser-á, comporta-se como uma valiosa opção a uma possível contribuição ao mundo global, fomentador de excessos de complexibilidades, através de uma hermenêutica filosófica empreendedora de faticidade e historicidade em uma busca sem fim, de movimento circular.

¹⁸SILVA FILHO, José Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris, 2006. p. 114-117. Refere ainda o autor que na pergunta pelo ser faz-se mister a consciência de que nenhuma determinação que possa ser obtida do ente corresponderá à íntegra ao seu ser – pois, este, está sempre sendo revelado, porque existimos. Assim, caso não pergunta-se de maneira correta, ou seja, pelo ser enquanto tal, está-se ocultando a diferença ontológica entre ente e ser, acabando por entificar o ser ao ente sem que percebamos.

“O ser não funda o ente, nem qualquer ente funda o ser”.¹⁹ Nesta circularidade, a idéia de compreensão do ser faz-se “caminho para pensar o ente, e se revela como uma dimensão operatória: compreendendo-me no mundo e, na relação com os entes, compreendo o ser”.²⁰ Portanto, “o ser heideggeriano torna-se o elemento através do qual se dá acesso aos entes, ele é sua condição de possibilidade. Isso é a diferença ontológica”.²¹

A hermenêutica, enquanto processo de esclarecimento da compreensão dos fenômenos, requer a faticidade (o objeto pertence ao sujeito). Dessa forma sujeito(s) e objeto estão circunscritos na mesma tradição histórica mesma (noção apresentada por Heidegger e retomada por Gadamer).²² Diante dessa abertura prévia de possibilidades, Heidegger atribui ao *dasein* um privilégio: “é um ente determinado em seu ser pela existência”.²³ Basta *ser* para situar (encontrar) o ‘mundo’, para situar o contexto da compreensão que traz esse *poder-ser* de possibilidades através da existência; “a essência do *dasein* está em sua existência”.²⁴

Assim, o *dasein* é “um ser privilegiado por representar esta abertura de possibilidades, estando “empeñado en el diálogo con la historia, con el pasado y el futuro, con mucha mayor frecuencia, mucha mayor intensidad y apasionamiento, que con sus contemporáneos”.²⁵ Logo, evidencia-se a preocupação com esta matriz privilegiada em relação ao Tempo no Direito, exigindo do julgador que constitua esta fenomenologia e efetue um diálogo com a tradição que nos supõe. Um diálogo ontológico em que seja possível a diferenciação entre ser e ente e também que faça da linguagem uma condição fundante de possibilidade no propósito de constituir a Constituição.

Para que seja possível este projeto de um “constituir constitucional”, é necessária uma tematização pelo julgador, uma tematização contextual e histórica de fala que o faça verdadeiramente um intérprete do texto constitucional. Não se adotando esse rumo hermenêutico, seguir-se-á com uma perigosa estreiteza entre metafísica e julgador: seguir-se-á com o ‘operador do Direito’, que racionaliza conceitos em um dualismo objetificável e traiçoeiro. Essa viciosidade é observada na utilização dos preceitos jurisprudenciais prontos e acabados que não contemplam o caráter especulativo da linguagem, não aferem realmente o estado de coisas, nem mesmo a arte pela pergunta investigativa. A seguirmos com operações de dedução no Direito, seguiremos não retornando às coisas mesmas, negando o legado de Gadamer (rechaço dos pré-juízos inautênticos) e de Heidegger (composição do ser-no-mundo pela faticidade e historicidade).

¹⁹STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 104.

²⁰Ibidem, p. 105.

²¹Ibidem, p. 105.

²²STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 49-70.

²³HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1. p. 40.

²⁴Ibidem, p. 77.

²⁵BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 162.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A BUSCA PELO INTÉRPRETE: POR UMA CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE (TRANS)FORMADORA

A Constituição que nasce de revolução copernicana (Streck) e institui o neoconstitucionalismo resta dependente de uma condição para um acontecer das novas fontes e de uma nova teoria da norma jurídica: uma presente e adequada interpretação. O que se percebe na atual relação entre texto e julgador é uma “baixa compreensão”, caracterizada pelo baixo sentido de significações dentro do Estado Democrático (e Social) de Direito, que se desdobra em uma “baixa aplicação” que não garante o conteúdo normativo e as possibilidades previstas em relação aos direitos fundamentais-sociais (o direito deixa de representar uma possibilidade de transformação da realidade para sustentar uma mera instrumentalidade formal).²⁶

Detectada essa falha compreensiva, presta-se uma pequena análise referente à efetivação do texto constitucional aos olhos de um operador e aos olhos de um intérprete. A sociedade e o mundo estão em constante mutação, fato que fomenta uma sociedade repleta de complexidades e que inaugura novos direitos a cada dia no plano global. Assim, o texto constitucional, que para a hermenêutica, faz-se de fundamental importância, para a metafísica resolve-se em posição única ostentada desde já e sempre, por meio de verdades e conceitos absolutos e prontos.

À evidência, o caráter temporal para Gadamer é fundamental, pois passará do pensamento de Schleiermacher e Dilthey (pensamento/psicologista) repensando a hermenêutica para a propriedade histórica. Dessa forma, o *dasein* não se supera

²⁶STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo*. In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 164. Ainda, o autor, refere-se que as três frentes de batalha que o constitucionalismo do Estado Democrático (e Social) de Direito enfrentou para superar o positivismo são: a teoria das fontes, na norma e da interpretação. O positivismo ignora a diferença (ontológica) entre texto e norma e vigência e validade. Salienta que “a ruptura com o modelo dogmático-formalista (de cariz liberal-individualista), no interior dessa revolução copernicana, aparece nitidamente na dupla face do papel a ser exercido pela ação do Estado, isto é, essa alteração de papel dá-se quando o Estado, de potencial opositor a direitos fundamentais (essa era a perspectiva do modelo de direito formal-burguês), torna-se seu protetor, e, o que é mais incrível – ‘que o Estado se torne amigo dos direitos fundamentais’ (Stein), problemática bem visível na Constituição do Brasil, quando estabelece o comando da erradicação da pobreza, da construção de uma sociedade justa e solidária, etc.” p. 179-180. Refere Streck que em países como o Brasil não houve Estado Social – fruto da minimização do Estado. “O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi pródigo para as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/lotando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores. Exemplo disto é que, enquanto os reais detentores/destinatários do dinheiro do FGTS não têm onde morar, nossas classes médio-superiores obtiveram financiamento do Banco Nacional da Habitação (sic) – depositário dos recolhimentos do FGTS – para construírem casas e apartamentos na cidade e na praia [...]. Isso para dizer o mínimo!” STRECK, Lenio Luiz. Dogmática e Hermenêutica. Caderno de Pesquisa, n. 2, p. 5, 1997. Curso de Mestrado em Direito da Unisinos. p. 09. Ainda do mesmo autor: *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

na sua própria faticidade, razão pela qual está ligado a costumes que lhe vem da tradição e o codeterminam em sua experiência, sendo o seu ser um mediador entre o passado e o futuro que se abre, ou seja, é historicamente mediado e linguisticamente interpretado.²⁷

Mas a historicidade acaba se tornando uma limitação ao intérprete? Gadamer parte de Kant e tenta superá-lo em relação à libertação da metafísica. Dito de outro modo: a tentativa de superação da metafísica clássica pelo pensamento iluminista legou enormes conquistas em relação à superação dos pré-conceitos; ainda assim, deve-se prestar a devida crítica ao próprio dogmatismo iluminista (moderno)²⁸, e lançar-se ao pós-metafísico pela virada-linguística-ontológica instaurada por Heidegger em *Ser e Tempo*.

Por isso que a historicidade não limita a Constituição, em seu constituir, mas se presta de condição de possibilidade. Se a historicidade não é um limitador no projeto de “constituir a Constituição”, haverá algum outro obstáculo para tal?

A circularidade da compreensão realiza-se pelos nossos pré-juízos, que podem ser complementados pela investigação de novos temas ou pelo aprofundamento em contato com a tradição – exercício que prestará autenticidade ou não ao pré-compreendido. Por isso que Gadamer acentua que o ser próprio da linguagem é o diálogo, ou seja, o processo de entendimento.²⁹

A fenomenologia hermenêutica em seu fundamento é, para Gadamer, a finitude de nossa experiência. Este indício é prestado pela linguagem, por sempre trazer algo à fala e não pela sua multiplicidade. Assim, por este, faz-se a abertura aos entes em sua totalidade, mediando o homem histórico-finito com o mundo, e assim, o fazendo, consigo mesmo.

Há de ser salientado o caráter de especulatividade da linguagem, pois a dialética gadameriana não é a ortodoxamente defendida por Hegel ou Platão – conquanto haja elemento em comum, sendo aquela, uma efetivação de sentido, um evento da fala, uma compreensão, um entendimento. A linguagem participa da idealidade do sentido e por isso o ser, enquanto sentido, dá-se linguisticamente, em Gadamer. Assim, a tradição gadameriana faz-se em entrega e transmissão, podendo o jurista, a partir de um texto constitucional que lhe é entregue pela tradição, alargar seu horizonte e enriquecer seu mundo com novas dimensões. Em um entender-se a respeito da coisa, onde toda compreensão é interpretação, onde a hermenêutica é vida.³⁰

“Compreender é um caso especial da aplicação de algo a uma situação

²⁷Ver em GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2, p. 134-179.

²⁸Para Stein, o corte definitivo com a filosofia da consciência, nesta circularidade, também com o método dialético, acaba por cair as pretensões das filosofias do absolutismo, excluídos, por outro lado, do pensamento hermenêutico e pensamento dialético dois pressupostos: o ponto de partida do mundo natural ou o ponto de partida do mundo teológico In: STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica*. Enaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 28.

²⁹op. cit. p. 228.

³⁰Ver em GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2. e OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

concreta e particular”.³¹ Assim, a situação fática é que limitará o compreender, ou seja, a condição de possibilidade em diferenciar o ser do ente. Ao passo que, a interpretação (instância de exteriorização da compreensão), em linhas da filosofia da linguagem, diferenciará (ontologicamente) os horizontes entre texto e norma e vigência e validade.³² Sendo a tarefa do intérprete “nunca (...) uma mera mediação lógico-técnica do sentido de qualquer discurso, prescindindo da verdade do enunciado.”³³

Respondido o questionamento: a limitação da hermenêutica se dará no caso concreto, no momento da applicatio, onde o ponto de estofo do sentido responde a uma problematização, uma pergunta, ao abrir-se para o horizonte des-velado. E como fazer esta pergunta? Como questionar a situação fática, a Constituição Federal?

Para Gadamer o ‘justo’ “é totalmente relativo à situação ética em que se encontre. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato, quais ações são justas e quais não são: não existem ações justas ‘em si’, independentes da situação que as reclame.”³⁴

Assim, é preciso mergulhar na essência da pergunta (todo saber passa pela pergunta), pois perguntar quer dizer abrir-se, coloca-se em aberto o perguntado. Adverte Gadamer que não podemos fazer perguntas no vazio, sendo preciso delimitar o horizonte da pergunta, isto é, fixar os pressupostos a partir dos quais as perguntas vão ser feitas. Do contrário, perguntaríamos tudo e todos, questionaríamos não as armadilhas do texto, desfocando os objetivos do sentido fundante da compreensão.³⁵

De qualquer sorte, não há um método que ensine a perguntar, a ver o que é questionável, auxiliado pela dialética, nesta tarefa de compreensão. Segundo Gadamer a dialética “como arte do perguntar, só pode se manter, se aquele que sabe perguntar é capaz de manter em pé suas perguntas, isto é, a orientação para o aberto. A arte de perguntar é a arte de continuar perguntando; isso significa, porém, que é a arte de pensar”.³⁶ Assim, chama-se dialética porque é a arte de conduzir uma

³¹GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2 p. 465.

³²Conclui Gadamer “denunciar algo como preconceito é suspender a sua presumida validade; com efeito, um preconceito só pode atuar sobre nós, como preconceito no sentido próprio do termo, enquanto não tivermos suficientemente conscientes do mesmo. Mas a descoberta de um preconceito não é possível enquanto ele permanecer simplesmente operante; é preciso de algum modo provocá-lo”. GADAMER, Hans-Georg. *O problema da Consciência Histórica*. Org. Pierre Fruchon. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 68. A respeito Vide: STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo: Unisinos, 2005. Ainda do mesmo autor: *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. *Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³³op. cit. p. 331-332.

³⁴GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 52.

³⁵op. cit.

³⁶Gadamer afirma que “compreender é um caso especial da aplicação de algo a uma situação concreta e particular”. Assim, a situação fática é que limitará o compreender, ou seja, a condição de possibilidade em diferenciar o ser do ente. Ao passo que, a interpretação (instância de exteriorização da compreensão), em linhas da filosofia da linguagem, diferenciará (ontológica) os horizontes entre texto e norma e vigência e validade. GADAMER, Hans-Georg. *O problema da Consciência Histórica*. Org. Pierre Fruchon. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 68. A respeito Vide: STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica*

autêntica conversação – aduz Gadamer.

Por isso, a escrita faz-se fundamental para a Hermenêutica, pois através dela o transmitido se faz simultâneo a qualquer presente que terá acesso a esta, na coexistência entre passado e futuro. Dessa forma, o papel da Hermenêutica é o vir-à-fala em relação ao texto nas limitações do caso concreto, dotando o intérprete de faticidade e historicidade. E o *dasein* dotado de um nível pré-ontológico: para compreender algo, há de se compreender.³⁷

A Constituição Federal, destarte, encontra-se nesta circularidade do processo compreensivo do intérprete, que deverá superar os obstáculos encontrados no caminho da efetivação de garantias constitucionais, prestando um caráter temporal ao texto a partir da virada-linguística-ontológica. Nesse sentido, a matriz hermenêutica se faz fundante à estruturação interpretativa já que há uma diferenciação-ontológica-heideggeriana que será implementada pelo círculo retomado em Gadamer, como foi a sugestão desta pesquisa.

Não se pode negar que há um texto constitucional recheado de promessas e uma Constituição falha, que não “atua” nos Tribunais de modo geral. Aponta-se, nesta pesquisa, para que o operador transforme-se em intérprete, em outras palavras, mantenha-se aberto ao aprofundamento pela pergunta que sempre se deverá fazer tendo como base o que lhe diz a tradição e cotejando seus pré-juízos. Assim também haverá a possibilidade de que este intérprete alcance um novo horizonte e que seja capaz de garantir a matriz principiológica a ser des-ocultada no texto constitucional.

4 CONCLUSÃO

Nesta quadra da história, o Direito não pode mais estar associado unicamente ao tipo de realidade que o dogmatismo moderno sugeriu através do positivismo. E não pode, simplesmente, porque o niilismo pós-moderno demonstrou ser frágil e insustentável o ideal de segurança jurídica que a aplicação de uma metódica

filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo: Unisinos, 2005. Ainda do mesmo autor: Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³⁷Nesta visível fronteira Ernildo Stein capitula Heidegger para evidenciar a importância do diálogo entre ela, desguardando o incontornável como inacessível; assim aduz o Filósofo da Floresta Negra, que “guardar o incontornável como inacessível esta é a primeira experiência da essencial limitação das ciências. As ciências têm sua limitação por não poder converter o incontornável em objeto, isto é ele lhes permanece inacessível. A impossibilidade de objetificarem seu limite leva as ciências à especialização. A especialização que reconhece seu limite como resultado da sua essencial limitação, ter que ‘guardar o incontornável como inacessível’, aceita que sua vontade de objetivação já está sempre frustrada. A limitação, a impossibilidade de objetificar a diferença ontológica abre as ciências para a filosofia, no diálogo com ela e no diálogo entre elas.” STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica*. Enaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 96-97. Cf. HEIDEGGER, Martin. *Introducción a la Filosofía*. Madrid: Frónesis-Catèdra-Universitat de València, 1999.

racional proponha.

A grande tarefa que se coloca é justamente a autoconsciência desses elementos históricos, próprios e coletivos, para que seja possível aos julgadores impedir que as concepções formadoras de seus pré-juízos sejam capazes de alterar as decisões, fazendo o Direito perder sua autonomia e transformando a atividade jurisdicional num palco caótico de subjetividades plurais.

A Constituição Federal de 1988 representa ao universo jurídico uma gloriosa conquista, de lutas e revoluções, de garantias e princípios, devendo o seu texto servir como palco de soluções para a sociedade. Além disso, deve ela guiar o Estado. Diante desses desafios é que se faz emergencial a metamorfose do julgador sugerida neste artigo. Que seja transformado em intérprete atento ao que diz os casos e mesmo o texto constitucional e que anteveja sempre a possibilidade normativa que se sobrepe àquilo que possa restar de inautêntico e não genuíno no seu ortodoxo logicismo.

O texto constitucional é de uma importância magistral ao intérprete do Direito, que diferentemente do operador, usa-se de suas experiências ao vir-à-fala hermenêutico constituindo a circularidade de estrutura compreensiva da Constituição, pois a interpretação não se faz em partes, como nos silogismos, já que o método sempre chega atrasado, porquanto já compreendemos. Assim, a Hermenêutica Jurídica faz-se uma matriz privilegiada pensante na temporalidade do Direito, ou seja, des-velando o seu próprio ser a cada dia – pois nunca este se vela na sua integralidade, no seu acesso pelo ente, logo, sempre estar-se-á des-velando, e, sempre haverá des-ocultamento para que haja compreensão.

A Constituição da República Federativa do Brasil, portanto, está sempre se des-velando. Desse modo, quantas compreensões desfocadas, sem perguntas e sem respostas, que só geram problemas ao Direito, ou seja, des-fundidas do horizonte interpretativo estão todos os dias a reproduzir o senso comum teórico dos juristas (Warat) e impedir uma applicatio tal qual nos ensinou Gadamer?

A emergência por intérpretes da Constituição: isso é que se espera como produto do neoconstitucionalismo. Intérpretes que possam e saibam suspender seus inautênticos pré-juízos e que sejam capazes de enriquecer a investigação constitucional com seus pré-juízos autênticos, em ordem com a voz forte da tradição. Sem com isso olvidar que a verdade de hoje des-ocultada é sempre provisória, já que interpretação e intérprete são sempre dotados de finitude histórica. Esse exercício na applicatio constitucional criará uma nova compreensão e manterá o texto vivaz e em constante dialética: a arte de conduzir dentro dos limites constitucionais uma autêntica conversação.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da Consciência Histórica*. Org. Pierre Fruchon.

- Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.
- _____. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1.
- _____. *Introdução à Filosofia*. SP: Martins Fontes, 2008.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos Ídolos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.
- SILVA FILHO, José Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris, 2006.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipurs, 1996.
- _____. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.
- _____. *Diferença e Metafísica*. Enaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- _____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. *Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DIREITOS HUMANOS SOCIAIS: DEVER ESTATAL DE PROMOÇÃO E GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL

Oswaldo Ferreira de Carvalho¹

RESUMO: O reconhecimento internacional dos direitos humanos sociais se manifesta não apenas textualmente nos diversos tratados universais e regionais de direitos humanos, mas também em numerosas constituições ao tornarem todos eles parte da chamada ordem pública internacional. Este trabalho objetiva demonstrar que os direitos humanos sociais quando previstos em tratados internacionais ou em textos constitucionais estão providos de eficácia plena e imediata, beneficiando-se do regime e da força normativa de um direito humano fundamental no Estado Social e Democrático de Direito, estando todos os direitos humanos sociais sob uma garantia forte, constitucional, imposta à observância de todos os poderes constituídos e subtraída da livre disponibilidade do poder político. A concretização dos direitos humanos sociais não é apenas obrigação moral dos Estados, mas um dever jurídico, visto que tem fundamento nos pactos internacionais de proteção dos direitos humanos e em suas próprias Constituições. Portanto, a sua implementação concreta constitui verdadeira obrigação e não mera promessa ou declaração de intenções.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos sociais. Garantia. Exigibilidade. Concretização judicial.

ABSTRACT: The international recognition of social rights is not only manifested in full in various universal and regional treaties on human rights, but also in many constitutions all become part of the so-called international public order. This paper aims to demonstrate that social human rights when provided in international treaties or constitutions are provided with full and immediate effectiveness, benefiting from the scheme and the normative force of a fundamental human right in the Social and Democratic State of Law, with all human rights, social security under a strong constitution, imposed on the observance of all the powers that be and subtracted from the free availability of political power. The realization of human rights is not just social moral obligation of states, but a legal duty, as has no foundation in international covenants of human rights protection and their own constitutions. Therefore, its practical implementation is real obligation and not mere promise or statement of intent.

KEYWORDS: Social human rights. Warranty. Enforceability. Implementation justice.

¹Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa (Portugal) – Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas, Mestre em direito pela PUC-Goiás, Advogado, Pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado de Goiás (FAPEG) e Professor universitário em cursos de Graduação e Pós-Graduação.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Os direitos humanos no modelo de Estado Liberal, Estado Social e Pós-social, 2.1 A consagração constitucional dos direitos humanos sociais e o princípio da socialidade; 3 Direitos humanos sociais: sentido, alcance, indivisibilidade, interdependência e inter-relação; 4 Obrigações do Estado em matéria de direitos humanos sociais; 5 Exigibilidade dos direitos humanos sociais; 6 Garantia e concretização judicial dos direitos humanos sociais; 7 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A concepção do Estado Social de Direito na atualidade não é unicamente aquele em que a Constituição de forma expressa e solene proclama a instituição ou consagração de um Estado Social e Democrático de Direito, denominado de Constitucionalismo Social, porém no mais alto grau ela assegura os direitos humanos sociais (direitos sociais, econômicos e culturais) como normas jurídicas vinculantes e de efeito direto, além de serem todos eles promovidos e garantidos pelos órgãos administrativos estatais e jurisdicionais.

Referidos direitos quando têm também expressão em pactos, tratados ou convenções internacionais correspondem, igualmente, a obrigações concretas do Estado que não pode deixar de cumpri-las e não pode justificar impunemente o seu descumprimento com base no mero argumento de que não teve a intenção de assumir uma obrigação jurídica, mas simplesmente realizar uma declaração de boa intenção política.²

Os direitos humanos sociais inexistentes no Estado Liberal vieram complementar os direitos individuais (civis e políticos), enriquecendo a dignidade e o desenvolvimento da pessoa humana, bem como qualificando a forma de Estado, um Estado ativo na promoção do bem-estar e regulador do processo econômico entregue, outrora, às forças do livre mercado. No Estado do constitucionalismo social os direitos sociais constituem posições subjetivas das pessoas que afirmam um princípio de igual dignidade e igualdade material de todos os seres humanos.

A Constituição brasileira de 1988, embora tenha decidido pela consagração expressa de uma variedade de direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais, são escassas ou contraditórias as consequências normativas que se têm extraído de tal decisão. Decorrido mais de duas décadas de vigência da Constituição, a tônica geral da caracterização doutrinária e jurisprudencial dos direitos humanos sociais tem sido identificada por um evidente papel secundário destes direitos, visto que a afirmação constitucional de que os direitos sociais alçaram doravante a condição de direitos fundamentais, declaração inequívoca, não passasse de uma proclamação política ou de mero cumprimento retórico de um ritual politicamente correto, mas dogmaticamente inconsequente.

O presente artigo ao proceder desta verificação, preocupa-se, de um lado, em superar os equívocos, as debilidades e contradições que subjazem a tal

²ABRAMOVICH, Victor; CURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 19–20.

inferiorização dos direitos sociais, mas, de outro lado, e, sobretudo, assume-se como contributo na prossecução de um objetivo partilhado, atualmente, nas mais diversas latitudes: o da reabilitação dogmática dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais.³

Sustentar-se-á que os diferentes tipos de direitos humanos fundamentais – ao considerar designadamente as classificações tradicionais de distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais – não são passíveis de diferenciação quanto à promoção, proteção ou garantia jurídica. Além disso, em muitos casos os direitos sociais, em especial, podem ter sua concretização exigida pelo Poder Judiciário ao haver previsão nas próprias constituições dos Estados e em pactos, tratados ou convenções internacionais. Por essa razão, têm eficácia, não podendo as normas que os consagram ou que os garantem serem vistas como meras promessas ou programas.

2 OS DIREITOS HUMANOS NO MODELO DE ESTADO LIBERAL, ESTADO SOCIAL E PÓS-SOCIAL

Canotilho leciona que o Estado é uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros poderes e organizações de poder.⁴ Quais são essas qualidades? Para o citado jurista, sobretudo a qualidade de poder soberano. A soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional.⁵

O Estado, tal como foi caracterizado, corresponde, no essencial, ao modelo de Estado emergente da Paz de Westfália (1648). Este modelo, assente, basicamente na ideia de unidade política soberana do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal. No entanto, ele continua a ser um modelo operacional caso pretenda salientar duas dimensões do Estado como comunidade juridicamente organizada: (1) o Estado é um esquema aceitável de racionalização institucional das sociedades modernas; (2) o *Estado Constitucional* é uma tecnologia política de equilíbrio político-social por meio da qual se combateram dois arbítrios ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativos medievais.⁶

O Estado de Direito Liberal pode genericamente definir-se como sendo

³Cristina Queiroz ensina que os direitos sociais configuram-se como direitos fundamentais reconhecidos por normas de estalão constitucional. Nestes precisos termos, segundo ela, “[...] não vemos como não possam ser igualmente constituídos como ‘posições jurídicas jusfundamentais’, isto é, como ‘direitos subjetivos’”. QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 16, 90.

⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 89.

⁵Ibidem, p. 89.

⁶Ibidem, p. 90.

um Estado limitado e organizado juridicamente com vistas na garantia dos direitos humanos dos cidadãos.⁷

O contexto histórico que preside o nascimento do Estado de Direito Liberal é o de uma época caracterizada social, econômica e politicamente pela afirmação da burguesia como classe dominante e marcada, no plano ideológico, pela predominância doutrinária do liberalismo. Daí que, em última análise, o modelo de Estado de Direito típico do século XIX só possa ser compreendido à luz das concepções ideológicas liberais.⁸

Na lógica do Estado de Direito Liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo sua ação para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa.⁹ Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais correspondiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado.¹⁰ No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.¹¹

O projeto liberal do Estado de Direito garantia um núcleo de direitos e liberdades fundamentais do homem os quais eram entendidos à luz dos valores burgueses da época, isto é, estando subordinados aos valores supremos da iniciativa privada e da segurança da propriedade.¹²

A caracterização liberal dos direitos humanos funda-se no referido pressuposto de uma desejada separação entre Estado e sociedade e no ideal de um Estado mínimo, abstencionista, bem como essencialmente respeitador da autonomia e livre iniciativa dos indivíduos.¹³

A preservação jurídica das esferas de autonomia individual perante o Estado é exatamente a função dos direitos humanos. Por meio deles constituem-se juridicamente zonas onde a liberdade do indivíduo é, em princípio, ilimitada. Neste quadro liberal, os direitos humanos são especialmente liberdades negativas, ou seja, são posições jurídicas individuais cuja plena realização exige não qualquer intervenção de ajuda do Estado, mas antes a abstenção deste.

A consagração da liberdade e a garantia meramente formal da igualdade – traduzida em igualdade perante a lei – foram colocadas em dúvida na passagem para o Estado Social.¹⁴ As conquistas liberais não foram conquistas verdadeiramente

⁷NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 20.

⁸Ibidem, p. 21.

⁹SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 13.

¹⁰ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 272.

¹¹op. cit. p. 13.

¹²op. cit. p. 22.

¹³op. cit. p. 23.

¹⁴Estado Social, segundo Jorge Reis Novais, seria um conceito mais amplo, identificador de um novo tipo

usufruídas por toda a população, beneficiaram principalmente a então emergente burguesia que, com a superação do Estado Absoluto, da intervenção econômica e das ordens estamentais, livrou-se das barreiras para fazer crescer e florescer as atividades comerciais – e posteriormente industriais – e firmou-se como a classe hegemônica, para a qual a superioridade da lei, garantindo estabilidade, era essencial, ao lado da contenção do arbítrio e da intervenção estatais, asseguradas pela garantia da liberdade, propriedade e segurança. Por outro lado, para a massa da população, as conquistas liberais não tinham, em grande medida, superado a dimensão formal; a garantia normativa da propriedade, por exemplo, servia aos proprietários, mas significava pouco para os não proprietários.

Os pressupostos e os valores em que se assentava o modelo liberal entram em crise na passagem do século XIX para o XX.¹⁵ Jorge Reis Novais explica por que o contexto socioeconômico em que as duas grandes guerras se deram caracterizou-se pelo fim do otimismo liberal e da crença nas virtualidades da autorregulação do mercado. Com fulcro em Harold Laski, o autor identifica os fatores que inviabilizaram a manutenção do Estado Liberal; não se conseguia manter a produção de lucros que gerassem um fundo permanente de excedente social de riqueza, bem como não havia mais um consenso das forças políticas em torno de questões centrais. A situação de guerra, por sua vez, também reclamava a intervenção estatal na economia.¹⁶

Ademais, podem ser arrolados diversos outros fatores que levaram à superação do modelo de Estado de Direito Liberal, merecendo destaque as situações de iniquidade agravadas pelas consequências das duas guerras mundiais, bem como a ameaça que passou a sofrer o capitalismo ocidental em virtude da construção do bloco socialista. Como transição histórica, a passagem de um modelo liberal para um modelo social constituiu processo paulatino e não uniforme em termos geográficos.¹⁷ Esta passagem é marcada por uma multiplicidade de características e mudanças, devendo se acentuar, que a sociedade deixa de ser concebida como uma realidade autossuficiente, para passar a ser encarada como um objeto que o Estado deveria estruturar, regular e transformar com vistas na prossecução da justiça social e do progresso econômico.¹⁸ Sobre isso, Jorge Reis Novais arremata que

O Estado empenha-se, então, consciente e deliberadamente, no processo produtivo, na redistribuição do produto social e na direção ou mesmo

de relações entre sociedade e Estado, em contraposição com o modelo liberal; de tal conceito distinguem-se os de ‘Estado-Providência’, ‘Estado de bem-estar’ – ‘Welfare State’, ‘Estado de partidos’, ‘Estado de associações’, ‘Estado administrativo’, por destacarem aspectos parcelares do Estado Social. *Acerca das contraposições desses conceitos podem ser conferidos em: NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra: Almedina, 2006. p. 187–192.*

¹⁵Ibidem, p. 30–32.

¹⁶Ibidem, p. 181–182.

¹⁷Não se almeja, aqui, elaborar uma análise detalhada de toda a evolução por que passou o Estado Moderno, visa-se tão somente a esboçar os pontos cardeais de suas transformações com vistas no desenvolvimento do objeto de estudo. Nesta esteira, não se explora toda a superação do Estado Liberal, por exemplo, e não se versa o aparecimento dos Estados totalitários na Europa Ocidental após a Primeira Guerra Mundial nem a formação do bloco socialista. Para desenvolvimentos nesta matéria pode ser consultada em: NOVAIS, 2006, p. 128–178.

¹⁸op. cit. p. 30–31.

planificação do processo econômico. A justiça social e a prossecução da igualdade material – e não já apenas da igualdade perante a lei – são elevadas a fins essenciais do Estado, que assim se afirma como Estado Social.¹⁹

Assim, o Poder Público distancia-se da sua posição anterior, caracterizada pelo absentéismo na esfera econômica e passa a assumir um papel mais ativo convertendo-se, mesmo no regime capitalista, no grande protagonista da cena econômica. O Estado Liberal transformara-se no Estado Social, preocupando-se agora não somente com a liberdade, mas também com o bem-estar do seu cidadão.

Após a Segunda Guerra Mundial se coloca doutrinária e normativamente a necessidade do reconhecimento e positivação dos direitos humanos sociais, de maneira que o Estado tornava-se o garantidor de um mínimo de bem-estar social ao redistribuir os recursos econômicos, sociais e culturais.²⁰ O advento desta segunda dimensão ou “geração” de direitos humanos (ou direitos fundamentais) impunha ao Estado o cumprimento de prestações positivas (tais prestações qualificam-se como positivas porque revelam um fazer, um atuar por parte dos órgãos do Estado que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos humanos sociais) que tinham de ser asseguradas mediante políticas públicas²¹ interventivas (serviços médico-hospitalares, serviços educacionais, serviços assistenciais, serviços previdenciários, políticas de emprego, moradia etc.).²²

O Estado não mais se contenta com a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei ao assumir como tarefa impostergável a promoção efetiva e garantia desta igualdade no plano dos fatos.

Não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas. Tornou-se, agora, necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares. Portanto, aquele que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um dos direitos humanos, passa à condição de agente promotor destes direitos.

A partir dos dois choques do petróleo na década de 70 do século passado (século XX), instaura-se uma crise do Welfare State que põe em cheque o dirigismo estatal. O Estado, que havia se expandido de modo desordenado, tornando-se burocrático e obeso, encontrava dificuldades para se desincumbir das tarefas gigantescas que assumira.²³ A explosão de demandas reprimidas, gerada pela democratização

¹⁹NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 31.

²⁰LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional*. Revista Direito Público, Porto Alegre, n. 15, p. 20, jan./mar. 2007.

²¹Conforme lição de Ana Paula de Barcellos, a expressão políticas públicas pode designar de forma geral a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Ainda, para a mencionada autora, tal sentido envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento nas mais diversas áreas. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 112.

²²SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 19.

²³SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 26.

política, tornara extremamente difícil a obtenção dos recursos financeiros necessários ao seu atendimento. Por outro lado, o envelhecimento da população, decorrente dos avanços na medicina e no saneamento básico, engendrou uma grave crise de financiamento na saúde e na previdência social – pilares fundamentais sobre os quais se assentara o Estado Social.²⁴

Sob o impacto da globalização, o Estado se debilita, de modo que vai perdendo o domínio sobre as variáveis que influem na sua economia. Deteriora-se a sua capacidade de formulação e concretização de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização do seu mercado interno e, com isso, o seu poder de garantir a eficácia dos direitos humanos sociais.²⁵

Ainda sob os efeitos da globalização, o modelo normativo do Estado brasileiro plasmado pela Constituição continua o de um Estado interventor, preocupado com a justiça social e com a igualdade material que, se não despreza o mercado, também não o reverencia com fervor, como desejariam os adeptos do credo neoliberal. No entanto, não só no Brasil, mas em vários outros países, já se desenha um modelo distinto de Estado, que se não pode ser rotulado de neoliberal, pois não se ausenta da esfera econômico-social, já recepciona os traços de um novo paradigma, em construção a partir da crise do Welfare State que poderia ser chamado de pós-social, propugnado por Daniel Sarmento.²⁶

Trata-se de um Estado subsidiário²⁷ ao devolver à iniciativa privada o exercício de atividades econômicas às quais vinha se dedicando. Um Estado que vai buscar parcerias com a iniciativa privada para a prestação de serviços públicos e desempenho de atividades de interesse coletivo, sempre sob a sua supervisão e fiscalização.²⁸

Enfim, com a intenção de minimizar os riscos e atenuar males do Estado pós-social é preciso reforçar a eficácia, a promoção e concretização dos direitos humanos sociais ao proteger da exploração e opressão os menos favorecidos ou excluídos que já não contam em seu favor com a estrutura do Welfare State.

²⁴Para uma ampla análise das causas da crise do Estado Social, veja-se: ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997.

²⁵op. cit. p. 27.

²⁶Ibidem, p. 33.

²⁷Na linguagem vulgar, subsidiário refere-se àquilo que é secundário, que vem em segundo lugar, que é auxiliar ou supletivo, que vem em decorrência do principal. O princípio da subsidiariedade, segundo elucida o professor Baracho, vincula-se diretamente à organização da sociedade. Destacando-se, em sua compreensão, o entendimento de que todo ordenamento jurídico visa à proteção da autonomia privada perante as estruturas sociais. Ainda, de acordo com eminente constitucionalista, o princípio da subsidiariedade responde, ele próprio, à necessidade de fazer coabitar a liberdade autônoma e uma ordem justa, uma vez que o Estado subsidiário, perseguindo os seus fins, harmoniza a liberdade autônoma com a ordem social justa, com a finalidade de manter o desenvolvimento de uma sociedade formada por autoridades plurais e diversificadas, recusando-se o individualismo filosófico. O Estado suplente deve, pois, atender às fraquezas individuais, desde que elas sejam circunstanciais e não permanentes. A atuação exclusivista do Estado acaba por resultar, muitas vezes numa pior qualidade da prestação oferecida. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 26–32, 88–89.

²⁸op. cit. p. 33.

2.1 A consagração constitucional dos direitos humanos sociais e o princípio da socialidade

No marco de superação do Estado Liberal, pode-se relacionar a consagração constitucional dos direitos humanos sociais ao contexto das lutas travadas pelas classes trabalhadoras em busca da emancipação da sociedade burguesa, identificando-se influências socialistas, o que chamou a atenção para a necessidade de alargar o rol dos direitos liberais clássicos, ou direitos burgueses, no sentido de garantir um fundamento existencial-material humanamente digno.²⁹ Sobre isso, Canotilho, em lapidar magistério, aduz o seguinte:

[...] As declarações universais dos direitos tentam hoje uma “coexistência integrada” dos direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais, embora o modo como os Estados, na prática, asseguram essa imbricação, seja profundamente desigual.³⁰

Jorge Reis Novais salienta que o caráter social assumido pelo Estado transparece no plano dos direitos fundamentais (ou humanos) no “processo de fundamentalização” de direitos humanos sociais, na interpretação dos clássicos direitos de liberdade sob a perspectiva da socialidade – vinculação social dos direitos no sentido de garantir igualdade material – e na atribuição generalizada de direitos políticos.³¹ Arremata o multicitado jurista que isso quer dizer que,

[...] ao lado dos direitos e liberdades clássicos, são agora também considerados como direitos fundamentais os direitos positivos de caráter social, ou seja, os direitos que se traduzem na exigência de prestações positivas materiais a realizar pelo Estado em favor dos indivíduos. Enquanto as liberdades negativas clássicas se realizavam tanto mais quanto menor fosse a intervenção do Estado, os novos direitos sociais requerem, não uma abstenção do Estado, mas antes uma intervenção positiva estatal destinada a conferir-lhes realidade existencial.³²

Quanto à consagração constitucional deste novo modelo estatal que, ao lado dos direitos de liberdade, assumem posição de relevo os chamados direitos sociais; mencionam-se correntemente a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Esses instrumentos normativos deram destaque aos direitos sociais, demonstrando que a segunda geração de direitos vinha se somar a primeira – de caráter liberal – na busca de garantias substanciais e não meramente formais.³³

Antonio Enrique Pérez Luño pontifica, à luz da experiência do direito espanhol, que a implantação das liberdades concretas – satisfação das necessidades básicas e fomento das capacidades e potencialidades humanas –, ao concretizar o livre

²⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 385.

³⁰Ibidem, p. 385–386.

³¹NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 32.

³²Ibidem, p. 32–33.

³³LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004. p. 213.

desenvolvimento da personalidade, requer-se a ação positiva dos poderes públicos com objetivo de remover os obstáculos de ordem econômica, social e cultural que impedem a plena expansão da pessoa humana.³⁴ Para o inclito jurista citado, a estas exigências tencionou responder o Estado Social de Direito ou, acentuando sua orientação libertadora e emancipadora, o Estado Social e Democrático de Direito, postulado da Constituição espanhola. Logo, para o autor, neste modelo de organização política não cabe uma ruptura entre liberdades individuais e direitos sociais, pois em seu âmago os direitos sociais são direitos de liberdade.³⁵

As liberdades públicas, que supõem concretizações da liberdade e, os direitos sociais, como especificações da igualdade material, integram-se profunda e simultaneamente, pois a igualdade material deve ser a base para o exercício das liberdades públicas. No entendimento de Pérez Luño, com o qual é preciso concordar inteiramente, a igualdade constitui “o direito humano mais importante em nosso tempo ao ser *considerado postulado fundamental de toda a moderna construção teórica e jurídico-positiva dos direitos sociais*”.³⁶ Isso porque a liberdade sem igualdade (material) não conduz à sociedade livre, justa, solidária e pluralista, senão à oligarquia, ou seja, a liberdade de alguns e a não liberdade de muitos; enquanto a igualdade sem liberdade não conduz à democracia, senão ao despotismo, isto é, a submissão da maioria à opressão de quem detém o poder.³⁷

Insta registrar que, se é no período acima mencionado, se generalizam as preocupações sociais e passam a ser garantidas pelas Constituições como tarefa estatal, não é neste contexto que elas inicialmente surgem. Podem ser apontados antecedentes da atividade assistencial do Estado no século XIX, ou mesmo antes, e não se deve esquecer que a consagração constitucional de direitos sociais não se inaugura no século XX, pois nas Declarações de Direitos da Revolução Francesa já havia obrigações positivas do Estado quanto ao ensino e à assistência social, o que se alargaria em Constituições do século XIX.³⁸

Grandes mudanças ocorreram na feição do Estado, sua organização e atuação na passagem para o Estado Social. Em primeiro lugar, superou-se a ideia de separação entre Estado e sociedade civil, uma vez que o dogma do mercado regido por suas próprias leis mostraram inoperante na condução de resultados socialmente benéficos; a sociedade cada vez mais necessitava da atuação socioeconômica estatal. O Estado Social, neste contexto, inaugurou uma nova relação Estado-sociedade, não mais se almejava primordialmente proteger a sociedade do Estado; a sociedade reclamava a atuação conformadora estatal, passando mesmo a depender do Estado

³⁴LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004, p. 214.

³⁵Ibidem, p. 214-215.

³⁶LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 52. Tradução nossa. O original em língua espanhola tem o seguinte teor: “Respecto a la igualdad debe recordarse [...] que constituye el derecho humano más importante en nuestro tiempo, al ser considerado como postulado fundamentador de toda la moderna construcción teórica y jurídico-positiva de los derechos sociales”.

³⁷op. cit. p. 215.

³⁸NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 180-181.

e a com ele estabelecer laços duradouros.³⁹ O Estado passou a ter como fim a realização da justiça social, o que pode ser identificado com o princípio da socialidade (ou princípio social), destinado a reger a atividade estatal, aí incluída a intervenção econômica dirigista e planejadora.⁴⁰

A consagração do princípio da socialidade ou princípio social como estruturante do Estado é contemporânea ao advento do Estado Social em uma conjuntura histórica na qual a legitimidade e operatividade do Estado de Direito exigiram repensar as fronteiras de atuação pública em virtude dos resultados socioeconômicos da abstenção estatal e da atuação livre do mercado; a intervenção do Estado nas esferas social e econômica mostrou-se imprescindível. Este princípio traduz, desta forma, a vinculação jurídica do Estado a atuar na criação de condições de existência digna para as pessoas, até mesmo como garante de sua liberdade e autonomia.⁴¹ O princípio, especificamente no campo social, pode ser reconduzido, conforme lição de Canotilho, a uma dimensão subjetiva concretizada por meio dos direitos sociais e a uma dimensão objetiva que impõe ao Estado a “transformação das estruturas econômicas” voltada à igualdade social, ou seja, o Estado deve também ser conformador na busca de “dignidade social”.⁴²

Em um Estado Constitucional, os direitos sociais assumem particular relevância na construção da sua identidade. Não se pode seriamente falar em socialidade sem a garantia de direitos sociais, pois este princípio, para Canotilho, comanda justamente que o Estado atue para garantir condições materiais para os indivíduos.⁴³

Neste contexto, podem-se aventar como normas que assentam a consagração constitucional do princípio social ou da socialidade, no caso português, os arts. 9º, 81º (entre outras incumbências que exprimem no mesmo sentido, cabe ao Estado “promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal”), da CRP/1976. Jorge Reis Novais identifica como fundamento do princípio os artigos indicados, bem como o art. 2º da CRP/1976, que prevê que o Estado de Direito português visa à “realização da democracia econômica, social e cultural”, e nos preceitos devotados ao elenco de direitos econômicos, sociais e culturais.⁴⁴ Quanto à Constituição brasileira, podem-se vislumbrar como repositórios mais diretos da socialidade, entre outros, o art. 3º, que estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;⁴⁵ vários

³⁹NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 179–187.

⁴⁰Ibidem, p. 183–184.

⁴¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 337–338, 341–343, 348–349.

⁴²Ibidem, 2003, p. 348–349.

⁴³Ibidem, 2003, p. 346.

⁴⁴op. cit. 2004, p. 291–292.

⁴⁵O art. 3º da Constituição Federal preceitua, expressis verbis: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

incisos do art. 23, que preveem competências comuns para União, Estados, Distrito Federal e Municípios; igualmente o art. 24, que enumera competências legislativas concorrentes destes entes públicos; o art. 170, que encabeça o capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica no Título da ordem econômica e financeira; normas contidas nos artigos 182 e 184, que disciplinam, respectivamente, a política urbana e agrícola e fundiária e, em especial, diversos artigos inseridos no Título VIII (Da Ordem Social).

3 DIREITOS HUMANOS SOCIAIS: SENTIDO, ALCANCE, INDIVISIBILIDADE, INTERDEPENDÊNCIA E INTER-RELAÇÃO

Os direitos humanos sociais que são, tanto no plano universal quanto no regional, objeto de numerosos pactos, tratados, declarações, convenções e resoluções, cristalizaram-se ao longo do tempo como componentes elementares da order public internacional.⁴⁶

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos sociais não se deve reduzir ao domínio reservado do Estado, pois revela tema de legítimo interesse internacional. Em perspectiva global, são exemplificativamente mencionáveis a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, a qual contém nos artigos XXII e seguintes, um amplo catálogo de direitos sociais. Em 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que desenvolveu pormenorizadamente o conteúdo dos direitos humanos sociais da Declaração Universal de 1948.⁴⁷

Ladeado pelos esforços globais por uma proteção dos direitos humanos sociais, há, também, no plano regional, numerosas convenções e declarações. Digna de salientar é a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica.⁴⁸ Esta Convenção foi assinada em

outras formas de discriminação”.

⁴⁶Flávia Piovesan aduz que o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Esse sistema, conforme leciona a referida autora, é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados ao invocarem o consenso internacional acerca de temas centrais dos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos. PIOVESAN, Flávia. *Concepção contemporânea de direitos humanos: desafios e perspectivas*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 6.

⁴⁷Impende notificar que os dois pactos internacionais aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a saber, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foram ratificados pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, sendo o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992 e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

⁴⁸PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 44.

San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.⁴⁹

Segundo Flávia Piovesan, a Convenção Americana não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e de outras medidas que se mostrem apropriadas, nos termos do art. 26 da Convenção.⁵⁰ Posteriormente, em 1988, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção referente aos direitos sociais, econômicos e culturais – Protocolo de San Salvador –, que entrou em vigor em 16 de novembro de 1999, no qual numerosos direitos sociais estão normatizados.⁵¹

Dos sistemas regionais existentes, o europeu é o mais consolidado e amadurecido, exercendo forte influência sobre os demais – os sistemas interamericano e africano.⁵² O sistema europeu é o que traduz a mais extraordinária experiência de judicialização de direitos humanos por meio da atuação da Corte Europeia, ou seja, o sistema europeu não somente arrola um catálogo de direitos, mas institui um sistema inédito que permite a proteção judicial dos direitos e liberdades nele previstos.⁵³ Fábio Konder Comparato consigna que a Convenção Europeia de Direitos Humanos foi celebrada em Roma, em 4 de janeiro de 1950, no âmbito do Conselho da Europa, organização representativa dos Estados da Europa Ocidental, criada em 5 de maio de 1949, a fim de promover a unidade europeia, proteger os direitos humanos e fomentar o progresso econômico e social.⁵⁴ Em 18 de outubro de 1961, porém, foi celebrada e adotada, na cidade de Turim, a Carta Social Europeia ao estabelecer e declarar os direitos sociais, econômicos e culturais não constantes na Convenção Europeia de

⁴⁹O Brasil aderiu à Convenção em 25 de setembro de 1992 e que foi promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro 1992.

⁵⁰PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46. O art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos preceitua: “Os Estados–Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. O artigo foi reproduzido da seguinte obra: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de Direito Internacional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2010. p. 1005. (Coleção RT MiniCódigos).

⁵¹O Estado brasileiro aderiu ao Protocolo, nos termos do art. 21 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996. Esse documento reforça, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o reconhecimento dos direitos humanos de segunda “geração” ou dimensão, a saber: direito ao trabalho (art. 6º), direitos sindicais (art. 8º), direito à previdência social (art. 9º), direito à saúde (art. 10), direito à alimentação (art. 12), direito à educação (art. 13), direito aos benefícios da cultura (art. 14), direitos à constituição e proteção da família (art. 15), direito da criança (art. 16), direito do idoso (art. 17), proteção dos deficientes (art. 18). O “*Protocolo de San Salvador*” pode ser consultado no seguinte site da internet: <http://www.fd.uc.pt/igc/enciclopedia/documentos/instrumentos_regionais/america/protocolo_convencao_direitos_economicos.pdf>. Acesso em: 10 set. 2010.

⁵²PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 63.

⁵³COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 269–270.

⁵⁴Ibidem, 2008, p. 268.

1950. Esse tratado entrou em vigor em 26 de fevereiro de 1965.⁵⁵ Registre-se que, em 1996, a Carta Social Europeia foi revisada e consagrou certo número de direitos novos em matéria social como o direito à dignidade do trabalho, o direito à proteção contra a pobreza e a exclusão social e o direito à moradia.⁵⁶

Lançando-se o olhar sobre as ordens constitucionais nacionais, reconhece-se, em regra, também uma orientação social, ainda que o quadro opere de modo não uniforme.⁵⁷ Assim, pode-se mencionar, exemplificativamente, no círculo jurídico ibero-americano, os pormenorizados catálogos de direitos humanos sociais nas constituições do Brasil, de Portugal e da Espanha.

Logo, o reconhecimento internacional dos direitos humanos sociais se manifesta não apenas textualmente nos diversos pactos, tratados, declarações e convenções universais e regionais de direitos humanos, mas também em numerosas constituições.

O direito humano social originou-se das questões entre patrões e operários da grande indústria, da luta operária, da denominada luta de classes. Foi tratado como direito dos trabalhadores, direito dos operários ou como legislação social. O direito humano social é aquele que se refere à proteção dos indivíduos economicamente enfraquecidos ao ter por finalidade o equilíbrio social, o bem comum, o direito à satisfação das necessidades vitais do indivíduo como membro da coletividade ante um esforço conjunto dos institutos jurídicos para a eficácia e efetividade das normas consagradoras de direitos humanos sociais.

O direito humano social que não elimina o direito humano individual, mas antes completa o seu âmbito de ação, não está situado fora nem contra o Estado. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, em lapidar magistério, aponta a relevância e consagração dos direitos sociais, *in verbis*:

É sabido e assente que o constitucionalismo do século XX marca-se pela superação da perspectiva inerente ao liberalismo individualista do período clássico. As Constituições, mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, são os primeiros sinais expressivos de um ideário novo, de cunho social, cristalizado nas Cartas Fundamentais.

Nelas está plasmada a concepção de que não basta assegurar os chamados direitos individuais para alcançar-se a proteção do indivíduo. Impende considerá-lo para além de sua dimensão unitária, defendendo-o também em sua condição comunitária, social, sem o que lhe faltará o necessário resguardo. Isto é, cumpre ampará-lo contra as distorções geradas pelo desequilíbrio econômico da própria sociedade, pois estas igualmente geram sujeições, opressões e esmagamento do indivíduo. Não são apenas os eventuais descomedimentos do Estado que abatem, aniquilam ou oprimem os homens. Tais ofensas resultam, outrossim, da ação dos próprios membros do corpo social, pois podem prevalecer-se e se prevalecem de suas condições socioeconômicas poderosas em detrimento dos economicamente mais frágeis.

⁵⁵COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 268-269. O catálogo de direitos da Convenção Europeia compreende fundamentalmente direitos civis e políticos ao expressar os valores dominantes e consensuais da Europa Ocidental.

⁵⁶Ibidem, p. 269.

⁵⁷NEUNER, Jörg. *Os direitos humanos sociais*. Revista Direito Público, Porto Alegre, n. 26, p. 21, mar./abr. 2009.

A consagração dos direitos individuais corresponde ao soerguimento de uma paliçada defensiva do indivíduo perante o Estado. A consagração dos direitos sociais retrata a criação de barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos.

Enquanto os direitos individuais interditam ao Estado o amesquinamento dos indivíduos, os direitos sociais interditam aos próprios membros do corpo social que deprimam economicamente ou que releguem ao abandono outros indivíduos menos favorecidos pela fortuna.⁵⁸

Registre-se o magistral estudo delineado pelo espanhol Santiago Sastre Ariza sobre uma teoria exigente dos direitos sociais. Segundo este autor, a conexão entre os direitos individuais e os direitos sociais não se reduz a uma questão meramente conceitual, visto que ambos designam um conjunto de obrigações positivas e negativas, senão que existe, além disso, uma intensa relação de conteúdo.⁵⁹ Os direitos sociais, para o mencionado autor, aspiram ao desenvolvimento e, ademais, objetivam completar ou realizar algumas exigências que estão manifestadas nos direitos individuais.⁶⁰ Ainda, conforme leciona o autor, os direitos sociais encontram seu fundamento na igualdade substancial, na liberdade, na autonomia e inclusive na própria dignidade.⁶¹ Portanto, pode-se afirmar que os direitos humanos sociais têm em vista a plena realização ou o aperfeiçoamento dos direitos humanos liberais (individuais).

Antonio Enrique Pérez Luño assinala que o nascimento e paulatino reconhecimento dos direitos humanos sociais, na atualidade, não devem ser interpretados como uma negação dos direitos humanos individuais (civis e políticos), senão como um fator decisivo para redimensionar seu alcance, visto que estes não podem ser concebidos como um atributo do homem isolado que objetiva interesses individuais e egoístas, mas como um conjunto de faculdades do homem ao desenvolver sua existência na esfera comunitária e conforme as exigências do viver social.⁶² Nesse sentido, para o expoente jurista espanhol, os direitos individuais só podem ter justificação se relacionados à comunidade ou aos efeitos da vida social, isto é, como direitos sociais, econômicos e culturais, os quais devem ser promovidos e protegidos com o fim de afirmar a dimensão social da pessoa humana, dotada de valores autônomos, porém ligada de modo inseparável à comunidade onde desenvolve sua existência.⁶³

André de Carvalho Ramos, na mesma linha de raciocínio expendida pelos autores espanhóis acima referidos, sustenta que os direitos humanos sociais asseguram as condições para o exercício dos direitos humanos liberais (civis e políticos) e que, em razão disso, a responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos

⁵⁸BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 57-58, p. 235, 1981. Grifos no original.

⁵⁹ARIZA, Santiago Sastre. *Hacia una teoría exigente de los derechos sociales*. Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 112, p. 257, abr./jun. 2001.

⁶⁰Ibidem, p. 257.

⁶¹Ibidem, p. 257.

⁶²LUNO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 86.

⁶³Ibidem, p. 90.

humanos sociais deve expor as omissões e fraquezas deste mesmo Estado e obrigá-lo a executar as políticas públicas necessárias à correta concretização destes direitos.⁶⁴

José Ledur leciona que os direitos humanos sociais, de segunda dimensão, surgiram para conferir vitalidade aos direitos de primeira dimensão.⁶⁵ Segundo ele, os direitos de primeira e segunda dimensão são direitos compatíveis e complementares que se necessitam reciprocamente para terem pretensão de efetividade ao se exigir, portanto, atuação complementar e não excludente.⁶⁶

Do expendido, perfilha-se a concepção contemporânea de direitos humanos ao abrangerem os civis e políticos (de cunho liberal) e os direitos sociais, econômicos e culturais em que ambos os grupos desses direitos devem ser concebidos como unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam.⁶⁷

São indivisíveis, pois todos os direitos humanos devem ter a mesma proteção jurídica, visto que são essenciais para uma vida digna. Todos possuem uma composição uniforme ao reconhecer que o direito protegido apresenta uma unidade incidível em si, não pode ser decomposto, separado.

São interdependentes, pois todos os direitos humanos são conexos entre si por uma recíproca dependência. Um direito não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos. Essa característica não distingue direitos civis e políticos com os direitos sociais, econômicos e culturais, uma vez que a realização de um direito humano específico pode depender (como geralmente ocorre) da promoção e concretização de outros direitos humanos.⁶⁸

São inter-relacionados e complementares de modo que o grupo de direitos humanos civis e políticos só podem ter justificação se relacionados com os direitos humanos sociais. Para que se tenha uma sociedade efetivamente livre ou que se tenha viabilizado o exercício de suas liberdades fundamentais, é necessário assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade humana por meio, por exemplo, de o Estado fornecer saúde, educação, moradia etc. Apenas com o reconhecimento integral de todos os direitos humanos torna possível assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade do deleite dos direitos humanos sociais os direitos humanos liberais (civis e políticos) se reduzem a meras categorias formais.⁶⁹

⁶⁴RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 235.

⁶⁵LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 163. O autor esclarece, por exemplo, acerca da utilidade de alguém possuir o direito de expressão se não reúne condições, oriundas do acesso à educação básica, para se expressar, e vice-versa. Pode-se observar que as duas categorias de direitos formam vias de mão dupla.

⁶⁶Ibidem, p. 163.

⁶⁷Nesse mesmo sentido é o pensamento de Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sêrvulo da Cunha (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 618. Carlos Weis Adota, também, a compreensão de que todos direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 117-121.

⁶⁸Ibidem, p. 118.

⁶⁹Ibidem, p. 618. A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de

4 OBRIGAÇÕES DO ESTADO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS SOCIAIS

Ao constituírem ou se qualificarem como direitos humanos fundamentais, os direitos sociais também são universais, no sentido de que são direitos de todos,⁷⁰ não tendo como finalidade apenas libertar da miséria, mas construir uma sociedade de bem-estar. E, num Estado Social e Democrático de Direito a construção do bem-estar, da cidadania social e econômica não constitui prioridade somente política e social, mas também jurídica ao impor deveres ao legislador, à Administração Pública e também ao Poder Judiciário.

Os poderes públicos têm o dever de agir para concretizar o Estado de bem-estar constitucionalmente consagrado por meio da efetivação dos direitos humanos sociais. Além disso, o conjunto de normas que veiculam o modelo constitucional de bem-estar impõe que se interpretem os atos jurídicos e a Administração Pública se conduza segundo o propósito mais favorável ou de melhor acolhimento às necessidades sociais.⁷¹ É o que se pode haurir, por exemplo, do art. 9º, alínea d da Constituição portuguesa ao dispor, in verbis: “São tarefas fundamentais do Estado: [...] d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais; [...]”. Na Constituição brasileira também se pode extrair o seguinte exemplo do art. 3º, incisos III e IV ao estatuir: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Tais objetivos e obrigações devem ser concretizados no plano prático pelo Estado brasileiro e não constitui mera promessa ou declaração de intenções do constituinte.

O desafio do Estado Social e Democrático de Direito é, de alguma forma, garantir justiça social efetiva aos seus cidadãos, no sentido do desenvolvimento da pessoa humana, observando ao mesmo tempo o ordenamento jurídico. Significa dizer que este Estado se encontra marcado por preocupações éticas voltadas aos direitos e prerrogativas humanas e fundamentais.⁷²

universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob a ótica da indivisibilidade, interdependência e inter-relação. Ressalte-se que a Declaração de Direitos de Viena de 1993 reitera a concepção da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 quando, em seu § 5º, afirma: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

⁷⁰MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4. p. 395.

⁷¹BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 153.

⁷²LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 73.

No Brasil, especificamente, a justiça social encontra sua expressão constitucional no art. 6º do Texto Supremo, segundo o qual “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação,⁷³ o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Tal princípio é desenvolvimento e complementado pelo art. 170 da CF/1988 ao estabelecer que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.

O conteúdo oferecido pela ideia de justiça social revela-se, sobretudo, na necessidade de distribuição de rendas, com a conseqüente proteção aos fracos, pobres e trabalhadores, sob a diretiva de princípios da solidariedade⁷⁴ e da igualdade os quais se encontram, a propósito, expressos no Preâmbulo da Constituição brasileira.

5 EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS

Os direitos humanos sociais devem ser entendidos como direitos plenamente exigíveis perante todas as autoridades do Estado, assim como em todos os níveis de Governo. Os direitos humanos sociais para serem realizados e exigíveis requerem certa organização estatal, necessitam de um apoio social, de um conjunto de atitudes cívicas e um compromisso democrático sério.⁷⁵

Os Estados têm obrigação de assegurar de forma adequada as condições necessárias para a realização dos direitos humanos sociais, visto que decorre de uma responsabilidade que repousa nos compromissos assumidos pelos poderes constituintes internamente, bem como internacionalmente ao firmar pactos internacionais quase sempre incorporados nos ordenamentos jurídicos domésticos com força de norma constitucional.⁷⁶

⁷³Digno de nota é o advento da mais nova Emenda Constitucional de nº 64, de 4 de fevereiro de 2010, ao introduzir o direito à alimentação no rol de direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal de 1988. Impende recordar que não constitui o primeiro momento que o art. 6º da Constituição experimenta modificação, visto que em razão da EC nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, acrescentou-se à relação de direitos sociais o direito à moradia.

⁷⁴De acordo com Wilson Steinmetz, o princípio da solidariedade exige do Estado: 1) a garantia efetiva dos direitos fundamentais sociais; 2) a promoção do bem-estar social geral das pessoas; 3) a criação de mecanismos e incentivos de cooperação social e de ajuda mútua entre os particulares, ou seja, o fomento da solidariedade nas relações horizontais. Em outras palavras, o princípio da solidariedade exige do Estado ações positivas, normativas e fáticas em prol do bem-estar geral das pessoas. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 119–120.

⁷⁵CARBONELL, Miguel. *Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Talca, v. 6, n. 2, p. 55–56, 2008.

⁷⁶Com o advento da EC nº 45/2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos passaram a ter, além de status de norma materialmente constitucional (art. 5º, § 2º da CF/1988), também o caráter de norma formalmente (além de materialmente) constitucional (equivalentes às emendas constitucionais) quando eles forem submetidos e aprovados em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional pela exigência procedimental do quórum qualificado de três quintos (art. 5º, § 3º da CF/1988).

Os direitos humanos sociais contidos nos textos constitucionais se complementam com aqueles assegurados e expressos no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, validamente incorporado e vigente, de modo que segundo o próprio direito internacional, os direitos humanos sociais são derivações da dignidade ou atributos da pessoa humana como revelam os tratados e convenções internacionais.

A dignidade da pessoa humana, conforme preleção de Humberto Alcalá, é o valor básico que fundamenta todos os direitos humanos, visto que sua afirmação não só constitui uma garantia, de tipo negativo ao proteger as pessoas contra atos vexatórios e ofensivos de todo o tipo, senão também se afirma positivamente por meio de direitos que buscam o pleno desenvolvimento de cada ser humano e de todos os seres humanos.⁷⁷

Assinala-se que a dignidade humana e o direito a uma vida digna fundamentam tanto os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais.⁷⁸

Todos os direitos têm uma dimensão positiva e negativa, já que todos eles requerem prestações estatais as quais possuem custos econômicos para sua efetiva garantia e, de outro lado, uma dimensão negativa ao consistir numa abstenção do Estado (como uma legislação que objetiva vulnerar os direitos ou que afete seu conteúdo essencial ou, ainda, retroceder nos avanços sociais já conquistados sem justificação) ou dos particulares (atos ou omissões violadores de direitos).

Flávia Piovesan ensina que ante a indivisibilidade dos direitos humanos há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (direitos sociais, econômicos e culturais), ao contrário, não merece qualquer observância.⁷⁹

Na verdade, a ideia da não exigibilidade ou da não acionabilidade dos direitos humanos sociais é nitidamente ideológica e não científica, pois todos eles são autênticos e verdadeiros direitos humanos fundamentais, acionáveis, exigíveis ao determinarem séria e responsável observância. Logo, devem ser *“reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade”*.⁸⁰

Levando-se em conta o que se encontra expresso no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Parte II, art. 2.1, em especial), deve-se compreender que os Estados se obrigaram a adotar medidas até o máximo de seus recursos disponíveis para alcançar progressivamente por todos os meios apropriados, inclusive e, sobretudo, a adoção de medidas legislativas, a fim de que os direitos reconhecidos naquele instrumento internacional alcancem a sua plena efetividade.

⁷⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latino-americano*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Talca, v. 7, n. 2, p. 145, 2009.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 145.

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 619.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 619.

Por conseguinte, os Estados assumiram encargos e se vincularam ao cumprimento daqueles objetivos, nomeadamente ao se absterem de adotar medidas que impliquem retrocesso social.⁸¹

6 GARANTIA E CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS

A busca de procedimentos eficazes que conduzem a uma garantia real de todos os direitos humanos, os individuais e os sociais, os quais são indivisíveis ao contribuírem todos eles para o desenvolvimento e concretização da dignidade da pessoa humana, é um dos esforços mais sublimes em que estão empenhados os Estados nacionais, a comunidade internacional, o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, em trabalho complementar, convergente e progressivo.⁸²

As garantias dos direitos humanos sociais não se esgotam no plano interno do Estado, senão que transcendem ao plano internacional ou supranacional mediante distintas instituições e mecanismos. Para isso existem o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (PIDESC) e seu órgão de monitoramento, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (CDESC).⁸³ Ademais, no plano latino-americano destaca-se o sistema interamericano integrado pela Convenção Americana de Direitos humanos que contempla a proteção de direitos sociais em seu artigo 26 e o Protocolo de San Salvador que assegura e protege especificamente os direitos sociais, econômicos e culturais ao estabelecer um mecanismo de petições ou queixas individuais perante o sistema interamericano de proteção de direitos – a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – de acordo com o disposto no art. 19.6 do Protocolo de San Salvador.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) das Nações Unidas, em seu Comentário Geral de nº 9, de 3 de dezembro de 1998, sobre o dever de dar efeito ao PIDESC no ordenamento jurídico interno dos Estados-Partes, determinou que estes teriam a obrigação de dar plena eficácia aos

⁸¹Conforme magistério de Miguel Carbonell, a partir do texto do artigo 2.1 pode-se afirmar que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais gera para os Estados-Partes tanto obrigações de comportamento como obrigações de resultado, isto é, não se trata de que os Estados devam se conduzir de certa maneira, senão também que logrem certos objetivos, que proponham metas e as realizem. CARBONELL, 2008, p. 61.

⁸²ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latino-americano*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Talca, v. 7, n. 2, p. 165.

⁸³O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) é o órgão que supervisiona o cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) por meio da elaboração de relatórios ou pareceres com conclusões e recomendações para os Estados. Não está previsto no Pacto, senão que foi criado pela Resolução 1985/17, de 28 de Maio de 1985, do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) das Nações Unidas para o desempenho das funções apresentadas na parte IV do Pacto (artigos 16 a 25).

direitos humanos sociais reconhecidos no pacto em consideração “*por todos os meios apropriados*”, estabelecido no art. 2.1 do PIDESC. Além disso, afirma que as normas internacionais sobre direitos humanos juridicamente vinculantes devem operar direta e imediatamente no sistema jurídico interno de cada Estado-Parte ao permitir, pois, que aos interessados possam reclamar a proteção de seus direitos perante juízes e tribunais nacionais.⁸⁴ É sobre o Estado-Parte que recai o dever de demonstrar ante uma determinada situação concreta se o mecanismo judicial é ou não apropriado ou necessário. O Comitê advertiu que os “*demais ‘meios’ utilizados podem ser ineficazes caso não sejam reforçados ou complementados com recursos judiciais*”.⁸⁵

Segundo Humberto Alcalá, as concepções que negam a justiciabilidade dos direitos humanos sociais não são compatíveis com as obrigações dos Estados-Partes derivadas do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.⁸⁶

Assim, o Estado deixa de ser visto como agente neutro, separado da sociedade civil, que apenas respeita e garante a segurança das livres trocas individuais e do livre encontro das autonomias individuais, para passar a ser visto como Estado Social que, conforme lição de Jorge Reis Novais, em tal concepção reflete “[...] *o movimento dúplici de socialização do Estado e de estadualização da sociedade que, a nosso ver caracteriza a ideia de Estado Social – um Estado preocupado com as desigualdades de fato que distorciam e anulavam as condições do livre desenvolvimento das autonomias individuais, empenhado ativamente na prossecução de uma liberdade e de uma igualdade reais*”.⁸⁷

O Estado Social preocupa-se ativamente com as condições fáticas da liberdade e da autonomia, com a equalização das condições de participação, assume tarefas de redistribuição da riqueza comum, de prestação generalizada de serviços públicos essenciais, de racionalização e regulação das relações econômicas e sociais, de melhoria das condições de vida das camadas mais débeis, de promoção de bem-estar.

A concretização dos direitos humanos sociais dá-se por meio de políticas públicas, cuja elaboração e efetivação dependem, para o seu êxito, do emprego de conhecimentos específicos. Os poderes Executivo e Legislativo (mais o primeiro do que o segundo) possuem conhecimentos especializados necessários para apreciar questões relacionadas às políticas públicas. Os juízes não têm, em regra, conhecimento técnico, no campo das políticas públicas. Todavia, é evidente que o fato de os direitos humanos sociais serem garantidos pelo Estado por intermédio de políticas públicas não os torna imunes ao controle judicial. Por serem autênticos direitos humanos fundamentais, devem ser garantidos por via judicial em casos de

⁸⁴General Comment nº 9 – E/C.12/1998/24, 3 December 1998. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

⁸⁵General Comment nº 9 – E/C.12/1998/24, 3 December 1998. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2010. Tradução nossa.

⁸⁶ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latino-americano*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Talca, v. 7, n. 2, p. 185.

⁸⁷NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 261.

omissões injustificadas ou de arbitrariedades das autoridades competentes.⁸⁸

Precisar o caráter justificável dos direitos humanos sociais (direitos sociais, econômicos e culturais) não significa que por intermédio de decisões judiciais se conseguirá mudar a realidade social e econômica do país, tampouco elas solucionarão os problemas de redistribuição da riqueza e da renda, o que é próprio das políticas públicas serem desenvolvidas com esse escopo pelos governos.

No entanto, em consonância com a lição de Humberto Alcalá, a recusa injustificada de fornecer uma prestação vinculada a um direito social, econômico e cultural, bem como a omissão na adoção de medidas de garantias de tais direitos constituem formas de arbitrariedades de exercício do poder público ou de negligência estatal devendo, pois, ser rejeitadas e superadas mediante o arsenal de instrumentos e ações judiciais e administrativos disponíveis.⁸⁹

Os juízes devem legitimamente intervir quando são requeridos, seja porque instituições estatais ou privadas se negam arbitrária ou ilegalmente a proporcionar as prestações devidas ou, além disso, o Estado venha retroceder injustificadamente no âmbito de proteção e concretização dos direitos humanos sociais ao violar o princípio da proibição de retrocesso social (princípio da progressividade) e irreversibilidade dos direitos humanos de cunho social. Portanto, a justiça ordinária e a jurisdição constitucional possuem a mesma obrigação de assegurar, garantir e concretizar os direitos humanos em seu conjunto com a mesma força, sejam eles direitos civis e políticos ou sociais, econômicos e culturais.

7 CONCLUSÃO

Em um Estado Social e Democrático de Direito todos os direitos humanos, sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais são indivisíveis, interdependentes, inter-relacionados e complementares, os quais devem ser promovidos, garantidos e concretizados ao constituírem derivações imediatas e diretas da dignidade da pessoa humana.

Um enfoque constitucional democrático ao assumir como valor básico a dignidade da pessoa humana em sua integralidade não se admite que qualquer direito humano seja posto à disposição discricionária do legislador, visto não existir nenhum direito humano com hierarquia superior a outro, já que o direito à saúde e à educação é tão importante como o direito à vida privada, à liberdade de consciência, para cada um e de todos os seres humanos.

Os direitos humanos sociais visam à diminuição das desigualdades sociais, econômicas e culturais. São, pois, direitos de liberdade, de igualdade que têm por

⁸⁸SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 580.

⁸⁹ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latino-americano*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Talca, v. 7, n. 2, p. 189.

escopo proporcionar uma existência digna. São atribuídos, sobretudo, aos mais necessitados.

O reconhecimento e a incorporação dos direitos humanos sociais (direitos sociais, econômicos e culturais) nas Constituições de diversos Estados, bem como em pactos, tratados e convenções internacionais demonstra a importância que esses direitos têm alcançado no cenário doméstico de cada Estado e na órbita internacional, vinculando e obrigando a sua concretização.

Logo, dado que as normas constitucionais e internacionais preveem a realização dos direitos humanos sociais deixam de constituir meras declarações ou programas de intenções ao apresentarem-se como normas que vinculam e tornam obrigatória sua concretização. Por isso, a sua efetivação pode ser exigida, inclusive, judicialmente. Assim, não podem ficar ao desabrigo da tutela judicial efetiva.

É preciso levar a sério os direitos humanos sociais e isso implica, a um só tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade material, o que certamente exige do Poder Público políticas públicas voltadas para a distribuição de renda, educação, saúde, moradia, trabalho, previdência social etc.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; CURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latino-americano*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Talca, v. 7, n. 2, p. 143–205, 2009.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ARIZA, Santiago Sastre. *Hacia una teoría exigente de los derechos sociales*. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 112, p. 253–270, abr./jun. 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57–58, p. 233–256, 1981.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111–147.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CARBONELL, Miguel. *Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Talca, v. 6, n. 2,

- p. 43–71, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional*. Revista Direito Público, Porto Alegre, n. 15, p. 5–39, jan./mar. 2007.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.
- _____. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de Direito Internacional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2010. (Coleção RT MiniCódigos).
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4.
- NEUNER, Jörg. *Os direitos humanos sociais*. Revista Direito Público, Porto Alegre, n. 26, p. 18–41, mar./abr. 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da Cunha (Coord.). Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 616–652.
- _____. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Concepção contemporânea de direitos humanos: desafios e perspectivas*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 1–28.
- _____. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado–providência*. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997.
- SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético–*

jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 553–586.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

HABERMAS E A CONSTRUÇÃO DISCURSIVO-PROCEDIMENTAL DE UMA COMUNIDADE JURÍDICA (DEMOCRATICAMENTE) AUTÔNOMA

Paulo Roberto Ramos Alves¹

RESUMO: Na ótica habermasiana, o direito moderno é consubstanciado precisamente pela possibilidade democrática. Quando parte do reconhecimento de uma situação ideal de fala, Habermas vislumbra o desenvolvimento de um sistema jurídico amparado na própria possibilidade discursiva, caracterizando a democracia de uma forma circular. Nesse aspecto, o direito não pode ser fundamentado moralmente ou, ainda, dependente de critérios políticos, mas sim resulta de um processo que reconhece a necessidade da participação popular, o que apenas é possível mediante o desenvolvimento de instituições jurídicas capazes de assegurar a situação discursiva ideal.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Direito. Habermas. Moral.Participação Popular.Política.

ABSTRACT: In Habermasian perspective, modern law is characterized precisely by the democratic possibility. When part of the recognition of an ideal speech situation, Habermas sees the development of a legal system supported in the very possibility discursive, characterizing democracy by a circular shape. In this respect, the right can not be justified morally or even dependent on political criteria, but results from a process that recognizes the need for popular participation, which is only possible through the development of legal institutions capable of ensuring the ideal discursive situation.

KEYWORDS: Democracy. Right.Habermas.Moral.Popular Participation. Policy.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Sobre a tensão entre facticidade e validade; 3 A autonomia do direito; 4 As relações co-originaárias entre Direito e moral; 5 Direito e política; 6 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O direito moderno, para Habermas, se caracteriza precisamente pela possibilidade democrática. Baseado em um princípio discursivo-procedimental

¹Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF; Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC; Advogado; pauloalvess@yahoo.com.br

(democrático), o herdeiro intelectual da Escola de Frankfurt concebe um sistema jurídico dependente de uma situação discursiva ideal, sob a qual é assentada a possibilidade de uma prática não fundamentada em argumentos morais, mas na necessária liberdade e igualdade de todos os participantes do discurso jurídico, o que, por certo, apenas é possível em um ambiente democrático.

O presente texto pretende justamente analisar a forma jurídico-democrática assumida pelo direito contemporâneo a partir da ótica habermasiana. Para tanto, inicia-se a discussão a partir do debate sobre a tensão entre facticidade e validade no âmbito jurídico para, em seguida, ater-se na possibilidade de estabelecimento de uma comunidade jurídica livre e autônoma como condição de possibilidade para a caracterização da própria autonomia do direito. Por fim, serão observadas as relações entre direito e moral e direito e política no Estado Democrático de Direito.

2 SOBRE A TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

O projeto habermasiano parte da necessidade da constituição de uma comunidade jurídica autônoma no lugar de uma esfera jurídica legislativa autônoma, entendendo que no Estado Democrático de Direito a função central é de competência do legislativo democraticamente eleito. Com tal intuito, o problema é deslocado da vetusta discussão entre direito natural/direito positivo para o debate sobre a evidente tensão entre facticidade e validade que passa a ter lugar no âmbito jurídico.

Essa tensão é elaborada por Habermas de forma dupla, ou seja, interna e externamente ao direito.² Em outras palavras, essa tensão entre facticidade e validade diz respeito, internamente, ao próprio direito, enquanto externamente faz referência à política deliberativa do estado democrático de direito. A elaboração interna dessa tensão é visualizada na forma da sua estabilização jurídica, podendo ser observada da seguinte maneira: 1) na facticidade dos procedimentos jurídicos e 2) no questionamento sobre a validade desses procedimentos.³

A questão da facticidade é observada como a necessidade de institucionalização dos procedimentos jurídicos. Isso significa que os princípios que instituem os procedimentos não se afiguram tão somente na forma de garantias

²DURÃO, Aylton Barbieri. *A tensão entre facticidade e validade no direito segundo Habermas*. ethic@. Florianópolis. n. 1. v.5, jun. 2006. p. 107-108: “Esta tensão entre facticidade e validade no direito moderno pode ser interna ou externa. A tensão interna entre facticidade e validade se manifesta em três níveis: na norma jurídica, no sistema de direitos e no estado democrático de direito. No nível da norma jurídica, os destinatários do direito podem obedecê-la por temor da coerção prevista na lei, proveniente de sua vigência social (faticidade) ou pela convicção que procede do reconhecimento de sua legitimidade (validade), porque o direito moderno permite que os agentes, orientados pela racionalidade comunicativa do mundo da vida, sigam as normas jurídicas pelo reconhecimento de sua legitimidade, enquanto os agentes, regidos pela racionalidade estratégica dos sistemas, calculam os custos e benefícios de obedecê-la como um fato social, no qual os custos são representados pelas sanções previstas em lei, na forma de multa ou pena de reclusão, enquanto os benefícios emanam dos lucros e vantagens de violá-la”.

³MOREIRA, Luiz. *Direito, procedimento e racionalidade*. In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 190.

perante o Estado, mas sim se evidenciam como estruturantes da normatividade estatal, institucionalizando o Estado como democrático de direito.⁴ Essa institucionalização dos procedimentos jurídicos direciona-se a influenciar tanto a auto compreensão de elites que manejam o direito enquanto especialistas jurídicos, como todos os envolvidos no cotidiano jurídico, ou seja, toda a comunidade.⁵

Nesse passo, conforme explica Moreira⁶, os procedimentos possuem como finalidade a efetivação da justiça e da liberdade e, em decorrência disso, operam como elementos hábeis à correção da própria falibilidade do Direito. Logo, a falibilidade do direito é normatizada pelo próprio direito, evidenciando seu reconhecimento como meio de integração social, sua competência para solucionar conflitos de forma parcial e equânime, bem como sua intrínseca capacidade de abertura às novas necessidades de normatização.

Por sua vez, a validade do direito relaciona-se com o arbítrio Estatal. Ao defender a democracia, Habermas entende que a validade dos procedimentos jurídicos depende de níveis de autonomia do sujeito de direito, bem como da harmonização entre soberania popular e direitos humanos.

A harmonização entre direitos humanos e soberania popular resulta do fato de que a pretensão dos cidadãos em regular suas ações por meio do direito, deve necessariamente reconhecer a existência de um sistema jurídico que lhes permita serem autores do próprio direito. É precisamente o reconhecimento da autonomia que permitirá a elaboração de uma teoria discursivo-procedimental que servirá como balizamento tanto para a política deliberativa como para os procedimentos judiciais.

3 A AUTONOMIA DO DIREITO

O princípio da autonomia é compreendido por Habermas como necessariamente condicionado à assunção de uma forma democrática. Melhor dito, somente é possível falar em autonomia em um ambiente que permita a emergência de um princípio democrático, resultante de uma interligação entre os princípios do discurso e a forma jurídica que tais princípios assumem posteriormente. Habermas demonstra esse entrelaçamento principiológico mediante a constatação de uma gênese lógica de direitos.

A autonomia é observada como a realização da liberdade, encontrando-se nela o próprio fundamento do estado democrático de direito. Apenas é possível se falar em autonomia jurídica sob a constatação de uma realidade que permita o livre desenvolvimento dos indivíduos. O Estado passa a ter como competência básica, portanto, a efetivação da liberdade pela normatização estatal dos direitos fundamentais. É justamente esse espaço de liberdade juridicamente produzido que

⁴MOREIRA, *Direito, procedimento e racionalidade*, p. 190.

⁵HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 190.

⁶MOREIRA, *Direito, procedimento e racionalidade*, p. 191.

permitirá, de forma reflexa, a criação do próprio direito autonomamente considerado.

A ideia de autonomia promove a expectativa de que a normatividade estatal vá de encontro à emanção da vontade livre de cidadãos associados e, como lei, seja dotada de reconhecimento universal. Essa ideia articula o conceito de sujeito de direito, evidenciando uma normatividade jurídica ao mesmo tempo autônoma – pois o processo de normatização decorre da vontade livre que possibilita a autolegislação – e heterônoma – pois a normatividade é reconhecida como proveniente de uma estrutura estatal, tida como legítima para prescrever condutas.⁷

Enquanto normatividade autônoma, os procedimentos jurídicos são conformados justamente em razão da vontade livre dos indivíduos. É o império da liberdade, caracterizado pela garantia de direitos fundamentais, que permite essa criação reflexiva e circular do direito. O direito, desse modo, cria um espaço de liberdade propício para o desenvolvimento (autônomo) do próprio direito.

Por sua vez, o direito identifica-se igualmente de forma heterônoma, eis que depende de uma realidade organizacional-estatal, considerada legítima para prescrever condutas. Em outras palavras, essa dicotomia autonomia/heteronomia caracteriza a normatividade do direito, assegurando que ela dependa, ao mesmo tempo, de um espaço de liberdade e de uma estrutura que abarque e organize os critérios emanados por esta comunidade livre.

No Estado Democrático de Direito, a norma jurídica afigura-se como expressão da liberdade e da igualdade dos cidadãos. Os indivíduos, assim, tornam-se capazes de prescrever a si mesmos a legislação, evidenciando o ordenamento jurídico como reflexo da soberania do poder legiferante (do povo). Isso evidencia uma nítida perspectiva circular, eis que a legitimidade do poder legiferante depende de situações comunicativas originárias dos cidadãos, os quais serão, de igual maneira, destinatários de prescrições normativas posteriores.

Por outro lado, esse poder é atravessado por um elemento substancial da institucionalização da liberdade, ou seja, normas de igualdade e reconhecimento exigíveis universalmente (direitos humanos).⁸ Em outras palavras, essa (auto)regulação discursiva deve estabelecer as condições de comunicação necessárias para a geração de um direito legítimo. Nesse contexto, o exercício da soberania popular depende de um núcleo mínimo condicionante, composto por determinados direitos fundamentais, que Habermas⁹ elenca sob cinco categorias básicas:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;¹⁰
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente

⁷MOREIRA, *Direito, procedimento e racionalidade*, p. 194.

⁸*Ibidem*, p. 194.

⁹HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 158-159.

¹⁰*Ibidem*, p. 121: “Direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos a aos outros, como membros livres e iguais do direito. Tal reconhecimento recíproco é constitutivo para uma ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis judicialmente”.

autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual;

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia pública e através dos quais eles criam o direito legítimo;

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)

Esse entrelaçamento lógico de direitos permite observar que, para Habermas, são necessárias garantias mínimas fundamentais que permitam determinadas liberdades subjetivas de ação ao indivíduo, bem como direitos que assegurem o status de pertencimento à determinada associação jurídica (Estado). Ademais, os indivíduos devem poder exercer tais liberdades de ação, sendo necessária a proteção jurídica individual, assim como a garantia à participação popular nos processos de formação da opinião pública e política. Por fim, unindo tais garantias básicas anteriores, Habermas demonstra a necessidade de condições de vida asseguradas social, técnica e ecologicamente, criando-se o meio necessário, portanto, para o exercício das primeiras quatro garantias.

Moreira¹¹ constata esse entrelaçamento principiológico, demonstrando que os procedimentos jurídicos são formados enquanto exigência universal de que tais garantias não sejam tão somente asseguradas, mas igualmente institucionalizadas, observando, assim, que os princípios fundantes dos procedimentos não são apresentados unicamente como garantias diante do estado, mas igualmente concebidos como estruturas próprias da normatividade estatal, institucionalizando-se no Estado Democrático de Direito. A partir disso, toma forma um movimento que caracteriza o Estado em sua forma democrática.

Habermas explicita essas categorias de direitos elencadas, buscando caracterizar um princípio discursivo amplo e, com isso, consubstanciar a fundamentação de uma comunidade jurídica autônoma. Desse modo a primeira categoria diz respeito justamente àquelas normas que autorizam os indivíduos a fazerem uso de suas liberdades subjetivas. Em outras palavras, a consideração de um direito geral e igualitário assegura a proteção à autonomia privada dos indivíduos.

Em segundo lugar, a formatação de um mecanismo jurídico hábil à regular as relações entre os indivíduos depende, primeiramente, da participação de determinada associação de atores jurídicos. Essa associação pode ser identificada na forma do Estado. Um segundo passo na gênese de uma comunidade autônoma, portanto, é justamente a possibilidade de uma ampla liberdade discursiva do cidadão no âmbito das práticas estatais.¹²

¹¹MOREIRA, *Direito, procedimento e racionalidade*, p. 191.

¹²Nesse sentido é interessante a explicação de Habermas sobre a possibilidade de renúncia ao status de membro do Estado (emigração), sendo tal renúncia justificada pelo fato de que o direito à emigração

A terceira categoria de direitos refere-se à possibilidade de exercício dos direitos subjetivos de que o indivíduo seja titular. Na qualidade de detentor de liberdades subjetivas, bem como de associado a uma determinada comunidade jurídica, o indivíduo deve possuir a faculdade de exercitar tais direitos. Habermas salienta que pessoas apenas podem mobilizar o uso da força para assegurarem seus direitos se possuírem amplo e irrestrito acesso aos tribunais. Frente ao princípio do discurso, pois, fundamentam-se direitos de igualdade.¹³

A ideia de autolegislação é o que caracteriza a quarta categoria de direitos. A autonomia do direito, com já observado, pressupõe a consideração de um princípio discursivo fundado na liberdade individual, essa liberdade refere-se precisamente à necessidade de que os sujeitos de direito ajam como autores daqueles direitos aos quais serão submetidos como destinatários. O direito deve assegurar, portanto, aquelas condições necessárias para que os indivíduos possam avaliar discursivamente a legitimidade do direito por eles criado, o que se dá por meio da opinião pública, então tendente à influência nos processos da formação da opinião legislativa.¹⁴

Por fim, Habermas atenta para a existência de um quinto conjunto de direitos fundamentais, entendendo-os como aquelas às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, de modo que as quatro categorias anteriores possam ser amplamente exercidas. Em outras palavras, os quatro primeiros direitos de participação e liberdade dependem de condições mínimas para que possam ser exercidos.¹⁵

A partir da reunião dessas categorias de direitos fundamentais, é possível o estabelecimento de critérios discursivos hábeis ao estabelecimento de uma comunidade jurídica livre e autônoma. A normatividade, por sua vez, exterioriza a tensão entre facticidade e validade para o âmbito político, afigurando-se o próprio Estado Democrático de Direito como “obra da liberdade e da universalidade da igualdade”¹⁶ entre os indivíduos.

Contrariamente à autolegislação moral – na qual o conceito de autonomia exige o respeito à lei – a autolegislação jurídica permite se observar uma divisão em autonomia pública e privada, sendo que na primeira “garante para cada indivíduo uma esfera isenta de interferências externas e lhe permite escolher os motivos pelo qual pode obedecer à lei, contanto que seu comportamento externo seja o prescrito pela lei”, enquanto a segunda “exige buscar um entendimento com os demais capaz de formar um consenso racionalmente motivado, que lhes obrigue a obedecer à lei a partir do reconhecimento da sua validade”.¹⁷

A legitimidade das normas jurídicas, dessa maneira, decorre de padrões democráticos que, por sua vez, são caracterizados pela possibilidade de formação

implica a aceitação por parte do suposto sócio (indivíduo). No outro extremo, a ampliação da comunidade por meio da imigração de estrangeiros implica na necessidade de regulação que perpassa pelos interesses dos membros e dos candidatos. HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 161.

¹³Ibidem, p. 162.

¹⁴Ibidem, p. 163-164.

¹⁵Ibidem, p. 160.

¹⁶MOREIRA, *Direito, procedimento e racionalidade*, p. 196.

¹⁷DURÃO, *A tensão entre facticidade e validade no direito segundo Habermas*, p. 108.

discursiva da opinião política. Logo, o fundamento de validade da normatividade é justamente a possibilidade de um espaço (democrático) livre, no qual seja assegurado aos indivíduos o exercício de suas liberdades subjetivas de modo em que seja possível a autolegislação.¹⁸

Não se incorre, portanto, na busca de um fundamento de ordem moral para o direito, não é possível buscar o fundamento de validade de uma norma jurídica apelando-se a normas morais ou a um pretense direito suprapositivo de base moral. O fundamento do direito é assentado justamente no princípio democrático do discurso, a partir do qual se inaugura um *locus* privilegiado para o exercício de uma ampla liberdade comunicativa.

O problema das relações entre direito e moral, entretanto, permanece intocado. Afinal, qual o papel da moral na teoria discursiva? Direito e moral relacionam-se continuamente, todavia essa relação não assume a forma de fundamento. O direito contemporâneo, para Habermas, fundamenta-se tão somente na ideia de um procedimentalismo discursivo caracterizado mediante circunstâncias ideais de fala. As relações entre direito e moral, contudo, merecem um melhor esclarecimento, conforme será a seguir delimitado.

4 AS RELAÇÕES CO-ORIGINÁRIAS ENTRE DIREITO E MORAL

Contemporaneamente, o ordenamento jurídico é constituído mediante direitos subjetivos, assegurando-se aos indivíduos a possibilidade de ação conforme suas preferências. Enquanto titulares de direitos subjetivos, é lícito aos indivíduos a realização de qualquer conduta não vedada pela norma, razão pela qual os mandamentos morais não adquirem força obrigatória juridicamente.

Desse modo, o direito se caracteriza sob dois aspectos: primeiro, em decorrência de sua positividade, ou seja, pela sua instituição mediante a promulgação política de normas modificáveis e a consequente ameaça de sanção. Em segundo lugar, pela necessidade de assegurar a liberdade, garantindo a autonomia pública e privada dos indivíduos e, com isso, assegurando a produção legítima do direito.¹⁹

A noção de autonomia é de vital importância para corretas observações sobre as relações entre moral e direito. Habermas reconhece a existência desses dois

¹⁸Interessante a observação de MELO, Rúrion Soares. *Habermas e a estrutura reflexiva do direito. Direito.gov*. São Paulo, n. 1. v. 1, 2005. p. 73-74: “Não há, portanto, um direito que se defina anteriormente à autonomia política; assim como, de acordo com sua gênese lógica, não pode haver democracia sem os direitos fundamentais. Em outras palavras, o legislador já deve assumir a posição de portador de direitos subjetivos, e estes devem ser entendidos como resultando da vontade soberana do legislador. Por essa razão, são legítimos aqueles direitos que o próprio membro de uma comunidade de direito se atribuiu, por meio de uma práxis comum de autodeterminação de normas juridicamente constituídas. Se nas três primeiras categorias os cidadãos devem ser entendidos como destinatários das leis, na quarta devem assumir o papel de autores de sua própria ordem jurídica”.

¹⁹OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; ANDRADE, Camila Cardoso de. *A relação entre direito e moral na teoria discursiva de Habermas*: porque a legitimidade do direito não pode ser reduzida à moralidade. In: Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 6091.

âmbitos normativos autônomos, porém, a moral não é entendida como um conjunto de regras capazes de fundamentar o direito. Ainda nesse aspecto, a já observada autonomia do direito, então alcançada por meio de um princípio discursivo – o que apenas é possível em um ambiente democrático –, não permite que preceitos morais ingressem no âmbito do sistema jurídico sob a forma de fundamento ou de uma pretensa norma superior à norma jurídica.

Resta, portanto, o problema relacionado à inter-relação entre direito positivo e moral autônoma. Além de reconhecer a existência concomitante da moral racional e do direito positivo, Habermas observa que existem relações entre direito e moral, todavia, como já mencionado, refuta a ideia da moral como fundamento do direito. Tais relações caracterizam-se mediante a ideia de co-originariedade, quando este afirma que “tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem lado a lado, completando-se”²⁰.

Logo, o conceito de autonomia passa a depender de uma elaboração em abstrato, evitando-se que este assumia tão somente as características de princípios morais. Além do conteúdo moral, o conceito de autonomia necessariamente deve abarcar o princípio da democracia, evidenciando o fato de que, a partir daí, os direitos humanos devem ser interpretados como direitos jurídicos, ainda que possuam conteúdo moral.²¹ Logo, o princípio da autonomia bifurca-se nas formas do princípio moral e do princípio democrático, possibilitando a demarcação do âmbito de incidência de cada uma dessas espécies normativas.

Logo, “o princípio moral assume a forma de um princípio de universalização, introduzido como uma regra de argumentação e pode ser justificado, segundo a pragmática formal, como forma de reflexão da ação comunicativa”.²² Por certo que a legitimidade de determinada ordem jurídica depende de certa simetria para com preceitos morais. Entretanto, a construção de Habermas não aponta para qualquer relação hierárquica entre direito e moral. Tratam-se, pois, de dois âmbitos normativos distintos, não havendo qualquer forma de subordinação do direito à moral ou de uma pretensa fundamentação moral da ordem jurídica.

Questões jurídicas e questões morais direcionam-se no sentido de resolução dos mesmos problemas isto é, a necessidade de ordenar legitimamente as relações interpessoais e de coordenar entre si ações por meio de normas justificadas. Nesse aspecto, Habermas entende que tanto as normas jurídicas como as normas morais tratam-se de normas de ação, sendo que tais normas referem-se aos mesmos problemas, todavia, sob ângulos distintos. Mesmo havendo pontos em comum, direito e moral distinguem-se em razão de que a moral representa uma forma do saber cultural, enquanto o direito torna-se obrigatório a partir de sua inserção no nível institucional.²³

Em outras palavras, a relação entre direito e moral não aponta para

²⁰HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 139.

²¹Ibidem, p. 139.

²²OLIVEIRA; ANDRADE, *A relação entre direito e moral na teoria discursiva de Habermas*, p. 6094.

²³op. cit. p. 141.

uma neutralidade da moral em relação ao direito, mas evidencia um trânsito de elementos morais via processo legislativo para o interior do direito. A relação de complementariedade entre direito e moral aponta para a co-originariedade entre tais âmbitos normativos, isto é, preceitos morais ingressam na ordem jurídica no momento da promulgação de determinada lei.

O legislador internaliza preceitos morais quando os considera para a proposição de determinado comando jurídico-normativo. Isso significa que os preceitos morais ingressam no direito, porém, no momento em que passam a integrar a norma jurídica, não se pode mais falar em moral (tampouco em fundamento moral), mas tão somente em direito. Dessa relação de complementariedade depende a própria legitimidade do direito. Para Habermas:

[...] uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes da legitimidade e da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca.²⁴

O problema da consideração jurídica da moral refere-se ao fato de que, em sociedades complexas, a moral apenas torna-se efetiva quando assimilada pelo direito. Isso importa no fato de que, para Habermas, direito e moral são co-originários: a moral precisa do poder coercitivo do direito, logo, a exigibilidade dos preceitos morais motiva o deslocamento da moral para o direito por meio do processo legislativo.

Se a moral necessita do poder de coerção do direito, o próprio direito igualmente passa a ser dependente do princípio democrático do discurso. Tal princípio, por sua vez, parte do fato de que se destina a legitimar o procedimento de normatização do direito. O princípio democrático pressupõe que a validade legítima das leis apenas é possível mediante o assentimento de todos os participantes do discurso jurídico.

Logo, sendo a moral racional pós-convencional um saber que apenas é capaz de obrigar por meio da convicção individualmente percebida²⁵, o princípio da democracia, então, desloca-se para outros níveis, escapando do mesmo nível em que se encontra a moral. Desse modo, o princípio democrático traduz a prática de autodeterminação dos membros do direito, reconhecidos mutuamente como iguais e livres em uma associação (jurídica) estabelecida livremente.

O princípio da democracia é caracterizado, portanto, como aquele princípio destinado a assegurar a legitimidade dos procedimentos de normatização jurídica. A partir disso, a validade das leis apenas torna-se possível se contar com o assentimento de todos os participantes do discurso jurídico. Nesse sentido, o princípio da democracia une autonomia pública e privada, possibilitando a atribuição recíproca, por parte dos cidadãos, de direitos subjetivos que asseguram as liberdades

²⁴HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 141.

²⁵DURÃO, Aylton Barbieri. *Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito*. Trans/Form/Ação. São Paulo, n. 32. v. 1, 2009. p. 120

individuais.²⁶

O processo de normatização se dá de forma discursiva, o que demonstra que os princípios da moral e do discurso não se encontram em iguais níveis, eis que o princípio democrático destina-se a assegurar a liberdade e igualdade necessárias para a caracterização de uma comunidade jurídica livre e autônoma e, com isso, assegurar as condições mínimas e ideais de fala.²⁷

Essa diferença também pode ser demonstrada pelos níveis de aplicação das esferas do direito e da moral. A moral “opera no nível da constituição interna de um determinado jogo de argumentação”, enquanto o princípio da democracia “refere-se ao nível de institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva de opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito”.²⁸

Outro aspecto no qual é possível diferenciar tais âmbitos refere-se à particularidade das normas jurídicas. As normas jurídicas são dotadas de um caráter de artificialidade, ou seja, devem possuir a capacidade de justificar aquelas condições de satisfação dos direitos, bem como apontando se tais direitos serão aptos para a constituição de uma comunidade jurídica.²⁹ Isso se dá mediante o estabelecimento de normas de organização e de fixação de competências. Em outras palavras, as normas jurídicas são auto-aplicáveis (reflexivas). Nesse sentido,

a moral racional somente pode ser convertida em prática através da internalização de seus mandamentos na consciência, na estrutura de personalidade dos atores. Ora, fazer a eficácia da ação moral depender de processos de internalização de seus comandos, é apoiá-la em bases muito frágeis.³⁰

Por isso, normas morais são destinadas à regulação de relações interpessoais e conflitos entre pessoas naturais que se reconhecem como membros de uma comunidade concreta, dirigindo a vida individualmente, conforme sua história de vida. Normas jurídicas, por sua vez, regulam relações interpessoais e conflitos entre atores que se reconhecem como membros de uma comunidade abstrata, criada por meio de normas do direito.³¹

Há nas democracias modernas a necessidade de justificar as normas jurídicas de modo que seja possível observá-las como legítimas. A legitimidade do direito apoia-se na possibilidade de um consenso racional elaborado discursivamente ou sob condições mínimas e equânimes de negociação. Portanto, para Habermas, a

²⁶DURÃO, Habermas: *os fundamentos do estado democrático de direito*, p. 126: “o princípio da democracia serve de dobradiça entre a autonomia privada e a autonomia pública, dado que, sob as condições do discurso jurídico, submetido simultaneamente à exigência do entendimento e da forma jurídica, os cidadãos têm de se atribuir reciprocamente, segundo a gênese lógica dos direitos, os direitos subjetivos fundamentais que garantem as liberdades individuais, bem como os direitos políticos de participação e comunicação”.

²⁷HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 145.

²⁸Ibidem, p. 146.

²⁹Ibidem, p. 146.

³⁰OLIVEIRA; ANDRADE, *A relação entre direito e moral na teoria discursiva de Habermas*, p. 6096.

³¹op. cit. p. 147.

ideia de igualdade democrática, na qual a situação ideal de fala é requisito, requer que o direito conserve certa referência a elementos de ordem moral.

A ideia de uma moral concorrente e juridicamente co-originária vem ao encontro da própria autonomia do direito. A moral apenas adquire força normativa quando assume a forma jurídica, logo apenas é possível avaliar a propagação dos conteúdos morais quando o direito é observado como um todo autônomo e democraticamente constituído, sendo que essa constituição jurídica depende de um contexto democrático no qual sejam asseguradas condições mínimas e equânimes para os participantes do discurso jurídico.

Por outro lado, Habermas³² atenta para o fato de que o processo legislativo, as práticas da decisão judicial institucionalizada e o trabalho da dogmática jurídica, possibilitam um alívio cognitivo ao indivíduo, que é poupado da formação de juízos morais próprios. Nesse aspecto, o direito retira dos indivíduos o poder (ônus) de definição da diferença justo/injusto, atribuindo tal capacidade unicamente ao direito, pois

[...] o direito positivamente válido, legitimamente firmado e cobrável através de ação judicial pode tirar das pessoas que agem e julgam moralmente o peso das grandes exigências cognitivas, motivacionais e organizacionais que uma moral ajustada segundo a consciência subjetiva acaba impondo a elas. O direito pode compensar as fraquezas de uma moral exigente que, se bem analisadas suas consequências empíricas, não proporcionam senão resultados cognitivamente indefinidos e motivacionalmente pouco seguros.³³

A problemática tecida por Habermas tem como ponto central a questão da legitimação ou justificação do direito. Por isso, o autor busca a fundamentação do direito no princípio da democracia, sendo tal princípio delimitado a partir de uma teoria discursiva. A legitimidade do direito não depende de julgamentos morais, não sendo reduzida a uma justificação moral das normas jurídicas, mas sim havendo a já mencionada relação de co-originariedade, na qual direito e moral relacionam-se sem que haja qualquer espécie de hierarquização.

É justamente a partir dessa delimitação que a autonomia do direito é reafirmada. Para Habermas, a autonomia não é algo que um sistema jurídico avoque por si e para si apenas. Um sistema jurídico é autônomo apenas na medida em que os procedimentos institucionalizados para a produção legislativa e para a aplicação da justiça garantam uma formação imparcial do juízo e da vontade comum, permitindo assim, que preceitos morais ingressem na política e no direito de forma co-originária, como já mencionado, transmudando-se em discursos jurídicos.

Quando realiza a pergunta sobre a possibilidade da legitimidade por meio da legalidade, Habermas observa que “a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre o direito e a moral”³⁴,

³²HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 151.

³³HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo, Loyola. 2002. p. 291.

³⁴HABERMAS, *Direito e democracia II*, p. 202.

reafirmando assim a constatação de que direito e moral não relacionam-se sob a forma de um pretense fundamento.

Nas sociedades contemporâneas, não é possível o apelo a razões morais que estabeleçam uma relação de subordinação e, com isso, legitimem o direito moralmente. Em um ambiente democrático, moral e direito distinguem-se frontalmente. Mediante o princípio do discurso, direito e moral co-originam-se em um ambiente que pressupõe (democraticamente) o assentimento de todos os afetados, buscando-se, neste assentimento, o estabelecimento da validade de tais normas de ação. Logo, quando ligado à forma jurídica, o princípio do discurso transmuda-se no princípio democrático que se abre a argumentos morais por meio do processo legislativo.

5 DIREITO E POLÍTICA

Ao passo em que a moral relaciona-se com o direito a partir da consideração de um princípio discursivo-democrático, pelo qual se torna possível a internalização jurídica de preceitos morais, a política igualmente mantém relações com o direito no sentido da possibilidade de instituição de decisões com força coletivamente vinculantes. Essa força coletivo-vinculante depende, portanto, do exercício do poder político.

Habermas parte da necessidade de estabelecimento de uma democracia radical, assim, apenas é possível se falar em relações entre direito e política (assim como entre direito e moral) quando apoiado em um princípio discursivo universal e democrático. A pretensão dos indivíduos à existência de iguais direitos pressupõe, portanto, um espaço temporal e espacialmente identificável, no qual os membros da associação estatal identifiquem-se e possam observar suas próprias ações como condicionadas por essa mesma organização.³⁵

Democraticamente a política atua mediante uma codificação jurídica que se institucionaliza na forma de direitos fundamentais.³⁶ A positivação do direito, pela política, apenas pode ser concretizada mediante a observância de garantias mínimas que forneçam as condições de participação no processo legislativo democrático.³⁷ Em

³⁵HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 170.

³⁶HABERMAS, *A inclusão do outro*, p. 293: “quando se trata de decidir se cabe ou não institucionalizar sob a forma de direitos políticos do cidadão, os pressupostos da comunicação com base nos quais os cidadãos julgam se é legítimo o direito que eles mesmos afirmam à luz do princípio discursivo, aí então o código jurídico precisa estar como tal à disposição. Para a instituição desse código, entretanto, é necessário criar o status das pessoas do direito que pertençam, enquanto portadores de direitos subjetivos, a uma associação voluntária de jurisconsortes e que efetivamente façam valer por meios judiciais suas respectivas reivindicações jurídicas. Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas de direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um medium para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele”.

³⁷op. cit. p. 170.

outras palavras, o direito precisa da organização político-estatal para assegurar seu poder de sanção, enquanto a política, ao mesmo tempo, necessita de uma codificação jurídica que é institucionalizada como garantias fundamentais.

Logo, para Habermas, “o direito não consegue seu sentido normativo pleno per se através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado a priori, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade”.³⁸ Por isso, o sentido de legitimidade do poder político não é dado pelo direito em si mesmo considerado, mas sim pelo relacionamento da política com um direito legítimo, instituído mediante um princípio discursivo-democrático universal. É justamente nesse sentido que se pode afirmar o nexo interno entre direito e política, firmando-se no entendimento de que

o estado de direito forma-se, tanto empírica como normativamente, mediante uma conexão interna entre direito e política. Começando pela perspectiva normativa, o sistema jurídico e o sistema político têm funções próprias, porém também cumprem funções recíprocas entre si na sociedade complexa. [...] O sistema político, por outro lado, permite aos agentes realizar programas coletivos de ação, pois os cidadãos que interagem não somente divergem sobre a interpretação de valores e normas morais ou jurídicas, mas também definem metas de ação que transcendem a capacidade dos cidadãos isolados e precisam ser implementadas por meio de uma estrutura política que conjugue os esforços do grupo.³⁹

Cabe ressaltar que os procedimentos democráticos de autolegislação devem ser institucionalizados. Isso significa que o exercício da soberania popular fica condicionado ao exercício do poder político, eis que a liberdade de legislar para si próprio depende de uma instância centralizadora, ou seja, de procedimentos e condições comunicativas que não podem ser dadas no plano individual. Para Habermas, a democracia moderna pressupõe o deslocamento do poder de fala do indivíduo para as organizações então capazes de, procedimentalmente, assegurarem tais discursos autolegislativos.

O exercício de liberdades comunicativas, portanto, passa a ser extremamente dependente de um contexto organizacional próprio, no qual, procedimentalmente e mediante a observância a direitos fundamentais, a liberdade comunicativa poderá ser exercida. A partir desse momento, o exercício do poder comunicativo transmuda-se no exercício do poder administrativo, centralizando-se na organização estatal a possibilidade de tomada de decisões coletivamente vinculantes. Com isso é possível compreender que

a transformação do poder comunicativo em poder administrativo somente pode ocorrer por causa da tensão interna entre direito e política dentro do estado de direito. O sistema político é um sistema funcional especializado no uso instrumental do poder administrativo, enquanto o direito permite a institucionalização do poder comunicativo gerado pelos cidadãos.⁴⁰

³⁸ HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 172.

³⁹DURÃO, Habermas: *os fundamentos do estado democrático de direito*, p. 120.

⁴⁰Ibidem, p. 129.

Institucionalizadas organizacionalmente, as liberdades individuais asseguram a formação de um direito legítimo, bem como esse mesmo direito empresta à política a forma jurídica. Dito de outro modo, Habermas entende que o direito possibilita a formação de um código binário que operacionaliza o poder jurídico como meio organizador do Estado (Democrático de Direito). A contrapartida desse fornecimento do poder jurídico ao poder político é justamente a possibilidade de que o direito passa a ter de valer-se desse mesmo poder político como meio hábil para reforçar as decisões judiciais.⁴¹

Por intermédio da subordinação do poder político (no estado de direito) ao poder discursivo dos indivíduos, as instituições do estado (democrático) de direito aderem às condições normativas da autolegislação, asseguradas por garantias fundamentais. Essa aderência, entretanto, apenas tem lugar porque a própria operacionalidade do direito possibilita a transformação do poder comunicativo em administrativo.⁴²

Habermas⁴³ esquematiza o nexos funcional entre os códigos do direito e do poder mediante a consideração que o poder possui como função própria a concretização de fins coletivos, enquanto a institucionalização do direito por parte do Estado é sua função recíproca. Já o código do direito, propriamente, possui a função de estabilização de expectativas comportamentais, enquanto reciprocamente ocupa-se dos meios de organização do exercício do poder político.

Há, portanto, uma relação interna entre direito e política,⁴⁴ na qual, em primeiro lugar, os direitos subjetivos apenas podem ser dados por meio de uma organização (estatal) com poder decisório capaz de vincular toda a coletividade (política). Em segundo lugar, a obrigatoriedade dessas decisões apenas pode ser legítima em decorrência da observância da forma jurídica que as reveste (direito).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao defender uma teoria democrática, Habermas parte da consideração do direito como produto de uma realidade discursivo-procedimental caracterizada por uma situação ideal de fala mediante a proteção de direitos subjetivos (autonomia privada). Isso permite a delimitação dos próprios critérios para a produção do direito autonomamente considerado. A autonomia do direito, para o herdeiro intelectual da Escola de Frankfurt, decorre da implementação de um princípio discursivo (e, evidentemente, democrático), no qual os interlocutores possuem liberdades mínimas de ação e de manifestação do pensamento. Essa liberdade caracteriza a democracia deliberativa habermasiana.

⁴¹HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 182.

⁴²DURÃO, Habermas: *os fundamentos do estado democrático de direito*, p. 128.

⁴³op. cit. p. 182.

⁴⁴Ibidem, p. 170.

Nesse contexto, o direito e a moral relacionam-se a partir de uma perspectiva de co-originariedade, inexistindo qualquer relação de subordinação, hierarquia ou fundamento entre tais esferas da normatividade. A moral, para Habermas, ingressa nos domínios jurídicos mediante uma relação de complementariedade, ou seja, no momento da promulgação da lei, o legislador já conta com um arcabouço moral que integrará a norma jurídica. Contudo, a partir desse momento, não se fala mais na vigência de normas morais, mas sim de normas jurídicas.

Nesse mesmo passo, Habermas atenta para as relações entre direito e política, observando que a produção jurídica depende da institucionalização por parte do Estado. O direito, assim, depende do aparato coercitivo estatal para que suas decisões sejam impostas. Ao mesmo tempo, o próprio poder comunicativo é transformado em poder administrativo, legitimando, com isso, as práticas próprias do Estado.

Nota-se, em Habermas, uma evidente perspectiva circular, eis que a geração legítima do direito passa a depender de um contexto prévio, no qual liberdades subjetivas de ação são juridicamente resguardadas. Em outras palavras, o direito depende da institucionalização dessas liberdades comunicativas e, ao mesmo tempo, é condição de possibilidade para a gênese jurídica a institucionalização dessas liberdades mediante a proteção de garantias fundamentais.

A política, então, relaciona-se com o direito justamente na forma da autonomia jurídico-discursiva. Ou seja, mediante o poder administrativo certas liberdades subjetivas de ação são institucionalizadas, atribuindo-se ao Estado o papel de defesa desse contexto minimamente necessário para o exercício de práticas discursivas. Logo, a partir de tais práticas discursivas, gera-se o democraticamente direito legítimo. Por fim, circularmente, o próprio direito gera aquelas condições para a institucionalização das garantias que asseguram a produção jurídica na ótica habermasiana.

REFERÊNCIAS

- DURÃO, Aylton Barbieri. *A tensão entre facticidade e validade no direito segundo Habermas*. ethic@. Florianópolis. n. 1. v.5, jun. 2006. p. 103-120.
- _____. Habermas: *os fundamentos do estado democrático de direito*. Trans/Form/Ação. São Paulo, n. 32. v. 1, 2009. p. 119-137.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo, Loyola. 2002.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MELO, Rúrion Soares. *Habermas e a estrutura reflexiva do direito*. Direitogv. São Paulo, n. 1. v. 1, maio, 2005. p. 67-78.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; ANDRADE, Camila Cardoso de. *A*

relação entre direito e moral na teoria discursiva de Habermas: porque a legitimidade do direito não pode ser reduzida à moralidade. In: Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 6089-6103.

A REVOGAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUTIVOS DE DIREITOS POR ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE FACTO¹

Eduardo André Galante Alves²

Ergueu-se o infante do escabelo lentamente:

“Começo a perceber a que fim vens.”

“Roga-te que lhe volvas o alvará...”

“Pois.”

“... e te garante que sobre isso procederá como vir que cumpre... falando primeiro com nós outros, de quem sabes não há-de sair senão coisa que seja tua honra e acrescentamento.”

Parou Pedro no meio da quadra procurando os olhos do irmão, que os desviava:

“O alvará que dizes está em meu poder e eu bem podia, se quisesse, justa e honestamente denegar à rainha a entrega dele. Não sei como o que me foi outorgado pelo rei meu irmão e por ela depois lembrado, requerido e outorgado, se me pode revogar sem causa.”

“Sem causa?”

“A Esmeralda Partida” - Fernando Campos

RESUMO: Na legislação portuguesa prevê-se a proibição da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos e interesses legalmente protegidos. Essa proibição não deve ser tida como sendo absoluta sob pena de não ser possível dar resposta à dinâmica das relações jurídico-administrativas, derivada, em grande parte, à grande mutação fáctica do mundo moderno. Por atos administrativos constitutivos de direitos deve entender-se aqueles em que se crie, ou amplie um direito subjetivo direitos ou em que se remova um obstáculo ao exercício de um direito preexistente, já interesses legalmente protegidos são posições de vantagem dos administrados que, em face dos princípios da boa fé e da tutela da confiança, merecem protecção. O regime português e brasileiro de revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos é muito semelhante e caracteriza-se pela proibição dessa revogação com a admissão de algumas exceções expressas ou implícitas. Em relação à revogação

¹A matéria do presente artigo coincide, em parte, com a matéria tratada no nosso trabalho final do curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento em Direito do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Urbanismo 2010/2011 intitulado “A revogação da licença, da admissão de comunicação prévia e da autorização de utilização previstas no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (com especial enfoque na revogação por alteração da situação de facto)”.

²Advogado, Mestre em Direito - área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas - pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

de atos administrativos constitutivos de direitos na sequência de alteração da situação de facto julgamos serem configuráveis alguns casos típicos em que pode existir revogação. Em decorrência do princípio do primado do direito comunitário, a proibição da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos, como consagrada no direito português, não é aplicável nos casos em que tal for contrário aos atos (administrativos ou legislativos) das instituições comunitárias.

PALAVRAS-CHAVE: Ato administrativo constitutivo de direitos. Revogação. Alteração da situação de facto.

ABSTRACT: In the portuguese legislation it is foreseen the prohibition of the revocation of the administrative acts establishing rights or legally protected interests. That prohibition should not be considered absolute or it will not be possible to respond to the dynamic of administrative juridical relations, derived, a great deal, from de great factual mutation of the modern world. Administrative act establishing rights are those in wich it is create or ampliet a right or remove a obstacle to the exercise of a right, legally protected rights arte advantageous positions of the administrated that, in light of the principals on bona fide and protection of trust are worthy of protection. The portuguese and brazilian regimes of revocation of the administrative acts establishing rights are very similar and are characterized by the prohibition of such revocation with some express or implicit exceptions. Regarding the revocation of administrative acts establishing rights after there has been a alteration of the factual situation we consider that there are some typical cases in which such is possible. Because of the principal of the primacy of european law, the revocation of the administrative acts establishing rights, as it is foreseen in the portuguese law, is not applicable in the situations in which it's contrary to (legal or administrative) acts of the European institutions.

KEYWORDS: Administrative act establishing rights. Revocation. Alteration of facts.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O ato administrativo constitutivo de direitos ou de interesses legalmente protegidos; 3 A revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos [i) no ordenamento jurídico Português, ii) brve referência ao ordenamento jurídico Brasileiro]; 4 A revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos por alteração da situação de facto [i) cessação dos pressupostos de legalidade do ato, ii) estado de necessidade, iii) alteração das circunstâncias, iv) revogação por imperioso interesse público]; 5 A especificidade do direito administrativo europeu; 6 Conclusões; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Fruto da bem conhecida (e, diga-se, muito feliz) evolução do direito

administrativo no sentido da instituição de garantias dos particulares contra o poder do Príncipe (isto é, da Administração Pública), foi-se sedimentando, com grande contributo da jurisprudência (por vezes com verdadeiras criações pretorianas), a garantia dos particulares contra a revogação dos atos administrativos em que se criasse um direito subjetivo a favor dos mesmos.

A dita garantia, que já apresenta uma longa história no ordenamento jurídico português³, é, como bem se percebe, um mecanismo de crucial importância na proteção dos direitos dos particulares e constitui um dos mais importantes limitadores do arbítrio da Administração Pública num domínio - direito administrativo - em que o mesmo sempre teve um largo campo de aplicação.

Diga-se aliás que a revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos, sem que exista uma causa muito forte para tal, é contrária ao mais básico sentido de justiça (é que esse sentido de justiça não se compadece com um “voltar atrás na palavra dada” sem que haja um motivo ponderoso para tal, o que é reforçado por estar em causa um comportamento da Administração Pública, entidade em que os particulares devem poder confiar).

Contudo, e sem perder de vista a importância da garantia em questão, a verdade é que a elevação da proibição de revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos a uma regra absoluta pode ter consequências incómodas para o interesse público, o que é exponenciado pela dinâmica da vida atual.

Assim, bem se percebe que se tenha de proteger os direitos dos particulares que tenham sido legitimamente constituídos por um ato administrativo, mas, pelo menos na nossa perspetiva, a impossibilidade absoluta de revogar ou adaptar o ato administrativo às alterações fácticas ocorridas também não é uma solução sensata, veja-se que a alteração da situação de facto pode levar a que o interesse público (e até os interesses de muitos outros privados) seja no sentido de que o ato em causa deixe de produzir efeitos, a ser assim permitir-se-ia que os interesses privados em questão prevalecessem, sem qualquer ponderação, sobre os demais interesses em presença (o que constitui uma curiosa inversão do paradigma inicial do direito administrativo, que teve o seu expoente máximo no pensamento de OTTO MAYER, de que o interesse público deve prevalecer sobre os interesses privados).

Impõe-se assim, no nosso ver, amenizar a proibição da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos de forma a permitir ter em consideração alterações fácticas que gerem um interesse público contrário à manutenção em vigor desse ato.

Assim, o presente artigo, dentro das limitações impostas pela extrema complexidade e abrangência da questão, pretende lançar algumas pistas de reflexão sobre esse assunto.

Começaremos por fazer uma breve análise do regime da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos para depois, sobre esses alicerces, refletirmos sobre a questão de fundo.

³A primeira consagração da proibição da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos no ordenamento jurídico português remonta ao artigo 54.º do Código Administrativo de 1878.

2 O ATO ADMINISTRATIVO CONSTITUTIVO DE DIREITOS OU DE INTERESSES LEGALMENTE PROTEGIDOS

Encontra-se previsto no artigo 140.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo⁴ (doravante “CPA”), que os atos administrativos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos (a que, por vezes se fará referência somente como atos administrativos constitutivos de direitos) só podem ser revogados em certos casos específicos, sendo assim a sua revogação, em regra, proibida.

Contudo, cumpre, antes de mais, apurar qual a definição de “ato administrativo constitutivo de direitos” e de “ato administrativo constitutivo de interesses legalmente protegidos”.

Antes do surgimento do CPA, e porque o artigo 18.º da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo (revogado por esse diploma legal) apenas referia que o ato administrativo poderia ser revogado se não fosse “constitutivo de direitos” (não se fazendo assim qualquer alusão aos “interesses legalmente protegidos”), existiam diferentes entendimentos sobre o conceito de “ato administrativo constitutivo de direitos”. Assim, havia quem entendesse que em tal categoria apenas se incluíam os atos administrativos em que se criasse um direito subjetivo⁵ (excluindo assim dessa categoria os atos administrativos que removessem o obstáculo ao exercício de um direito preexistente, ou seja, as autorizações) e quem, no ponto oposto, não só defendesse que eram atos administrativos constitutivos de direitos todos aqueles criassem ou ampliassem direitos e que removessem obstáculos ao exercício de um direito preexistente, como também sustentasse que, para este efeito, “direito” seria qualquer posição jurídica de vantagem que fosse atribuída a um particular (o que implicava já a inclusão do que, hodiernamente, se entendem ser os “interesses legalmente protegidos” no conceito de ato administrativo constitutivo de direitos)⁶ – consideramos ter sido esta última posição a que foi acolhida no artigo 140.º do CPA.

Contudo, e porque agora se incluiu também a menção “interesses legalmente protegidos” na disposição em causa (e, conseqüentemente, as posições de vantagem que não constituam verdadeiros direitos subjetivos têm aí agora o seu campo de proteção específico), julgamos que se deve entender que são “atos administrativos constitutivos de direitos” todos os atos administrativos que criem ou ampliem um direito subjetivo⁷ e ainda aqueles que removam um obstáculo ao

⁴Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro.

⁵Era esse o entendimento perfilhado por ROBIN DE ANDRADE (A Revogação dos Actos Administrativos, 2.ª edição, 1985, pág. 93 e seguintes).

⁶Era esse o entendimento sustentado por MARCELLO CAETANO (Manual de Direito Administrativo, Volume I, 10.ª edição, pág. 453 e seguintes), por FREITAS DO AMARAL (Direito Administrativo, Volume III, Lisboa, 1989, págs. 373 a 375) e por alguma jurisprudência (v., por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo proferido em 26 de Fevereiro de 1991 e publicado em AD N.º 356-357, pág. 1011).

⁷Sendo um direito subjetivo, utilizando a definição de MENEZES CORDEIRO (Tratado de Direito Civil Português, Volume I – Parte Geral, Tomo I, 2.ª edição, 2000, pág. 166), “uma permissão normativa específica de aproveitamento de um bem”.

exercício de um direito subjetivo preexistente.

Já no que tange ao “ato administrativo constitutivo de interesses legalmente protegidos” não é fácil delimitar, com grande rigor, quais são os atos administrativos nos quais se pode considerar que se constituiu um “interesse legalmente protegido”. Não obstante esse facto, entendemos, nas pisadas de FREITAS DO AMARAL⁸, que se poderá delimitar, ainda que provisoriamente, os atos constitutivos de “interesses legalmente protegidos” como os atos administrativos nos quais, sem se criarem ou ampliarem direitos ou sem se removerem obstáculos ao seu exercício (pois tal levaria a que estivéssemos perante um ato constitutivo de direitos), se insira “*na esfera jurídica do destinatário ou destinatários uma posição jurídica de vantagem cuja subsistência deverá, à luz dos princípios da boa-fé e da tutela da confiança, ficar à mercê do livre exercício do poder revogatório dos órgãos administrativos*”⁹.

3 A REVOGAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUTIVOS DE DIREITOS

3.1 No Ordenamento Jurídico Português

No artigo 140.º, n.º 1, do CPA encontra-se previsto que os atos administrativos que sejam válidos (isto é, que não sejam anuláveis) são livremente revogáveis (o que corporiza o chamado princípio da livre revogabilidade dos atos administrativos) a não ser quando a sua irrevogabilidade resultar de vinculação legal¹⁰ [alínea a)], quando forem constitutivos e direitos ou de interesses legalmente protegidos [alínea b)] e quando deles resultarem, para a Administração, obrigações legais ou direitos irrenunciáveis¹¹ [alínea c)].

Já no artigo 140.º, n.º 2, do CPA acha-se estabelecido que os atos administrativos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos são revogáveis na parte em que forem desfavoráveis aos interesses dos seus destinatários [alínea a)]¹² ou quando todos os interessados derem a sua concordância (que pode ser

⁸Curso de Direito Administrativo, Volume II, 2.ª Edição, 7.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 445.

⁹MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (Direito...’, Tomo III, pág. 195) ao invés de utilizarem a expressão “atos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos” preferem utilizar a expressão unificada “atos favoráveis aos seus destinatários”, julgamos contudo que a dita expressão não tem o mesmo escopo que as utilizadas no artigo 140.º, n.º 1 do CPA e que, para além disso, é útil distinguir entre o domínio do direito subjetivo e das meras situações de vantagem.

¹⁰O que aqui se prevê é que os atos administrativos que forem praticados ao abrigo de poderes vinculados, ou seja, aqueles atos que não foram praticados, totalmente, ou pelo menos em parte significativa, no exercício de poderes discricionários, não podem ser revogados, pois essa revogação seria ela própria ilegal por violar a vinculação legal em questão.

¹¹Segundo FREITAS DO AMARAL (Curso...’, Volume II, pág. 439) o termo “obrigações legais” refere-se a obrigações decorrentes da lei que são declaradas pelo ato administrativo em questão.

¹²Essa revogação parcial não pode, obviamente, ocorrer quando a parte em causa (por exemplo, um ónus

expressa ou tácita¹³) à revogação do ato e não estejam em causa direitos ou interesses indisponíveis [alínea b)].

A estes casos tem a doutrina e a jurisprudência acrescentado, tradicionalmente, mais outros três casos em que se poderão revogar atos administrativos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos.

Assim, os atos administrativos constitutivos de direitos ou de interesse legalmente protegidos podem também ser revogados na sequência de recurso hierárquico ou de reclamação apresentada por interessados após a emissão do ato em causa (geralmente contrainteressados) no prazo previsto para o efeito - 15 dias - (cfr. o artigo 161.º e seguintes do CPA);

Podem também os atos administrativos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos ser revogados quando exista estado de necessidade¹⁴ e esse seja o único meio para obter o resultado visado (que se deve correlacionar com a necessidade de acudir à situação de emergência que motiva o estado de necessidade), tendo os lesados direito a serem indemnizados (cfr. o artigo 3.º, n.º 2, do CPA);

Por último, um ato administrativo que, normalmente, seria constitutivo de direitos ou de interesses legalmente protegidos, pode ainda ser revogado se for um ato administrativo precário (isto é, como refere SÉRVULO CORREIA¹⁵, se for uma matéria em que a Administração pode, a todo o tempo, modificar a relação jurídico administrativa em causa, no que se inclui o poder de a Administração pura e simplesmente revogar o ato em causa). Em rigor, não está, contudo, em causa uma exceção ao regime da proibição da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos, posto que esses atos, por serem precários, não chegam sequer a constituir direitos ou interesses legalmente protegidos na esfera dos seus destinatários. A natureza precária do ato pode resultar da lei, como sucedia no antigo regime do uso privativo do domínio público hídrico, ou da aposição de uma reserva de revogação.

A reserva de revogação constitui uma cláusula acessória (e por isso, a ser admissível em termos gerais, encontrará a sua fonte legal no artigo 121.º do CPA) ínsita no ato administrativo onde se permite à Administração revogar o ato em questão quando considere que tal é oportuno. A admissibilidade da figura em questão tem sido

ou um encargo) tenha de existir por força da lei (como sucede quando a lei imponha a existência desse ónus ou desse encargo para que o destinatário possa exercer o direito em causa), pois tal revogação seria já ilegal uma vez que seria contrária a uma vinculação legal e assim igualmente uma violação do princípio da legalidade da atuação administrativa (artigo 3.º do CPA).

¹³Neste sentido ver MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM ('Código do Procedimento Administrativo Comentado', 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 679), mais aí referem esses autores que esse consentimento pode até ocorrer após a prolação da revogação, o que sanaria a ilegalidade desse ato adveniente da violação do artigo 140.º, n.º 1, alínea b), do CPA.

¹⁴Como refere PAULO OTERO ('Legalidade e Administração Pública - O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade' Almedina, 2003, pág. 906 e seguintes), o estado de necessidade pressupõe a existência de circunstâncias de facto extraordinárias que geram a necessidade e a urgência da atuação em causa - neste sentido ver também DIOGO FREITAS DO AMARAL e MARIA DA GLÓRIA GARCIA ('O Estado de Necessidade e a urgência em direito Administrativo', in ROA ano 59, págs. 447 e seguintes).

¹⁵'Noções de Direito Administrativo', Volume I, Danúbio, Lda., Lisboa, 1982, pág. 501.

questão controvertida na doutrina¹⁶ (embora, por exemplo, no ordenamento jurídico alemão se encontre prevista à possibilidade de se apor uma reserva de revogação nos atos administrativos – v. o § 49, n.º 2, ponto 1, da *Verwaltungsverfahrensgesetz*). Quanto a nós consideramos que a reserva de revogação só pode existir quando expressamente previsto na lei, do que não conhecemos nenhum exemplo em Portugal, ou, excecionalmente, quando exista um especial interesse público que exija que tal suceda (caso esse em que a reserva de revogação se fundaria no já referido artigo 121.º do CPA).

3.2 Breve Referência ao Ordenamento Jurídico Brasileiro

Na Súmula Vinculante n.º 473 do Supremo Tribunal Federal, proferida em 3 de Dezembro de 1969¹⁷, constava já que:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Na Lei n.º 9784/99, de 29 de Janeiro, fixaram-se as normas básicas a observar pela Administração Pública Federal, direta e indireta, no procedimento administrativo, tendo tal regime como especial intento a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração (v. o artigo 1.º).

No artigo 53.º da Lei n.º 9784/99 prevê-se, tendo claramente por base o disposto na Súmula Vinculante acima referida, que “[a] Administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivos de conveniência ou oportunidade respeitados os direitos adquiridos”.

No Capítulo XV (artigos 56.º a 65.º), com a epígrafe “do Recurso Administrativo e da Revisão”, prevê-se a possibilidade de os administrados interporem recurso administrativo das decisões administrativas, podendo fazê-lo por razões de mérito ou de legalidade (artigo 56.º). Tal recurso será, em primeiro lugar, apreciado pelo autor do ato, que se não reconsiderar a decisão em causa, no prazo de 5 dias, deverá encaminhar o recurso para o seu superior hierárquico a quem cabe então decidir o mesmo (§ 1.º do artigo 56.º). Prevê-se no artigo 64.º que, na sequência da apreciação do referido recurso, poderá a autoridade administrativa em causa confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida.

¹⁶ROGÉRIO SOARES (‘Interesse Público, Legalidade e Mérito’, Coimbra 1955, pág. 445) e ROBIN DE ANDRADE (‘A Revogação...’, pág. 177) admitem que possa existir reserva de revogação aposta em atos administrativos, já MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM (‘Código ...’), apesar de não chegarem a oferecer a sua opinião sobre a admissibilidade da reserva de revogação, elencam aí os entendimentos existentes sobre a sua inadmissibilidade.

¹⁷Na Súmula Vinculante n.º 346 do Supremo Tribunal Federal, proferida em 13 de Dezembro de 1963, havia-se já estabelecido que a Administração podia declarar a nulidade dos atos que houvesse praticado.

4 A REVOGAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUTIVOS DE DIREITOS POR ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE FACTO

Supra já vimos que existem algumas exceções à proibição da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos que permitem que os mesmos sejam revogados (com eficácia *ex nunc*) e que mais comumente têm sido admitidos pela doutrina e pela jurisprudência, deixámos contudo para momento posterior a análise global das situações em que, em decorrência da alteração da situação de facto, se pode equacionar a revogação dos atos administrativos *sub iudice*, é isso que agora nos propomos fazer.

Ora, por alteração da situação de facto queremos dizer uma mutação da realidade factual (e não por portanto uma mutação do direito aplicável), alteração essa que tanto pode ser referente aos factos concernentes à relação jurídico-administrativa ínsita no ato administrativo em questão como de outros factos que não estando diretamente relacionados com a mesma possam vir a influir com ela (por exemplo, a ocorrência de uma mudança no leito de um rio pode influir nas licenças de construção da zona circundante).

Assim, julgamos que alteração da situação de facto é, por excelência, o campo em que a proibição da revogação de atos administrativos constitutivos de direitos apresenta maior fragilidade, é que uma coisa é defender que o ato praticado pela Administração com base em certos pressupostos fácticos específicos e no enquadramento geral da realidade fáctica ao tempo da emissão do mesmo se deve manter enquanto tal se mantiver, outra coisa, e já, diríamos nós, algo irrealista, é entender que o ato se deve manter quando a situação de facto tenha sofrido uma mutação e o mesmo se encontre já desfasado do seu circunstancialismo fáctico (até pode ser perigoso para os próprios particulares que se sustente esse entendimento, pois, como é sabido, havendo, por exemplo, interesses públicos sérios contra a manutenção de certo ato a Administração procurará algum meio para o fazer cessar¹⁸, podendo a mesmo portanto lançar mãos de mecanismos, preventivos ou não, para alcançar esse fim, meios esses que poderão fazer diminuir ou até desconsiderar as garantias dos particulares, como seja, por exemplo, a precarização excessiva dos atos administrativos para permitir a sua livre revogabilidade).

Vejamos pois os quatro casos em que consideramos que a alteração de situação fáctica pode legitimar a revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos:

4.1 Cessação dos Pressupostos de Legalidade do Ato

A primeira questão que se coloca é saber se, e em que termos, podem os atos administrativos constitutivos de direitos ser revogadas por ter desaparecido um dos pressupostos da sua legalidade (ou seja, vamos abordar parte da temática

¹⁸Tal qual é referido na expressão anglo-saxónica “where there’s a will, there’s a way”.

geralmente conhecida como “ilegalidade superveniente”). É que, a emissão dos atos administrativos encontra-se geralmente sujeita à verificação de uma série de factos sem os quais os atos administrativos que fossem emitidos seriam ilegais. Mas qual é a consequência do desaparecimento desses requisitos em atos administrativos que sejam constitutivos de direitos?

Existem, três posições que retiram consequências deste “desaparecimento”:

1.^a - a primeira é sustenta que tal implica a ilegalidade superveniente do ato em causa, a qual fundaria a revogação por ilegalidade desse ato (mas com a eficácia retroativa limitada ao período a seguir ao desaparecimento do pressuposto em causa)¹⁹;

2.^a - a segunda posição argui que tal cessação dos pressupostos origina a caducidade do ato administrativo em causa, a qual deve ser declarada pela Administração;

3.^a - a última posição é no sentido de que o desaparecimento desses pressupostos constitui a Administração no dever de revogar o ato administrativo em crise²⁰ sem ser com base na sua ilegalidade.

Quanto a nós concordamos, in totum, com o que é defendido por ROBIN DE ANDRADE²¹ sobre esta questão, assim refere este Autor que não pode um ato tornar-se ilegal supervenientemente, já que, de acordo com o princípio geral de direito administrativo *tempus regit actum*, a ilegalidade do ato é aferida, e tem sempre por referência, o momento em que o mesmo é praticado. Assim, deve-se aferir quais dos requisitos exigidos para a prática do ato em causa o são apenas para a prática do ato (e que portanto só têm relevância no momento em que o mesmo é praticado) e quais são aqueles que se devem manter durante o período de vigência do mesmo, é que apenas o desaparecimento do segundo tipo de requisitos antes referido pode originar consequências para o ato em causa. De seguida, refere esse Autor que dos pressupostos que sejam exigidos para a “manutenção da situação jurídica constituída” se deve distinguir entre aqueles cuja falta originaria a nulidade do ato que fosse emitido e aqueles cuja falta apenas originaria a anulabilidade dos mesmos, pois caso desapareça um pressuposto do primeiro tipo o ato em causa caducará (bem se percebe que assim seja, já que se estamos perante uma causa geradora de nulidade originária a sua verificação posterior origine a caducidade do ato em causa), já a falta de um pressuposto do segundo tipo apenas investe a Administração na obrigação de revogar o ato administrativo em apreço. Mais refere este Autor que tanto a caducidade como a obrigação de revogação existirão se estiverem em causa atos administrativos “constitutivos de direitos”, pois deve-se partir do pressuposto de

¹⁹Neste sentido ver SANTI ROMANO (‘Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi’, in ‘Scritti in onore di G. Vaccheli, 1932, pág. 435), ROGÉRIO SOARES (‘Interesse Público, Legalidade e Mérito’, Coimbra, 1955, pág. 445, págs. 379 e 399) e FILIPA CALVÃO URBANO (‘Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código do Procedimento Administrativo’, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 54, 2005, pág. 39) neste sentido ver também o Acórdão do STA proferido em 29 de Abril de 1955 (caso de Aida Pinheiro).

²⁰Neste sentido ver ZANOBINI (‘Corso di Diritto Amministrativo, Volume V, 8.ª edição, Milão 1958, pág. 88) e LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES (‘Anulação Administrativa ou nulla annullatio sine iudicio?’, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 79, 2010, pág. 12 e seguintes).

²¹A Revogação dos Actos Administrativos’, 2.ª edição, Coimbra Editora, pág.188 e seguintes.

que “a lei condiciona a subsistência dos efeitos jurídicos do acto à manutenção dos pressupostos da legalidade desse acto”.

Um exemplo do que antes dissemos é, na nossa opinião, o requisito necessário para que seja emitida a autorização de utilização de um edifício ou fração de que existam condições de salubridade e de segurança. É que tais requisitos são inequivocamente necessários para a manutenção da situação jurídica em causa (isto é, para que se possa continuar a realizar o uso pretendido). Pelo que se um edifício ou fração deixar de ter condições de salubridade ou segurança a Administração, por, no nosso ver, não estar em causa um causa que desse origem à nulidade do ato, fica investida na obrigação legal de revogar a autorização de utilização.

4.2 Estado de Necessidade

Podem também os atos administrativos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos ser revogados quando exista estado de necessidade²² e esse seja o único meio para obter o resultado visado (que se deve correlacionar com a necessidade de acudir à situação de emergência que motiva o estado de necessidade), tendo os lesados direito a serem indemnizados (cfr. o artigo 3.º, n.º 2, do CPA).

No estado de necessidade estarão em causa situações de facto supervenientes de tal forma importantes e urgentes (v. g. uma catástrofe natural ou um atentado terrorista) em que, de forma excecional, se admite que se possa atuar em derrogação das normais normas que regulam a atividade da Administração Pública (mormente em derrogação da proibição de revogação dos atos administrativos “constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos”).

O estado de necessidade, pela excecionalidade dos factos que lhe podem dar azo, não pode contudo oferecer respaldo a todos os casos configuráveis, pelo menos em abstrato, como exceções à proibição da revogação dos atos administrativos “constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos”.

4.3 Alteração das Circunstâncias

Com base na teoria da imprevisão do contrato administrativo e da cláusula rebus sic stantibus dos contratos civis – cfr. o artigo 437.º do Código Civil – (que, curiosamente, brotou da teoria da imprevisão), e tendo em atenção a especial natureza modal dos atos autorizativos no âmbito do direito do ambiente (que assumem uma

²²Como refere PAULO OTERO (‘Legalidade e Administração Pública – O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade’ Almedina, 2003, pág. 906 e seguintes), o estado de necessidade pressupõe a existência de circunstâncias de facto extraordinárias que geram a necessidade e a urgência da atuação em causa – neste sentido ver também DIOGO FREITAS DO AMARAL e MARIA DA GLÓRIA GARCIA (‘O Estado de Necessidade e a urgência em direito Administrativo’, in ROA ano 59, págs. 447 e seguintes).

natureza quase contratual, e tendo presente que, exceto em certos casos específicos, a Administração pode optar por emitir um ato administrativo ou outorgar um contrato administrativo (sendo que a Administração no domínio do contrato administrativo dispõe do poder para resolver o contrato administrativo por motivos de interesse público), Carla Amado Gomes²³ veio sustentar, primariamente para os atos autorizativos ambientais e posteriormente para todos os atos administrativos constitutivos de direitos, que os mesmos poderiam ser modificados ou revogados com base na alteração das circunstâncias (ou seja, com fundamento na superveniência de factos anormais que afetam gravemente o equilíbrio da relação jurídico-administrativa em questão).

Consideramos que os atos administrativos constitutivos de direitos (entre os quais se encontram os atos administrativo ora em apreço) podem efetivamente ser modificados ou revogados com base na alteração das circunstâncias, já que, como a aludida Autora bem refere, a alteração das circunstâncias encontra-se elevada a princípio geral de direito (o que quer dizer que, por esse motivo, faz parte do bloco legal de direito administrativo, não se colocando assim a questão da violação do princípio da legalidade, de todo o modo retomaremos esta questão infra).

Sucede contudo que as situações em que se pode lançar mão do instituto da alteração das circunstâncias são algo reduzidas, pois, como a aludida Autora refere²⁴, para que esse instituto possa ser acionado tem de estar em causa um facto novo “impossível de antever por qualquer das partes”, mais se exigindo que tal coloque em causa as circunstâncias de facto que estiveram na origem do contrato²⁵ (neste caso, do ato administrativo) e exige-se igualmente (o que é ainda de mais difícil preenchimento), que a situação criada por esse “facto novo” seja incomportável (por ser muito onerosa ou ser atentatória dos princípios da boa-fé). Ficam assim, desde logo, de fora do âmbito de aplicabilidade do instituto da alteração das circunstâncias, como fundamento da modificação ou revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos, os factos novos que, embora impliquem que passe a existir um sério interesse público em que se revogue o ato administrativo em causa, não digam respeito a factos que estiveram na origem do dito ato administrativo.

4.4 Revogação por Imperioso Interesse Público

Por último, quando não se encontre preenchida nenhuma das exceções (acima descritas) à proibição de revogação dos atos administrativos “constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos”, poder-se-á recorrer ao mecanismo da revogação dos atos administrativos por imperioso interesse público (para o que se exige que se tenham verificado factos que fazem com que exista um interesse

²³Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente’, Coimbra Editora, 2007, pág. 708 e seguintes.

²⁴Risco’, pág. 705.

²⁵Sobre este requisito ver, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa proferido em 12 de Fevereiro de 2004 (processo n.º 535/2004-6, disponível em www.dgsi.pt).

público inadiável que clama pela revogação dos atos administrativos “constitutivos de direitos”).

Essa hipótese tem sido defendida entre nós, desde logo, por Pedro Gonçalves²⁶. Segundo esse autor não faria sentido que se proibisse a revogação de atos administrativos constitutivos de direitos quando a Administração Pública pode expropriar ou requisitar bens imóveis dos particulares, e, no âmbito do regime dos contratos administrativos, a Administração pode, como vimos, resolver um contrato administrativo por motivos de interesse público. Assim se se gerar uma situação de interesse público na revogação de um ato administrativo “constitutivo de direitos” que deva prevalecer sobre os direitos ou interesses em causa esse Autor entende que passaria a ser possível revogar o ato em causa por “motivos de imperioso interesse público”.

Diogo Freitas Do Amaral²⁷ também admite esta possibilidade, mas só quando estejam em causa situações de verdadeira exceção (de forma a não subverter o regime da proteção dos atos constitutivos de direitos) e tal se encontrar previsto na lei.

Robin De Andrade²⁸ refere que admitiria a revogação de atos administrativos constitutivos de direitos” por motivos de imperioso interesse público apenas quando tal se encontrasse expressamente previsto na lei (sob pena de violação do princípio da legalidade da atuação administrativa), posição que também é sustentada por Mark Kirkby²⁹ e por Gomes Canotilho³⁰. Porém, mais recentemente, Robin De Andrade³¹ veio, nas pisadas de Pedro Gonçalves, apontar a incongruência de se permitir a resolução dos contratos administrativos por motivos de interesse público e de não ser possível revogar os atos administrativos pela mesma razão³². Também Ernst Forstoff³³ admitia a revogação de atos administrativos constitutivos de direitos por motivos de imperioso interesse público.

Neste sentido, Garcia De Enterra e Tomas-Ramon Fernández³⁴ referem que a proibição pura e simples da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos pode gerar situações de desequilíbrio entre os interesses públicos e privados, pelo que nesses casos até seria equacionável a revogação com indemnização (como se estivesse em causa uma expropriação), porém, tal, em função do princípio da

²⁶Revogação (de actos administrativos), in Dicionário Jurídico da Administração Pública, Lisboa, 1991, pág. 316

²⁷Curso de direito administrativo, Volume II, 2ª edição, Lisboa, pág. 448

²⁸A revogação dos actos administrativos, 2ª edição, Coimbra, 1985, pág. 378

²⁹Contratos sobre o exercício de poderes públicos – o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral, Coimbra Editora, 2011, pág. 420 e seguintes.

³⁰O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos, Almedina, 1974, pág. 239 e seguintes.

³¹Revogação...’, pág. 39 e seguintes.

³²Neste sentido ver VIEIRA DE ANDRADE (‘A «revisão» dos actos administrativos no direito português’, Cadernos de Ciência de Legislação, nºs 9/10 e 11, pág. 196 a 198), que no entanto parece apenas defender a revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos por motivos de imperioso interesse público como uma solução de iure condendo.

³³Traité de Droit Administratif Allemand, Bruxelas, 1969, traduzido, por MICHEL FROMANT, do alemão Lehbuch des Verwaltungsrechts, 9.ª edição, 1966, págs. 404 e 405.

³⁴Curso de Derecho Administrativo, Volume I, 11.ª edição, Madrid, 2002, pág. 651 e 652.

legalidade, só seria possível quando expressamente previsto na lei, o que não sucede no ordenamento jurídico espanhol.

Já Hely Lopes Meirelles³⁵ refere que quando um ato irrevogável se torne inconveniente para o interesse público pode ser “suprimido” “mediante indemnização completa dos prejuízos suportados pelo seu beneficiário”³⁶, pois o beneficiário não pode manter situações jurídicas que sejam contrárias ao interesse público.

Também Paulo Otero³⁷ refere que os atos administrativos “constitutivos de direitos” podem ser objeto de um ato ablativo ou expropriativo “por razões de interesse público sujeitas a um princípio de necessidade”, desde que tal conste em norma habilitadora expressa e se preveja uma justa indemnização para o interessado que tenha visto o seu direito cerceado. Mais refere este Autor que “se o direito fundamental de propriedade privada é passível de ser objecto de um acto expropriativo válido, por maioria de razão certos direitos ou interesses conferidos pela Administração Pública podem ser, verificados os respectivos requisitos legais, objecto de actos ablativos, envolvendo sempre, todavia, o pagamento de uma justa indemnização”.

Em concreto no que tange à revogação da licença, da admissão de comunicação prévia e da autorização de utilização também tem vindo a ser sustentado a esse propósito (e no contexto da análise do artigo 73.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação) que esses atos administrativos ‘constitutivos de direitos’ podem ser revogados por motivos de imperioso interesse público³⁸. Em relação a esta questão Fernando Alves Correia³⁹ refere que, tendo a doutrina vindo a sustentar, de forma unânime, que a proibição da revogação dos atos administrativos “constitutivos de direitos” se funda nos princípios da boa-fé e da tutela da confiança, sempre que não exista, em concreto, essa confiança do particular na manutenção da sua posição de vantagem, esses atos não se encontram abrangidos por essa proibição e, por isso, podem ser revogados⁴⁰.

³⁵Direito Administrativo Brasileiro’, 26.ª edição, 2001, pág. 193.

³⁶Este Autor dá como exemplo dessa “supressão” o seguinte caso “[c]ssa situação panteia-se mui comumente na prática, quando, após a expedição de uma licença para construir, resolve a Prefeitura alargar a via pública ou realizar qualquer outra modificação no traçado urbano que impeça a construção nos moldes aprovados. Neste caso, poderá ser revogada a licença regularmente expedida, para impedir a edificação desconforme com os planos urbanísticos da Municipalidade, mas terá o particular direito à composição de todos os danos decorrentes do desfazimento do ato administrativo de que era legítimo beneficiário. E esta composição patrimonial se fará por via expropriatória ou por via indemnizatória comum, conforme o caso ocorrente”.

³⁷Legalidade e Administração Pública – O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade’, Almedina, 2003, pág. 953, nota de rodapé n.º 635.

³⁸É o caso de FERNANDA PAULÁ OLIVEIRA, MARIA CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES e FERNANDA MAÇÃS (‘Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado’, 3.ª edição, Almedina, 2011, pág. 551 e 552) que remetem para o pensamento de PEDRO GONÇALVES, ver também FILIPA URBANO CALVÃO (‘Cláusulas Acessórias em Direito Administrativo: da sua posição aos atos administrativos e contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos’, tese de doutoramento FDUC, 2009, págs. 374 e 375).

³⁹Manual de Direito do Urbanismo’, Volume III, Almedina, 2010, págs. 215 e 216.

⁴⁰Este argumento é compartilhado com VIEIRA DE ANDRADE (A «revisão» dos actos administrativos no direito português’, Cadernos de Ciência de Legislação, n.ºs 9/10 e 11, pág. 197) e com FILIPA URBANO CALVÃO (‘Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código do

Veja-se que o Supremo Tribunal Administrativo, no seu Acórdão proferido em 17 de Novembro de 1961⁴¹, chegou a aludir à possibilidade de serem revogados “atos administrativos constitutivos de direitos” mediante indemnização aos lesados, mas no caso em concreto não se chegou a decidir a questão nesse sentido por estar em causa uma revogação de um ato administrativo constitutivo de direitos (uma pensão) sem qualquer motivo atendível.

Consideramos que, pelas razões acima expostas, podemos afirmar que, pelo menos de iure condendo, seria de extrema utilidade prever expressamente a possibilidade de os atos administrativos “constitutivos de direitos” serem revogados por motivos de imperioso interesse público (mediante a atribuição de justa indemnização aos particulares que sejam lesados).

Creemos contudo que tal revogação até se encontra efetivamente prevista no nosso ordenamento jurídico, se não vejamos os seguintes exemplos de possíveis atuações da Administração Pública:

- 1 – pode resolver por interesse público os contratos administrativos (cfr. o artigo 334.º do Código dos Contratos Públicos);
- 2 – pode expropriar a propriedade privada;
- 3 – pode, em estado de necessidade e em derrogação das suas normais competências e limitações (e com indemnização dos particulares lesados), revogar os atos administrativos constitutivos de direitos⁴²;
- 4 – pode, nos termos do artigo 163.º, n.º 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, recusar-se legitimamente a dar execução a uma decisão judicial se a execução em causa desse lugar a um grave prejuízo para o interesse público.

De tudo o que antes se disse consideramos que se extrai um princípio geral de direito administrativo no sentido de que a Administração pode pôr termo a uma relação jurídico-administrativa quando para tal haja um imperioso interesse público, princípio esse que, tendo em conta que o princípio da legalidade deve ter em conta todo o bloco de legalidade do ordenamento jurídico, é suficiente para fundar a revogação dos atos administrativos “constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos” por motivos de imperioso interesse público (desde que acompanhada de justa indemnização) – veja-se que Sérvulo Correia⁴³ e Afonso Queiró⁴⁴ são da opinião (de que compartilhamos) de que os princípios gerais de direito, como fontes de direito, têm valor normativo, e, por fazerem parte do bloco de legalidade, são suficientes para satisfazerem a dimensão de reserva de lei do princípio da legalidade⁴⁵.

Procedimento Administrativo’, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 54, 2005, pág. 41).

⁴¹Processo n.º 60063, publicado na Coleção de Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, Volume XXVII (1961), pág. 788 e seguintes.

⁴²Veja-se que os motivos de imperioso interesse público podem com grande facilidade resvalar para situações de estado de necessidade, onde os custos, lato sensu, poderão ser já bem maiores do que se fosse admissível a revogação nesse momento previ (isto é com base no imperioso interesse público).

⁴³Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos’, Almedina, págs. 732 e 733.

⁴⁴Nem se diga que não pode haver interpretação contra os administrados, pois, como refere MARCELLO CAETANO (‘Manual...’, Volume I, pág. 129 a 134), a interpretação das normas administrativas faz-se, excepto no que concerne à integração de lacunas, como qualquer outra norma.

⁴⁵Em ‘A Revogação dos Actos Administrativos Válidos’ (tese de mestrado em direito – área de especialização

De resto, como em outro lugar tivemos oportunidade de referir mais detidamente⁴⁶, somos da opinião⁴⁷ de que a proibição da revogação dos atos administrativos ‘constitutivos de direitos’ também se funda nos princípios da boa-fé e da tutela da confiança dos administrados (e na promoção da segurança jurídica) mas tem a sua principal motivação no respeito devido pela Administração Pública pelas posições jurídicas subjetivas dos particulares (encontra-se previsto no artigo 266.º, n.º 6, da CRP que “a Administração visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”⁴⁸, o mesmo se encontrando previsto no artigo 4.º do CPA). Quer isto dizer que a Administração se encontra investida no dever de respeitar os direitos subjetivos e os interesses legalmente protegidos dos interessados, o que consideramos decorrer, essencialmente, do direito fundamental à propriedade privada previsto no artigo 62.º da CRP.

Ora, no nosso ver, a revogação de atos constitutivos de direitos por imperioso interesse público constitui um dos casos em que a garantia do titular do direito fundamental à propriedade privada de não intromissão na sua esfera patrimonial é substituída pela garantia de lhe ser atribuído o valor do bem patrimonial em questão (a chamada “garantia valor”⁴⁹), do que decore que, nesses casos, o administrado tem direito a receber o valor patrimonial dos direitos e dos interesses ínsitos no ato revogado.

Esse valor deve ser fixado, por não existir meio próprio para o efeito, de acordo com as regras procedimentais – *v. g.* a realização de uma arbitragem independente – aplicáveis à determinação do valor da indemnização pela expropriação⁵⁰, se bem que, em rigor, consideramos estar aqui em causa um caso de responsabilidade civil do Estado pelo sacrifício imposto ao particular⁵¹ (como previsto no artigo 16.º do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas – Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro), já que está em causa um ato administrativo lícito lesivo para os particulares. Contudo, também nesse regime não se acha previsto o procedimento aplicável à determinação do quantum da indemnização que deve ser atribuída aos administrados, e sendo a simples aplicação do CPA desadequada para tal, consideramos que também na determinação da indemnização pelo sacrifício se deve aplicar o dito procedimento.

Sendo que imperioso interesse público é todo aquele interesse público

em ciências jurídico-políticas na FDUL -, prova pública realizada em 30 de Maio de 2011), página 93 e seguintes.

⁴⁶Na linha do que é referido por MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (‘Direito Administrativo Geral’, Tomo I, 3.ª edição, Dom Quixote, 2008, págs. 210 a 214).

⁴⁷Sobre este princípio ver MARCELO REBELO DE SOUSA (‘Lições de Direito Administrativo’, Volume I, 1994/95, pág. 109 a 123) e MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (‘Direito Administrativo Geral’, Tomo I, 3.ª edição, Dom Quixote, 2008, págs. 210 a 214).

⁴⁸Ver GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (‘Constituição da República Portuguesa Anotada’, Volume I, Coimbra Editora, 2007, pág. 62).

⁴⁹O Código das Expropriações foi aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro.

⁵⁰Sobre a inclusão da emissão de atos administrativos lícitos mas onerosos para os particulares na responsabilidade civil pelo sacrifício ver CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA (‘Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado’, Coimbra Editora, 2008, pág. 300 e seguintes).

⁵¹Sobre esta questão ver, por todos, FREITAS DO AMARAL (Curso...’, Volume II, pág. 35 e seguintes).

(sendo que “interesse público” é uma definição maleável e embora, em geral, se possa referir que representa a satisfação das necessidades coletivas da população, deve ser a lei a definir os vários tipos de interesse público que cada órgão da administração deve prosseguir⁵²) que, numa relação mais apertada do que a prevista para a subvertente do princípio da proporcionalidade conhecida como “proporcionalidade stricto sensu”, se mostre significativamente mais relevante do que os direitos ou interesses privados em questão.

5 A ESPECIFICIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO EUROPEU

O que antes dissemos tem como ponto de referência a legislação portuguesa integrada num ambiente de princípios e normas de direito administrativo que derivam da evolução, paulatina mas segura, que foi sendo operada pela jurisprudência, pela doutrina e pelo legislador de Portugal.

Contudo, é preciso não esquecer que Portugal é, desde 1986, membro da União Europeia (então Comunidade Económica Europeia), e, por isso, faz parte do seu ordenamento jurídico todo o direito comunitário (isto é, o constante dos tratados e do direito comunitário derivado - atos emanados das instituições da União Europeia⁵³).

Assim, no âmbito da União Europeia têm-se desenvolvido um denominado “Direito Administrativo Europeu”⁵⁴ que, para o que agora importa, integra tanto os atos (não legislativos) praticados pelas instituições da União Europeia como a própria legislação europeia que verse sobre matérias que integram o direito administrativo.

É que, como já parece ser pacífico entre a doutrina e a jurisprudência, o direito comunitário (tanto os tratados como o direito derivado) prevalecem sobre o direito nacional de cada estado membro (o chamado princípio do primado do direito comunitário⁵⁵), pelo que a proibição da revogação de atos administrativos constitutivos de direitos, prevista no aludido artigo 140.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2 do

⁵²Regulamentos comunitários (que possuem aplicabilidade direta nos ordenamentos jurídicos dos estados membros, diretivas (que não possuem aplicabilidade direta, tendo que ser integradas no ordenamento jurídico dos estados membros por um ato dos estados membros, mas que, em certos casos - grosseiramente quando estiver esgotado o seu prazo de transposição e na diretiva se encontrar previsto um direito claro, preciso e condicional a favor dos particulares - podem produzir efeitos diretos numa relação vertical ascendente entre o particular e o estado) e as decisões (que não são atos legislativos, por lhes faltar a abstração e, na maioria dos casos, a generalidade).

⁵³Sobre esta questão ver FAUSTO DE QUADROS (‘A Nova Dimensão do Direito Administrativo’, Almedina, 2001) e SUZANA TAVARES DA SILVA (‘Direito Administrativo Europeu’, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010).

⁵⁴Pedra basilar na construção do princípio do primado do direito comunitário foi o Acórdão Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, proferido em proferido pelo Tribunal de Justiça em 17 de Dezembro de 1970 (processo n.º 11/70, disponível em www.eur-lex.europa.eu), no qual se considerou que a violação de regras constitucionais (no caso até referentes a direitos fundamentais) não pode afetar a validade das normas do direito comunitário.

⁵⁵V., por exemplo, o Acórdão foto-frost contra hauptzollamt luebeck-ost, proferido pelo Tribunal de Justiça em 22 de outubro de 1987 (processo 314/85, disponível em www.eur-lex.europa.eu).

CPA, não se aplica em relação aos atos administrativos emanados das instituições comunitárias (primordialmente as decisões) e também não se aplica quando, e na estrita medida, em que, no caso concreto, o direito comunitário imponha essa revogação.

Essa desaplicação (veja-se que o confronto entre normas comunitárias e nacionais não implica a revogação das últimas, como sucederia se existisse entre as mesmas numa relação corrente de sucessão de leis no tempo, assim como não existe uma “destruição” da norma nacional por ser contrária a uma norma de grau hierárquico superior, como sucede, por exemplo, com a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral), à semelhança do que sucede, em geral, com a desaplicação de qualquer norma nacional por contradição com o direito comunitário, deve contudo, na nossa opinião, ser aplicada com cautela e parcimónia por forma a só operar quando estejam em causas normas verdadeiramente incompatíveis e somente na estrita medida do necessário (por exemplo, se apenas parte da norma, que tenha autonomia, seja contrária ao direito comunitário deve-se apenas desaplicar essa parte).

Na prática isto quer dizer, em primeiro lugar, que Portugal não se poderá recusar a revogar um ato administrativo constitutivo de direitos quando tal lhe seja imposto pelo direito comunitário, assim como, seguidamente, os Tribunais Administrativos não poderão anular o ato de revogação em causa por violação do dito artigo do CPA, também o dito artigo não será invocável quando se pretenda impugnar um ato administrativo proveniente das instituições comunitárias (veja-se que só o Tribunal de Justiça da União Europeia tem competência para apreciar a validade de normas do direito comunitário ou de atos das instituições comunitárias, pelo que se a questão for suscitada num tribunal nacional o mesmo deve suspender a instância e colocar essa questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia⁵⁶).

Contudo, se é verdade que o referido artigo 140.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2 do CPA não é aplicável quando, no caso concreto, seja contrário ao direito comunitário também o é que isso não quer dizer que não exista uma outra disposição jurídica, que seja parâmetro de validade do direito comunitário, de onde se extraia a proibição da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos em causa.

Assim, como é bem sabido, o direito comunitário abrange os princípios gerais de direito (como, por exemplo, a proteção dos direitos fundamentais⁵⁶), e portanto os mesmos são parâmetro de validade dos atos administrativos comunitários e da própria legislação comunitária.

Ora, na nossa opinião, a proibição da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos alicerça-se tanto no princípio da boa fé e na proteção da confiança como no próprio princípio de proteção dos direitos dos particulares (se bem que, no nosso ver, o último princípio assumam um papel dominante), os quais são princípios gerais de direito. Assim, a proibição da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos, enquanto imanência direta desses princípios, é também aplicável no direito comunitário.

⁵⁶Sobre esta questão, sobre a perspectiva da proteção dos direitos fundamentais ver, por todos, MARIA LUÍSA DUARTE, ‘União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade’, Lisboa, 2006.

Quer isto dizer que um ato administrativo comunitário constitutivo de direitos (por exemplo, uma autorização para introdução no mercado de Organismos Geneticamente Modificados⁵⁷) não pode ser revogado sem motivo preponderante, sob pena de o mesmo ser contrário aos princípios gerais acima referidos, o mesmo sucedendo com a legislação comunitária que preveja essa possibilidade.

A questão em apreço tem sido tratada na doutrina portuguesa a propósito de um conjunto de decisões dos Tribunais Administrativos em que se considerou que o regime da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos não é aplicável em relação à revogação dos atos administrativos de concessão de apoios comunitários (in casu, pelo antigo Instituto de Financiamento e Apoio ao Desenvolvimento da Agricultura e das Pescas, I. P. que corresponde ao atual Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, I. P.) por violação das regras referentes comunitárias relativas à concessão e utilização dos mesmos, tendo-se concluído que era admissível revogar esses atos administrativos sem a observância desse regime⁵⁸.

Contudo, em rigor, não está propriamente em questão um dos casos em que o artigo 140.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2 do CPA é, pelo menos totalmente, desaplicado, é que o que aqui está em causa é a revogação como sanção (isto é, a revogação em resultado da violação de normas legais ou contratuais a que o ato em questão a situação jurídica subjacente devem obedecer).

Ora, a revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos como sanção pelo incumprimento do destinatário do ato não é algo que não tenha sido já equacionado anteriormente pela doutrina e pela jurisprudência. Na verdade, a grande discussão a este propósito tem sido se a mesma só existirá quando legalmente prevista para o caso em questão ou se, ao invés, estará em causa uma exceção geral à proibição da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos⁵⁹.

6 CONCLUSÕES

1.^a - A revogação de atos administrativos constitutivos de direitos não é um princípio absoluto e deve ceder quando, por, por exemplo, ter ocorrido uma alteração da situação de facto, existir um motivo imperioso para tal;

2.^a - Com relação à alteração da situação de facto consideramos que pode existir revogação de atos constitutivos de direitos quando: ocorra a cessação dos pressupostos de legalidade do ato, exista estado de necessidade, ocorra alteração das circunstâncias ou exista imperioso interesse público;

⁵⁷Nos termos previstos no Regulamento (CE) n.º 1829/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Setembro de 2003.

⁵⁸Sobre esta questão ver ANA SANTA CLARA GOMES ('A revogação dos actos administrativos dos Estados-Membros com base na violação do Direito da União Europeia: A jurisprudência Alcan', Lisboa, 2007) e JOÃO CAUPERS ('O regime da revogação no CPA: uma revisão conveniente', in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 82, pág. 71 e seguintes).

⁵⁹Sobre a revogação como sanção ver RAMON MARTIN MATEO, 'Manual de Derecho Administrativo', Madrid, 1970, pág. 303 e seguintes.

3.^a - Deve-se pressupor que a lei condiciona a manutenção dos direitos conferidos pelo ato administrativo à manutenção dos pressupostos fácticos de que depende a sua legalidade, cessando estes últimos existirá ou caducidade do ato ou a obrigação de a Administração o revogar;

4.^a - É possível proceder à revogação de atos administrativos constitutivos de direitos por existir estado de necessidade ou por ter ocorrido uma alteração das circunstâncias, mas o seu campo de aplicação é muito limitado já que a aplicação de ambos depende de requisitos de difícil verificação.

5.^a - A revogação de atos administrativos constitutivos de direitos por motivos de imperioso interesse público é um princípio geral de direito administrativo, não violando pois o princípio da legalidade uma revogação realizada nesses termos.

6.^a - Imperioso interesse público é todo aquele interesse público que, numa relação mais apertada do que a prevista para a subvertente do princípio da proporcionalidade conhecida como “proporcionalidade stricto sensu”, se mostre significativamente mais relevante do que os direitos ou interesses privados em questão.

7.^a - Quando haja lugar à revogação de atos administrativos constitutivos de direitos por motivos de imperioso interesse público os lesados devem ser indemnizados, para o que se deverá aplicar o procedimento de expropriação.

8.^a - Em função do princípio do primado do direito comunitário, a proibição da revogação dos administrativos constitutivos de direitos, como consagrada no direito português, não é aplicável nos casos em que for contrária aos atos (administrativos ou legislativos) das instituições comunitárias.

9.^a - Contudo, consideramos que também esses atos instituições comunitárias não podem, sem motivo ponderoso, revogar, ou permitir a revogação, de atos administrativos constitutivos de direitos, pois essa proibição é uma imamência directa dos princípios gerais de direito da boa fé, da tutela da confiança e da protecção dos direitos dos particulares (os quais, enquanto princípios gerais de direito, fazem parte do direito comunitário).

REFERÊNCIAS

ALVES, Eduardo André Galante. *A Revogação dos Actos Administrativos Válidos* (tese de mestrado em direito - mestrado científico na área de especialização em ciências jurídico-políticas na FDUL -, prova pública realizada em 30 de Maio de 2011).

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Volume II, 2.^a edição, 7.^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Direito Administrativo*. Volume III, Lisboa, 1989.

_____.; GARCIA, Maria da Glória. *O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo*. In: Revista da Ordem dos Advogados ano 59, Abril de 1999.

ANDRADE, Robin de. *A Revogação dos Actos Administrativos*, 2.^a edição, 1985.

_____. ANDRADE, Robin de. *A Revogação administrativa e a revisão do Código do Procedimento Administrativo*. In: Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/

Agosto de 2001.

ANDRADE, Vieira de. A «revisão» dos actos administrativos no direito português, *Cadernos de Ciência de Legislação*, nºs 9/10 e 11, Instituto Nacional de Administração, 1994.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *Anulação Administrativa ou nulla annulatio sine iudicio?*. In: Cadernos de Justiça Administrativa n.º 79, 2010.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*. Coimbra Editora, 2008.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Volume I, 10.^a edição, Coimbra: Almedina, 1980.

CALVÃO, Filipa Urbano. *Cláusulas Acessórias em Direito Administrativo: da sua oposição aos actos administrativos e contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos*. (tese de doutoramento) FDUC, 2009.

_____. *Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código do Procedimento Administrativo*. In: Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 54, Novembro/Dezembro de 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, 4.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*. Almedina, 1974.

CAUPERS, João. *O regime da revogação no CPA: uma revisão conveniente*. In: Cadernos de Justiça Administrativa n.º 82, Centros de Estudos Jurídicos do Minho, Julho/Agosto de 2010.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Volume I – Parte Geral, Tomo I, 2.^a edição, 2000.

CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Almedina.

_____. *Noções de Direito Administrativo*. Volume I, Lisboa: Danúbio, Lda., 1982.

CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. Volume III. Almedina, 2010.

DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*. Lisboa, 2006.

ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Volume I, 11.^a edição, Madrid, 2002.

FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administratif Allemand*. Bruxelas, 1969, traduzido, por Michel Fromant, do alemão *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 9.^a edição, 1966.

GOMES, Carla Amado. *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Ana Santa Clara. *A revogação dos actos administrativos dos Estados-Membros com base na violação do Direito da União Europeia: A jurisprudência Alcan*, relatório de Mestrado apresentado no seminário de Direito Internacional da União Europeia, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007.

GONÇALVES, Pedro. *Revogação (De Actos Administrativos)*. In: *Dicionário*

- Jurídico da Administração Pública*. Volume VII, Lisboa, 1996.
- KIRKBY, Mark. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos – o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- MATEO, Ramon Martin. *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid, 1970.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26.^a edição, 2001.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula; NEVES, Maria Castanheira; LOPES, Dulce; MAÇÃS, Fernanda. *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*. 3.^a edição. Almedina, 2011.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; AMORIM, J. Pacheco de. *Código do Procedimento Administrativo Comentado*. 2.^a edição. Coimbra: Almedina, 1997.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juricidade*. Coimbra: Almedina, 2007.
- QUADROS, Fausto de. *A Nova Dimensão do Direito Administrativo*. Almedina, 2001.
- QUEIRÓ, Afonso. *Lições de Direito Administrativo*. Volume I, 1976.
- ROMANO, Santi. *Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*. In: Scritti in onore di G. Vaccheli, 1932.
- SILVA, Suzana Tavares da. *Direito Administrativo Europeu*. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- SOARES, Rógerio Ehrhardt. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*. Coimbra, 1955.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Lições de Direito Administrativo*. Volume I. Lisboa, 1995.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*. Tomo I, 3.^a edição. Lisboa: D. Quixote, 2008.
- _____. *Direito Administrativo Geral*. Tomo III, 2.^a edição. Lisboa: D. Quixote, 2009.
- ZANOBINI. *Corso di Diritto Amministrativo*. Volume V, 8.^a edição. Milão, 1958.

EDITAL DE SUBMISSÃO

A Revista *Iurisprudentia* é uma publicação semestral da Faculdade de Direito da AJES, integrada pelo Núcleo de Iniciação Científica, que se faz estruturado pelas seguintes linhas de pesquisa: Direitos Humanos; Direito Público; e, Justiça, Política e Cultura Jurídica.

A Revista publica artigos de pesquisa e reflexões acadêmicas nas áreas de Ciências Jurídicas lato sensu, vinculados às áreas de concentração editoriais já mencionadas.

Os artigos submetidos à seleção devem ser inéditos no Brasil, não havendo restrições para artigos que tenham sido apresentados e/ou publicados em anais de eventos científicos, desde que sejam assim declarados em nota de rodapé na primeira página do artigo; e, não estejam impedidos por aquele evento/publicação, desta submissão. Sendo aceito o artigo, o autor deverá prestar declaração de ineditismo, além da concessão de direitos autorais, sendo vedado o encaminhamento simultaneamente para outras revistas, cabendo à *Iurisprudentia*: Revista da Faculdade de Direito da Ajes, a exclusividade na publicação.

Os critérios para seleção dos artigos, a serem analisados pela Comissão Editorial, serão: 1) estrutura; 2) clareza no desenvolvimento do tema; 3) aderência com às linhas de pesquisa; e, 4) profundidade do tema proposto, com nível compatível à publicação. O processo dar-se-á em termos anônimos de avaliação, agindo a Comissão Editorial por parecer. O Conselheiro parecerista responderá os seguintes itens: 1) Relevância do tema: analisar a importância do tema tratado, sua atualidade e possível impacto perante a comunidade acadêmica; 2) Profundidade da abordagem: analisar o modo como o autor tratou do tema proposto, em termos de argumentação e raciocínio jurídico; 3) Qualidade do texto: analisar a redação empregada pelo autor, em termos de clareza, coerência e coesão; 4) Qualidade da pesquisa: analisar o método empregado, examinando se as fontes/referências foram satisfatórias e/ou suficientes; 5) Congruência do tema à linha editorial da Revista: o objeto da pesquisa está vinculado ao tema geral adotado pela publicação.

O autor será notificado do teor do parecer do Conselho, para que esteja ciente desta análise que terá três opções de conclusão: A) Favorável à publicação, sem restrições; B) Desfavorável à publicação; C) Favorável à publicação, com restrições. No caso da letra “C” as alterações serão submetidas para nova avaliação. Todas as notificações serão via email.

Os artigos poderão vir a sofrer alterações editoriais tais como correções gramaticais, adequações editoriais, etc – que não alterarão substancialmente o texto.

Excepcionalmente haverá convites para publicação, que só poderá ocorrer com a decisão unânime do Conselho Editorial.

Não há remuneração pelos trabalhos publicados. O autor receberá 02 (dois) exemplares do volume da revista em que seu artigo foi publicado; o co-autor receberá 01 (um) exemplar. Somente serão admitidos trabalhos com até 02 (dois) autores.

As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

No silêncio deste edital, aplicar-se-ão as normas da ABNT.

NORMAS:

O trabalho possuirá no mínimo 10 e no máximo 30 laudas no formato Word (A4, posição vertical; Fonte: Times New Roman; Corpo: 10; Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas; Entre linhas: Espaçamento um e meio; Parágrafo: 1,25 cm; Margem: superior e esquerda - 3 cm; Inferior e direito - 2 cm).

- a) Página formato A4.
- b) Fonte Times New Roman, 10 (título), 10 (texto), 10 (citações recuadas e notas).
- c) Margens: 3 cm (superior e esquerda); 2 cm (inferior e direita).
- d) Espaçamento entre linhas: 1,5cm.
- e) A primeira linha dos parágrafos devem conter um espaçamento de 1,25 cm.
- f) O espaçamento dos títulos em relação ao texto deve ser de 6 pt antes e depois.
- g) O título (em caixa alta) e nomes de seções (em caixa alta) e subseções (em caixa baixa) deverão ser escritos em negrito.
- h) Notas explicativas e Referências: deverão estar dispostas em rodapé ao final da página. A lista da bibliografia utilizada deve igualmente aparecer no fim do artigo (nas Referências).

FORMATAÇÃO:

- 1) Título completo do artigo em caixa alta, centralizado e em negrito.
- 2) Abaixo do título, com alinhamento à direita, devem seguir, em sequência: nome completo do(s) autor(es) (por extenso); em itálico. Em nota de rodapé, deve ser informada a qualificação do(s) autor(res).
- 3) Resumo em português com mínimo de 100 (cem) e máximo de 250 (duzentas e cinquenta) palavras, contendo: contextualização do tema e do objeto de estudo, síntese dos procedimentos metodológicos, resultados e considerações finais/ conclusões (ABNT - NBR 6028); redigido em parágrafo único, espaço simples, alinhamento justificado, fonte times 10.
- 4) Palavras-chave em número mínimo de 03 (três) e máximo de 05 (cinco): termos ou expressões que identifiquem o conteúdo do trabalho.
- 5) Resumo em língua estrangeira: Elemento obrigatório, com as mesmas características do resumo em língua vernácula. Serão admitidas inglês, francês, italiano e espanhol. Em inglês, por exemplo, seria o Abstract, que deverá seguir com as palavras-chave, no caso do exemplo (em inglês), key-words.
- 6) Sumário: Será com parágrafo justificado, fonte times 10, em português. Exemplo: SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 (...); 3 (...); 4 Conclusão; Referências
- 7) Devendo obedecer a seguinte formatação sequencial: Título; Autor; Resumo; Palavras-chave; Resumo em língua estrangeira (em Inglês, por exemplo: Abstract); Palavras-Chave em língua estrangeira (em Inglês, por exemplo: Key-words); Sumário; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão e Referências.

